IANUS
Diritto e Finanza

UNIVERSITÀ DI SIENA 1240

Quaderni

https://www.rivistaianus.it

ISSN: 1974-9805

Quaderni - 2020

FORUM COVID-19

IANUS

Diritto e Finanza

Quaderni - 2020

Ianus - Diritto e finanza
Rivista semestrale di studi giuridici
IANUS: Diritto e Finanza - Quaderni 2020
Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena
Direttore responsabile: Angelo Barba
https://www.rivistaianus.it

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805

INDICE

FORUM COVID-19

Presentazione,
di NICOLA VIZIOLI 5

Efectos del Covid-19 sobre el derecho mercantil español,
di PABLO MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA 9

Le assemblee delle società di diritto comune e di diritto speciale alla prova del Covid-19,
di CIRO G. CORVESE 15

Covid-19 e attività notarile,
di ROSARIO CALIULO 23

Los planes y fondos de pensiones en tiempos de pandemia (Covid-19),
di FÉLIX BENITO OSMA 27

Il diritto di famiglia alle prese con il Covid-19. Alcune questioni,
di MAURIZIO DI MASI 33

La pandemia svela il vero volto del mercato del lavoro agricolo,
di CLAUDIA FALERI 41

Les entreprises en période de coronavirus et les aides accordées par l'état,
di LOÏC FAUVET 47

L'assistenza consolare ai tempi del Covid-19: profili di diritto internazionale e dell'Unione europea,
di PATRIZIA VIGNI 53

L'emergenza come occasione per ripensare l'utilizzo del lavoro agile,
di CAROLE MACCHIONE 63

Los contratos de seguro de ciberriesgos en situación de pandemia: consideraciones jurídicas sobre la variación del riesgo asegurado,
di JUAN MANUEL QUINTANA ZUAZÚA 69

La posibilidad de expansión de las coberturas del consorcio de compensación de seguros a los inválidos absolutos y a fallecimientos ocasionados por el Covid-19,
di MARÍA AMPARO SARTI MARTÍNEZ 75

Reflexiones sobre la tasas de mortalidad y letalidad del Covid-19 en España,
di SOFÍA TIRADO SARTI 81

El seguro privado de accidentes y el contagio por Covid-19,
di FRANCISCO JAVIER TIRADO SUÁREZ 87

El seguro de decesos en tiempos del Covid-19,
di EDUARDO TOUS GRANDA 93

Contact tracing. Governance pubblico-privata e primi problemi di tutela dei diritti fondamentali,
di ELIA CREMONA 99

Economia e tributi per il rilancio dell'Italia,
di ALESSANDRO GIOVANNINI 109

La crisi del Covid-19 come crisi conoscitiva del sistema amministrativo italiano,
di MATTEO FALCONE 113

Il bilanciamento dei diritti e la salvaguardia dell'occupazione durante l'emergenza Covid-19,
di CARLO VALENTI 121

Il virus illiberale ungherese al tempo del Covid-19,
di VALENTINA CARLINO 127

Moratoria sui contratti di finanziamento e segnalazioni alla centrale dei rischi nell'emergenza Covid-19,
di MARIA ELENA SALERNO 133

Brevi note sull'attività del Parlamento nel corso dell'emergenza: il ruolo delle Commissioni,
di STEFANO BARGIACCHI 145

Economia e tributi per il rilancio dell'Italia,
di ANTONELLA BROZZETTI 151

Misure fiscali per la ripresa post Covid-19: l'Italia non sprechi l'occasione per rifondare il proprio sistema tributario,
di ANTONIO MARINELLO 165

Istruzione e inclusione al tempo del Covid,
di GIUDITTA MATUCCI 171

Il diritto dei contratti pubblici nel laboratorio dell'emergenza,
di NICOLETTA VETTORI 179

A chi serve una metamorfosi emergenziale dei contratti finanziari?
di GIAN LUCA GRECO 193

La condizionalità della duplice transizione verde e digitale nel *recovery fund* dell'Unione Europea,
di MASSIMILIANO MONTINI 207

Gli interventi delle banche centrali sul mercato. Dalla regolazione al governo dell'economia,
di TAMARA FAVARO 221

Libertà e Covid-19. Riflessioni giusfilosofiche,
di ALESSANDRO ATTILIO NEGRONI 239

PRESENTAZIONE

L'epidemia da Covid-19 e tutte le cautele volte a limitarne la diffusione hanno profondamente condizionato, per un lungo periodo, infiniti aspetti della nostra vita quotidiana. Era quindi inevitabile che una situazione di tale eccezionalità avesse ripercussioni rilevantissime anche in ambito giuridico.

In questo contesto, quando la medicina non aveva ancora rimedi specifici contro un'infezione virale con esiti spesso fatali e l'unico rimedio possibile sembrava rimanere chiusi nelle proprie abitazioni, è nata l'idea di un forum ospitato sul sito della rivista Ianus. Un forum pensato per contributi brevi, pubblicati il giorno stesso in cui li abbiamo ricevuti senza alcuna *blind peer review*. Quei contributi, di studiosi giovani e meno giovani, italiani e stranieri, ora li abbiamo raccolti in questo fascicolo che, crediamo, costituisca a suo modo una fotografia del periodo emergenziale.

Nicola Vizioli

FORUM COVID-19

EFECTOS DEL COVID-19 SOBRE EL DERECHO MERCANTIL ESPAÑOL

Pablo Martínez-Gijón Machuca

Catedrático de Derecho mercantil,
Universidad de Sevilla

1. Introducción

En España, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19. Desde esa fecha, el estado de alarma se ha prorrogado en sucesivas ocasiones cada quince días y, tras la cuarta de las prórrogas, se extenderá, como mínimo, hasta el día 24 de mayo de 2020.

Durante este largo período de más de dos meses, el Gobierno ha aprobado una serie de medidas extraordinarias con la finalidad de hacer frente al impacto económico y social del Covid-19. Para ello ha empleado un instrumento regulado en la Constitución Española, previsto en situaciones de especial necesidad, que es el Real Decreto-ley. Esta norma puede ser dictada por el Consejo de Ministros (sin discusión parlamentaria) y requiere el refrendo posterior del Congreso de los Diputados.

Hasta el momento de redactar estas línea, y por lo que se refiere al ámbito estrictamente mercantil, se han promulgado el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19; el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al Covid-19; el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo; y el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

A continuación vamos a exponer, brevemente, en qué han consistido las medidas extraordinarias que han afectado al Derecho mercantil español.

2. Efectos sobre el derecho societario

El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, reguló medidas extraordinarias de muy distinta naturaleza, que afectan al funcionamiento de los órganos sociales, a la formulación y aprobación de las cuentas anuales, a los derechos de los socios, a las causas de disolución de la sociedad y a la responsabilidad de los administradores. Por lo tanto, son reglas que modifican, temporalmente, las establecidas en el Real Decreto Legislativo, 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC).

1º) Medidas que afectan al funcionamiento de los órganos sociales: durante el estado de alarma las Juntas Generales y los Consejos de Administración podrán celebrarse, aunque los estatutos sociales no lo hubieren previsto, por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple, siempre que todos los socios o, en su caso, todos los consejeros dispongan de los medios necesarios para ello y el Secretario del órgano acredite la identidad de los participantes (artículo 40.1).

Además, el Consejo de Administración (y, en su caso, las comisiones delegadas) podrá adoptar sus acuerdos por escrito y sin sesión, siempre que así lo decida el Presidente o lo soliciten, al menos, dos de los miembros del órgano (artículo 40.2).

En todos los casos las sesiones se entenderán celebradas en el domicilio social.

Por otra parte, las convocatorias de Juntas Generales, realizadas antes de la declaración del estado de alarma para celebrarse durante el mismo, podrán modificarse (el lugar y la hora) o dejarse sin efecto por los mismos cauces empleados para convocarlas. Si se dejaren sin efecto, deberán volverse a convocar dentro del mes siguiente a la fecha de finalización del estado de alarma (artículo 40.6).

2º) Medidas sobre formulación, aprobación y verificación de las cuentas anuales: las sociedades que así lo deseen se pueden acoger a la suspensión de la obligación de formular las cuentas anuales dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social hasta que finalice el estado de alarma, reanudándose de nuevo por otros tres meses a contar desde esa fecha (artículo 40.3). Tras la finalización de este plazo para la formulación, las sociedades contarán con otros tres meses para aprobar las cuentas anuales del ejercicio anterior (artículo 40.5).

También se prorroga el plazo para verificar las cuentas anuales por dos meses, a contar desde que finalice el estado de alarma, para aquellas sociedades que, antes de la declaración o durante la vigencia del estado de alarma, hubieran formulado las cuentas anuales del ejercicio anterior (artículo 40.4).

Particular importancia revisten las medidas atinentes a la propuesta de aplicación del resultado, dados los devastadores efectos económicos producidos por el Covid-19. Se distinguen dos supuestos:

A) Si la Junta General ya estuviere convocada antes del día 1 de abril de 2020, el órgano de administración podrá retirar del Orden del Día la propuesta de aplicación del resultado, sustituyéndola por otra diferente que se aprobará en una

Junta General posterior. En este primer supuesto, se podrán depositar las cuentas anuales sin la propuesta de aplicación del resultado, la cual se adjuntará posteriormente mediante certificación complementaria.

B) Si la Junta General se convoca a partir del 1 de abril de 2020, el órgano de administración podrá modificar la propuesta de aplicación del resultado que ya figurase en la memoria de las cuentas anuales formuladas con anterioridad a esa fecha. Tal modificación deberá acompañarse de la correspondiente justificación del órgano de administración (vinculada a las consecuencias del Covid-19) y, en su caso, de un escrito del auditor de cuentas indicando que, de haber conocido la nueva propuesta de aplicación del resultado en el momento de firmar el informe de auditoría, no habría modificado su opinión (artículo 40.6 bis).

3º) Medidas atinentes a los derechos de los socios: no cabe el ejercicio del derecho de separación mientras dure el estado de alarma (artículo 40.8). También se prorroga el plazo para reintegrar las aportaciones a los socios cooperativos que causen baja durante el estado de alarma (artículo 40.9).

4º) Medidas relativas a las causas de disolución de la sociedad: no se aplicarán las causas que provocan la disolución automática de pleno derecho hasta que transcurran dos meses desde la finalización del estado de alarma (artículo 40.10). Y se suspende, hasta que finalice el estado de alarma, el plazo de dos meses del artículo 367 LSC para la convocatoria de la Junta General que haya de debatir sobre la causa legal o estatutaria de disolución de la sociedad (artículo 40.11).

5º) Medidas que suavizan la responsabilidad de los administradores: estos no responderán de las deudas sociales contraídas por la sociedad durante el estado de alarma, si la causa legal o estatutaria de disolución hubiere acaecido durante la vigencia de aquel (artículo 40.12). En cualquier caso, para determinar si concurre la causa legal de disolución consistente en el desequilibrio patrimonial de la sociedad (artículo 363.1.e. LSC) no se computarán las pérdidas del ejercicio 2020 (aclaración complementaria introducida por el artículo 18 del Real Decreto-ley 16/2020).

Por último, debe tenerse en cuenta que se han establecido reglas excepcionales para las sociedades cotizadas, con relación a los informes financieros anual y semestral, el informe de auditoría y la declaración intermedia de gestión; el funcionamiento de los órganos; y la propuesta de aplicación del resultado (artículo 41 del Real Decreto-ley 8/2020).

3. Efectos sobre el derecho concursal

Las medidas extraordinarias en el ámbito concursal se han establecido por el Real Decreto-ley 16/2020, el cual prevalece, en los plazos que se indican, sobre las reglas ordinarias contempladas en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Estas medidas se pueden clasificar del siguiente modo:

1º) Medidas que afectan a las instituciones preconcursales:

- Se agiliza la tramitación de los acuerdos extrajudiciales de pago y, en su caso, el inicio del concurso consecutivo (artículo 17).
- Hasta el 15 de marzo de 2021 el deudor podrá poner en conocimiento del Juzgado competente su intención de modificar el acuerdo de refinanciación vigente (homologado judicialmente) o de alcanzar otro nuevo, circunstancia que habrá de coordinarse con las solicitudes de declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación que presenten los acreedores (artículo 10).

2º) Medidas que afectan a la solicitud de concurso y a la tramitación de los procedimientos concursales ya iniciados:

- Hasta el 31 de diciembre de 2020 el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tendrá el deber de solicitar la declaración judicial de concurso de acreedores (artículo 11 y disposición transitoria segunda).
- Durante el año siguiente a la declaración del estado de alarma (hasta el 14 de marzo de 2020) tendrá carácter preferente la tramitación de los incidentes concursales y de las actuaciones judiciales enumeradas en el artículo 14.

3º) Medidas que afectan a las masas activa y pasiva del concurso:

- Se fomenta la subasta extrajudicial de los bienes y derechos que integran la masa activa, en los concursos que se declaren antes del 15 de marzo de 2021 y en los que se encuentren en tramitación en esa fecha. Además, se establecen reglas especiales para la enajenación de empresas en su conjunto y de una o varias unidades productivas (artículo 15).
- Se agilizan los incidentes concursales que tengan por objeto impugnar el inventario o la lista de acreedores, reduciendo los medios de prueba admisibles y eliminando la celebración de la vista, salvo que el Juez del concurso resuelva otra cosa (artículo 13).
- Determinados créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor suben de categoría (dejan de ser considerados como créditos subordinados) y se reconocen como créditos ordinarios, para fomentar las financiaciones y los pagos realizados por tales personas (artículo 12).

4º) Medidas que afectan al convenio:

- El deudor que se encuentre en fase de cumplimiento del convenio puede presentar una propuesta para modificarlo antes del 15 de marzo de 2021.
- La regla anterior también se aplica a los acuerdos extrajudiciales de pago (artículo 8).

5º) Medidas que afectan a la fase de liquidación:

- Hasta el 15 de marzo de 2021 el deudor no tendrá obligación de solicitar la apertura de la fase de liquidación, aunque concurran las causas para ello, siempre que presente una propuesta de modificación del convenio y esta sea admitida a trámite dentro de dicho plazo (artículo 9).
- Se agiliza la aprobación del plan de liquidación y la liquidación del patrimonio del deudor (artículo 16).

4. Efectos sobre los contratos de arrendamiento de local de negocio

Las medidas sobre los contratos de arrendamiento de local de negocio se establecen en el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, que completan las que para los arrendamientos de vivienda ha regulado el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo.

Con carácter general, el Legislador español invita a las partes del contrato, arrendador y arrendatario, a llegar a un acuerdo para flexibilizar el pago de las rentas. Si no hay acuerdo y el arrendatario no puede pagar las rentas en los términos acordados con anterioridad al Covid-19, se aplicarán las reglas generales establecidas en el contrato (y, supletoriamente, en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos y en el Código Civil; cfr. artículo 4 LAU) sobre incumplimiento de las obligaciones.

Consiguientemente, las medidas extraordinarias sólo se aplican cuando concurren los siguientes requisitos:

1º) Que el arrendatario se encuentre en una situación de especial vulnerabilidad, fundamentalmente porque sus ingresos se hayan visto sustancialmente reducidos (al menos un 75%) a consecuencia de la situación provocada por el Covid-19.

2º) Que el arrendador sea una empresa o entidad pública o un "gran tenedor", incluyéndose en esta última categoría al propietario de más de diez inmuebles urbanos o con una superficie construida superior a 1.500 metros cuadrados.

Si se cumplen estos requisitos, el arrendador está obligado a aplazar el pago de la renta durante el tiempo que dure el estado de alarma y sus prórrogas y hasta un máximo de cuatro mensualidades desde su finalización (artículos 1 a 5 del Real Decreto-ley 15/2020).

(07-05-2020)

LE ASSEMBLEE DELLE SOCIETÀ DI DIRITTO COMUNE E DI DIRITTO SPECIALE ALLA PROVA DEL COVID-19

Ciro G. Corvese

Professore Associato di Diritto commerciale,
Università degli Studi di Siena

1.

L'emergenza sorta a causa del Covid-19 ha indotto il legislatore italiano ad introdurre misure straordinarie anche nel diritto societario e, in particolare, fra le tante, misure atte a facilitare lo svolgimento delle assemblee delle società sia di diritto comune che di diritto speciale.

Le citate misure sono state introdotte dall'art. 106 del d.l. n. 17 marzo 2020 (noto come decreto "Cura Italia") convertito, con modifiche, nella l. 24 aprile 2020, n. 27 e si applicano:

a) sia alle società di diritto comune: società per azioni, società in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata, società cooperative e le mutue assicuratrici;

b) sia alle società di diritto speciale: le società con azioni quotate e quelle ammesse alla negoziazione su un sistema multilaterale di negoziazione e quelle con azioni diffuse fra il pubblico in misura rilevante, le banche popolari, le banche di credito cooperative ed anche le mutue assicuratici per gli aspetti relativi alla disciplina speciale assicurativa, le società a controllo pubblico.

Innanzitutto, con riferimento all'arco temporale di applicazione, le disposizioni di cui all'art. 106 si applicano alle assemblee convocate entro il 31 luglio 2020 ovvero entro la data, se successiva, fino alla quale è in vigore lo stato di emergenza sul territorio nazionale relativo al rischio sanitario connesso all'insorgenza della epidemia da Covid-19 (co. 7).

Fatta eccezione per le regola posta al co. 1 dell'art. 106 che deroga alla disposizione prevista per l'approvazione del bilancio di cui agli artt. 2364, co. 2 e 2478-bis, co. 2, c.c., prevedendo che l'assemblea ordinaria avente ad oggetto l'approvazione del bilancio è convocata entro 180 giorni dalla chiusura dell'esercizio, tutte le altre disposizioni hanno ad oggetto il diritto di voto e, in particolare, la possibilità di usare opzioni normative introdotte soprattutto nella legislazione speciale delle società quotate per facilitare l'esercizio del citato diritto.

In prima battuta, si può notare che: 1) alcune disposizioni mirano al generale uso dei mezzi di comunicazione a distanza o il ricorso a modalità che agevolino

l'esercizio del diritto di voto, come il voto espresso in via elettronica o per corrispondenza (v. art. 106, co. 2 e 3); 2) altre disposizioni, dettate in particolare per le società di diritto speciale, prevedono talune facilitazioni per il ricorso alla rappresentanza in assemblea (v. art. 106, co. 4, 5, 6 e 7).

2.

Nell'ambito del primo gruppo di disposizioni rientrano il secondo ed il terzo comma dell'art. 106.

La disposizione contenuta nell'art. 106, co. 2 si indirizza alle società per azioni, alle società in accomandita per azioni, alle società a responsabilità limitata, alle società cooperative e alle mutue assicuratrici e dispone che con l'avviso di convocazione delle assemblee ordinarie o straordinarie, dette società possono prevedere, anche in deroga alle diverse disposizioni statutarie, l'espressione del voto in via elettronica o per corrispondenza e l'intervento all'assemblea mediante mezzi di telecomunicazione.

Si aggiunge, inoltre che, le citate società possono altresì prevedere che l'assemblea si svolga, anche *esclusivamente*, mediante mezzi di telecomunicazione che comunque devono garantire l'identificazione dei partecipanti, la loro partecipazione e l'esercizio del diritto di voto, ai sensi e per gli effetti di quanto previsto agli artt. 2370, co. 4, 2479-bis, co. 4, e 2538, co. 6, c.c., codice civile senza in ogni caso la necessità che si trovino nel medesimo luogo, ove previsti, il presidente, il segretario o il notaio.

Il co. 2 consente un più ampio ricorso ai mezzi di telecomunicazione per lo svolgimento delle assemblee, anche in deroga alle disposizioni statutarie.

In particolare, viene stabilito che le società per azioni, le società in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e le mutue assicuratrici, anche in deroga alle diverse disposizioni statutarie, con l'avviso di convocazione delle assemblee ordinarie o straordinarie possono prevedere che:

a) il voto venga espresso in via elettronica o per corrispondenza;

b) l'intervento all'assemblea avvenga mediante mezzi di telecomunicazione e

c) l'assemblea si svolga, anche *esclusivamente*, mediante mezzi di telecomunicazione che garantiscano l'identificazione dei partecipanti, la loro partecipazione e l'esercizio del diritto di voto, ai sensi e per gli effetti di cui agli articoli 2370, co. 4, 2479-bis, co. 4, e 2538, co. 6, c.c. e senza in ogni caso la necessità che si trovino nel medesimo luogo, ove previsti, il presidente, il segretario o il notaio.

Da tale previsione derivano non poche perplessità soprattutto se l'ipotesi sub c) riguardi le società quotate perché per quest'ultime l'uso di strumenti di partecipazione e voto a distanza comporta il rispetto di specifiche prescrizioni normative dettate, in particolare, dall'art. 127 del TUF e dal regolamento emittenti della Consob per:

a) l'espressione del voto per corrispondenza (artt. 140 ss. regolamento emittenti);

b) il ricorso a una o più forme di partecipazione in assemblea con mezzi elettronici (art. 143-*bis* del regolamento emittenti) e

c) l'espressione del voto prima dell'assemblea mediante mezzi elettronici (art. 143-*ter* del regolamento emittenti).

In particolare, nella comunicazione n. 3 del 10 aprile 2020, n. 20, la Consob chiede di porre attenzione "*sulle disposizioni che richiedono la riservatezza del voto fino all'inizio dello scrutinio in assemblea sia con riferimento al voto esercitato per corrispondenza e al voto espresso prima dell'assemblea ai sensi dell'art. 143-ter del Regolamento Emittenti, sia con riguardo alle deleghe con istruzioni di voto conferite dagli azionisti al rappresentante designato dalla società (mettere norme che si riferiscono all'organo di controllo o al rappresentante designato*".

Altro profilo da tenere in considerazione è l'obbligo di identificazione dei soggetti legittimati alla partecipazione e al voto in assemblea nell'ipotesi in cui il voto sia esercitato per corrispondenza o in via elettronica. In particolare occorre por mente al rispetto delle disposizioni contenute n*ell'art. 140, co. 1, e nell'art. 143-bis, co. 2, del regolamento emittenti* in base alle quali le società possono condizionare l'esercizio del diritto di voto nelle modalità citate alla sussistenza dei *requisiti previsti dalle società per l'identificazione dei soggetti a cui spetta il diritto di voto*.

Con specifico riferimento alle società a responsabilità limitata, il co. 3 dell'art. 106 introduce una deroga all'art. 2479, co. 4, c.c.

L'art. 2479 c.c. che reca nella rubrica "decisione dei soci" attribuisce all'autonomia contrattuale delle parti di prevedere che le decisioni dei soci possono essere adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso espresso per iscritto. Ciò posto il quarto comma dell'art. 2479 c.c. dispone che in mancanza della suddetta previsione statutaria e comunque con riferimento a particolari materie (modifiche statutarie e operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale) ovvero quando lo richiedono gli amministratori o tanti soci che rappresentano un terzo del capitale sociale, le decisioni devono essere adottate con il metodo collegiale.

Il terzo comma dell'art. 106, proprio al fine di semplificare il procedimento decisionale, prevede che, anche contrariamente a quanto previsto al quarto comma dell'art. 2479 c.c. e alle eventuali disposizioni statutarie, l'espressione del diritto di voto possa sempre avvenire con le modalità semplificate, ossia mediante consultazione fatta per iscritto o consenso dato per iscritto.

3.

I co. 4, 5 e 6 dettano norme per le assemblee di società sottoposte a discipline speciali ossia a:

1) società quotate nei mercati regolamentati (co. 4);

2) società ammesse a negoziazione su un sistema multilaterale di negoziazione e società le cui azioni sono diffuse fra il pubblico in misura rilevante (co. 5) e

3) banche popolari, banche di credito cooperativo, società cooperative e mutue assicuratrici (co. 6).

Le disposizioni contenute nei commi citati hanno un obiettivo comune, quello di rendere più agevole la partecipazione ai lavori dell'assemblea attraverso il rappresentante designato dalla società come previsto all'art. 135-*undecies* del TUF.

A) Per le società sub 1) e 2), i co. 4 e 5 dell'art. 106 prevedono che esse possano:

a) designare per le assemblee ordinarie o straordinarie il rappresentante previsto dall'art. 135-*undecies* del TUF, anche ove lo statuto disponga diversamente;

b) prevedere altresì nell'avviso di convocazione che l'intervento in assemblea si svolga *esclusivamente* tramite il rappresentante designato ai sensi dell'art. 135-*undecies* cit.;

c) inoltre, al predetto rappresentante possono essere conferite anche deleghe o subdeleghe ai sensi dell'art.135-*novies* del TUF, in deroga al co. 4 dell'art. 135-*undecies*, cit.; l'art. 135-*novies* del TUF detta le regole generali applicabili alla rappresentanza in assemblea, in deroga all'art. 135-*undecies*, co. 4, cit., che, invece, in ragione della specifica condizione del rappresentante designato dalla società, esclude la possibilità di potergli conferire deleghe se non nel rispetto della più rigorosa disciplina prevista dall'art. 135-*undecies* stesso.

I commi 4 e 5 dell'art. 106 mirano a incentivare un più ampio ricorso alle deleghe di voto per l'esercizio dei relativi diritti nell'assemblea delle società citate; delle norme "emergenziali" devono essere indagati principalmente gli effetti che esse potranno produrre soprattutto sulla tutela dei diritti dei soci come predisposta dalle norme del TUF e dalla disciplina secondaria emanata dalla Consob; e ciò con particolare riferimento a due profili:

1) primo, se le società prevedano *esclusivamente* la presenza del rappresentato dalle società e

2) secondo, se al citato rappresentante possano essere conferite deleghe e subdeleghe ai sensi dell'art. 135-*novies* del TUF.

1) Con riferimento al profilo, sussiste la necessità di rispettare le regole di pubblicità poste dalla legislazione speciale, ossia che tutte le proposte di deliberazione su ciascun punto all'ordine del giorno siano pubblicate prima della stessa assemblea, in tempo utile non solo per permettere agli azionisti di esercitare il diritto di voto attraverso la delega al rappresentante designato ma anche per eventuali adeguamenti al relativo modulo di delega. Pertanto, è necessario, come suggerito dalla Consob, che "*l'ordine del giorno sia formulato in modo analitico per consentire agli azionisti di votare attraverso il conferimento di deleghe al rappresentante designato su ciascuna delle materie su cui è richiesta una decisione assembleare*".

A ciò si deve aggiungere l'importanza dell'art. 125-*ter* del TUF, in base al quale, ove non sia già previsto da altre norme di legge, gli amministratori devono mettere a disposizione del pubblico una relazione illustrativa su ciascuna materia all'ordine del giorno. Si deve però considerare che non sempre le relazioni di cui all'art. 125-*ter* del TUF contengano proposte su ciascuna materia all'ordine del

giorno con riguardo ad alcune scelte che la legge o lo statuto rimette all'assemblea.

Orbene, nelle situazioni in cui sia esclusa la partecipazione diretta dei soci in assemblea, al fine di consentire la raccolta delle deleghe di voto su ciascuna materia all'ordine del giorno, è necessario che le proposte di delibera siano trasmesse alla società con un congruo anticipo rispetto alla data fissata dell'assemblea; idonea pubblicità deve essere rispettata anche se si vuole dare attuazione alle norme indicate all'art. 126-*bis* del TUF relativamente ad eventuali integrazioni all'ordine del giorno o alla presentazione di nuove proposte di delibera.

Inoltre, nella ipotesi specifica di assemblee aventi ad oggetto il rinnovo degli organi sociali, coloro che presentano liste di candidati alla nomina di amministratori e/o sindaci devono indicare il candidato che intendano proporre all'assemblea come presidente dell'organo amministrativo, nell'ipotesi in cui lo statuto rimetta tale scelta all'assemblea, e/o il candidato che si intendono proporre come presidente dell'organo di controllo qualora la lista dovesse risultare come "lista di minoranza", a meno che lo statuto non contenga clausole per l'individuazione automatica del presidente dell'organo di controllo.

Qualora la società dovesse optare per l'esercizio del voto *esclusivamente* tramite il rappresentante designato o il voto per corrispondenza ossia senza la partecipazione fisica dei soci in assemblea, occorre tenere altresì in giusto conto uno degli importanti diritti posti a tutela della minoranza dei soci: il diritto di porre domande prima dell'assemblea come disciplinato dall'art. 127-*ter* del TUF. Tale norma, che è stata modificata recentemente dal d.lgs. n. 49/2019, prevede al co. 1-*bis* due diversi e alternativi termini per la presentazione delle domande da parte di coloro ai quali spetta il diritto di voto. La scelta tra i due termini è rimessa agli emittenti e della stessa dovrà essere data notizia nell'avviso di convocazione dell'assemblea, ai sensi del citato art. 127-*ter* del TUF, per consentire agli azionisti di conoscerla.

Affinché il diritto di porre domande sia concretamente esercitabile, al fine di contemperare l'interesse della società ad avere tempo sufficiente per rispondere alle domande e quello degli azionisti di conoscere le risposte prima della scadenza del termine per conferire o revocare le deleghe al rappresentante designato, la soluzione da adottare potrebbe essere quella suggerita dalla Consob, "*di prevedere per la presentazione delle domande il termine di sette giorni di mercato aperto prima dell'assemblea previsto dall'art. 127-ter, comma 1-bis, del TUF, valutando la possibilità di ridurre, anche se di poco, il termine a disposizione della società per rispondere (almeno due giorni prima dell'assemblea ai sensi dell'art. 127-ter, comma 1-bis, del TUF), così da fornire tali risposte prima della scadenza del citato termine per conferire o revocare la delega*".

2) Con riferimento al punto sub 2,) ossia la previsione che al rappresentante possano essere conferite deleghe e subdeleghe ai sensi dell'art. 135-*novies* del TUF, in deroga al co. 4 dell'art. 135-*undecies* del TUF e, pertanto, senza la necessità di compilare e sottoscrivere i moduli di delega, è auspicabile, anche in questo caso

come "suggerito" dalla Consob, che al rappresentante designato dalla società possano essere conferite solo deleghe con istruzioni di voto sulle singole materie all'ordine del giorno su cui si intende votare e che anche le deleghe o subdeleghe di cui all'art. 135-*novies* del TUF al rappresentante designato debbano contenere istruzioni di voto.

Occorre, inoltre, porre particolare attenzione alla disciplina della sollecitazione di deleghe di voto come prevista agli artt. 136 ss. del TUF e dagli artt. 135 ss. del regolamento emittenti, che trovano applicazione anche nell'ipotesi in cui le società decidano di consentire l'intervento in assemblea *esclusivamente* tramite il rappresentante designato.

In primo luogo, l'art. 138, co. 1, del regolamento emittenti prevede che "*per il conferimento della delega il soggetto a cui spetta il diritto di voto trasmette al promotore il modulo di delega*" e, pertanto, anche nei casi in cui sia previsto l'esercizio del diritto di voto esclusivamente tramite il rappresentante designato, la sollecitazione dovrà svolgersi come sopra indicato e non inviando direttamente al rappresentante i moduli di delega relativi alla stessa sollecitazione;

in secondo luogo, ferma restando la responsabilità del promotore anche per la verifica della completezza dei moduli di delega raccolti, per l'espressione del voto in assemblea le deleghe raccolte nell'ambito della sollecitazione dovranno essere conferite dal promotore al rappresentante designato dalla società a titolo di subdelega ai sensi dell'art. 135-*novies* del TUF;

in terzo luogo, nella ipotesi in cui sia prevista la subdelega al rappresentante designato non troveranno applicazione le disposizioni - nei casi indicati dagli artt. 137, co. 3 e 138, co. 4, del regolamento emittenti - che attribuiscono al promotore il diritto di esercitare il voto in modo difforme da quello proposto, "*ove espressamente autorizzato dal soggetto sollecitato nel caso in cui si verifichino circostanze di rilievo, ignote all'atto del rilascio della delega e che non possono essere a questi comunicate, tali da far ragionevolmente ritenere che lo stesso, se le avesse conosciute, avrebbe dato la sua approvazione*";

infine, al fine di garantire la completezza delle informazioni per gli azionisti sollecitati, come previsto all'art. 143, co. 1 del TUF, la Consob richiama l'attenzione sulla necessità di chiarire le specifiche modalità di svolgimento della sollecitazione di deleghe nell'avviso previsto dall'art. 136, co. 1, del regolamento emittenti, nonché nel prospetto pubblicato ai sensi del terzo comma del medesimo articolo.

B) Per le banche popolari, le banche di credito cooperativo, le società cooperative e le mutue assicuratrici, il co. 6, al pari dei co. 4 e 5, dell'art. 106, dispone che esse, anche in deroga alle disposizioni legislative e statutarie che prevedono limiti al numero di deleghe conferibili ad uno stesso soggetto (art. 150-*bis* del TUB, art. 135-*duodecies* del TUF e art. 2539 c.c.), possano designare per le assemblee ordinarie o straordinarie il rappresentante previsto dall'art. 135-*undecies* del TUF. Le stesse società possono altresì prevedere nell'avviso di convocazione

che l'intervento in assemblea si svolga *esclusivamente* tramite il predetto rappresentante designato.

Le medesime considerazioni svolte con riferimento ai co. 4 e 5, possono essere riproposte anche per le assemblee delle società del mercato bancario, assicurativo e per le società cooperative, anche se nel co. 6 ci sono due importanti differenze: 1) in primo luogo viene esclusa l'applicabilità del quinto comma dell'art. 135-*undecies* del TUF, per cui viene esclusa la possibilità di esprimere un voto difforme rispetto alle istruzioni impartite dal delegante e 2) il termine per il conferimento della delega è fissato al secondo giorno precedente la data di prima convocazione dell'assemblea.

(18-05-2020)

COVID-19 E ATTIVITÀ NOTARILE

Rosario Caliulo

Notaio in Montelupo Fiorentino e cultore della materia in Diritto commerciale

La vicenda "Covid-19" ha avuto, inevitabilmente, il suo impatto anche sull'attività notarile.

Nella misura in cui il notaio è filtro (di legalità) delle operazioni economiche, l'interruzione di tale servizio pubblico, rappresenterebbe un'interruzione delle operazioni economiche, già provate dalla crisi collegata alla pandemia, e del relativo controllo.

In questi termini la legge notarile (l. n. 89 del 1913), conscia di tali rischi sottesi ad eventi pandemici, ha imposto al notaio pubblico ufficiale di continuare a prestare la propria assistenza alla sede pena la destituzione dall'ufficio pubblico.

Tuttavia, chi scrive, e credo buona parte della categoria, mai avrebbe pensato che una norma siffatta trovasse un riscontro pratico tanto importante ad oltre 107 anni dalla sua introduzione, non fosse altro per la netta differenza delle condizioni socio-sanitarie rispetto al momento in cui fu introdotta.

In questo quadro, si ci è dovuti "barcamenare" fra la legislazione emergenziale, e quindi le novità normative di interesse notarile che comunque ha fornito non poche occasioni di studio, e le dinamiche dell'attività, laddove si è cercato di fornire il proprio modesto contributo, garantendo la continuità del servizio.

Ed in particolare modo sotto quest'ultimo aspetto le circostanze non erano, e, purtroppo, non saranno per qualche tempo, le migliori.

Il contatto con il cliente, e quindi una prima ricostruzione della volontà delle parti, è passato attraverso lo strumento della videochiamata anziché, salvo rare eccezioni, il tradizionale appuntamento in studio.

Ma, se per la prima fase dell'istruttoria, e quindi per la raccolta della documentazione (es. documenti di identità delle parti, titoli di provenienza, ecc.) è stato possibile usufruire della posta elettronica quale strumento di trasmissione, in sostituzione della consegna manuale, la seconda parte è stata spesso complicata, per l'impossibilità di addivenire al completamento dell'ispezione ipotecaria.

La verifica della libertà del bene oggetto di transazione da gravami di sorta, è stata impossibile laddove le circostanze del caso rimandavano a titoli negoziali non reperibili attraverso il portale telematico della Conservatoria dei Registri

Immobiliari (digitalizzata solo fino al 1980), sicché si è reso necessario differire gli atti.

Sotto il profilo della stipula la stessa ha richiesto diversi adeguamenti rispetto allo svolgimento tradizionale, senza snaturare comunque l'essenza dell'atto pubblico.

In prima battuta la scelta del luogo di stipula, dovendo conciliare l'attività con il distanziamento sociale si è dovuto ricercare un luogo diverso dall'ordinario...e così, unitamente ad i miei collaboratori, abbiamo riconvertito il terrazzo in un luogo di stipula (clima permettendo), trasportando sedie e poltrone dall'interno dello studio all'esterno per consentire il rispetto delle vigenti prescrizioni.

In tale contesto, purtroppo, da un lato, si è dovuto limitare l'accesso ai soggetti non direttamente coinvolti, laddove, spesso e volentieri (se non sempre) l'acquisto di un'abitazione (esempio più classico di attività notarile) rappresentando un risultato per l'intera famiglia, vedeva presenti, oltre che l'interessato anche le persone lui più legate, quali ad esempio i genitori o la propria fidanzata, dall'altro, l'adozione di misure attuative delle prescrizioni anti contagio: guanti e mascherine!

E ciascuna di esse ha contribuito a rendere la stipula più sicura, ma anche più "avvincente".

L'utilizzo della mascherina, infatti, poteva spesso non rendere esattamente percepibile il contenuto dell'atto in fase di lettura da parte del sottoscritto, sicché, oltre ad alzare il tono della voce, si è reso necessario ripetere più volte qualche passaggio, per non parlare del momento della sottoscrizione. L'esigenza di una sottoscrizione in forma chiara e leggibile, che spesso spiazza il contraente voglioso di dar sfogo a quella che egli dice di essere la sua "firma", ha richiesto un notevole sforzo a causa della presenza dei guanti.

Situazioni, inutile dirlo, straordinarie.

Eppure, e questo piace segnalarlo, lo sforzo profuso nel tentativo di conciliare la situazione emergenziale con la routine dell'attività, è stata apprezzata dai contraenti (banche, privati).

Quanto poi all'aspetto squisitamente normativo, vanno segnalate talune novità di impatto immediato.

Basti pensare alle condizioni richieste per l'acquisto e la conservazione delle agevolazioni prima casa, che quotidianamente caratterizzano l'attività notarile.

Sul punto è intervenuto l'art. 24 del d.l. n. 23/2020 il quale ha previsto la sospensione dei termini in merito alla citata agevolazione.

La norma richiama integralmente la nota II bis dell'art. 1 della tariffa del dpr. n. 131/1986, ne discende che tutti i termini ivi richiamati debbono rientrare nel suo perimento di applicazione, che ci traduce in una sospensione della loro decorrenza fino al 31 dicembre 2020.

Pertanto non solo viene ad essere sospeso, il termine di diciotto mesi per il trasferimento della residenza nel comune in cui è situato il bene acquistato con le agevolazioni, quanto poi vengono parimenti sospesi sia quello annuale per

riacquisto di una nuova abitazione al fine di poter fruire del credito d'imposta, sia quello inerente all'onere di alienare la prima casa preposseduta una volta acquistata la nuova abitazione fruendo della relativa agevolazione.

In questi termini il legislatore si è avveduto delle difficoltà pratiche riscontrate dalle parti nella contrattazione immobiliare nel contesto dell'attuale vicenda sanitaria al fine di rispettare le tempistiche imposte dalla legislazione ordinaria.

E, sia pur sinteticamente, merita di essere ricordato l'art. 8 sempre del d.l. n. 23/2020, che ha sospeso l'applicazione degli artt.2467 e 2497 *quinquies* c.c., disattivando, quindi, temporaneamente, la postergazione dei finanziamenti soci effettuati tra il 9 aprile 2020 e il 31 dicembre 2020.

Anche in questo caso è apprezzabile lo spunto del Legislatore che ha voluto consentire ai soci di approntare mezzi di sostegno alla società sgravandoli dal rischio di scontare il meccanismo della postergazione nel pagamento, mettendoli in coda rispetto agli altri creditori.

Parimenti va segnalato l'art. 6 del medesimo decreto legge, laddove si è statuito che:

"*A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino alla data del 31 dicembre 2020 per le fattispecie verificatesi nel corso degli esercizi chiusi entro la predetta data non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-ter del codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, numero 4), e 2545-duodecies del codice civile*".

In questi termini viene escluso per le società di capitali, fino alla data del 31 dicembre 2020 e per le fattispecie verificatesi nel corso degli esercizi chiusi entro la predetta data, l'obbligo di procedere alla riduzione del capitale (per perdite superiori ad 1/3 o che portino lo stesso al di sotto del limite legale) nonché l'obbligo di deliberare lo scioglimento delle stesse quando le perdite di capitale non siano state ripianate.

Tuttavia risulta alquanto oscuro il perimetro temporale di applicazione, poiché si fa riferimento al periodo intercorrente tra la data di entrata in vigore del d.l. n. 23/2020 (quindi il 9 aprile 2020) e il 31 dicembre 2020, anche se in realtà le perdite verificatesi a seguito dell'emergenza Covid-19 probabilmente impatteranno in maniera significativa sul bilancio chiuso al 31 dicembre 2020, la cui approvazione avverrà tuttavia nel corso dei primi mesi del 2021.

È quindi probabile che la norma debba interpretarsi in funzione del periodo di riferimento e non quale data in cui il bilancio sarà approvato.

(18-05-2020)

LOS PLANES Y FONDOS DE PENSIONES EN TIEMPOS DE PANDEMIA (COVID-19)

Félix Benito Osma

Profesor Dr. Derecho mercantil,
Universidad Carlos III de Madrid

1. Los planes de pensiones

Los planes de pensiones (PP) son contratos de adhesión que deben constar por escrito, en el que forman parte un conjunto de personas que aparecen agrupadas o asociadas con el fin de efectuar unas aportaciones dinerarias para la obtención de prestaciones cuando se produzcan las contingencias previstas en la Ley y en el contrato (jubilación, incapacidad, la dependencia y la muerte del partícipe) [1]. Son contratos voluntarios colectivos asociativos de previsión con cierta similitud con los seguros de grupo que se hallan instrumentados organizativa y financieramente en un fondo de pensiones[2]. Responden a funciones e intereses múltiples y colectivos, entre los que cabe destacar la complementariedad del sistema público de pensiones.

2. Los fondos de pensiones

Los FP responden al cumplimiento del objeto de los PP que es garantizar las prestaciones derivadas de la ejecución y desenvolvimiento del plan de pensiones adscrito. Los FP son patrimonios[3] sin personalidad jurídica[4] autónomos tanto de la promotora, gestora y depositaria, al igual que el de los partícipes cuya responsabilidad queda limitada exclusivamente a sus compromisos de aportación

[1] BENITO OSMA, F., Los partícipes y beneficiarios en la nueva regulación de los planes y fondos de pensiones, La Ley, 2008, p. 292.

[2] *Vid.* BENITO OSMA, F., Los partícipes y beneficiarios en la nueva regulación de los planes y fondos de pensiones, *op. cit.,* pp. 46-68.

[3] Sobre la naturaleza de fondo de pensiones, patrimonio, sociedad, comunidad de bienes, fiducia y *trust*, *vid*. BENITO OSMA, F., *Los partícipes y beneficiarios en la nueva regulación de los planes y fondos de pensiones*, *op. cit.,* pp. 123-192.

[4] *Vid.* BENITO OSMA, F., Los partícipes y beneficiarios en la nueva regulación de los planes y fondos de pensiones, *op. cit.,* pp. 99 y ss.

al plan adscrito. La responsabilidad es limitada, lo que supone un claro signo de su estructura asociativa finalista.

La titularidad de los recursos patrimoniales del FP corresponde a los partícipes y beneficiarios. Dichos recursos patrimoniales se integran en una cuenta de posición del plan en el fondo de pensiones, con cargo a la cual se abonarán las prestaciones. Esa titularidad no es identificable con un derecho de propiedad[5] en el sentido de que las facultades dominicales corresponden al órgano de administración y representación[6].

3. Medidas excepcionales por la pandemia (Covid) *RDL 11/2020, de 1 de abril (DA20ª)15/2020, de 21 de abril y 28 de abril (art. 23).* Disposición excepcional, temporal, limitada y restrictiva de planes de pensiones y otros productos análogos en caso de desempleo, cese o reducción de actividad ocasionada por Covid-19.

Estas disposiciones legales urgentes no modifican el régimen normativo de los planes de pensiones (TRLPFP y RPFP), a diferencia de lo que sí ocurrió tras la crisis financiera, con la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que añadió la D.A 7ª – *disponibilidad de los planes de pensiones en caso de procedimiento de ejecución sobre la vivienda habitual* –. Esta DA 7ª no se halla vigente en la actualidad. Las medidas contempladas se estructuran en cuatro apartados, de forma siguiente:

Apartado 1. Ámbito subjetivo, temporal y supuestos excepcionales de disposición

a) *Ámbito subjetivo*. Los partícipes de los planes de pensiones – con carácter *excepcional* –

b) *Ámbito temporal*. Plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19.

c) *Supuestos excepcionales*:

1) Encontrarse en situación legal de desempleo como consecuencia de un expediente de regulación temporal de empleo derivado de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19.

2) Ser empresario titular de establecimientos cuya apertura al público se haya visto suspendida como consecuencia de lo establecido en el artículo 10 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

---

[5] Sobre la problemática respecto a la titularidad, la movilización y derechos políticos de los partícipes, *vid*. BENITO OSMA, F., *Los partícipes y beneficiarios en la nueva regulación de los planes y fondos de pensiones*, *op. cit.,* pp. 131-138, 272-274,280. También, TIRADO SUÁREZ, F. J., "Derechos y deberes de los partícipes y beneficiarios (contingencias, liquidez, inembargabilidad, movilización…), *Revista Española de Seguros*, núm. 150-151, 2012, pp. 163-187.

[6] Sobre la relación entre gestora, fondo de pensiones y partícipes puede verse en BENITO OSMA, F., "El estatuto del administrador del fondo de pensiones en tiempos de crisis", *op.cit.*

3) En el caso de los trabajadores por cuenta propia que hubieran estado previamente integrados como tales en un régimen de la Seguridad Social o en mutualismo alternativo que hayan cesado en su actividad o reducido, al menos un 75% en su facturación, como consecuencia de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19.

Este apartado no distingue entre planes de pensiones, por lo que cabe entender que lo serán todos los partícipes de planes de pensiones – *individuales, asociados y de empleo* –. La facultad de disposición excepcional reconocida a los partícipes y asegurados se extiende únicamente para 6 meses desde la declaración del estado de alarma. Por tanto, está sometida a un plazo temporal en meses, con día de inicio y de término computado de fecha a fecha.

Este apartado respecto a los supuestos excepcionales tiene un carácter *restrictivo*, en virtud de la situación subjetiva y objetiva del propio partícipe:

- trabajadores por cuenta ajena que se encuentren en situación de desempleo por un ERTE (expediente de regulación temporal de empleo) y aquellos otros trabajadores por cuenta propia – régimen especial de autónomos o alternativo – que hayan cesado en su actividad como haya reducido al menos un 75% de su facturación, como consecuencia de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19.

- empresario titular de establecimientos cuya apertura al público se haya visto suspendida por aplicación del RD 463/2020, de 14 de marzo.

Ese carácter restrictivo no es coherente con la facultad reconocida a los partícipes de planes de pensiones con carácter general. En este caso, imposibilita ilógicamente dicha facultad o derecho a los partícipes que no estando en situación legal de desempleo, pudieran estar en otra situación, activa, pero con reducciones – jornada, horarios, actividad, etc –. Cuando la causa que motiva el derecho no es el carácter subjetivo de la condición de participe sino aquello que lo provoca que no es otro que la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19.

Este planteamiento resulta extensible para los profesionales liberales y empresarios hayan o no visto suspendidas sus actividades. Reitero, el supuesto excepcional es la situación económica y financiera derivada del Covid-19, sin distinciones en uno y otro caso, con un sentido finalista coincidente seguramente con el objeto del RDL 11/2020.

Téngase en cuenta que la Disposición Adicional 7ª del TRLPFP no realizaba distinciones entre los partícipes de planes de pensiones cuando incorporó también temporalmente el supuesto excepcional de procedimiento de ejecución sobre la vivienda habitual, pero sí la concurrencia de alguno de los requisitos fijados.

Apartado 2. Disposición limitada y acreditada a unos importes máximos de los derechos consolidados de los planes de pensiones.

El importe de los derechos consolidados a los que tendrá derecho el partícipe debe dirigirse para complementar el sueldo o ingresos que se hayan dejado de percibir por dicha circunstancia. Este RDL tiene por objeto mitigar los efectos del Covid-19 – arrendamientos, préstamos, créditos; entonces la disposición excepcional es más particular y restrictiva, que de ámbito general para cualquier

participe, siempre que acredite la excepcionalidad y la necesidad económica derivada de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19. El partícipe tendrá la carga y responsabilidad sobre la *veracidad* de la documentación acreditativa del supuesto de hecho y de la exactitud en la cuantía a percibir.

La cuantía máxima de disposición será la menor de las dos cuantías siguientes para el conjunto de planes de pensiones de los que sea titular el partícipe.

La primera opción sería la siguiente:

Partícipe sujeto a ERTE: los salarios netos dejados de percibir mientras se mantenga la vigencia del ERTE, con un periodo de cómputo máximo igual a la vigencia del estado de alarma más un mes adicional, justificados con la última nómina previa a esta situación;

Partícipe empresario titular de establecimiento al público cuya actividad ha sido suspendida: los ingresos netos estimados que se hayan dejado de percibir debido a la suspensión de apertura al público, con un periodo de cómputo máximo igual a la vigencia del estado de alarma más un mes adicional, justificados mediante la presentación de la declaración anual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio anterior y, en su caso, el pago fraccionado del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y las autoliquidaciones del Impuesto sobre el Valor Añadido correspondientes al último trimestre;

Deberá aportar además una *declaración responsable* en la que se cuantifique el importe mensual de reducción de ingresos.

Partícipe trabajador por cuenta propia que hubiera estado previamente integrado en un régimen de la Seguridad Social como tal, o en un régimen de mutualismo alternativo al Régimen de SS y haya cesado en su actividad durante el estado de alarma: los ingresos netos estimados que se hayan dejado de percibir como consecuencia de la situación de cese de actividad durante un periodo de cómputo máximo igual a la vigencia del estado de alarma más un mes adicional, mediante la declaración anual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio anterior y, en su caso, el pago fraccionado del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y las autoliquidaciones del Impuesto sobre el Valor Añadido correspondientes al último trimestre. Deberá aportar además una declaración responsable en la que se cuantifique el importe mensual de reducción de ingresos.

La segunda opción sería la siguiente:

El resultado de prorratear el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) anual para 12 pagas vigente para el ejercicio 2020 multiplicado por tres en la proporción que corresponda al período de duración del ERTE, al periodo de suspensión de la apertura al público del establecimiento o al periodo de cese de la actividad, según, respectivamente, corresponda a cada uno de los supuestos.

En todo caso, el periodo de tiempo máximo a computar es la vigencia del estado de alarma más un mes adicional.

Apartado 3. Condiciones de reembolso de los derechos consolidados

En todo caso, el reembolso de derechos consolidados se hará efectivo a solicitud del partícipe, sujetándose al régimen fiscal establecido para las prestaciones de los planes de pensiones. El reembolso deberá efectuarse dentro del plazo máximo de siete días hábiles desde que el partícipe presente la documentación acreditativa correspondiente. Sólo se podrá en los planes de pensiones de empleo de prestación definida o mixtos cuando lo permita el compromiso por pensiones y lo prevean las especificaciones del plan aprobadas por la comisión de control del plan en las condiciones que se establezcan. El reembolso de los derechos queda sujeto a la solicitud, la documentación acreditativa y al régimen fiscal establecido para las prestaciones de planes de pensiones. Nada se dice respecto al modo de percepción (pago único o sucesivos) ni al momento de toma del cálculo de los derechos consolidados desde la solicitud, desde la documentación acreditativa, etc; pero sí respecto al plazo de término del reembolso – 7 días hábiles – desde la presentación de la documentación acreditativa para cualquier plan menos los de empleo que será de 30 días.

Apartado 4. Facultad de ampliación del plazo de disposición.

El Gobierno podrá ampliar el plazo de 6 meses para solicitar el cobro de los planes de pensiones, teniendo en cuenta las necesidades de renta disponible ante la situación derivada de las circunstancias de la actividad económica provocadas como consecuencia de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19.

4. Reflexiones finales

Con independencia de lo dispuesto en estas medidas legales excepcionales y temporales, la disposición anticipada de los derechos consolidados de los planes de pensiones se encuentra permitida en el régimen jurídico vigente establecido para los planes de pensiones – TRLPFP y RPFP – correspondiente a las aportaciones con 10 años de antigüedad; así como la efectividad o liquidez de sus derechos consolidados en los supuestos de enfermedad grave y de desempleo de larga duración. Los planes de pensiones y otros productos análogos finalistas son ilíquidos, salvo que la norma autorice su liquidez o disposición anticipada, como establece sin límite o restricción para el caso de 10 años de antigüedad de las aportaciones realizadas por el partícipe en planes individuales al instrumento en cuestión (art. 9.4 Reglamento de Planes de Pensiones). Ahora bien, para el caso de planes de pensiones de empleo queda supeditado el derecho a que el compromiso por pensiones lo permita y las especificaciones del plan en su caso lo permita con las condiciones o límites establecidos en aquellas. Resulta necesaria e imprescindible una interpretación objetiva, lógica, flexible, temporal y razonada de adaptación de los supuestos excepcionales de liquidez – desempleo de larga duración y enfermedad grave – al momento en que han de devengarse y de aplicarse, incluso una revisión u actualización de su propio régimen jurídico (art.8 y DA 7ª TLPFP; arts. 9, 10 y DA 8ª RPFP), dada la situación de alarma excepcional (Covid-19), – sanitaria,

económica, financiera y social – por cuestiones finalistas y de necesidades sociales y económicas de los partícipes y de sus familiares. Con ello, también debe reflexionarse sobre la ampliación o revisión de la disposición anticipada por antigüedad de las aportaciones (10 años) que no responde ni respondía, por cierto, a ninguno de los criterios finalistas que se establecieron ab initio de su configuración legal. La disposición anticipada (10 años) resulta incondicional y sin límites cuantitativos en planes individuales, es decir, basta con la solicitud y su acreditación a la gestora para se proceda al rescate total o parcial, según los casos, de los derechos consolidados de los planes de pensiones.

La paralización, interrupción o cese temporal de la actividad empresarial o profesional motivada por esta causa de fuerza mayor (Covid-19), ya sea por cuenta propia o ajena, podrá generar en mayor o menor medida un impacto negativo en su activo patrimonial circulante por la caída de las ventas a consecuencia de la suspensión, cese o limitación de la actividad desarrollada. Las empresas en su derecho propio podrán acogerse a los expedientes excepcionales y temporales a las que hace referencia el RDL 8/2020: la suspensión de los contratos de trabajo o reducción de la jornada de trabajo con las medidas extraordinarias respecto a la prestación por desempleo en aplicación de estos expedientes. Esta situación que es excepcional y también social invita a la reflexión de nuevo sobre la liquidez de los planes de pensiones por cuestiones finalistas sociales, más que por antigüedad de las aportaciones que no responde, por cierto, a ningún criterio finalista, aunque en gran medida aquéllas sí influenciadas o impulsadas por situaciones económicas y patrimoniales adversas o desfavorables (suspensión de trabajo, pérdida de salud por infección, impago de rentas, etc).

Con ello, debemos estar preparados, si la situación continua o no mejora, a la posible ampliación del plazo de solicitud (6 meses) y del establecido en la DA7ª TRLPFP de la teniendo en cuenta las necesidades de renta disponible ante la situación de endeudamiento derivada de las circunstancias de la economía – con un carácter preventivo del supuesto "*procedimiento de ejecución sobre la vivienda habitual*" o de un nuevo supuesto incluso la propia actualización a tiempos de pandemia de los supuestos hoy contemplados – enfermedad grave y desempleo de larga duración – cuando se terminen los efectos temporales de la moratoria hipotecaria o desde el establecimiento de las medidas sociales y laborales excepcionales en cualquier caso – cese de actividad, reducción de facturación, suspensión y extinción.

Queda, por último, manifestar que el escenario económico y financiero actual no propicia solicitudes masivas por los motivos ya expresados sino más que nada por las grandes pérdidas o disminuciones patrimoniales considerables de los derechos consolidados, así como por el tratamiento fiscal desfavorable que discrimina el ahorro y sus aportes en estos productos.

(19-05-2020)

IL DIRITTO DI FAMIGLIA ALLE PRESE CON IL COVID-19. ALCUNE QUESTIONI

Maurizio Di Masi

Professore a contratto di Diritto civile presso la SSPLE "L. Migliorini", Università degli Studi di Perugia

1. Il *lockdown* imposto dall'emergenza pandemica in corso non poteva che avere riflessi significativi sulle famiglie, sugli affetti e sulle relazioni giuridiche che li imbrigliano. Se è vero che il diritto di famiglia costituisce uno straordinario strumento di governo della società, dal momento che al suo interno si disciplinano i rapporti interpersonali, sessuali e intergenerazionali[1], appare centrale interrogarsi sull'impatto che la normativa di emergenza imposta dal diffondersi della sindrome Covid-19 ha avuto sulle relazioni familiari e sulle relazioni affettive *tout court*.

Si è osservato acutamente come questo coronavirus abbia comportato una misurazione della qualità della relazione (im)possibile, di modo che «[s]e la fisicità dell'incontro contiene in sé il germe di una potenziale infezione, se, dunque, il contatto ora vale nella forma di una sostanziale contaminazione, è la ragione del distacco a prevalere»[2]. Ed anche le relazioni familiari ed affettive, invero, in questo periodo si sono dovute confrontare con le ragioni del distanziamento sociale, nuova forma di solidarietà in grado di arginare la diffusione della pandemia e tutelare così la salute individuale e collettiva.

In tale contesto, due sono gli aspetti che mi prefiggo di affrontare in questo breve contributo: la nozione giuridica di "congiunto" e il *falso problema*, nello specifico caso del DPCM del 26 aprile 2020[3], del preteso predominio culturale del modello di famiglia tradizionale, che è quello eterosessuale, bigenitoriale, nucleare[4]; e l'impatto dell'*outbreak* sulla relazione genitori-figli con particolare riferimento all'applicazione

[1] Come si evidenzia nell'analisi di M. R. Marella, G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Laterza, 2014.

[2] Così C. Costantini, *Estetica della distanza e trasformazione del comune*, sul blog personale della docente al link https://cristinacostantinicc.wixsite.com/mysite.

[3] In GU 108 del 27 aprile 2020.

[4] Su cui si veda ampiamente M.R. Marella, *Evoluzione sociale e normativa dei rapporti familiari*, in G. Amadio, F. Macario, *Diritto di famiglia*, Bologna, 2016.

della clausola generale "interesse del minore" fra diritto alla salute e diritto alla bigenitorialità[5].

2. Quanto alla prima questione, la pietra dello scandalo è stata l'emanazione del DPCM del 26 aprile 2020, che come ormai noto all'art. 1 lettera a) prevede che, a partire dal 4 maggio 2020, siano «consentiti solo gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute e si considerano necessari gli spostamenti per incontrare congiunti purché venga rispettato il divieto di assembramento e il distanziamento interpersonale di almeno un metro e vengano utilizzate protezioni delle vie respiratorie».

Tale previsione normativa è stata fortemente criticata, a livello mediatico[6], politico[7] e istituzionale[8], poiché è stata percepita come cartina al tornasole dello "stato

[5] Peraltro nella consapevolezza che l'impatto maggiormente negativo rimane quello nella relazione di genere uomo-donna, dato che le violenze domestiche paiono essere la vera emergenza nell'emergenza: cfr. M. C. Tringali, *Covid-19, i femminicidi in Italia continuano*, Il Sole 24 Ore, 7 aprile 2020, al link https://alleyoop.ilsole24ore.com/2020/04/07/la-fuori-ce-il-virus-ma-cosa-rischiano-le-donne-in-casa-se-lui-e-violento/?refresh_ce=1. Ed anche al di fuori dell'aspetto patologico dei femminicidi, nella sospensione generale della vita sociale prodotta dal Covid-19, appare evidente il ruolo surrogativo del Welfare che la famiglia assume, ruolo che pare addossare ancor più al genere femminile il carico del lavoro di cura. Si vedano le considerazioni della giurista A. Cavaliere, *Fase 2: La famiglia e i rigurgiti del patriarcato*, in La Fionda, 28 aprile 2020, al link https://www.lafionda.org/2020/04/28/fase-2-la-famiglia-e-i-rigurgiti-del-patriarcato/.

[6] Ad esempio cfr. F. Salamida, *Parenti sì, fidanzati no. Un governo può decidere per legge una gerarchia degli affetti?*, in TPI.it, 27 aprile 2020, che interpreta "congiunti" limitatamente ai soli "rapporti di sangue". Va però specificato che, giuridicamente, il "rapporto di sangue" dice poco: vuoi perché il vincolo di parentela può sorgere anche in mancanza di un legame biologico, come nel caso dell'adozione; vuoi perché, viceversa, anche in ipotesi di legame biologico può non sorgere il vincolo di parentela: si pensi al diritto della donna di partorire in anonimato (ex art. 30, comma 1, d.p.r. n. 396/2000), oppure all'art. 9, comma 3, della legge 40/2004 che espressamente prevede che in caso di applicazione di tecniche di tipo eterologo «il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi». O ancora, si pensi a come, fino alla riforma della filiazione del 2012/2013 (l. 10 dicembre 2012, n. 219 e d.lgs. n. 154/2013), nonostante il vincolo di sangue il rapporto fra parenti naturali (cioè fra figlio nato al di fuori del matrimonio e parenti del genitore biologico) fosse considerato un vincolo di fatto e non giuridico: ciò a dimostrazione che è il diritto a fare e disfare i vincoli parentali, e non la mera biologia.

[7] Vedi le reazioni di Arcigay e di alcuni parlamentari: *Cirinnà: "Per la fase 2 dimenticate coppie arcobaleno". Arcigay: "Congiunti? Inaccettabile"*, in Huffingtonpost.it, 27 aprile 2020, al link https://www.huffingtonpost.it/entry/cirinna-conte-dimentica-coppie-arcobaleno-arcigay-congiunti-inaccettabile_it_5ea6b013c5b6a30004e503dd.

[8] Cfr. A. Lamorte, *Cartabia bacchetta il governo: "Congiunti? Non è un termine giuridico, va chiarito"*, in Il Riformista, 30 aprile 2020, al link https://www.ilriformista.it/cartabia-bacchetta-il-governo-congiunti-non-e-un-termine-giuridico-va-chiarito-90833/. Però il problema non è tanto che il termine congiunti non sia termine giuridico – affermazione davvero molto opinabile, dato che nel lessico giuridico è vocabolo presente, utilizzato e variamente specificato – quanto, al limite, che non sia un termine definito in maniera rigida, ma che si presta ad essere interpretato in maniera più o meno elastica. Come molti altri termini del linguaggio giuridico.

dell'arte" in materia di affettività nel nostro Paese, "stato dell'arte" che tenderebbe ad escludere le affettività altre da quelle che si conformano ad un paradigma di famiglia tradizionale. Un tipo di critica che avrebbe dovuto spingere i giuristi ad intervenire in maniera più incisiva nel dibattito pubblico, per chiarire o quantomeno ridimensionare la portata di un vero e proprio *misunderstanding*.

D'altra parte, tradizionalmente è proprio dell'attività del giurista il distinguere fenomeni giuridici affini, delineare, classificare e ordinare fattispecie ed effetti[9]. Il quesito giuridico da sciogliere in fretta, invero, è stato: il "congiunto" indica solo un "familiare" in senso stretto? La risposta immediata, pertanto, avrebbe dovuta essere netta. No, il termine congiunto non indica di certo solo il familiare, dal momento che se così fosse stato – ed allora la critica che considerava il DPCM come specchio di una concezione tradizionale e patriarcale di famiglia sarebbe stata senz'altro corretta – si sarebbe dovuto utilizzare la nozione tecnico-giuridica di "parenti". La parentela, difatti, è giuridicamente definita dall'art. 74 c.c. e designa proprio quel «vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo». Posto allora che il termine "congiunti" non coincide con il termine "parenti", occorre interrogarsi su un piano sistematico se essa corrisponda o meno alla nozione di "prossimi congiunti", come definita dall'art. 307 c.p., comma 4. Anche in questo caso abbiamo una definizione legale che ci dice che sono prossimi congiunti «gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti»[10]. Dal mero dato letterale, quindi, emerge già che tale nozione comprende anche le unioni civili, quale forma di famiglia "altra" da quella tradizionale. Ma vi è di più, dal momento che se questa è la definizione legale, a cui si unisce la giurisprudenza che la estende ai conviventi di fatto[11], rimane comunque evidente che nel DPCM si è rinunciato all'aggettivazione "prossimi" che nel dettato del

[9] B. Albanese, Definitio periculosa: *un singolare caso di* duplex interpretatio, in Aa. Vv., *Studi in onore di G. Scaduto*, III, Padova, 1970, p. 348.

[10] Pertanto, già da definizione legale i prossimi congiunti sono comprensivi dei vari modelli di famiglia. D'altra parte che le definizioni legislative abbiano sempre una rilevanza normativa e pertanto siano anche esse soggette a interpretazione sistematica e unitaria dell'ordinamento è sottolineato da P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006, p. 227 ss.

[11] Vedi Cass. Pen., Sez. II, 30 aprile 2015, n. 34147, in CED Cassazione 2015, secondo cui il rapporto familiare è, per definizione, una formazione sociale *in fieri*: la famiglia, così intesa, cessa di essere qualificata esclusivamente dal vincolo di stabilità, assumendo caratteri mutevoli e dinamici, sicché si estende, in via interpretativa, l'art. 384, comma 1, c.p. al convivente di fatto. Anche in materia di responsabilità civile, ove il danno da perdita del congiunto è esteso anche ai fidanzati proprio in virtù del fatto che si dà rilievo allo stabile legame tra due persone connotato da duratura e significativa comunanza di vita e di affetti, prescindendo dal dato della coabitazione. Si veda a titolo esemplificativo Tribunale, Firenze, sez. II civile, sentenza 26/03/2015 n. 1011, in Altalex.com, al link https://www.altalex.com/documents/news/2015/04/28/danno-morte-risarcimento-alla-fidanzata.

codice penale connota il sostantivo "congiunti". *Ergo*, la definizione di congiunti prevista dal DPCM del 26 aprile 2020 appare già di per sé atta a ricoprire una sfera affettiva maggiormente allargata e inclusiva, tale da comprendere di certo i/le fidanzati/e ed i/le c.d. *friends for benefits*, in ogni caso senza possibilità di intravedere alcuna discriminazione fra relazioni affettive che sia determinata dall'orientamento sessuale.

Si condivide pertanto la conclusione di quella dottrina che ha razionalmente sostenuto che ai fini dell'applicazione della normativa emergenziale in oggetto non importa «se chi si va ad incontrare sia effettivamente legato a noi formalmente o stabilmente, in linea retta od orizzontale, importa che l'esigenza di relazionarsi costituisca una manifestazione della propria personalità e della propria dignità in un contemperamento tra dimensione individuale e dimensione collettiva dei sentimenti di affettività e solidarietà alla luce della prioritaria esigenza di tutela della salute»[12].

D'altra parte, infatti, la *ratio* dell'intera disciplina del DPCM non è certo definire nel dettaglio il grado di affettività meritevole di tutela nel nostro ordinamento, ma evitare assembramenti per tutelare il diritto alla salute collettiva, al contempo cominciando a mitigare le forti restrizioni alla libertà (soprattutto ma non solo di circolazione) che fino al 4 maggio 2020 hanno caratterizzato la normativa emergenziale. In tale ottica, per di più, questa norma tanto discussa è destinata a trovare applicazione soprattutto con riguardo alla libertà sessuale della persona, finendo altresì per porre un freno a quello che è stato definito "onanismo di Stato"[13].

Si tratta, in altre parole, di superare il limite della solitudine imposta nella fase 1 del *lockdown* dalla logica del distanziamento sociale, per cercare ora – gradualmente – il modo tramite cui «la sostanza dell'interrelazione può tornare ad essere compresa con diversa consapevolezza»[14].

La facoltà di *incontrare* i congiunti, allora, non può che essere interpretata come diritto di riprendere con cautela, responsabilmente, i rapporti sentimentali ed amicali che sono espressione del libero sviluppo della persona ed essenziali per l'identità di ognuno, senza discriminazione alcuna e nel pieno rispetto dei diversi modelli familiari e dell'altro.

Soluzione interpretativa che, infine, è stata esplicitata dallo stesso Ministro dell'Interno, che ha emanato apposita circolare ai prefetti in cui si chiarisce, a proposito del termine "congiunti" (e citando una sentenza della Cassazione

[12] Così D. Amram, *"Incontrare i congiunti" ai tempi del Covid-19*, in Articolo29.it, 28 aprile 2020, al link http://www.articolo29.it/2020/incontrare-congiunti-ai-tempi-del-covid-19/.

[13] A. Bausone, *Mentre in Italia ci si interroga sui "congiunti", all'estero si pensa a come gestire il* lockdown *del sesso*, in TPI.it, 27 aprile 2020, al link https://www.tpi.it/opinioni/italia-pensa-ai-congiunti-estero-risolve-lockdown-sesso-20200427593077/?fbclid=IwAR2tRqvTlQDk2Mdvhvw1WTEL3tgr K9xhNdLhHObfe7AOMA8uaj_JUJEdPRA.

[14] C. Costantini, *Estetica della distanza e trasformazione del comune*, cit.

penale[15]), che si tratta di «relazioni connotate "da duratura e significativa comunanza di vita e di affetti"»[16]. "Comunanza" di vita e di affetti che, nuovamente, spinge a dare un peso alle parole, a cercarne l'essenza ed a rimarcare la forte spinta solidaristica, di *co-obbligo*, che caratterizza ogni comunità (da *cum-munus*)[17]: ancora una volta «[i]l tempo del *munus*, di quel dono che sta alla base di ogni comunità, è giunto prima di una possibile, generale immunizzazione»[18].

3. Le ragioni del distanziamento sociale hanno impattato direttamente anche sulle relazioni genitoriali delle famiglie in crisi, ponendo la bigenitorialità di fronte a inedite sfide vagliate, di caso in caso, dai giudici di merito. Sì è in tal modo sviluppata una giurisprudenza sull'interesse del minore che merita di essere brevemente considerata, per gli esiti ancora una volta ambivalenti a cui si presta questo peculiare *standard* giudiziario[19]. Attraverso l'interesse del minore, quale principio e quale clausola generale, sembra invero assistersi ad una neo-istituzionalizzazione all'interno dei rapporti familiari, che investe non più il matrimonio, ma il rapporto genitori-figli[20]. Sempre più frequentemente, difatti, l'interesse della persona minore di età viene in considerazione quale criterio di giudizio nel conflitto tra genitori in ordine alle scelte che concernono la cura, la salute, l'educazione, l'istruzione dei figli: data la rilevanza pubblica di detto interesse si richiede che sia il giudice, in mancanza di accordo dei genitori, ad individuare la soluzione maggiormente idonea al benessere dei fanciulli[21].

Paradigmatica, in tal senso, la giurisprudenza di merito che nega non solo la legittimità, alla luce della vigente normativa emergenziale sul Covid-19, di spostamenti fuori dal comune di residenza compiuti da genitori non conviventi,

---

[15] Cass. pen. Sez. IV, 16-10-2014, n. 46351, in Fam. dir., n. 3/2015, p. 282 ss.

[16] Vedi la circolare al link https://www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/circolare_2_maggio_2020.pdf.

[17] Riprendendo il pensiero di R. Esposito, Communitas. *Origine e destino della comunità*, Torino, 2006.

[18] C. Costantini, *Estetica della distanza e trasformazione del comune*, cit. Ma vedi anche D. Amram, *"Incontrare i congiunti" ai tempi del Covid-19*, cit., la quale sostiene che il "richiamo ai valori condivisi nel momento storico potrebbe fungere da bussola nella redazione delle istruzioni operative affinché "in*con*trare *con*giunti" risponda ad un bisogno di realizzare la propria persona "con" (tre lettere che ricorrono due volte nella formula) un'altra, rendendoci responsabili delle nostre condotte derogatorie rispetto al prossimo e alla collettività".

[19] In dottrina diffusamente cfr. L. Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in Riv. dir. civ., 2016, p. 86 ss.; E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Roma, 2016.

[20] Sia consentito il rinvio a M. Di Masi, *L'interesse del minore quale unica certezza nell'odierno diritto di famiglia*, in Comparazione e diritto civile, n. 1/2019, p. 109 ss.

[21] In giurisprudenza, fra le molte, si veda Cass. civ. Sez. VI - 1, sent., 23-09-2015, n. 18817, in Foro it., 2016, 3, 1, c. 902 ss., ove si sottolinea limpidamente come l'esclusivo interesse morale e materiale dei minori di età impone di privilegiare, tra più soluzioni eventualmente possibili, quella che appaia più idonea a ridurre al massimo i danni derivanti dalla disgregazione del nucleo familiare e ad assicurare il migliore sviluppo della personalità del minore.

per incontrare "in presenza" i figli, ma nega altresì la legittimità stessa degli incontri in presenza, che, invero, sono stati dalla maggior parte dei giudici di merito sospesi e sostituiti con video-chiamate o altre modalità di socialità da remoto (quali Skype). E ciò è accaduto in più situazioni, tra loro diverse, che vanno dall'incontro tra figlio minore e genitore non convivente da svolgersi con modalità protette (Trib. Matera, 12.03.2020; Trib. Terni, 30.03.2020), non più possibile per la sospensione dell'attività dei servizi territoriali (App. Lecce, 20.03.2020), all'incontro con entrambi i genitori decaduti dalla responsabilità genitoriale, delle figlie ricoverate in comunità (App. Bari, 16.03.2020), sino al, più comune, incontro con il genitore non convivente, in conseguenza della collocazione prevalente dei minori presso l'altro genitore (App. Bari, 26.03.2020; Trib. Bari, 26.03.2020; Trib. Napoli, 26.03.2020; Trib. Vasto, 02.03.2020[22]; Trib. Bolzano, 03.04.2020; Trib. Velletri, 08.04.2020[23]). In tale casistica, in particolare, l'utilizzo della clausola dell'interesse del minore ha condotto ad un bilanciamento dei diritti della persona minore di età volto a far prevalere il diritto alla salute (sia individuale che collettiva) su quello alla piena attuazione della bigenitorialità. Sicché il diritto-dovere dei genitori e dei figli minori di incontrarsi, è risultato recessivo rispetto alle limitazioni alla circolazione delle persone, legalmente stabilite per ragioni sanitarie, ex articolo 16 della Costituzione, ed al diritto alla salute sancito dall'articolo 32 Cost. Bilanciamento che, d'altro canto, non sacrifica del tutto il diritto di visita, che semplicemente trova in via temporanea e contingente una sua attuazione mediante gli strumenti informatici[24], mentre ad emergenza passata potrà essere sempre possibile recuperare gli incontri in presenza.

Ovviamente non sono mancati orientamenti giurisprudenziali opposti, più propensi cioè a far prevalere le ragioni della bigenitorialità sulla salute: così il

[22] Reperibile con commento di M. Sichetti al link https://www.quotidianogiuridico.it/documents/2020/04/22/covid-19-la-salute-pubblica-prevale-sul-diritto-di-visita-del-minore. Nel bilanciamento dei diversi diritti coinvolti, diritto alla salute pubblica, diritto alla bigenitorialità del minore e diritto/dovere di visita del genitore, il decreto del tribunale di Vasto ha sospeso il diritto/dovere di visita, nei limiti dell'incontro c.d. "in presenza", per tre ragioni caratterizzanti il caso specifico: 1) il padre era rientrato nella propria residenza da una città ad alto tasso di contagio virale; 2) non era dimostrato che il padre avesse rispettato le prescrizioni imposte dalla normativa vigente, tra cui l'isolamento domiciliare fiduciario e 3) non sarebbe emerso se nell'abitazione di destinazione fossero presenti altre persone oltre all'istante.

[23] Quest'ultima pronuncia, in particolare, ha fatto discutere poiché il tribunale ha sospeso in via temporanea l'affidamento congiunto dei figli minori alla madre la quale, lavorando come infermiera, è stata ritenuta troppo esposta al virus Sars-Cov-2. Il giudice ha quindi disposto l'affidamento temporaneo dei minori al padre sino al termine del periodo di emergenza pandemica.

[24] Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali e per un primo commento critico cfr. M. Di Bari, *Covid-19: misure di contenimento ed effetti collaterali sulla crisi familiare*, in GiusitiziaInsieme.it, al link https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/982-covid-19-misure-di-contenimento-ed-effetti-collaterali-sulla-crisi-familiare.

Tribunale di Milano, in un decreto dell'11.03.2020[25]. In tale ultima ipotesi, il giudice riconosce valore giuridico alle FAQ diramate sul sito internet dalla Presidenza del CDM in data 10.03.2020, che indicano al punto 13 che gli spostamenti per raggiungere i figli minori presso l'altro genitore o presso l'affidatario sono sempre consentiti, in ogni caso secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione e divorzio, così rinunciando a qualsiasi bilanciamento di interessi e diritti fondamentali[26]. O quantomeno rimettendo al buon senso dei genitori la valutazione delle circostanze concrete e del *best interest* del figlio; buon senso che, in situazioni di crisi familiare, può considerarsi utopico secondo l'*id quod plerumque accidit* nel contesto nazionale.

Ad ogni modo, questa giurisprudenza mi pare mostri bene come – tanto più in tempi di pandemia – l'interesse della persona minore di età possa a tutti gli effetti essere considerato un *dispositivo*[27], caratterizzato per il suo conformarsi in declinazioni differenti, in rispondenza in ogni caso ad un discorso sul potere e sulla razionalizzazione di rapporti di forza non solo endofamiliari, ma anche fra famiglia e Stato. Il dispositivo "interesse del minore", difatti, si mostra strettamente connesso con un universo culturale ben definito, ed è capace di servirsi di tecniche e di accorgimenti modellati in altre situazioni e contesti per ri-orientarli verso le direzioni con esso coerenti. In ogni caso, parafrasando Giorgio Agamben, l'interesse del minore come peculiare dispositivo tecnico-giuridico rinvia a una *oikonomia*, vale a dire a un insieme di prassi, di saperi, di misure, di istituzioni il cui scopo è di gestire, governare, controllare e orientare in un senso

[25] Reperibile al link http://www.dirittoegiustizia.it/allegati/Trib._Milano_sez._IX_11_marzo_2020.docx_.pdf. Sullo stesso filone giurisprudenziale vedi anche Trib. Torre Annunziata, 06.04.2020, in https://www.osservatoriofamiglia.it/, sito ove è possibile reperire anche la giurisprudenza fin qui richiamata e non espressamente richiamata in nota.

[26] Tale soluzione, d'altra parte, è quella adottata da diversi giudici nordamericani: vedi https://www.usnews.com/news/best-states/articles/2020-04-27/americans-struggle-with-co-parenting-during-covid-19.

Significativamente la valutazione del *best interest* del minore risente anche del modo in cui gli Stata stanno reagendo all'emergenza del coronavirus ed alla conseguente percezione sociale.

[27] Come osserva G. Amendola, *La famiglia è l'istituzione totale del vivere in comune*, in Il manifesto, 7 agosto 2014 e sul sito di Euronomade al link http://www.euronomade.info/?p=3134, nel periodo neoliberale il rapporto fra diritto e famiglia si pluralizza in una serie di dispositivi differenziati e spesso contradditori: da una parte, e l'interesse del minore ben la rappresenta, «sembra prevalere una decisa individualizzazione del diritto di famiglia: si afferma il linguaggio dei diritti dell'uomo e, di conseguenza, della subordinazione della tutela della famiglia alla dignità della persona. Ma, contemporaneamente, il neoliberalismo non rinuncia affatto alle politiche identitarie: l'essere dentro o fuori dalla famiglia "riconosciuta" continua a funzionare come dispositivo essenziale per ordinare gerarchicamente la società». Sulla nozione di dispositivo cfr. G. Agamben, *Che cos'è un dispositivo?*, Roma, 2006, secondo cui i dispositivi sono macchine simboliche che, interiorizzate, producono soggettivazione. Come scrive il filosofo il termine "dispositivo" «nell'uso comune come in quello foucaldiano, sembra rimandare a un insieme di pratiche e meccanismi (insieme linguistici e non linguistici, giuridici, tecnici e militari) che hanno lo scopo di far fronte a un'urgenza e di ottenere un effetto piú o meno immediato» p. 14.

che si pretende utile i comportamenti, i gesti e i pensieri dei membri delle famiglie[28].

L'interesse del minore, insomma, si connota per un'alta relatività nello spazio e nel tempo, perché la nozione si nutre di dati specifici per ogni epoca e ciascuna società ed è legato a una cultura, a una conoscenza, anche scientifica ed epidemiologica, a una concezione della persona[29]. Non solo, ma come è caratteristico della terza fase della globalizzazione del diritto[30], l'interesse del minore, essendo parametro per il bilanciamento dei vari diritti fondamentali concretamente in gioco, è connotato anche attraverso le identità di volta in volta coinvolte: dalle identità individuali, quella del padre e della madre, del bambino e del giudice; ma anche dalla identità collettiva, quella di una società, dell'immagine che questa società ha dei minorenni e, attraverso questa immagine, che ha di se stessa.

(20-05-2020)

[28] G. Agamben, *Che cos'è un dispositivo?*, cit., p. 20. Sulla ridefinizione di "economia" in termini di governamentalità fatta propria da Agamben, cfr. C. Costantini, *Nomos e Rappresentazione. Ripensare metodi e funzioni del diritto comparato,* Milano, 2017, p. 47, n. 64.

[29] H. Fulchiron, *Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant*, Gaz. Pal., 08 déc. 2009, n° 342, p. 15.

[30] Cfr. M. R. Marella, G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, p. 41 ss.

LA PANDEMIA SVELA IL VERO VOLTO DEL MERCATO DEL LAVORO AGRICOLO

Claudia Faleri

Professore Associato di Diritto del lavoro,
Università degli Studi di Siena

La forte pressione a cui sono sottoposti il settore agro-alimentare e agro-industriale a causa della diffusione del Covid-19 e l'elevata richiesta di manodopera agricola che ne consegue si scontrano con una difficoltà di reperimento di lavoratori, che si sta presentando in questo momento in agricoltura. Il settore primario – nonostante risenta di meno della crisi economica provocata dal Covid-19 rispetto agli altri settori merceologici (pur con le non irrilevanti eccezioni rappresentate dal florovivaismo e la pesca) – conosce pertanto ugualmente un suo momento di difficoltà, essenzialmente legato ai limiti posti agli spostamenti e alla chiusura delle frontiere, che precludono l'accesso della manodopera di cui il settore necessita.

Al fine di comprendere pienamente come l'emergenza pandemica abbia messo in discussione il modello del mercato del lavoro agricolo italiano, basato sulla mobilità dei lavoratori, disvelandone tutte le criticità, è opportuno svolgere una breve disamina delle particolari dinamiche che caratterizzano il mercato del lavoro agricolo. Il comparto dell'agricoltura si contraddistingue dagli altri settori economici innanzitutto per il carattere tipicamente temporaneo dell'attività lavorativa dovuto all'andamento stagionale e discontinuo del ciclo produttivo, oltre che per le caratteristiche intrinseche dei suoi prodotti, essenzialmente deperibili, la cui produzione una volta avviata non può essere interrotta. Da parte delle imprese si ricorre così a forme di lavoro flessibile, soprattutto a contratti di lavoro a tempo determinato, che rappresentano la forma negoziale più utilizzata in agricoltura, raggiungendo una percentuale di diffusione nettamente superiore a quella dei contratti a tempo indeterminato; al tempo stesso, si riscontra un ampio utilizzo di manodopera esterna, principalmente nell'ambito di contratti di appalto, volto a soddisfare la necessità di integrare ciclicamente e con immediatezza l'organico aziendale in relazione alle esigenze che di volta in volta si presentano alle aziende agricole[1].

[1] Sulle peculiarità occupazionali che oggi connotano in modo essenziale il settore agricolo, cfr. PINTO, *Rapporti lavorativi e legalità in agricoltura. Analisi e proposte*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2019, 9; D'ONGHIA - DE MARTINO, *Gli strumenti giuslavoristici di contrasto allo sfruttamento del lavoro in*

Le limitazioni degli spostamenti e la chiusura delle frontiere imposte a causa della pandemia hanno rivelato la forte dipendenza delle imprese agricole dall'esercito silenzioso dei lavoratori stagionali costituito in prevalenza da migranti Ue ed extraUe, disposti a svolgere lavori non qualificati e in quanto tali rifiutati dalla manodopera locale (quelli che gli americani chiamano i *ddd – dirty, dangerous and demeaning jobs*), nonché a sopportare condizioni di lavoro particolarmente gravose e scarsamente remunerative. Riguardo ai migranti UE, ci si riferisce in particolar modo ai braccianti stagionali, per lo più rumeni, bulgari e polacchi, che proprio in primavera giungono in Italia con un regolare contratto di lavoro, tendenzialmente nelle stesse aziende; a questi oggi è precluso l'accesso nel nostro Paese, rimanendo così l'imprenditore agricolo, con cui hanno ormai stabilito un legame di fiducia, senza manodopera.

Con riferimento alla condizione dei lavoratori extraUE, la situazione emergenziale ha piuttosto messo in evidenza l'inadeguatezza della disciplina italiana sul reingresso dei lavoratori stranieri rispetto alle esigenze di rapidità di assunzione proprie delle imprese agricole[2], nonostante con le modifiche apportate alle norme del T.U. sull'immigrazione relative al permesso di soggiorno per motivi di lavoro stagionale (artt. 5, co. 3*ter*, e 24 d.lgs. n. 286/1998) ad opera del d.lgs. n. 203 del 2016, attuativo della direttiva 2014/36/UE, si sia inteso dettare una regolamentazione maggiormente improntata al criterio di celerità e di flessibilità nei confronti dei lavoratori stagionali e favorire così i processi di migrazione circolare, nella consapevolezza del ruolo strategico assunto dal fenomeno del lavoro extraUE, specie in settori come quello agricolo. Se, infatti, al fine di favorire il reingresso dei lavoratori extraUE per lo svolgimento di attività stagionali, è stato loro riconosciuto un diritto di precedenza per il rientro in Italia nell'anno successivo rispetto ai cittadini del medesimo Paese che non abbiano ancora fatto regolare ingresso in Italia per motivi di lavoro (art. 24, co. 9, T.U.), vero è che, qualora non si proceda a un rinnovo del contratto e del relativo permesso di soggiorno, lo straniero sarà comunque obbligato a rientrare immediatamente nel Paese di origine. Tale complessità burocratica rischia oggi di paralizzare l'attività produttiva agricola, date le restrizioni agli spostamenti imposte dal Governo a

---

agricoltura nella legge n. 199 del 2016: ancora timide risposte a un fenomeno molto più complesso, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2018, n. 352, 6; NUZZO, *L'utilizzazione di manodopera altrui in agricoltura e in edilizia: possibilità, rischi e rimedi sanzionatori,* in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 357/2018.

[2] Sul punto si rinvia a CHIAROMONTE, *Fisiologia e patologia dell'impiego stagionale di lavoratori stranieri*, in CHIAROMONTE - FERRARA (a cura di), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica. Questioni aperte e prospettive future*, Milano, FancoAngeli, 2018, 135; PAPA, *Dentro o fuori il mercato? La nuova disciplina del lavoro stagionale degli stranieri tra repressione e integrazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, 363. In particolare sulla vulnerabilità dei lavoratori immigrati come conseguenza dei dispositivi regolativi cfr. MCBRITTON, *Lavoro extracomunitario, mercato del lavoro, contratti*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, I, 582 ss.; *amplius* si vedano ancora MCBRITTON, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano*, Bari, Cacucci, 2017; CALAFÀ, *Migrazioni economiche e contratto di lavoro degli stranieri*, Bologna, Il Mulino, 2013.

causa del Covid-19, tanto che da più fronti e in special modo da parte delle Organizzazioni Professionali (Confagricoltura, Coldiretti) si è richiesta l'attivazione di "corridoi verdi", ovvero percorsi privilegiati, che permettano ai lavoratori agricoli di venire in Italia per la stagione agricola, così come è avvenuto in altri Paesi europei, quali la Germania e la Gran Bretagna.

Altresì l'esigenza di reperire manodopera da parte delle imprese agricole per assicurare la continuità dello svolgimento dell'attività produttiva non è risultata soddisfatta dalla manodopera italiana; si era infatti pensato, al fine di soddisfare le incombenti esigenze di lavoro stagionale delle imprese, di prevedere un'apertura legislativa all'uso dei *voucher*, ammettendo che potessero essere estesi anche ai lavoratori posti in Cassa Integrazione Guadagni, appartenenti ad altri settori. Tale soluzione non è stata tuttavia accolta per il timore che un uso dei *voucher* più ampio rispetto a quello consentito dall'art.54*bis* del d.l. n. 50/2017, convertito con modificazioni dalla l. n. 96/2017, potesse significare una destrutturazione del sistema; del resto, in agricoltura lo strumento del *voucher* è sempre stato contrastato proprio per evitare che un ricorso incondizionato al lavoro occasionale determini una significativa erosione del sistema di tutele[3].

Si è così paventato il pericolo di un incremento delle forme di lavoro grigio e illegale, se non persino di una diffusione senza precedenti del fenomeno dello sfruttamento del lavoro, che trova un terreno particolarmente fertile proprio nel settore agricolo per la presenza di numerosi immigrati irregolari, talora clandestini, che costituiscono le principali vittime di quello che è chiamato il "nuovo" caporalato. La pandemia ha, dunque, fatto emergere come l'utilizzo di forza lavoro sottopagata resa essenzialmente da lavoratori extraUE costituisca per molte imprese agricole una necessità strutturale, tanto da indurre a ritenere che senza lo sfruttamento del lavoro di tale manodopera straniera, che consente di abbattere i costi del prodotto finale, non sarebbe possibile al settore agricolo italiano – quantomeno con riguardo alla produzione di alcune colture – conservare competitività sul mercato globale[4].

L'utilizzo di manodopera irregolare ha già conosciuto in questo ultimo decennio una crescita esponenziale, costituendo tali lavoratori un'offerta di lavoro flessibile e sottopagato alquanto interessante per le imprese agricole chiamate a gestire la forte pressione, che grava sui prezzi dei prodotti agricoli[5].

---

[3] Al riguardo cfr. PINTO, *Il lavoro accessorio tra vecchi e nuovi problemi*, in *Lav. dir.*, 2015, 679 ss.

[4] Si rinvia agli studi: cfr. *Counteracting exploitation of migrant workers in Italian tomato production*, in http://englishbulletin.adapt.it/counteracting-exploitation-of-migrant-workers-in-italian tomato-production.

[5] Sul punto cfr. FALERI, *Il lavoro povero in agricoltura, ovvero sullo sfruttamento (del bisogno) di lavoro*, in *Lav. dir.*, 2019, 149 ss; CHIAROMONTE, "*Cercavamo braccia, sono arrivati uomini". Il lavoro dei migranti in agricoltura fra sfruttamento e istanze di tutela*, in *Dir. lav. rel. ind.,* 2018, p. 324. Si rinvia altresì al volume *Vite sottocosto*, 2° Rapporto Presidio di Caritas italiana, a cura di CAMPANELLA, Canterano, Aracne, 2018.

Ciò è quanto si verifica specialmente in presenza di una filiera agroalimentare o agroindustriale significativamente lunga, imponendo questa una considerevole esigenza di contenimento dei costi a fronte dell'aumento del prezzo dei prodotti che la frammentazione della produzione determina. L'affermazione delle filiere quale nuova forma di organizzazione della produzione, assieme al forte incremento dei prezzi dei fattori produttivi e alla diminuzione dei prezzi dei prodotti agricoli come effetto del meccanismo di concorrenza al ribasso sui prezzi innescato dalle pressioni esercitate dalla grande distribuzione[6], hanno, infatti, comportato un progressivo e inesorabile aumento della pressione competitiva sulle aziende agricole. Si tenga inoltre conto, da un lato, del mutamento delle politiche europee, che – a seguito della c.d. riforma Fischler, con cui il sistema dei pagamenti "accoppiati" ad una determinata produzione è stato sostituito con un sostegno indipendente dal bene agricolo effettivamente prodotto[7] – ha indotto le imprese agricole a dover perseguire attente politiche di contenimento dei costi per rimanere sul mercato e cercare di essere competitive, dall'altro lato, del processo di digitalizzazione che, all'inizio di questo Terzo Millennio, sta investendo il mondo agricolo, nondimeno degli altri settori economici, favorendo anch'esso nuovi modelli di *business* e processi produttivi maggiormente competitivi[8].

In un mercato poi sempre più attento alla qualità del prodotto, l'esigenza di contenimento dei costi è andata così a scaricarsi sulla forza lavoro, tanto da essere giunti a considerare la gestione del costo del lavoro, *rectius* della difficoltà delle imprese ad assicurare il rispetto dei livelli retributivi stabiliti dal contratto collettivo nazionale, una delle ragioni più significative delle forme di sfruttamento del lavoro, oltre che la causa principale del lavoro sommerso in agricoltura[9].

---

[6] Si pensi in particolare alle imprese agricole fornitrici di prodotti agroalimentari alla grande distribuzione, le quali subiscono gli effetti della dispersione del valore nella filiera a causa della pluralità di intermediari che contribuiscono ad accrescere il valore del prodotto finale: al riguardo cfr. LECCESE, *Lavoro, sfruttamento e tutele nella filiera agroalimentare: un itinerario*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2018, 245 ss; PINTO, *Filiere agro-alimentari e agro-industriali, rapporti di produzione agricola e lavoro nero*, in FERRANTE (a cura di), *Economia "informale" e politiche di trasparenza*, Milano, Vita e Pensiero, 2017, 86-88; JANNARELLI, *Il divenire del diritto agrario italiano ed europeo tra sviluppi tecnologici e sostenibilità*, cin *Riv. dir. agr.*, 2013, 11 ss.

[7] Per un *excursus* sulla politica agricola comune, si rinvia a FRASCARELLI, *L'evoluzione della Pac e le imprese agricole: sessant'anni di adattamento*, in *Agriregionieuropa*, n. 50, 2017; IEVOLI - MACRÌ, *Politica agricola, immigrazione e mercato del lavoro in agricoltura*, in *Agriregionieuropa*, n. 17, 2009.

[8] Con Agricoltura 4.0 ad essere adottata è infatti una strategia gestionale fondata sull'acquisizione e la condivisione di dati e informazioni precise (tanto che si parla a tal proposito di agricoltura di precisione), utili per poter intervenire solo dove e quando è necessario e opportuno, supportando così le imprese nei loro processi decisionali, consentendo tale strumentazione di ottimizzare la gestione delle operazioni colturali della produzione agricola. A tal riguardo, si rinvia a FALERI, *L'innovazione tecnologica nel settore agricolo tra vecchie criticità e nuove opportunità*, in *Labor*, 2019, 143 ss.

[9] Al riguardo si veda CALAFÀ, *Undocumented work (by foreigners) and sanctions. The situation in Italy*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona, n. 321/2017; VARVA, Underclared work *e Unione europea, ultimo atto: una "piattaforma europea" per contrastare il lavoro sommerso*, in *Lav. dir.*, 2016, 461 ss.

A fronte di una siffatta situazione del mercato del lavoro agricolo, con il Decreto Legge 19 maggio 2020, n. 34 (il c.d. Decreto Rilancio)[10] si è proceduto a regolarizzare la condizione degli immigrati irregolari presenti nel territorio nazionale, mirando così a favorire l'emersione del lavoro nero; in particolare, con l'art. 103 si è riconosciuta agli stranieri, con permesso di soggiorno scaduto dal 31 ottobre 2019, non rinnovato o convertito in altro titolo di soggiorno, la possibilità di richiedere un permesso di soggiorno temporaneo della durata di sei mesi, per consentire loro di stipulare un contratto di lavoro subordinato ovvero per dichiarare la sussistenza di un rapporto di lavoro irregolare in corso in determinati settori, quali anche quelli dell'agricoltura, allevamento e zootecnia, pesca e acquacoltura e attività a queste connesse.

Se tale provvedimento è apprezzabile nel momento in cui consente di gestire l'emergenza, rispondendo alle esigenze di stagionalità del mondo agricolo e al tempo stesso attribuendo dignità a questa categoria invisibile di lavoratori, è evidente come l'evento pandemico abbia messo in forte evidenza le criticità che ormai da anni caratterizzano il mondo del lavoro agricolo, che non possono essere certo risolte con interventi di carattere congiunturale. Le distorsioni che presenta il mercato del lavoro agricolo sono, infatti, tali da non poter essere gestite solamente mediante azioni di contrasto al lavoro sommerso: per combattere il fenomeno dello sfruttamento del lavoro che connota il mondo del lavoro agricolo si richiede piuttosto l'adozione di politiche negoziali volte a riequilibrare il potere contrattuale dei diversi soggetti della filiera, al fine di migliorare la redditività aziendale, restituire valore al lavoro e contribuire così a innescare processi di sviluppo inclusivi.

Per governare quello che si presenta come un fenomeno economico complesso e di ampia portata occorre, dunque, un nuovo modello regolativo che intervenga a correggere la rotta della concorrenza al ribasso, ovvero a invertire il circolo vizioso insito nel ciclo produttivo basato essenzialmente sulla competitività di costo e avviare invece processi di produzione del valore[11].

Ad essere avvertita è in particolare l'opportunità di una regolamentazione che sappia riconoscere e tutelare gli interessi di tutti gli attori protagonisti del sistema agroalimentare e agroindustriale, da quelli dei lavoratori, troppo speso oggetto di forme di sfruttamento e di disconoscimento dei loro diritti, a quelle dei produttori agricoli rispetto alla posizione oligopsonistica che assumono nei loro confronti sia gli acquirenti (grossisti, commercianti, distributori), sia i fornitori di beni e servizi, fino a quelli dei consumatori a fronte di ingiustificati aumenti dei prezzi finali. Si richiede, in definitiva, una visione e una gestione d'insieme delle diverse

[10] Pubblicato in G.U. del 19 maggio 2020, n. 128 - Suppl. Ordinario.

[11] Con specifico riferimento alle distorsioni interne alla filiera cfr. PINTO, *Rapporti lavorativi e legalità in agricoltura. Analisi e proposte*, cit., 24; al riguardo *amplius* cfr. DEL PUNTA, *Valori del diritto del lavoro ed economia di mercat*o, in WP CSDLE "Massimo D'Antona, n. 395/2019; BRINO, *Lavoro dignitoso e catene globali del valore: uno scenario (ancora) in via di costruzione*, in *Lav. dir.*, 2019, 553 ss.; CAGNIN, *Crisi e diritto del lavoro: la via della sostenibilità*, in *Ianus*, 2012, 7.

istanze di tutela sottese a tali sistemi, che porti all'adozione di un paradigma di regolamentazione più coerente con le esigenze di un corretto bilanciamento e contemperamento tra interessi assiologici diversi (da un lato, quelli di tipo economico-produttivo, dall'altro lato quelli sociali, ma anche ambientali), anche se talora fra loro contrastanti: indirizzando il comportamento degli attori economici e responsabilizzando le imprese sui temi del lavoro e dei diritti sociali fondamentali, potrà forse trovare affermazione un modello di agricoltura multivalore.

(20-05-2020)

LES ENTREPRISES EN PÉRIODE DE CORONAVIRUS ET LES AIDES ACCORDÉES PAR L'ÉTAT

Loïc Fauvet

Etudiant de Master la double maîtrise en droit français et espagnol à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, en partenariat avec l'Université Complutense de Madrid

La situation exceptionnelle découlant de la découverte en décembre 2019 d'un nouveau virus a contraint le gouvernement français, à l'instar d'autres pays en Europe et dans le Monde, à confiner sa population. La crise sanitaire, survenue un an après la crise sociale et politique générée par les manifestations de Gilets Jaunes et les grèves des transports publics s'opposant à la réforme des retraites proposée par le gouvernement, fragilise profondément l'économie et les entreprises.

Le gouvernement a donc dû prendre des mesures importantes pour tenter de sauver les commerçants, les restaurateurs et autres entreprises qui, dans la logique, devraient continuer à payer les charges et les loyers mais ne perçoivent plus de recettes. Le confinement soudain et l'arrêt brutal de l'économie va plonger le pays dans une crise sans précédent. Le gouvernement a répondu à cela en légiférant, notamment par ordonnances, pour aider les entreprises.

En soutenant de cette façon l'économie, le Gouvernement avait pour dessein d'éviter un nombre de faillites d'entreprises trop important. En cela, l'État a notamment décidé de reporter le paiement des charges et des loyers et certaines échéances fiscales ou même accorder des aides à hauteur de 1500 euros pour les indépendants et micro-entrepreneurs, voire une aide complémentaire pouvant aller jusqu'à 5000 euros, et de mettre les banques à contribution.

L'État d'urgence sanitaire a été décrété par Ordonnance du 23 mars 2020[1].

[11] L'art.4 de l'Ordonnance 2020-290 du 23 mars 2020 déclare l'État d'Urgence sanitaire sur tout le territoire français. "*L'état d'urgence sanitaire est déclaré pour une durée de deux mois à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi".* La prolongation de l'état d'urgence sanitaire a été voté jusqu'au 10 juillet 2020 par le Parlement le 9 mai 2020. Le Conseil Constitutionnel a validé le prolongement de l'État d'urgence sanitaire par la décision 2020-800 DC du 11 mai 2020. La loi 2020-546 du 11 mai 2020 a prolongé l'État d'urgence sanitaire jusqu'au 10 juillet 2020.

I. Report du paiement des charges ou des loyers fixé par l'Ordonnance 2020-316 du 25 mars 2020.

L'art.4 de l'ordonnance 2020-316 du 25 mars 2020 énonce qu'il ne sera pas possible de retenir contre les personnes de droit privé[2] des pénalités *«financières ou intérêts de retard, de dommages-intérêts, d'astreinte, d'exécution de clause résolutoire, de clause pénale ou de toute clause prévoyant une déchéance, ou d'activation des garanties ou cautions, en raison du défaut de paiement de loyers ou de charges locatives afférents à leurs locaux professionnels et commerciaux».* Des exceptions peuvent toutefois être retenues et figurent aux art.L.622-14 et L.641-12 du code de commerce. Il convient de noter que cette absence de pénalité n'est valable que pour les acteurs bénéficiant du fonds de solidarité (art.1 de l'Ordonnance 2020-316). Pour les autres entreprises, des assouplissements sont donnés à l'art.4 de l'Ordonnance 2020-306 du 25 mars 2020 en interdisant les astreintes, les clauses pénales, les clauses résolutoires et les clauses prévoyant une déchéance lorsqu'elles sanctionne l'inexécution d'une obligation dans un délai expirant entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020 inclus.[3] De même, l'art.4 de ladite ordonnance du 25 mars 2020 prévoit un report des délais et une autorisation de sanction après la date fixée par l'art.1-I de l'Ordonnance citée.

II. Création d'un fonds de solidarité pour les entreprises[4].

Le fonds de solidarité est une aide défiscalisée accordée aux petites entreprises pouvant aller jusqu'à 1500 euros. Cette aide durera aussi longtemps que durera l'état d'urgence sanitaire.

A) Objectifs et caractéristiques du fonds de solidarité.

L'article premier de l'Ordonnance 2020-317 du 25 mars 2020 explique l'objectif de la création d'un tel fonds de solidarité et explique notamment que *«le versement d'aides financières aux personnes physiques et morales de droit privé exerçant une activité économique particulièrement touchées par les conséquences économiques, financières et sociales de la propagation du Covid-19 et des mesures prises pour en limiter la propagation».* Cet article montre tout d'abord que seules les

---

[2] Art.1er de l'Ordonnance 2020-316 du 25 mars 2020 *"Peuvent bénéficier des dispositions des articles 2 à 4 les personnes physiques et morales de droit privé exerçant une activité économique qui sont susceptibles de bénéficier du fonds de solidarité mentionné à l'article 1er de l'ordonnance n° 2020-317 du 25 mars 2020 susvisée".*

[3] Art.1 I de l'Ordonnance 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période. L'art.1 de ladite ordonnance a été modifié par l'Ordonnance 2020-560 du 13 mai 2020.

[4] Ordonnance 2020-317 du 25 mars 2020 portant création d'un fonds de solidarité à destination des entreprises particulièrement touchées par les conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de Covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation.

personnes physiques ou morales de *«droit privé»* peuvent bénéficier de ce fond de solidarité. Sont donc exclues toutes les personnes de droit public comme le sont les collectivités territoriales par exemple. Les entreprises sont donc les premières bénéficiaires de cette mesure. Comme dans l'ordonnance 2020-316 du 25 mars 2020 et le prêt garanti par l'État[5], il ne suffit pas d'être une personne de droit privé pour y bénéficier mais également d'être dans le besoin, c'est-à-dire de se trouver en difficulté économique et/ou financière en raison de la crise sanitaire.

Ce qui est également intéressant dans cet article est qu'il semblerait que le fonds de solidarité souhaite garantir deux domaines différents: l'économie mais également la santé des populations car il faut *«limiter la propagation»* du virus. L'État rappelle donc que la crise ne vient pas de l'économie en elle-même mais a été provoquée par l'État pour les raisons sanitaires que nous connaissons et il est donc de son devoir d'aider les entreprises à éviter l'ouverture d'une procédure collective qui pourrait les conduire à la faillite. Ce fonds de solidarité est donc financé par l'État (art.2[6]) mais peut également l'être par les régions ou par les collectivités territoriales.

L'État souhaite également éviter les abus et oblige les entreprises à conserver tous les justificatifs pendant une durée de 5 ans à compter du versement de l'aide selon l'art.3-1 de l'ordonnance 2020-317 du 25 mars 2020[7]. Toute somme indûment perçue devra logiquement être restituée (art.3-1).

B) Conditions d'éligibilité.

Il faut distinguer deux types de bénéficiaires.

Le fonds de solidarité s'adresse aux TPE[8], indépendants, micro-entrepreneurs et professions libérales qui ont 10 salariés au plus, qui réalisent moins d'1 million d'euros de chiffre d'affaires et un bénéfice imposable annuel inférieur à 60 000 euros, et qui ont subi une interdiction d'accueil du public[9] selon l'art.8 du décret 2020-293 du 23 mars 2020[10]. Deux conditions sont donc à réunir pour bénéficier de l'aide de 1500 euros, la volonté de l'État étant d'aider uniquement les

---

5 Voir la partie IV "IV – Prêt Garantie par l'État".

6 Art.2 de l'Ordonnance 2020-317 du 25 mars 2020.

7 Art.3-1 de l'Ordonnance 2020-317 du 25 mars 2020 créé par l'Ordonnance 2020-460 du 22 avril 2020.

8 Très Petites Entreprises.

9 Le portail de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics. "Fonds de solidarité pour les TPE, indépendants et micro-entrepreneurs : une aide pouvant aller jusqu'à 1 500 euros".

10 Décret 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. L'art.8 a été abrogé par l'art.26 du décret 2020-545 du 11 mai 2020 en raison du déconfinement. Toutefois, l'art.8 du décret 2020-293 du 23 mars 2020 est intéressant en ce qu'il explique quels commerces avaient l'interdiction de recevoir du public.

entreprises qui sont directement touchées par le Covid et dont les pertes économiques ont été causées par le Covid.

De même, il est indiqué que les entreprises pouvant bénéficier de cette aide doivent avoir été victimes d' «*une perte de chiffre d'affaires d'au moins 50 % au mois de mars/avril 2020 par rapport au mois de mars/avril 2019 ou au chiffre d'affaires mensuel moyen sur 2019*»[11]. Dès lors, il semblerait que l'État ait laissé le choix aux entreprises de comparer ces données soit à une moyenne sur l'année soit à la même période de l'année 2019. Cependant, prendre en compte une moyenne ne semble pas vraiment pertinent dans la mesure où le chiffre d'affaires peut varier en fonction des mois et peut donc, artificiellement, augmenter ou diminuer la moyenne mensuelle ce qui pourrait générer des fraudes. Enfin, les agriculteurs membres d'un GAEC[12], les artistes-auteurs et les entreprises en redressement judiciaire ou en procédure de sauvegarde pourront également bénéficier du fonds de solidarité[13].

Le mois de mai n'a pas été renseigné, certainement en raison de l'ouverture à partir du 11 mai 2020, date du déconfinement progressif en France, de certains commerces. Le Premier Ministre a, en effet, décidé qu'à *«partir du 11 mai, tous les commerces pourront rouvrir à l'exception des restaurants et débits de boissons»*[14]. Il est impossible, à ce jour, de prévoir quel sera le chiffre d'affaires de ces commerces et donc s'il sera inférieur d'au moins 50 % à celui du mois de mai 2019. La situation du mois de mai sera radicalement différente puisque les commerces peuvent, désormais, ouvrir et reprendre une activité presque normale.

Le Ministère indique également qu'une aide complémentaire allant de 2000 à 5000 euros pourra être accordée aux entreprises sous réserve qu'elles aient bénéficié de l'aide de 1500 euros, employer, *«au 1er mars 2020 au moins un salarié en CDD ou en CDI ou qui n'ont pas pu accueillir du public entre le 1er mars 2020 et le 11 mai 2020 et ont un chiffre d'affaires constaté lors du dernier exercice clos supérieur ou égal à 8 000 euros»* de ne pouvoir régler les dettes exigibles dans les 30 jours et les charges fixes *«y compris les loyers commerciaux ou professionnels, pour mars et avril 2020»* et que leur demandes de prêt de trésorerie *«faite depuis le 1er mars 2020, auprès d'une banque dont elles étaient clientes à cette date, a été refusée ou restée sans réponse passé un délai de 10 jours*»[15]. Les conditions pour bénéficier de cette aide

---

[11] Le portail de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics. "Fonds de solidarité pour les TPE, indépendants et micro-entrepreneurs : une aide pouvant aller jusqu'à 1 500 euros".

[12] Groupement Agricole d'Exploitation en Commun.

[13] Bruno Le Maire, Ministre de l'Économie et des Finances. 15 avril 2020.

[14] Circulaire du Premier Ministre, Édouard Philippe, aux Préfets, 6 mai 2020, n°6164/SG "Instruction relative à la mise en œuvre territoriale du déconfinement à compter du 11 mai". Point 1.3, p.5.

[15] Ces conditions sont celles publiées par le portail de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics. «Fonds de solidarité pour les TPE, indépendants et micro-entrepreneurs : une aide pouvant aller jusqu'à 1 500 euros».

complémentaire sont donc plus précises et plus nombreuses, l'État souhaite donc éviter à tout prix la faillite des entreprises. Le nombre de conditions reflète la volonté de l'État d'éviter tout abus de la part d'entreprises qui n'auraient pas besoin de cette aide complémentaire.

III. Report des échéances sociales et fiscales pour les entreprises.

A) Cotisations sociales.

Les cotisations sociales représentent une part importante des charges que doivent supporter les entreprises et il semble légitime que ces échéances soient reportées. Le gouvernement a décidé, après avoir appliqué cette possibilité pour le mois de mars et avril, de reconduire cette mesure pour le mois de mai. Toutefois, il convient de préciser que cette possibilité ne s'adresse pas à l'ensemble des entreprises mais simplement aux entreprises qui *«en ont besoin»*[16]. Seules les entreprises rencontrant des difficultés seront concernées. De même, il s'agit d'un report et non d'une suppression, c'est-à-dire que les entreprises devront tout de même s'acquitter de leurs cotisations. Pour le mois de mai, plusieurs échéances sont à prévoir : celles des 5 et 15 mai 2020 pour les employeurs de droit privé et celles du 5 et du 20 pour les travailleurs indépendants[17]. Le Ministère poursuit en affirmant que les micro-entrepreneurs pourront ajuster leur paiement du 31 mai.

B) Échéances fiscales.

L'État a décidé de reporter au 30 juin 2020 les échéances fiscales dont les entreprises devaient s'acquitter au mois de mai. Il est toutefois précisé que les entreprises pouvant bénéficier de cette mesure sont, là encore, les entreprises en difficulté. De même, ce report de délai n'est pas une obligation : les entreprises pouvant satisfaire les échéances fiscales au mois de mai sont invitées à le faire. L'État apporte donc une aide aux entreprises mais sans les obliger à reporter leur échéances fiscales. Si les entreprises peuvent satisfaire leurs échéances fiscales sans report, elles sont encouragées à le faire.

Il est également prévu de ne pas accorder ce report aux grosses entreprises (effectifs supérieurs à 5000 salariés ou réalisant un chiffre d'affaires d'1,5 milliard d'euros) qui ont versé des dividendes ou racheter des actions jusqu'à la fin de l'année[18].

---

16 Gérard Darmanin, Ministre de l'Action et des comptes Publics.

17 Le portail de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics "Reconduction des possibilités de report des cotisations et contributions sociales au mois de mai pour les entreprises confrontées à des difficultés", 4 mai 2020.

18 Le portail de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics "Report des échéances fiscales des entreprises du mois de mai", 17 Avril 2020.

IV. Prêt garanti par l'État.

Toutes les entreprises peuvent demander un prêt à leur banque qui sera garanti par l'État. Cette garantie varie en fonction de la taille de l'entreprise et de son chiffre d'affaires. Les entreprises concernées sont celles remplissant les conditions de l'art.3 de l'Arrêté du 23 mars 2020[19].

Il convient de préciser que ce type de prêt est simplement «garanti» par l'État, c'est-à-dire que l'entreprise reste débitrice de la banque, l'État ne se substitue pas à l'entreprise. Juridiquement le contrat de prêt est réalisé entre la banque et l'entreprise en question. Dès lors, l'entreprise devra continuer à rembourser le prêt mais l'État pourra prendre en charge un certain pourcentage du prêt en cas d'impossibilité de l'entreprise de pouvoir faire face au remboursement.

Ainsi, les entreprises qui ont réalisé moins d'1,5 milliard d'euros de chiffre d'affaires lors du dernier exercice clos ou au 16 mars 2020 si elles n'ont jamais clôturé leur exercice et employant en France moins de 5000 salariés pourront bénéficier d'une garantie de 90 %, 80 % sera garanti par l'État pour les entreprises qui lors du dernier exercice clos réalisent un chiffre d'affaires inférieur à 5 milliards d'euros et 70 % pour les autres entreprises[20].

Dès lors, une question se pose pour le pourcentage non garanti par l'État. Le Ministère de l'Économie indique que la banque ne peut pas prendre de garantie ou de sûreté. La banque prend donc le risque de ne pas être remboursée et de perdre de l'argent. Il semblerait que l'État ait voulu mettre les banques à contribution et que l'effort doit être collectif. De même, il n'est pas nécessaire que l'entreprise soit à jour dans ses échéances fiscales ou sociales. L'aide doit donc être généralisée et tout cela est fait dans l'unique logique de sauver l'économie.

Toutefois, les banques, après examen concret de la situation de l'entreprise, peuvent refuser d'accorder ce prêt, notamment lorsqu'elles estiment que l'entreprise en question n'en a pas besoin. Le Ministère de l'Économie et des Finances donne comme exemple les entreprises peu affectées ou disposant d'une large trésorerie. La situation de chaque entreprise doit donc faire l'objet d'un examen particulier et l'obtention de ce prêt se fait donc au cas par cas.

(20-05-2020)

---

[19] Arrêté du 23 mars 2020 accordant la garantie de l'État aux établissements de crédit et société de financement. L'art.3 a été modifié par l'art.4 de l'arrêté du 6 mai 2020.

[20] Art.6 de l'arrêté du 23 mars 2020 accordant la garantie de l'État aux établissements de crédit et société de financement. Article modifié par l'art.7 de l'arrêté du 6 mai 2020.

L'ASSISTENZA CONSOLARE AI TEMPI DEL COVID-19: PROFILI DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA

Patrizia Vigni

Ricercatrice di Diritto internazionale,
Università degli Studi di Siena

L'emergenza Covid-19, oltre ad aver prodotto effetti devastanti sulle condizioni sanitarie, sociali ed economiche dell'intera comunità internazionale ed aver condizionato il normale svolgimento della vita degli Stati e delle persone, sembra avere anche risollevato barriere nelle relazioni fra gli Stati e, di conseguenza, fra gli individui, che sembravano definitivamente abbattute sia a livello internazionale sia, soprattutto, all'interno dell'Unione europea (UE). Questa involuzione delle forme di cooperazione internazionale fra gli Stati ha avuto un impatto particolarmente negativo nei confronti degli individui che si sono trovati nel territorio di uno Stato straniero al momento dell'insorgere dell'emergenza Covid-19 e che hanno incontrato difficoltà sia ad ottenere sicuro riparo in tale territorio sia ad essere prontamente rimpatriati nel proprio Stato di cittadinanza o di residenza. Numerosi casi di cronaca hanno messo in luce queste situazioni critiche oltre a quelle affrontate dai passeggeri e dagli equipaggi delle navi da crociera nel momento in cui sono state chiuse le frontiere di terra e di mare di tutti gli Stati al fine di contenere la diffusione del virus[1].

A fallire, quindi, sembrano essere state proprio le tipiche forme di collaborazione fra gli Stati rappresentate dalle relazioni diplomatiche e consolari. Tali relazioni sono regolate da alcuni trattati internazionali, come la Convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche[2] e la Convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari[3], anche se ormai la maggior parte delle disposizioni di questi strumenti pattizi sono da considerare espressione di principi del diritto internazionale consuetudinario. Sebbene tradizionalmente le relazioni diplomatiche e consolari vengano inquadrate come elementi della cooperazione politica fra gli Stati, all'interno delle norme sia pattizie che consuetudinarie summenzionate sono anche riconosciuti diritti a favore dell'individuo. In particolare, l'ordinamento giuridico internazionale, principalmente grazie

[1] Si veda fra i tanti *Dalle navi da crociera sono sbarcati i passeggeri, ma non gli equipaggi*, in *Il Post*, 19 maggio 2020.
[2] *Convention on Diplomatic Relations*, Vienna, 18 aprile 1961, in United Nations, *Treaty Series*, vol. 500, p. 95.
[3] *Convention on Consular Relations*, Vienna, 24 aprile 1963, in United Nations, *Treaty Series* , vol. 596, p. 261.

all'intervento della Corte internazionale di giustizia (CIG) nei casi LaGrand e Avena[4], ha riconosciuto l'esistenza del diritto all'assistenza consolare a favore di un individuo che necessiti del supporto delle autorità consolari del proprio Stato di cittadinanza nel territorio di un paese straniero[5]. Il diritto internazionale impone, infatti, ad ogni Stato sia l'obbligo di informare gli stranieri, che si trovano sul suo territorio, della possibilità di accedere all'assistenza consolare da parte delle autorità dello Stato di cittadinanza sia l'obbligo di garantire concretamente a tali individui l'accesso a tale forma di assistenza.

Sul piano del diritto internazionale, quindi, al diritto dell'individuo di godere dell'assistenza consolare nel territorio di uno Stato straniero, corrisponde l'obbligo, per quest'ultimo, di garantire le condizioni concrete affinché il godimento di tale diritto sia possibile. Non sembra essere invece contemplato, almeno dal diritto internazionale consuetudinario, l'obbligo per lo Stato di cittadinanza di un individuo di garantire l'assistenza consolare tutte le volte in cui essa sia richiesta.

Per quanto concerne il diritto dell'UE, l'art. 23 del Trattato sul funzionamento dell'UE (TFUE), il cui testo è pedissequamente riprodotto nell'art. 46 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, sancisce il diritto di ogni cittadino europeo a godere dell'assistenza delle autorità consolari di qualsiasi Stato membro dell'UE qualora tale cittadino si trovi nel territorio di un paese terzo in cui lo Stato nazionale non sia rappresentato da autorità diplomatiche e/o consolari proprie[6]. In questo caso, lo Stato terzo in cui si trova l'individuo che necessita di assistenza non è vincolato dalle norme dell'UE summenzionate che, notoriamente, si applicano solo agli Stati membri. Tali norme riconoscono esclusivamente l'obbligo, a carico di questi ultimi Stati, di garantire a tutti i cittadini europei, in conformità con il principio che vieta ogni forma di discriminazione fondata sulla nazionalità, il livello di assistenza consolare che, in base alle disposizioni nazionali, essi assicurano ai propri cittadini[7]. Al fine di consentire una più efficace attuazione da parte degli Stati membri dell'UE degli obblighi che incombono su di loro in base all'art. 23 TFUE, il Consiglio ha adottato la direttiva 2015/637,

[4] Germany v. United States of America (LaGrand), ICJ Reports, 2001, 466 e Mexico v. United States of America (Avena and Other Mexican Nationals), ICJ Reports, 2004, 12.

[5] Art. 36(1)(b) della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari come interpretato dalla CIG nel caso LaGrand. Per un commento a questo proposito si veda KIRGIS, *World Court Rules Against the United States in LaGrand Case Arising From a Violation of the Vienna Convention on Consular Relations*, in *American Society of International Law Insights*, 2001.

[6] È noto che i cittadini europei abbiano incontrato difficoltà a ricevere assistenza anche all'interno del territorio dell'UE. Tuttavia, tale questione esula dalla normativa in esame e dall'ambito dell'analisi che intende svolgere il presente contributo.

[7] IANNIELLO-SALICETI, *The protection of EU citizens abroad: accountability, rule of law, role of consular and diplomatic services*, in *European Public Law*, 2011, p. 191.

che dal 2018 è efficace anche all'interno degli ordinamenti degli Stati membri[8]. In particolare, questa direttiva si concentra su due questioni principali: l'assistenza ai cittadini europei nelle situazioni di crisi, fra le quali può essere senza dubbio inclusa l'emergenza Covid-19, e il rimborso, da parte dello Stato nazionale, delle spese derivanti dall'assistenza consolare fornita ai propri cittadini da un altro paese membro.

Se si guarda alle gravi difficoltà che molti individui hanno dovuto affrontare nel territorio di Stati stranieri per l'assenza di un supporto, sia da parte dell'autorità locale che di quelle degli Stati di cittadinanza, appaiono evidenti le lacune, se non, in qualche caso, la totale inefficienza, dell'applicazione delle disposizioni internazionali e delle norme dell'UE concernenti l'assistenza consolare.

Appare, quindi, necessario accertare se esistano ragioni di carattere normativo o amministrativo che abbiano impedito la piena attuazione di tali norme o se, invece, le inefficienze riscontrate siano riconducibili principalmente a negligenze delle amministrazioni pubbliche coinvolte o, più colpevolmente, alle tensioni politiche tra i diversi governi le quali, ormai da tempo, mettono a rischio le relazioni internazionali e la collaborazione fra i membri dell'UE.

In particolare, per quanto riguarda l'ordinamento giuridico internazionale, sembra necessario definire in maniera chiara sia il contenuto sia la titolarità degli obblighi internazionali corrispondenti al diritto dell'individuo di godere dell'assistenza consolare. In questo modo, sarà possibile accertare quali misure rientrino nelle competenze dello Stato ospitante e quali siano, invece, le responsabilità dello Stato di cittadinanza.

Per quanto concerne, invece, il diritto riconosciuto nell'ordinamento giuridico dell'UE, le denunce di numerosi cittadini europei relative all'assenza, durante l'emergenza Covid-19, di qualsiasi forma di assistenza da parte degli organi diplomatici e consolari degli Stati membri, inclusi quelli di cittadinanza, sorprendono ancora di più in considerazione del fatto che recentemente è entrata in vigore la direttiva 2015/637. Tale direttiva mira a fornire regole e procedure più rapide ed uniformi per garantire il diritto all'assistenza consolare che, merita ricordare, rientra fra i diritti fondamentali che caratterizzano lo status di cittadino dell'UE e che sono enunciati nell'art. 20 TFUE. A questo proposito, quindi, sembra necessario accertare se vi sia stata realmente una carenza di assistenza nei confronti dei cittadini europei e se essa sia stata dovuta ad alcune lacune normative all'interno della stessa direttiva 2015/637 o se, invece, la responsabilità per la mancata assistenza di tali individui debba essere ricondotta ad una non corretta attuazione delle disposizioni della direttiva stessa da parte degli Stati membri.

[8] Direttiva (UE) 2015/637 del Consiglio del 20 aprile 2015 *sulle Misure di coordinamento e cooperazione per facilitare la tutela consolare dei cittadini dell'Unione non rappresentati nei paesi terzi e che abroga la decisione 95/553/CE*.

Il presente contributo non mira a fornire un esame approfondito delle questioni summenzionate, che meriterebbero ciascuna un'analisi separata e ben più ampia. Intenzione di chi scrive è cercare di comprendere le ragioni, messe in luce dall'emergenza Covid-19, che hanno causato alcuni problemi concreti all'attuazione delle norme internazionali ed europee relative al diritto degli individui all'assistenza consolare.

Come già affermato in precedenza, l'obbligo che il diritto internazionale riconosce in capo allo Stato ospitante di dare, ad ogni individuo straniero, concreto accesso all'assistenza delle autorità consolari dello Stato di cittadinanza include l'obbligo di informare tale individuo dell'esistenza del diritto in questione. Al contrario, l'emergenza Covid-19 ha evidenziato una scarsa informazione delle persone che si trovavano all'estero oltre all'oggettiva difficoltà di entrare in contatto con le autorità diplomatiche e consolari nazionali. Sebbene l'insorgere di una pandemia sia sicuramente inquadrabile come una forma di stato di necessità che uno Stato può invocare, in alcune circostanze, a giustificazione del proprio inadempimento di obblighi internazionali, è, tuttavia, innegabile che il dovere di fornire informazioni ai cittadini stranieri che si trovano nel proprio territorio per mezzo di qualsiasi organo pubblico è ormai riconosciuto, a carico di ogni Stato, da alcune decadi, ossia da quando la CIG ha definitivamente deciso il caso LaGrand. Di conseguenza, gli Stati ospitanti che sono venuti meno all'obbligo di informazione e di accesso all'assistenza consolare avrebbero dovuto organizzare il proprio apparato in epoche ben precedenti all'insorgere dell'emergenza Covid-19. D'altra parte, bisogna anche tener presente che alcuni Stati, come quelli in via di sviluppo, spesso non sono in grado di fornire lo stesso livello di garanzia dei diritti degli stranieri che è assicurato dagli Stati industrializzati. Spetta quindi a questi ultimi l'obbligo di informare i propri cittadini che intendano recarsi in questi Stati meno organizzati. Effettivamente molti dei casi di mancata assistenza che hanno coinvolto cittadini italiani si sono verificati in Stati dell'America centro-meridionale dove, al problema dell'emergenza Covid-19, si sono unite difficoltà sociali ed economiche preesistenti[9].

Più complessa, anche dal punto di vista giuridico, appare la situazione in cui si sono trovati i passeggeri e gli equipaggi delle navi da crociera nel momento in cui è insorta l'emergenza Covid-19. Il caso più celebre ha coinvolto la nave Diamond Princess, di proprietà statunitense, ma battente bandiera di Bermuda, ai cui passeggeri ed equipaggi è stato vietato lo sbarco nei porti del Giappone al fine di contenere la diffusione del virus[10]. Questa situazione rientra a tutti gli effetti in un tipico caso in cui alcuni individui, che si trovano nel territorio di uno Stato

[9] Si veda fra gli altri JOLY, *Dal Messico al Sudafrica, i torinesi isolati all'estero: "Come prigionieri, senza soldi e biglietti*", in *La Stampa*, 24 marzo 2020 e ANNESE, *Coronavirus e lockdown, famiglia bloccata in Colombia. "Fateci tornare"*, in *Il Resto del Carlino*, 14 maggio 2020.

[10] TURIN, *Coronavirus, La Diamond Princess come un lazzaretto, tutti gli errori*, in *Corriere della Sera*, 20 febbraio 2020.

straniero, necessitano dell'assistenza delle autorità diplomatiche e consolari del proprio Stato di cittadinanza. Tuttavia, appare evidente che in questa ipotesi, gli Stati stranieri nel cui territorio sono dislocati gli individui che richiedono l'assistenza consolare sono per lo meno due: ossia lo Stato di bandiera della nave e lo Stato del porto che gode della sovranità sulle acque territoriali in cui stanzia la nave stessa. Né il diritto internazionale del mare in materia di riconoscimento della giurisdizione dello Stato di bandiera e dello Stato del porto né le norme di diritto marittimo relative al soccorso in mare riconoscono un obbligo prioritario di intervento a carico di uno dei due "Stati territoriali" interessati[11]. Anche alla luce di un esame preliminare della questione, sembra evidente che, a parità di diritti ed obblighi, lo Stato del porto sia l'unico che possa concretamente garantire il diritto all'assistenza consolare. Infatti, sebbene formalmente le persone presenti su una nave da crociera si trovino nella giurisdizione dello Stato di bandiera della nave stessa, dal punto di vista oggettivo, appare improbabile che quest'ultimo sia in grado di fornire qualsiasi forma di supporto in considerazione anche della distanza geografica in cui spesso esso si trova rispetto alla nave.

Quindi, per definire sia il contenuto che la titolarità dell'obbligo di garantire l'assistenza consolare ad un individuo straniero è necessario procedere ad un esame delle circostanze concrete in cui tale obbligo deve essere adempiuto. Infatti, lo stesso obbligo può sia gravare su soggetti diversi, come dimostra il caso delle navi presenti nel mare territoriale di uno Stato straniero, sia richiedere standard di comportamento differenti sulla base delle diverse condizioni di fatto in cui gli Stati si trovano.

Un ulteriore ostacolo al pieno godimento del diritto dell'individuo all'assistenza consolare è rappresentato anche dal fatto che lo Stato di cittadinanza non ha, in base al diritto internazionale generale, l'obbligo di garantire tale assistenza a qualsiasi cittadino che ne faccia richiesta. Il mancato riconoscimento di tale obbligo sembra riconducibile al fatto che, all'interno di alcuni ordinamenti statali, l'assistenza consolare è inquadrata come una prerogativa di carattere politico dello Stato piuttosto che come un diritto del cittadino[12]. L'obbligo per lo Stato di cittadinanza di garantire il diritto soggettivo all'assistenza consolare è stato finora riconosciuto solo dagli organi stabiliti all'interno dei sistemi pattizi internazionali che sono deputati della tutela dei diritti umani. Per esempio, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo

[11] Per un'analisi approfondita dei differenti profili giuridici internazionali relativi alle conseguenze del divieto di sbarco dei passeggeri e degli equipaggi delle navi da crociera si veda KLEIN, *International Law Perspectives on Cruise Ships and Covid-19*, in *University of New South Wales Law Research Series*, 2020, 13.

[12] In particolare tale accezione dell'assistenza consolare è accolta negli ordinamenti giuridici degli Stati del Commonwealth ispirati alla normativa del Regno Unito. Per le discrepanze fra le normative statali in materia di riconoscimento del diritto all'assistenza consolare si veda WOUTERS-DUQUET-MEUWISSEN, *How Does the Shepherd Shelter His Sheep?*, *Leuven Centre for Global Governance Studies Working Paper*, 2013.

(CEDU), l'assistenza consolare costituisce una forma di esercizio extraterritoriale della giurisdizione dello Stato finalizzata a tutelare i diritti fondamentali dei propri cittadini. In particolare, nel caso Al-Skeini, la CEDU ha sostenuto che uno Stato è responsabile per gli atti che le sue autorità consolari compiono nei confronti dei cittadini che si trovano nel territorio di uno Stato straniero quando, e solo quando, gli organi consolari siano nella condizione di poter esercitare la loro autorità e il controllo sui cittadini[13].

Nonostante il riconoscimento di un simile obbligo a carico dello Stato cittadinanza non sia consolidato nell'ordinamento giuridico internazionale, non sembra, ugualmente, ammissibile che tale Stato sia totalmente libero di ignorare le difficoltà in cui si trova un proprio cittadino nel territorio di uno Stato straniero, soprattutto quando tali difficoltà possono implicare la violazione di diritti fondamentali dell'individuo. In questo senso, si è espresso anche qualche organo giurisdizionale nazionale. Per esempio, nel caso Khadr, il giudice von Finckenstein della Corte Federale di Appello di Ottawa ha sostenuto che dal riconoscimento, sul piano del diritto internazionale generale, del diritto dell'individuo all'assistenza consolare si dovesse dedurre l'esistenza di un obbligo corrispondente dello Stato di cittadinanza di intervenire in protezione del proprio cittadino[14].

Se un simile obbligo fosse già riconosciuto nell'ordinamento giuridico internazionale, molti individui avrebbero probabilmente goduto in maniera più efficace dell'assistenza consolare in occasione dell'insorgere dell'emergenza Covid-19.

Il mancato riconoscimento, a livello internazionale, dell'obbligo dello Stato di intervenire a tutela del proprio cittadino che si trova nel territorio di uno Stato straniero appare sanato, almeno per quanto riguarda i cittadini dell'UE, dalle disposizioni contenute nell'art. 23 TFUE, in base al quale, come abbiamo evidenziato in precedenza, gli Stati membri sono tenuti a fornire assistenza consolare a qualsiasi cittadino europeo che si trovi nel territorio di un paese straniero nel quale lo Stato membro di cittadinanza non sia rappresentato da organi diplomatici e/o consolari. In verità, poiché lo Stato membro deve garantire ai cittadini europei lo stesso trattamento che riserva agli individui che possiedono

---

[13] Al-Skeini [2011] IV European Court of Human Rights 99, 166. Nel caso di specie la CEDU ha ritenuto che gli organi consolari non avessero l'autorità per esercitare il proprio controllo sul cittadino e che, di conseguenza, la violazione dei diritti dello stesso non potesse essere attribuita allo Stato di cittadinanza. Per un ampio commento della questione se sia ravvisabile l'obbligo dello Stato di cittadinanza a prestare assistenza consolare si veda MALLORY, *Abolitionists at Home and Abroad: A Right to Consular Assistance and the Death Penalty*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2016, p. 76.

[14] Khadr v Canada (Minister of Foreign Affairs) [2004] FC 1145 (18 August 2004) [22] (von Finckenstein J). Nel caso di specie il cittadino canadese, al quale non era stata prestata assistenza consolare dal Canada, era stato accusato e poi condannato negli Stati Uniti per atti di terrorismo rischiando fra l'altro di essere sottoposto alla pena di morte, la quale è vietata in Canada. Per un commento al caso si veda MALLORY, *Abolitionists at Home and Abroad,* cit., p. 56.

la sua nazionalità, l'art. 23 TFUE di per sé non richiede a tale Stato di riconoscere un diritto soggettivo all'assistenza consolare cui corrisponde sempre l'obbligo di prestazione della stessa da parte dello Stato. L'art. 23 impone solo che il trattamento riservato ai cittadini europei, qualunque esso sia, sia conforme al principio di non discriminazione. Tuttavia, dobbiamo rilevare che, gli Stati membri, di fronte alla necessità di dare attuazione alla direttiva 2015/637 e all'esigenza di definire i propri obblighi nei confronti dei cittadini dell'UE, sono stati spinti ad introdurre nei propri ordinamenti giuridici nazionali una qualche forma, più o meno esplicitata, di diritto soggettivo all'assistenza consolare cui corrisponde un obbligo per lo Stato[15].

Nonostante l'evoluzione della normativa dell'UE orientata ad un più ampio riconoscimento del diritto dei cittadini europei ad essere tutelati anche al di fuori del territorio dell'Unione e il conseguente adeguamento degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, l'emergenza Covid-19 non ha rappresentato certo l'occasione per valorizzare le forme di cooperazione finalizzate all'assistenza dei cittadini che sono sancite all'interno della direttiva 2015/637. Nella prassi precedente all'entrata in vigore di questa direttiva, si erano registrati interventi di singoli Stati membri a supporto di cittadini europei di diverse nazionalità che avevano ottenuto l'approvazione e la riconoscenza sia dei governi sia delle popolazioni degli altri paesi dell'UE[16]. Al contrario, simili interventi che, pur hanno avuto luogo anche in occasione dell'emergenza Covid-19, non solo non hanno ricevuto adeguata pubblicità, ma, nei pochi casi in cui hanno raggiunto gli onori della cronaca, è stato a causa delle contestazioni di alcuni cittadini e Stati membri che ne hanno denunciato l'inadeguatezza[17].

L'apparente fallimento del sistema sancito dal diritto dell'UE, ed in particolare dalla direttiva 2015/637, finalizzato a garantire l'assistenza consolare a favore dei cittadini europei che si trovano coinvolti in crisi internazionali nel territorio di

---

[15] Per l'ordinamento giuridico italiano si veda il Decreto del Presidente della Repubblica 5 gennaio 1967, n. 18, *Ordinamento dell'Amministrazione degli affari esteri* come modificato dal Decreto legislativo 22 dicembre 2017, n. 234 di *Attuazione della direttiva (UE) 2015/637 del Consiglio, del 20 aprile 2015, sulle misure di coordinamento e cooperazione per facilitare la tutela consolare dei cittadini dell'Unione non rappresentati nei Paesi terzi e che abroga la decisione 95/553/CE.*

[16] Si pensi per esempio all'assistenza fornita dalla Germania ai cittadini europei che si trovavano in Giappone in occasione del terremoto del 2011 o al supporto per il rimpatrio offerto, nel 2011, dalle autorità consolari irlandesi e britanniche in seguito ai moti rivoluzionari in Egitto e Libia a tutti i cittadini dell'Unione a prescindere dalla nazionalità.

[17] In particolare la Germania si è occupata del rientro dei cittadini europei dall'India e dalla Tailandia, mentre la Francia ha gestito il recupero dei cittadini presenti nell'America meridionale. Per un commento positivo rispetto agli interventi degli Stati membri dell'UE si veda ILIOPOULOU-PENOT, *Rapatriements en situation d'urgence lors de la pandémie de Covid-19: la solidarité européenne hors sol européen*, in *European Papers, Insight*, 16 maggio 2020, p. 6. Tuttavia, proprio nei confronti della Francia sono state mosse accuse da alcuni cittadini italiani che hanno considerato discriminatorie le modalità di assistenza che la Francia ha riservato ai cittadini europei rispetto al trattamento prioritario di cui avrebbero goduto i cittadini francesi. In questo senso si veda VERCELLI, *Coppia cagliaritana bloccata in Perù: «Fateci tornare»*, in *L'Unione Sarda.it*, 4 aprile 2020.

Stati terzi, sembra dovuto, piuttosto che all'inadeguatezza del sistema stesso, ad alcune circostanze contingenti che ne hanno impedito il pieno funzionamento e soprattutto un'adeguata promozione.

Innanzitutto, la crisi internazionale provocata dal Covid-19 non ha riguardato un solo Stato o gruppo di Stati, ma l'intera comunità internazionale. Di conseguenza, tutti gli Stati, trovandosi in condizioni di necessità, si sono dimostrati meno propensi ad offrire solidarietà agli altri paesi.

Inoltre, l'approccio cauto di molti Stati nel fornire assistenza anche ai cittadini di altri paesi membri dell'UE è stato motivato dal fatto che la crisi internazionale provocata dal Covid-19 consisteva nel pericolo, poi verificatosi, di una pandemia. Quindi, i soggetti che necessitavano assistenza erano considerati contemporaneamente anche causa della stessa crisi in quanto possibili veicoli di diffusione del virus.

In aggiunta, la direttiva 2015/637 prevede un rigido sistema di risarcimento che lo Stato di nazionalità di un cittadino europeo deve pagare per le spese sostenute da un altro Stato membro per garantire a tale cittadino l'assistenza consolare. Di conseguenza, sia lo Stato membro che deve fornire l'assistenza sia quello, il cui cittadino necessita della stessa, hanno interesse a trovare soluzioni alternative rispetto a quelle, previste dalla direttiva, che implicano notevoli impegni finanziari.

Infine, è innegabile come le ormai sempre più dilaganti istanze nazionaliste che caratterizzano la società e le forze politiche degli Stati membri dell'UE ostacolano il riconoscimento del carattere meritorio della solidarietà fra paesi e cittadini europei sia da parte di chi offre tale solidarietà sia da parte di chi ne beneficia.

In conclusione, l'emergenza Covid-19 ha evidenziato, sul piano del diritto internazionale, la necessità di definire con maggior precisione sia il contenuto degli obblighi che incombono sugli Stati in corrispondenza del diritto di un individuo all'assistenza consolare sia l'identità dello Stato o degli Stati che sono tenuti ad assicurare il godimento di tale diritto. È, quindi, auspicabile che gli Stati promuovano, sia attraverso comportamenti concreti sia tramite negoziati a più ampia partecipazione possibile, la formazione di norme internazionali più dettagliate finalizzate alla tutela dei diritti degli individui anche quando questi si trovino nel territorio di un paese straniero.

Sul piano del diritto dell'UE, invece, quello che manca non è un apparato normativo adeguato che consenta agli Stati membri di fornire l'assistenza necessaria a tutti i cittadini europei che siano in pericolo o abbiano subito danni in uno Stato terzo. Ciò che serve è, invece, una volontà politica che riconosca a questa forma di cooperazione e solidarietà un significato che va oltre le mere relazioni tra Stati basate sul principio di reciprocità. In questo senso, sarebbe opportuno il riconoscimento di un ruolo più attivo degli organi dell'UE a carattere sovrannazionale come, per esempio, l'Alto Rappresentante per la politica estera e di sicurezza comune che, come capo dell'Azione Esterna Europea, potrebbe

promuove il ruolo delle delegazioni dell'Unione, dislocate nei diversi Stati terzi, come centri permanenti di coordinamento delle attività degli Stati membri per l'assistenza dei cittadini europei[18]. Il diritto sancito all'art. 23 TFUE è, come abbiamo affermato in precedenza, un diritto fondamentale e caratterizzante dello status di cittadino dell'Unione. La garanzia in concreto di tale diretto potrà perciò contribuire ad affermare, anche sul piano internazionale, la rilevanza di tale status come criterio giuridico di collegamento fra l'Unione e i suoi cittadini e, indirettamente, a rafforzare il ruolo dell'UE come attore globale non solo per le questioni di carattere economico e commerciale, ma anche per quelle di natura politica e sociale.

(20-05-2020)

[18] L'art. 221 TFUE prevede solo una forma generica di collaborazione delle delegazioni dell'Unione con gli uffici diplomatici e consolari degli Stati anche se in concreto, anche durante l'emergenza Covid-19, il contributo di tali delegazioni alle attività di rimpatrio dei cittadini europei dal territorio di paesi terzi è stato significativo. In questo senso si veda ILIOPOULOU-PENOT, *Rapatriements en situation d'urgence lors de la pandémie de Covid-19,* cit.

L'EMERGENZA COME OCCASIONE PER RIPENSARE L'UTILIZZO DEL LAVORO AGILE

Carole Macchione

Dottoranda di Ricerca in Scienze giuridiche,
Università degli Studi di Siena

Tra le misure di contrasto alla diffusione del virus Covid-19 il legislatore ha prontamente individuato e diffuso l'utilizzo del lavoro agile che, fino a pochi mesi prima, risultava essere una modalità di lavoro diffusa solo in determinate realtà aziendali, in prevalenza quelle maggiormente innovative e di medio-grandi dimensioni[1]. Tale istituto, che è stato normato nel 2017 con la legge n. 81, ha infatti conosciuto una larga diffusione solamente in questa fase di pandemia, subendone peraltro significative modifiche in termini di configurazione e finalità.

Per riflettere su quali potrebbero essere gli effetti dell'emergenza sulla disciplina del lavoro agile appare necessario partire dal dato normativo – nonché dalle intenzioni originarie del legislatore – per poi capire in che modo si è intervenuti per modificarne la fisionomia in un'ottica di adattamento alla situazione di straordinarietà attuale.

Innanzitutto, il lavoro agile, più conosciuto con la locuzione *smart working,* deve intendersi quale particolare modalità di esecuzione della prestazione nel rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti individuali, la cui principale finalità è quella di *«incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro»* (art. 18, l. n. 81/2017). La particolarità di tale modalità di lavoro sta nella possibilità riconosciuta al lavoratore di rendere la prestazione in parte all'interno e in parte all'esterno dei locali aziendali, con una certa flessibilità temporale entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva. Le diverse modalità in cui si articola la prestazione sono frutto degli accordi presi dalle parti nel patto individuale, «il quale assurge al rango di vera e

[1] Per un approfondimento sui dati relativi allo sviluppo del lavoro agile negli ultimi anni si rimanda ai report pubblicati dall'Osservatorio Smart Working della School of Management del Politecnico di Milano disponibili sul sito https://www.osservatori.net/it_it/osservatori/smart-working

propria fonte primaria del lavoro agile, in qualità di indiscusso protagonista della sua regolamentazione»[2].

Tuttavia, nel contesto attuale legato alla pandemia, sembrerebbe che l'adozione di questa misura, seppur indispensabile per la gestione di alcuni rapporti lavorativi, abbia nella sostanza finito per essere confusa con una semplice modifica del luogo di lavoro, minimizzando in modo sostanziale il reale contenuto del "lavoro agile", tanto da chiedersi se non si stia facendo un uso improprio del termine. Già solo se si considerano le finalità attualmente perseguite, infatti, appare evidente che la situazione di emergenza ha posto decisamente in secondo piano gli obiettivi di competitività e conciliazione, promuovendo invece – per ovvie ragioni – l'utilizzo dello strumento al fine di consentire la continuazione di determinate attività lavorative e tutelare il diritto alla salute (sia del singolo sia pubblica).

Lo *smart working* sperimentato in questa situazione quindi è stato in qualche modo adattato all'emergenza, ma manca di alcuni dei sui elementi caratterizzanti per essere davvero definito "agile".

Innanzitutto, i diversi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri che negli ultimi mesi si sono succeduti (vedi d.p.c.m. 23-2-2020, d.p.c.m. 25-2-2020, d.p.c.m. 1.3.2020, d.p.c.m. 8-3-2020, in parte confluiti nel decreto-legge n. 18/2020) hanno modificato i criteri di attivazione dello strumento. Infatti, l'accordo tra le parti individuali - che di norma rappresenta la fonte primaria di accesso a tale modalità di lavoro - non è più fonte di regolazione del lavoro agile, essendo consentita la sua introduzione automatica e quindi in via unilaterale, purché nel rispetto della disciplina di cui alla l. n. 81/2017. Si creano in questo modo dei problemi di regolamentazione delle modalità in cui dovrebbe articolarsi la prestazione e si limita di fatto il carattere di flessibilità riconosciuto allo strumento nella sua forma *standard.* Con esplicito riferimento al luogo della prestazione, ad esempio, mentre la l. n. 81/2017 stabilisce che la prestazione resa in modalità agile può essere svolta – come anticipato - in parte all'interno e in parte all'esterno dell'azienda, il lavoro agile "emergenziale" si realizza invece al di fuori di questa alternanza tra i locali aziendali e la dimensione esterna degli stessi, situandosi esclusivamente presso il domicilio del lavoratore, difettando «quel fondamentale elemento *smart* di dinamismo»[3] e traducendosi così in un semplice *home-working*. La possibilità di alternanza, invece, appare fondamentale se si considera che il luogo di lavoro non rappresenta un mero spazio fisico in cui svolgere la prestazione, bensì spazio in cui si realizza la dimensione sociale del lavoro.

Il venir meno dell'obbligo di stipula dell'accordo tra le parti porta con sé la necessità di regolamentarne ugualmente alcuni aspetti. Si faccia, ad esempio,

---

[2] LAMBERTI, *L'accordo individuale e i diritti del lavoratore agile*, in FIORILLO – PERULLI (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018, 197

[3] BINI, *Lo smart working al tempo del coronavirus. Brevi osservazioni, in stato di emergenza,* in *Giust. civ.*, 2020, 7

riferimento al diritto alla disconnessione. Quest'ultimo, da intendersi quale possibilità riconosciuta al lavoratore di non rispondere alle e-mail, alle chiamate o ai messaggi di lavoro al di fuori dell'orario lavorativo, è probabilmente tra gli aspetti più trascurati nell'ambito delle attuali riflessioni sullo *smart working*. Si tratta di una possibilità di disconnessione dagli strumenti tecnologici, non riconosciuta propriamente come diritto – a differenza di quanto avvenuto in altri ordinamenti (ad esempio la Francia) – ma importante in un contesto in cui l'organizzazione del lavoro si è vista smaterializzata dei comuni concetti di luogo e tempo. Il tema assume rilievo anche in materia di diritto alla salute, considerati i rischi derivanti da una possibile iper-connessione agli strumenti tecnologici che potrebbe trasformare il lavoro agile in uno strumento che, «anziché tendere al benessere del lavoratore, concorra a comprometterlo irrimediabilmente»[4].

A prescindere dalla situazione emergenziale, il riconoscimento della disconnessione ha sempre costituito, sin dall'entrata in vigore della legge sul lavoro agile, un aspetto delicato perché in pochi casi resa effettiva. Uno degli aspetti maggiormente criticati è la decisione di lasciare all'autonomia delle parti individuali la determinazione delle misure necessarie ad assicurare la disconnessione del lavoratore, senza riconoscere direttamente un ruolo alla contrattazione collettiva. Infatti, l'art. 19 della l. n. 81/2017 stabilisce che è il patto di lavoro agile ad individuare *"i tempi di riposo del lavoratore nonché le misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro"*, con il rischio di soddisfare maggiormente le esigenze aziendali piuttosto che quelle del lavoratore. Permane quindi un problema di effettività che non ha sin qui trovato una soluzione soddisfacente[5].

Il dibattito, invece, dovrebbe suscitare – anche alla luce delle esperienze poste in essere in questa situazione emergenziale - un maggiore interesse, considerati i rischi che una mancata disconnessione può comportare. Gli *smart workers* si sono trovati oggi a confrontarsi con una realtà lavorativa che li ha colti, nella maggior parte dei casi, impreparati sia tecnologicamente sia culturalmente all'adozione di questa modalità di lavoro. Il tempo di lavoro sembra aver assorbito completamente anche il tempo dedicato alla vita privata e l'equilibrio tra i due aspetti pare essere sempre più impercettibile. Per questo motivo la necessità di effettive misure tecniche e organizzative che assicurino la disconnessione dai dispositivi si rivela oggi di estrema importanza.

A tal proposito, anche il *focus* del potere di controllo dovrà essere centrato sul risultato della prestazione resa all'esterno dei locali aziendali, piuttosto che sulla verifica circa «il rispetto di regole organizzative o di esecuzione della prestazione che hanno ragione d'essere solo in relazione alla prestazione resa all'interno

[4] LEONE, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori agili*, in D. GAROFALO (a cura di), *La nuova frontiera del lavoro: autonomo-agile-occasionale*, Adapt University Press, 2018, 489.

[5] Per maggiori approfondimenti sul tema si vedano, tra gli altri: ZUCARO, *Il diritto alla disconnessione tra interesse collettivo e individuale. Possibili profili di tutela*, in *Labour&Law Issues*, 2019; ZEPPILLI, *Disconnessione: un'occasione mancata per il legislatore?*, in *Riv. giur. lav.*, 2019.

dell'organizzazione aziendale»[6]. In altri termini, affinché il lavoro agile funzioni, «il corretto adempimento della prestazione non si misurerà più sul tempo passato in azienda, ma sull'esecuzione di specifici compiti»[7], purché quegli stessi compiti vengano bene individuati e comunicati al lavoratore interessato. In altri termini, se davvero ci si vuole orientare verso un lavoro maggiormente responsabilizzato e orientato agli obiettivi, è la stessa cultura del lavoro a dover subire una rivisitazione. Chissà che non sia proprio questa situazione di necessità a favorire uno sviluppo verso un diverso orizzonte organizzativo che, altrimenti – senza le necessità imposte dall'emergenza - avrebbe potuto tardare anni.

In questo senso, significativo sarà in futuro il ruolo assegnato alla contrattazione collettiva, soprattutto quella di secondo livello. La l. n. 81/2017, infatti, pur essendo stata di fatto anticipata dalla stipula di accordi aziendali che avevano regolato forme di *smart working* in base alle esigenze aziendali, non fa espressamente alcun richiamo alla contrattazione collettiva (sebbene non escluda un suo intervento). Tuttavia, è rilevante constatare che le aziende che avevano inserito il lavoro agile all'interno di un progetto più strutturato, frutto anche di un accordo e di una mediazione con le organizzazioni sindacali, siano state quelle in grado di gestire meglio l'organizzazione del lavoro nella fase emergenziale. Per questo motivo, avendo avuto ora le aziende il tempo e il modo per comprendere alcuni dei profili in cui lo *smart working* può articolarsi – nonché gli aspetti maggiormente critici - la previsione è che lo scenario post-pandemia sarà probabilmente caratterizzato da «un maggiore protagonismo regolativo da parte della contrattazione collettiva come cornice degli accomodamenti individuali»[8]. La regolamentazione collettiva potrebbe essere anche solo di supporto, continuando a demandare all'accordo individuale la sua (auspicabile) funzione di adesione proattiva e condivisa nella definizione delle modalità in cui, caso per caso, si articola la prestazione agile. Un rischio da evitare, infatti, è che, passata la crisi sanitaria, lo stato d'eccezione e quindi tutte le misure correttive attuate in una logica di semplificazione vengano in qualche modo «metabolizzate nella prassi, con un formale accordo di ratifica accettato da un lavoratore privo di potere negoziale».[9]

Infine, discutibile appare la recente previsione contenuta nell'art. 90 del decreto-legge n. 34 del 19 maggio 2020 (cd. Decreto Rilancio) ove si individua un diritto al lavoro agile per i dipendenti del settore privato che hanno almeno

---

[6] MAINARDI, *Il potere disciplinare e di controllo sulle prestazioni del lavoratore agile"*, in FIORILLO – PERULLI (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, 2018, 219

[7] ICHINO, *Nel lavoro agile anche un modello nuovo di impresa,* articolo consultabile al sito https://www.pietroichino.it/?p=54962

[8] CARUSO, *Tra lasciati e rovine della pandemia: più o meno smart working?,* in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. lav.,* 2020, 22

[9] CALVELLINI, *Coronavirus e lavoro agile: la regolamentazione provvisoria*, in *Diritti & Lavoro Flash*, 02/2020, 10

un figlio minore di 14 anni[10]. Esso va ad aggiungersi a quanto già previsto all'art. 39 del decreto Cura Italia, il quale riconosce un vero e proprio diritto al lavoro agile per i lavoratori disabili in condizione di gravità ai sensi dell'art. 3, co. 3, l. n. 104/92, nonché per coloro che abbiano nel proprio nucleo familiare una persona disabile in condizione di gravità. Le critiche alla disposizione – pur con la consapevolezza della sua necessità in un'ottica di migliore conciliazione delle esigenze familiari nell'attuale periodo - scaturiscono dal timore che entrambi i provvedimenti possano in futuro stabilizzarsi, andando a modificare il principio stesso del lavoro agile, trasformandolo così in uno strumento di *welfare* alternativo o di sola conciliazione vita-lavoro.

I profili problematici su cui riflettere, e rispetto ai quali sarà necessario individuare delle soluzioni, sono molteplici. Senz'altro però, per far sì che la situazione di straordinarietà attuale diventi realmente un acceleratore per la creazione di una cultura del lavoro basata su sistemi organizzativi innovativi e fondati sulla responsabilizzazione delle persone, le parti coinvolte dovranno dimostrarsi in grado di cogliere la sfida. In altri termini, l'auspicio è che l'esperimento vissuto in questa fase emergenziale «porti ad un approccio più maturo e consapevole allo *smart working*, che ne favorisca un'introduzione e un'implementazione tanto diffusa quanto efficace»[11].

(20-05-2020)

[10] Si veda anche BOTTINI, MELIS, *Lo smart working diventa un diritto con figli under 14*, in *Il Sole 24 ore*, 11 maggio 2020.

[11] CAPPETTA - DEL CONTE, *Tutela del lavoro e emergenza da Covid-19. Lo smart working ai tempi del coronavirus* articolo consultabile al sito
http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/, 31 marzo 2020

LOS CONTRATOS DE SEGURO DE CIBERRIESGOS EN SITUACIÓN DE PANDEMIA: CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE LA VARIACIÓN DEL RIESGO ASEGURADO

Juan Manuel Quintana Zuazúa

Doctorando en Derecho,
Universidad Complutense de Madrid

1. Escenario mundial

El modelo de negocio del mercado asegurador se basa en un calculado estudio estadístico de los riesgos asumidos y los ingresos recibidos, en contraprestación, por asumir dichos riesgos, los cuales son, habitualmente, específicos de cada asegurado. La individualidad de los riesgos, pese a su interrelación, es uno de los factores que permite al sector asegurador mantener un relativo control sobre su exposición a los mismos, valorando las circunstancias que concurren en cada uno.

Pero ¿Qué sucede cuándo un riesgo se vuelve universal de manera imprevista?

La pandemia de 2020 (iniciada en 2019)[1] provocada por el coronavirus SARS-CoV-2, causante de la enfermedad llamada Covid-19, se caracteriza por su alcance mundial, tanto en su propia afectación a la salud de las personas, como en sus efectos colaterales de tipo social, geopolítico y económico, causados en un periodo de tiempo extremadamente corto, de apenas unos meses.

No hay, en todo el mundo, un estado, sector, mercado o entidad, que no haya sufrido los efectos de la pandemia, de manera directa o indirecta.

Estos efectos tan rápidos, profundos y amplios se entienden en un marco propio de un mundo globalizado, en el que el tráfico de personas y mercancías a nivel mundial es un flujo constante y omnidireccional que permite a los individuos llegar a cualquier lugar del mundo en pocas horas y, en este caso, también a aquellos que padezcan esta enfermedad, de notorio poder de contagio y fácil transmisión.

En esta circunstancia, declarada la epidemia y después, por su crecimiento, la pandemia a nivel mundial[2], tanto asegurados como compañías aseguradoras, se apresuran a revisar sus pólizas en vigor, para ver si figura en ellas la exclusión específica de epidemias y pandemias. Era ésta una exclusión a la que ninguna de

---

[1] *"Nuevo coronavirus – China"*. Organización Mundial de la Salud. 12 de enero de 2020. Consultado el 13 de mayo de 2020, https://www.who.int/csr/don/12-january-2020-novel-coronavirus-china/es/

[2] *"Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la Covid-19 celebrada el 11 de marzo de 2020"*. Organización Mundial de la Salud. Consultado el 14 de Mayo de 2020, https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020

las partes prestó demasiada atención, al considerarlo, de manera general como un riesgo improbable.

2. Seguros de ciberriesgo en situación de pandemia

En este escenario pandémico, uno de los riesgos que debe ser objeto de especial atención, y sobre el que se enfoca el presente artículo, es el riesgo cibernético.

De manera paralela al rápido desarrollo de internet, de las comunicaciones globalizadas y de la informatización de los procesos en las empresas, en las administraciones públicas y en la vida cotidiana de la ciudadanía, los riesgos asociados a las redes informáticas han emergido y aumentado en la misma progresión. La casuística de los riesgos cibernéticos es tan amplia y variada como la creciente diversidad de tecnologías a las que afectan.

Estos riesgos son objeto de cobertura de pólizas de seguro específicas, las cuales cubren supuestos muy diversos, que comprenden, no sólo los daños directos producidos por ataques cibernéticos, fallos de seguridad o intrusiones ilegítimas, sino las consecuencias que estas amenazas generan (daños reputacionales, riesgos legales, extorsiones, daños a terceros por filtraciones de datos…)

En una situación de pandemia global, la implantación generalizada de internet, ha servido para que gran parte del tejido empresarial siga funcionando, principalmente mediante el modelo del "teletrabajo", en las funciones en las que ha sido posible, permitiendo que las operaciones de muchos sectores continúen con relativa normalidad sin exponer a su personal al riesgo de contagio y sin ver su actividad paralizada por confinamientos y otras medidas excepcionales de las autoridades públicas.

Sin embargo, este modelo operativo, genera vulnerabilidades específicas en materia de ciberriesgos[3]. Los protocolos de ciberseguridad implantados en las empresas no se pueden aplicar con la misma eficacia fuera del centro de trabajo, del mismo modo que los medios técnicos domésticos de los propios empleados, serán, en muchos casos, más vulnerables.

La propia distancia entre los trabajadores genera un riesgo asociado, ya que obliga a que las reuniones en las que se trata, en muchas ocasiones, información confidencial, sean llevadas a cabo de manera telemática, habitualmente, a través de aplicaciones y sistemas de terceros que, en ocasiones, han resultado ser vulnerables a las intromisiones ilegítimas[4]. Adicionalmente, los empleados están más expuestos a los ataques llamados "de ingeniería social", al haberse visto alterada la "normalidad" de la operativa diaria, no percibiéndose como anormales cosas diferentes a las que

[3] *"Covid-19 cyberthreats"*. Interpol. Consultado el 15 de mayo de 2020, https://www.interpol.int/Crimes/Cybercrime/Covid-19-cyberthreats

[4] "CCN-CERT AV 22/20 Vulnerabilidad en Zoom". Centro Criptológico Nacional. 3 de abril de 2020. Consultado el 15 de mayo de 2020, https://www.ccn-cert.cni.es/seguridad-al-dia/avisos-ccn-cert/9874-ccn-cert-av-22-20-vulnerabilidad-en-zoom.html

eran antes habituales. Del mismo modo, se han generado toda clase de fraudes informáticos aprovechando la situación de pandemia[5].

Conocedores de estas vulnerabilidades, los estafadores, *hackers* y ciberdelincuentes en general, han intensificado su actividad, teniendo como principal objetivo las empresas de tamaño pequeño y mediano, al disponer de menor nivel de protección frente a estos riesgos.

3. *Rebus sic stantibus*

En un contrato cuyos efectos se mantienen de forma prolongada en el tiempo, es de aplicación el principio *rebus sic stantibus*[6]. En el caso de las pólizas de seguro, este principio suele aparecer expresamente plasmado en una cláusula específica en las condiciones del contrato.

Cabría preguntarse si la situación de pandemia implica un cambio de suficiente magnitud en las condiciones, como para justificar la modificación o rescisión de los términos contractuales, considerando que, si la circunstancia hubiese sido conocida al iniciarse el contrato, no hubiera sido aceptado por alguna de las partes con esas condiciones.

La jurisprudencia en España se ha mostrado siempre muy restrictiva en cuanto a la interpretación de esta cláusula[7], puesto que podría entrar en contradicción con el principio de *pacta sunt servanda*[8]. Una consideración demasiado amplia de esta cláusula podría resultar muy lesiva para el tráfico jurídico, al dejar sin efecto lo reflejado en los contratos y desvirtuar su valor vinculante.

En un contrato de seguro, esto resultaría especialmente perjudicial para el asegurado, que se podría ver repentinamente expuesto al riesgo que, precisamente, consideró haber evitado mediante la suscripción de la póliza.

Para salvaguardar la solidez jurídica de la figura contractual, es de vital importancia que se evalúe si cabe o no la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* atendiendo a las circunstancias concretas que concurran en cada caso, debiendo los juristas, cada uno en su ámbito como operadores jurídicos, evitar las interpretaciones tendentes a una aplicación general o automatizada de esta cláusula.

En coherencia con todo lo anterior, debe considerarse como criterio de valoración de la activación de esta cláusula en un escenario de pandemia, aquello que modifique sustancialmente las condiciones, o incluso haga desaparecer la razón de ser del propio contrato de seguro, pero no será un criterio objetivamente válido plantear la existencia en sí de un escenario de pandemia para justificar la

---

[5] *"La Policía Nacional bloquea 45.773 dominios web utilizados para actividades criminales relacionadas con el Covid-19"*. Cuerpo Nacional de Policía. 16 de abril de 2020. Consultado el 15 de mayo de 2020, https://www.policia.es/prensa/20200416_1.html

[6] Locución latina: *"Estando así las cosas"*. Principio jurídico en referencia a las circunstancias concurrentes en el momento de celebración de los contratos.

[7] STS 19/2019 de 15 de enero. STS 237/2015 de 30 de abril. STS 156/2020 de 6 de marzo.

[8] Locución latina: *"Lo pactado obliga"*. Principio jurídico en referencia al valor vinculante contractual.

modificación o rescisión de la relación contractual sin atender a los efectos específicos que atañen al objeto del contrato.

En ese sentido, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* debería venir condicionada, en todo caso, a que las circunstancias provoquen que la sujeción a los términos invariables del contrato no pueda ser razonablemente exigible.

4. Agravación o disminución del riesgo

La legislación española, en materia de seguros[9], contempla el supuesto de que, durante el periodo de vigencia del contrato de seguro, en caso de producirse una alteración de las circunstancias y factores declarados por el tomador en la celebración de dicho contrato, el tomador o asegurado deben comunicar la situación al asegurador. En esta situación, la ley permite al asegurador realizar una propuesta de modificación del contrato que, en caso de silencio o rechazo, le facultará para rescindir el contrato, dentro de una serie de plazos y requisitos de notificación establecidos[10].

La propia Ley de Contrato de Seguro, matiza un criterio de evaluación indicando que la alteración de los factores y circunstancias agravantes del riesgo deben ser, para el asegurador, *"de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por éste en el momento de la perfección del contrato no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas"*[11].

El propósito de este mecanismo legal es evitar que la rigidez de los términos inicialmente pactados en la póliza genere una situación injusta para las partes, si se produce una variación sustancial en el riesgo objeto del contrato.

Cabe destacar el deber de comunicación del asegurado hacia el asegurador, en caso de que alguna circunstancia imprevista agrave el riesgo, objeto de la póliza. En caso de incumplir esta obligación, el asegurador quedará liberado de la prestación en caso de siniestro, si hubiera mediado mala fe, o en su defecto, la prestación será proporcionalmente reducida considerando la diferencia entre la prima fijada y aquella que hubiera correspondido si se hubiese conocido el riesgo real[12].

En el escenario de pandemia mundial, podría caber la controversia de si existe deber de comunicar, por parte del tomador o asegurado, una circunstancia global y públicamente conocida a la que, obviamente, el asegurador no es ajeno y que no resulta razonable pensar que desconozca. A juicio de quien escribe estas líneas, esta duda quedaría resuelta con el criterio objetivo de la consideración de que el tomador o asegurado solo viene obligado a comunicar aquellos factores de incidencia en el riesgo propio en relación con las coberturas del seguro suscrito, nunca circunstancias generales, sino los efectos concretos de las mismas sobre su riesgo.

---

[9] Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (BOE núm.250, de 17 de octubre de 1980).
[10] Artículo 12 Ley 50/1980, de Contrato de Seguro.
[11] Artículo 11 punto 1 Ley 50/1980, de Contrato de Seguro.
[12] Artículo 12 Ley 50/1980, de Contrato de Seguro.

La cuestión radica en la necesidad de evaluar, en primer lugar, la magnitud del riesgo sobrevenido y, en segundo lugar, con mucha mayor relevancia, el nivel de exposición y afectación objetiva que sufre el asegurado frente a ese riesgo.

Esta adecuada evaluación de la situación resulta fundamental para evitar que cualquiera de las partes aproveche, de manera estratégica, una circunstancia general, para modificar o rescindir un contrato válido, cuyo contenido material no se ve objetivamente afectado de manera significativa, demostrable, o al menos, fundadamente previsible.

En un escenario de pandemia, el enfoque inicial tenderá a considerar que la variación del riesgo se producirá en el sentido de la agravación, por lo que se facultaría al asegurador a modificar los términos del contrato, de manera más gravosa para el asegurado, o rescindirlo según los cauces legales mencionados. Sin embargo, aunque pudiera resultar contraintuitivo, la situación generada por la pandemia, puede, en realidad, suponer una disminución del nivel de riesgo, especialmente si la suscripción del seguro está limitada a un ámbito concreto.

La legislación[13] permite al tomador del seguro, o al asegurado, informar al asegurador de cualquier circunstancia que, en caso de haber sido conocida en el momento de la contratación, las condiciones hubieran sido más favorables, dando lugar a una disminución proporcional de la prima futura o, en caso contrario, a la facultad de resolver el contrato y que le sea devuelta la diferencia entre la prima satisfecha y la que le hubiera correspondido pagar.

En el caso objeto del presente artículo, los seguros de ciberriesgo, hay factores operativos que determinan por completo la desigual exposición a las amenazas que se pretende cubrir con este tipo de seguros, que varía de forma absoluta entre sectores e incluso, en ocasiones, entre empresas del mismo sector.

A modo de ejemplo, podría considerarse una empresa proveedora de servicios telemáticos de comunicación, que vería incrementada exponencialmente su actividad y el número de usuarios de sus servicios durante una pandemia, en la que el contacto social personal se ha visto restringido.

Cabría valorar, en este caso, que el nivel de exposición a riesgos cibernéticos habría aumentado notoriamente. El aumento de usuarios conlleva una mayor carga de trabajo en el servicio, un mayor volumen de datos sensibles susceptibles de ser sustraídos, mayor atención de *hackers* malintencionados y un mayor número de personas que, en caso de sufrir algún percance relacionado con el servicio ofrecido, podría emprender acciones legales. En definitiva, habría tantos riesgos como se pueda imaginar, pues los ciberdelincuentes son numerosos y sus métodos cada vez más sofisticados y creativos.

Sin embargo, en el mismo contexto y circunstancias de pandemia, se podría considerar el caso de un establecimiento hotelero, cuya actividad se hubiera visto completamente paralizada en esta circunstancia, ya sea *de facto*, por la falta de clientes, o por imperativo de las autoridades. Al no manejar datos de nuevos

[13] Artículo 13 Ley 50/1980, de Contrato de Seguro.

clientes, ni hacer nuevas transacciones con los mismos, podría estimarse que su exposición concreta a los riesgos cibernéticos habría disminuido objetivamente.

También resulta de interés distinguir entre los riesgos originados por la propia pandemia, los fenómenos socioeconómicos disruptivos colaterales que genera y los riesgos originados por las medidas tomadas por los poderes públicos a consecuencia de su aparición. Estos últimos, podrían considerarse situados en la categoría de los llamados "riesgos políticos". La clasificación y distinción de riesgos tiene su importancia en cuanto al contenido del condicionado de los contratos de seguro, no siendo habitual la existencia de cláusulas de exclusión de coberturas en caso de pandemia, en las pólizas de ciberriesgos, pero siendo más frecuente la existencia de exclusiones relacionadas con medidas dictadas por las autoridades. Igualmente, es habitual encontrar exclusiones de supuestos que podrían darse a consecuencia indirecta de los efectos de la pandemia, como pudieran ser, las interrupciones de servicio de proveedores de internet[14].

5. Conclusión

Los mecanismos previstos en la legislación para modificar un contrato de seguro en vigor, pueden ser necesarios y de utilidad para restablecer un justo equilibrio, alterado por circunstancias imprevistas, no obstante, deben ser aplicados con impecable precisión en su ponderación, para evitar erosionar la seguridad jurídica, que encuentra su solidez en el valor vinculante de las relaciones contractuales.

Cualquier variación que se produzca en un contrato de seguro, debido a causas sobrevenidas, como las propias de una pandemia mundial, en los supuestos previstos por la legislación y por lo establecido en la propia póliza, debe ser minuciosamente estudiada. Deberá valorarse en función de su aplicación a cada caso específico, pues aplicaciones generalizadas pondrían en peligro la seguridad jurídica que otorga el principio de *pacta sunt servanda* inherente a los contratos, causando una desprotección que puede resultar muy lesiva, tanto para la parte perjudicada en esta modificación de condiciones, como para la solidez y la estabilidad de las relaciones jurídicas a nivel general.

La evaluación de este supuesto agravante, así como la determinación de su alcance y profundidad, resulta particularmente complicada en el ámbito de los riesgos cibernéticos, que son, por su variedad, evolución y ámbito global, de una enorme complejidad técnica, operativa y legal.

(20-05-2020)

[14] Para la realización de este artículo se ha estudiado una muestra de 20 pólizas de ciberriesgos en vigor emitidas por las principales compañías aseguradoras que operan en España.

LA POSIBILIDAD DE EXPANSIÓN DE LAS COBERTURAS DEL CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS A LOS INVÁLIDOS ABSOLUTOS Y A FALLECIMIENTOS OCASIONADOS POR EL COVID-19

María Amparo Sarti Martínez

Profesora de Derecho mercantil,
Colegio Universitario Cardenal Cisneros,
Universidad Complutense de Madrid

1. Características del Consorcio de Compensación de Seguros

El Consorcio de Compensación de Seguros[1] (en adelante, CCS) en un instrumento asegurador al servicio de los ciudadanos y de las necesidades económicas[2]. Es una entidad pública empresarial adscrita al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, a través de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones[3] (en adelante DGSFP).

Sus funciones son múltiples y cada vez se amplían más, debiendo señalar especialmente la cobertura de los riesgos extraordinarios, sobre la que versa este comentario puntual en relación a la pandemia del Covid-19, existiendo otras funciones respecto al seguro obligatorio de automóviles[4], el seguro agrario

[1] El CCS tiene su origen en la reconstrucción del país al finalizar la guerra civil española e iniciarse el complejo proceso de reconstrucción de España, a través de la indemnización de los daños materiales y pago de las sumas aseguradas en los seguros de vida, a pesar de la incidencia causal del conflicto bélico, riesgo no objeto de cobertura en las pólizas ordinarias. Sobre este tema, en la doctrina SÁNCHEZ CALERO, F., "El empresario público de seguros", *La empresa pública*, tomo II, Bolonia, 1970, pp. 1015-1047. Ulteriormente, BARRERO RODRÍGUEZ, E., *El Consorcio de Compensación de Seguros*, Valencia, 2000.

[2] Una visión global de las indemnizaciones satisfechas por el CCS desde el inicio de la década de los 70 a la actualidad, se encuentra publicado en formato electrónico en la página web del CCS https://www.consorseguros.es/web/la-entidad/publicaciones.

[3] ALMAJANO PABLOS, L.M., "Estatuto legal del Consorcio de Compensación de Seguros", *Noticias de la Unión Europea*, 1991, núm. 82, pp. 49-64.

[4] FELIU I LLANSA, P., "La responsabilidad civil directa afectante al consorcio de compensación de seguros en supuestos de disolución forzosa, quiebra o suspensión de pagos en entidades aseguradoras." *La Ley,* 1987, núm. 4, pp. 830-845. Más recientemente, BADILLO ARIAS, J.A., "El elemento extranjero en los accidentes de circulación. Funciones del Consorcio de Compensación de Seguros y Ofesauto", *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, 2014, núm. 1, pp. 6-33.

combinado[5], el seguro de crédito[6] y la liquidación de entidades aseguradoras[7], entre otras.

El CCS tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, cuyo marco de actuación viene definido por su Estatuto Legal, aprobado por RDLeg. 7/2004, de 29 de octubre. Tiene patrimonio propio, distinto al del Estado. Ajusta su actividad al ordenamiento jurídico privado y no depende de ningún presupuesto público[8].

En relación con la cobertura de riesgos extraordinarios sobre las personas y los bienes, se encuentran regulados en el art. 6 del Estatuto Legal CCS, en el que se establece que se podrá compensar a través de una indemnización, las pérdidas originadas por acontecimientos extraordinarios acaecidos en España sobre bienes o personas asegurados en nuestro país y en el extranjero por ciudadanos españoles cuya residencia esté ubicada en España.

En la actualidad, las condiciones del aseguramiento del CCS se contienen en su póliza o contrato aprobada por Resolución DGSFP de 28 de marzo de 2018, por la que se fijan los recargos[9] en materia de seguro de riesgos extraordinarios a satisfacer obligatoriamente por los asegurados, la cláusula de cobertura a insertar en las pólizas de seguro ordinario y la información a facilitar por las entidades aseguradoras relativa a las pólizas incluidas en este régimen de coberturas.

En la práctica aseguradora española, en los ramos consorciados de daños[10] y

---

[5] *El Sistema de Seguros Agrarios Combinados en España*, Revista Digital ConsurSeguros, núm. 2, abril 2015.

[6] En el momento de la crisis financiera, se dictó el art. 4 del RDL 3/2009 de 27 de marzo, que permitió el reaseguro público del CCS en el ámbito de los seguros de crédito y caución. En la actualidad, el RDL 15/2020 de 21 de abril en su art. 7 mantiene esta opción reaseguradora a partir de enero de 2020. *Cfr.* MUELAS GARCÍA, P., "El Consorcio de Compensación de Seguros entra en acción ante el Covid-19", Despacho de Abogados Gómez Acebo & Pombo, 23 de abril de 2020, https://www.ga-p.com/publicaciones/el-consorcio-de-compensacion-de-seguros-entra-en-accion-ante-el-covid-19.

[7] Arts. 572.3, 574.2 y 578 del RDLeg. 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

[8] Es lógico, pues la financiación de esta cobertura de riesgo extraordinario se realiza por los recargos o precios establecidos para estos seguros. Estos recargos tienen naturaleza tributaria con la finalidad de que sea exigido a todos los asegurados, con independencia de que contraten o no con el CCS la mencionada cobertura de riesgos extraordinarios. Véase la página web del CCS citada.

[9] El art. 157.1, párrafo final, de la Directiva 2009/138/CE de 25 de noviembre (Solvencia II) reconoce la legalidad de estos recargos diciendo textualmente: *"En el caso de España, los contratos de seguro estarán también sujetos a los recargos legalmente establecidos en favor del organismo español «Consorcio de compensación de seguros» para sus fines en materia de compensación de las pérdidas derivadas de sucesos extraordinarios acaecidos en dicho Estado miembro."*

[10] EL art. 4.1 a) del Reglamento del Seguro de Riesgos Extraordinarios (RSRE) contempla como consorciados: "*(…) las pólizas de vehículos terrestres, vehículos ferroviarios, incendios y eventos de la naturaleza, otros daños en los bienes (robo, rotura de cristales, daños a maquinaria, equipos electrónicos y ordenadores), responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles y las de pérdidas pecuniarias diversas, que contemplen coberturas de las citadas en el artículo 3.2 o coberturas de inhabitabilidad o desalojo forzoso de viviendas, o pérdidas de alquileres de viviendas; así como modalidades combinadas de ellos o cuando se contraten de forma complementaria."*

de personas[11], los tomadores/asegurados pagan una doble prima, una para el seguro ordinario y otra para el extraordinario. El asegurador desembolsa ulteriormente esta prima extraordinaria al CCS, con un descuento por su intermediación. Si un tomador tiene cubiertos los riesgos extraordinarios con otra entidad aseguradora, extremo este poco frecuente, está obligado de todas formas a pagar el recargo, dada su naturaleza tributaria[12].

2. Noción de acontecimiento extraordinario, a los efectos del CCS

Un evento extraordinario puede derivarse de los siguientes fenómenos naturales: terremotos y maremotos, las inundaciones extraordinarias, las erupciones volcánicas, la tempestad ciclónica atípica y las caídas de cuerpos siderales y aerolitos.

También serán considerados como acontecimiento extraordinario los producidos violentamente por actos de terrorismo, rebelión, sedición, motín y tumulto popular, así como los ocasionados por la actuación de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en tiempo de paz.

Quedan excluidos de la cobertura del CCS, de acuerdo con el art. 6.3 de su Estatuto Legal:

a) Los que no den lugar a indemnización según la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro.

b) Los ocasionados en personas o bienes asegurados por contrato de seguro distinto a aquellos en que es obligatorio el recargo a favor del Consorcio.

c) Los debidos a vicio o defecto propio de la cosa asegurada.

d) Los producidos por conflictos armados, aunque no haya precedido la declaración oficial de guerra.

e) Los que por su magnitud y gravedad sean calificados por el Gobierno como "catástrofe o calamidad nacional"[13].

---

[11] EL art. 4.1 b) RSRE, señala como consorciados: *"(…) las pólizas del ramo de vida que garanticen exclusiva o principalmente el riesgo de fallecimiento, incluidas las que contemplen además garantías complementarias de indemnizaciones pecuniarias por invalidez permanente parcial, total o absoluta o incapacidad temporal, en los términos que se determinan en este reglamento; y las del ramo de accidentes que garanticen el riesgo de fallecimiento o contemplen indemnizaciones pecuniarias por invalidez permanente parcial, total o absoluta o incapacidad temporal, en ambos casos incluso si se hubiera contratado de forma combinada o como complemento de otro seguro. Asimismo, se entienden incluidas las pólizas de vida o accidentes que cubran los riesgos antes citados amparados en un plan de pensiones formulado conforme al texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones, aprobado por el RDLeg. 1/2002, de 29 de noviembre. Las pólizas colectivas que instrumenten compromisos por pensiones estarán incluidas en todo caso, aun cuando el riesgo garantizado principalmente no sea el de fallecimiento."*

[12] En este sentido, MUÑOZ VILLARREAL, A., "Los recargos en favor del Consorcio de Compensación de Seguros", *Tributos asistemáticos del ordenamiento vigente*, Valencia, 2018, pp. 357-366.

[13] Se debe hacer hincapié en que el Gobierno ha declarado el estado de alarma en virtud del RD. 463/2020, de 14 de marzo, que todavía está vigente después de varias prórrogas, pero no ha existido declaración de catástrofe o calamidad nacional, puesto que son conceptos preconstitucionales cuyo

f) Los derivados de la energía nuclear.

g) Los debidos a la mera acción del tiempo o los agentes atmosféricos distintos a los fenómenos de la naturaleza señalados anteriormente.

h) Los causados por actuaciones producidas en el curso de reuniones y manifestaciones llevadas a cabo conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, así como durante el transcurso de huelgas legales, salvo que las citadas actuaciones pudieran ser calificadas como acontecimientos extraordinarios.

i) Los indirectos o pérdidas de cualquier clase derivados de daños directos o indirectos, distintos de la pérdida de beneficios que se encuentre cubierta por el CCS como ramo consorciado a raíz de los actos terroristas del 11-S y 11-M[14].

3. La problemática de la declaración de calamidad pública

El RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, y la legislación posterior con rango de Ley o reglamentario no contienen una declaración expresa de calamidad pública referida al Covid-19, pues la misma tendría importantes consecuencias para la liberación de responsabilidad de los aseguradores y de otros operadores económicos.

4. La posibilidad de extender la cobertura del CCS a los supuestos de asegurados que hayan fallecido o que hayan sido declarados inválidos absolutos por el Covid-19

Desde el punto de vista teórico, el CCS ha ido ampliando sus funciones de acuerdo con las nuevas necesidades que ha ido surgiendo, entrando en el ámbito del seguro de vida a consecuencia de los actos terroristas con expansión al extranjero (Ley 12/2006 de 16 de mayo).

También se ha extendido el ámbito de los riesgos extraordinarios al seguro del automóvil para ampliar las coberturas a raíz del terremoto de Lorca de 2011[15].

---

origen data de la regulación primitiva del CCS. En la Exposición de motivos de las Instrucciones de 15 y 16 de marzo de 2020 del Ministerio de Defensa, por la que se establecen medidas para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, aluden, sin embargo, al Covid-19 como calamidad pública.

[14] La Resolución DGSFP de 28 de mayo de 2004 ha extendido la cobertura del CCS a los seguros de pérdida de beneficios por interrupción de la empresa a consecuencia de riesgos extraordinarios.

[15] Para que el CCS indemnice, es necesario que el asegurado sea titular de una póliza de seguros de un ramo consorciado, de manera que, si el asegurado no tiene suscrito ningún contrato de seguro ordinario, no puede percibir cantidad alguna. Sobre las coberturas, a raíz del terremoto de Lorca, PASCUAL SANTAMARÍA, G., GONZÁLEZ LÓPEZ, S. y ALGUACIL ALGUACIl, L., "Análisis de Consecuencias y Actuaciones de Protección Civil en el Terremoto de Lorca (Murcia)

A causa del huracán Klaus se modificó el RSRE el 14 de octubre de 2011 (RD 1386/2011) y se incluyó el riesgo de TCA[16] (Tempestad Ciclónica Atípica). Este riesgo está teniendo gran importancia en los últimos tiempos para el CCS, debiendo destacar lo acaecido con el Huracán Gloria[17].

El CCS ya ha sido contemplado en esta legislación de emergencia del Covid-19 respecto al apoyo financiero y estabilidad necesaria para el mantenimiento del seguro de crédito y caución tan necesarios para el funcionamiento del completo sistema financiero, en un momento en el que se prevé un claro incremento en las situaciones de crisis empresarial, a pesar de las medidas establecidas para el retraso de las decisiones empresariales en esta materia.

Este reaseguro es una actuación conforme al mercado y necesaria para que la actividad crediticia interna realizada entre empresarios no se desmorone por los efectos económicos colaterales de la pandemia; sin embargo, la opción que se postula en este trabajo no se refiere al ámbito del reaseguro de las entidades aseguradoras, sino que su actividad es paralela al seguro directo, a través de la cobertura de los riesgos personales de las personas fallecidas o que han sido declaradas en invalidez absoluta a consecuencia del contagio del Covid-19.

Se trataría de una mutualización[18] de los riesgos de muerte e invalidez absoluta[19], a través de una gestión del CCS, que viene provocada por la especial

---

Pre-Emergencia, Emergencia y Post-Emergencia", *Física de la tierra*, 2012, núm. 24, pp. 343-362; también, *Revista Digital ConsorSegur*, núm. 8, marzo 2018.

[16] El art. 2.1 e) RSRE define Tempestad Ciclónica Atípica como: *"tiempo atmosférico extremadamente adverso y riguroso producido por: 1º.- Ciclones violentos de carácter tropical, identificados por la concurrencia y simultaneidad de velocidades de viento superiores a 96 kilómetros por hora, promediados sobre intervalos de 10 minutos, lo que representa un recorrido de más de 16.000 metros en este intervalo, y precipitaciones de intensidad superior a 40 litros de agua por metro cuadrado y hora. 2º.- Borrascas frías intensas con advección de aire ártico identificadas por la concurrencia y simultaneidad de velocidades de viento mayores de 84 kilómetros por hora, igualmente promediadas sobre intervalos de 10 minutos, lo que representa un recorrido de más de 14.000 metros en este intervalo, con temperaturas potenciales que, referidas a la presión al nivel del mar en el punto costero más próximo, sean inferiores a 6ºC bajo cero. 3º.- Tornados, definidos como borrascas extratropicales de origen ciclónico que generan tempestades giratorias producidas a causa de una tormenta de gran violencia que toma la forma de una columna nubosa de pequeño diámetro proyectada de la base de un cumulonimbo hacia el suelo. 4º.- Vientos extraordinarios, definidos como aquellos que presenten rachas que superen los 120 Km. por hora. Se entenderá por racha el mayor valor de la velocidad del viento, sostenida durante un intervalo de tres segundos."*

[17] Nota informativa del CCS sobre inundación, embate de mar y viento extraordinario producidos entre los días 18 y 25 de enero de 2020 por la borrasca "Gloria", recurso electrónico página web CCS.

[18] La mutualización se produce al repartir entre todos los ciudadanos españoles asegurados de cualquier tipo de riesgo consorciable por el que han satisfecho los recargos correspondientes, el coste de las sumas a satisfacer por los siniestros de fallecimiento e invalidez absoluta, cuyo número en este momento es difícil de predecir, pero hay que recalcar que se reduce a las personas con aseguramiento ordinario previo.

[19] Esta limitación a la esfera personal se produce por razones obvias de índole económica y de política social, en cuanto que el Covid-19 en otros ramos de seguro de daños ha podido ser objeto de cobertura específica. Así cabe mencionar la posible cobertura de la pandemia en algunos seguros de pérdida de beneficios por interrupción de la empresa, en los que haya podido preverse la

mortalidad y morbilidad grave generada por esta pandemia del Covid-19 y que permite trasladar al ámbito de la empresa pública que es el CCS, con sus recursos económicos y provisiones técnicas, la mortalidad y el daño personal extremo calificable como invalidez absoluta, fuera de los riesgos ordinarios, traspasándolo al ámbito de los extraordinarios[20], siendo el importe de la siniestralidad perfectamente asumible con los actuales recursos patrimoniales del CCS[21].

Por lo tanto, es posible que el CCS pueda y deba cubrir el Covid-19[22], en relación con los asegurados fallecidos o inválidos absolutos que hayan tenido contratado algún seguro de personas en el momento previo a la infección por el virus Covid-19. No se debe olvidar que el CCS respeta las reglas aseguradoras, por lo que las sumas aseguradas vienen predeterminadas por las coberturas básicas existentes, las cuales no entran en el ámbito de las ayudas estales o de la configuración de las prestaciones no contributivas[23].

(20-05-2020)

cobertura por cualquier causa, excluyendo únicamente las tradicionales referencias a los daños derivados de la energía nuclear y de las situaciones de conflictos bélicos. FUNALLET, J.M. ha defendido el 25 de marzo de 2020 la intervención del CCS en este ámbito https://www.claimcenter.com/lucro-cesante-empresas-coronavirus-consorcio/

[20] Este es el núcleo de esta posición jurídica en cuanto que reubica en el ámbito extraordinario los fallecimientos de asegurados con póliza ordinaria que hayan satisfecho los recargos del CCS. Por razones humanitarias y de técnica aseguradora se puede permitir igual razonamiento respecto a la invalidez absoluta para toda actividad, con el requisito previo de la satisfacción del recargo consorcial, ya que no se puede olvidar que normalmente la tramitación ante el CCS por razones de política comercial se suele realizar por las propias entidades aseguradoras, que evitan pagar las pólizas ordinarias y se benefician de la cobertura extraordinaria del CCS

[21] En principio, la mortandad de asegurados fallecidos, que tuvieran cobertura de seguros ordinarios en función de la edad puede ser bastante limitada, puesto que la cobertura del seguro de vida no se extiende más allá de los 65 años y la del seguro de accidentes hasta los 75 años.

[22] En este sentido se han pronunciado diversos comentaristas. Así el 31 de marzo de 2020 se propuso la intervención del CCS, para asumir los daños derivados de esta tragedia equiparándola a un conflicto bélico http://www.gpnor.com/pandemia-versus-consorcio/.

[23] Se califican de esta manera las prestaciones sociales que surgen para hacer frente a las necesidades ciudadanas, particularmente intensas en este momento de la crisis económica derivada de la detención de la actividad profesional y empresarial a consecuencia de la normativa de emergencia que ha decretado el cierre de negocios y establecimientos.

REFLEXIONES SOBRE LA TASAS DE MORTALIDAD Y LETALIDAD DEL COVID-19 EN ESPAÑA

Sofía Tirado Sarti

Profesora de Estadística y Econometría,
Colegio Universitario Cardenal Cisneros,
Universidad Complutense de Madrid

1. Advertencias previas. Metodología

La aparición en escena del Covid-19 cuando el Gobierno apoyado fundamentalmente por los grupos parlamentarios del Partido Socialista y Unidas Podemos iniciaba su andadura, ha hecho que el Covid-19 sea objeto de un amplio debate de naturaleza política, que supera los límites de la política sanitaria y asistencial, poniendo de manifiesto la problemática planteada por la normativa de emergencia dictada por el Gobierno, dirigida a establecer un mando único y a integrar la sanidad privada en el esquema general del Servicio Público de Salud, que sorprendentemente en nuestro país es competencia de las Comunidades Autónomas(CCAA), lo que provoca que la respuesta sanitaria en cada región de España haya sido diferente, de manera que esta diversidad ha dado origen a una compleja situación de desescalamiento a distintas velocidades y con distintos criterios prefijados por la autoridad estatal, que a efectos de esta pandemia se concreta en el Ministerio de Sanidad.

Por parte de un miembro relevante del partido mayoritario en el poder, se ha señalado para desacreditar la gestión del Gobierno autonómico de la CA de Madrid que la tasa de letalidad era la más elevada de España[1].Rápidamente esta afirmación ha sido respondida en la prensa señalando el criterio erróneo a la hora del cálculo en términos absolutos de la tasa de letalidad, atendiendo únicamente a la cifra de los fallecidos, sin

[1] "El secretario general del Grupo Parlamentario Socialista, Rafael Simancas, señalaba el 13 de mayo de 2020 que en España había cifras tan altas de contagiados y fallecidos por coronavirus porque *está la Comunidad de Madrid que es la tercera región del mundo en letalidad por este virus".* Declaración dada en La Sexta tv perteneciente al grupo Atresmedia. *Cfr.* https://www.vozpopuli.com/politica/simancas-coronavirus-muertos-comunidad madrid.

tener en cuenta el dato objetivo de los casos con confirmación virológica por PCR[2].

Esta diferencia de interpretación de unos mismos datos epidemiológicos es el basamento que inspira este comentario desde la ciencia estadística, en donde en un primer momento se va a distinguir entre la tasa de mortalidad y la tasa de letalidad, teniendo en cuenta las reglas generales de oscilación de los fallecimientos en 2019, que han sido desgraciadamente elevados al alza por el Covid-19.

2. Tasa de mortalidad *vs* tasa de letalidad ante el Covid-19

Es un hecho conocido por todos que la pandemia por el Covid-19 está dejando cifras muy alarmantes en todo el mundo y en particular en España. En concreto, el número de fallecidos por Covid-19 asciende en España, a 18 de mayo de 2020, a 27.709 personas[3], ocupando el quinto puesto, tanto a nivel de fallecidos como contagiados, según la Universidad de Medicina Johns Hopkins[4].

Dos son los indicadores que se están utilizando indistintamente para hacer referencia al número de fallecidos de esta pandemia: la tasa de mortalidad y la tasa de letalidad. Según La Real Academia Nacional de Medicina[5] (RANM) la tasa de mortalidad se define como "*la proporción entre el número de fallecidos en una población durante un determinado periodo de tiempo y la población total en ese mismo período*" mientras que la RANM define la tasa de letalidad como "*un cociente entre el número de fallecimientos a causa de una determinada enfermedad en un período de tiempo y el número de afectados por esa misma enfermedad en ese mismo período*".

Si bien estos dos indicadores comparten un numerador común, el número de muertos, el denominador en ambos es diferente, y por ende, también lo es su interpretación.

La tasa de mortalidad es un indicador muy utilizado no sólo en el ámbito médico, sino también en el ámbito del seguro, de manera que el legislador contempla las tablas de mortalidad para el cálculo de las provisiones del seguro de vida en la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión

[2] Alonso S. y Tobalina B. señalaban el 15 de mayo de 2020 que tres autonomías gestionadas por gobiernos socialistas superaban a Madrid en letalidad, concretamente las CCAA son: Castilla-La Mancha, Extremadura y Aragón. *Vid*. https://www.larazon.es/salud/.

[3] Dato recogido del portal estadístico del Ministerio de Sanidad de España en donde se publican los datos suministrados por las distintas CCAA en relación con el Covid-19: https://cnecovid.isciii.es/.

[4] Esta información deriva de la página relativa a la Universidad de Medicina Johns Hopkins: https://coronavirus.jhu.edu/.

[5] Véase el recurso electrónico: https://www.ranm.es/.

y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR), que ha traspuesto en Derecho español la Directiva 2009/138/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (en adelante Directiva Solvencia II), y concretamente en el art. 133 del RD1060/2015 de 20 de noviembre (ROSSEAR) que desarrolla la normativa anterior.

La tasa de letalidad es uno de los indicadores más relevantes en epidemiología para medir el impacto de una enfermedad, ya que ofrece información relativa al porcentaje de muertes de una enfermedad específica con respecto al total de personas que han contraído dicha enfermedad.

A los efectos de este comentario y dado su carácter propedéutico, se va a ilustrar los conceptos de tasa de mortalidad y de tasa de letalidad para el caso español del Covid-19, en las diecisiete CCAA junto con las dos Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, situadas en África, que configuran una visión panorámica de lo acaecido en España a 17 de mayo de 2020, última fecha disponible en el momento de redactar este análisis puntual.

Para el cálculo de la tasa de letalidad, se ha partido del número de casos confirmados de Covid-19 a través de la prueba PCR en la fecha de referencia, dada la falta de datos reales, mientras que la población subyacente de la tasa de mortalidad deriva de los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística (INE), organismo autónomo dependiente del Estado[6].

[6] La normativa sobre el INE se contiene en el RD 508/2001 de 11 de mayo, estando encuadrado en el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

Tabla 1. Tasas de letalidad y mortalidad por Covid-19 en España[7]

COMUNIDAD AUTÓNOMA	NÚMERO DE FALLECIDOS[8]	TASA LETALIDAD	RANKING	TASA DE MORTALIDAD[9] (por cada 100.000 habitantes)	RANKING
Andalucía	1358	10,90%	9	16,13931	15
Aragón	838	15,23%	3	63,51897	8
Asturias	317	13,38%	4	30,99335	11
Islas Baleares	218	10,94%	7	18,96543	14
Canarias	153	6,67%	17	7,10508	17
Cantabria	207	9,11%	14	35,62344	10
Castilla-La Mancha	2898	17,41%	1	142,55756	1
Castilla y León	1953	10,55%	11	81,39033	4
Cataluña	5956	10,65%	10	77,60041	5
Ceuta	4	3,45%	18	4,71826	18
C. Valenciana	1370	12,55%	6	27,37936	12
Extremadura	500	16,96%	2	46,82919	9
Galicia	607	6,70%	16	22,48565	13
Madrid	8863	13,37%	5	133,01029	2
Melilla	2	1,65%	19	2,31249	19
Murcia	145	9,32%	13	9,70615	16
Navarra	503	9,71%	12	76,88616	6
País Vasco	1466	10,92%	8	66,40166	7
La Rioja	351	8,72%	15	110,79615	3
TOTAL ESPAÑA	**27709**	**11,96%**		**58.92246298**	

Como puede observarse en la tabla 1, en términos de tasa de letalidad, seis son las CCAA que se encuentran por encima de la tasa nacional (11,96%). El primer puesto del ranking lo ocupa Castilla-La Mancha, con una tasa de un 17,41%, seguida de Extremadura (16,96%), Aragón (15,23%), Asturias (13.38%), Madrid (13,37%) y la Comunidad Valenciana (12,55%). En el otro extremo, con tasas de letalidad muy inferiores, se encuentran Galicia (6,70%), Canarias (6.67%), Ceuta

[7] Se destacan las CCAA que tienen unas tasas superiores a la tasa nacional.

[8] Ha de tenerse en cuenta que en el número de fallecidos por Covid-19 del Ministerio de Sanidad sólo se contabiliza a aquéllos que tuvieron un resultado positivo en el test de PCR.

[9] Los datos de población para el cálculo de la tasa de mortalidad proceden de las cifras oficiales resultantes de la revisión del padrón municipal a 1 de enero de 2019, último parámetro publicado por el INE.

(3,45%) y Melilla, que ocupa el último puesto del ranking, con una tasa de letalidad de un 1,65%.

A la hora de analizar la tasa de mortalidad, las posiciones de las CCAA en el ranking varían. Por encima de la tasa de mortalidad nacional, de aproximadamente 59 muertos por cada 100.000 habitantes, sigue ocupando el primer puesto la CA de Castilla-La Mancha, con una mortalidad de 142,56 fallecidos por Covid-19 por cada 100.000 habitantes. No obstante, la Comunidad de Madrid deja de ser la quinta para situarse la segunda en el ranking, ya que presenta una mortalidad de 133,01 fallecimientos por cada 100.000 ciudadanos. La tercera posición la ocupa La Rioja, que de ser la decimoquinta en términos de letalidad, pasa a ser la tercera CA con peores tasas de mortalidad, con 110,796 muertos por cada 100.000 habitantes. Por contra, y con tasas de mortalidad muy inferiores, destacan Canarias, Ceuta y Melilla, que son las regiones españolas menos afectadas por la pandemia del Covid-19, tanto en términos de letalidad como mortalidad.

3. Conclusiones

Cabría preguntarse, a la vista de los resultados suministrados en este sucinto análisis estadístico, y teniendo en cuenta las limitaciones del mismo y la falta de análisis de otros factores determinantes, sobre la posible influencia que tiene para el Gobierno la comilitancia política en la gestión de esta crisis sanitaria.

En este contexto, la cuestión que nos interroga, es si es que la tasa de letalidad debe considerarse un factor determinante a la hora de la desescalada en España, puesto que Castilla-La Mancha, CA número uno en relación con ambas tasas y dirigida por los mismos partidos políticos del Gobierno del Estado, se encuentra ya en fase I, mientras que la Comunidad Madrid, quinta en el ranking en relación a la tasa de letalidad y dirigida por el partido de la oposición, se encuentra en fase 0.

(20-05-2020)

EL SEGURO PRIVADO DE ACCIDENTES Y EL CONTAGIO POR COVID-19

Francisco Javier Tirado Suárez

Profesor titular de Derecho mercantil y del seguro privado, Universidad Complutense de Madrid

La pandemia por el Covid-19 que azota al mundo y que ya ha tenido cerca de 300.000 fallecidos en el momento de la redacción de estas líneas[1], se está concentrando no solamente en la tercera edad, sino en los médicos y sanitarios de toda índole que se dedican a cuidar e intentar salvar a los enfermos contagiados, por lo que los diversos países se están adoptando diversas medidas para tratar como se merecen por su esfuerzo estos profesionales sanitarios que son los nuevos héroes de la sociedad que está surgiendo en la nueva normalidad[2].

La cuestión que lleva a escribir estas líneas es el debate existente en España y en otros lugares del planeta, sobre sí el seguro de accidentes contratado por los profesionales sanitarios cubre el contagio por el Covid-19, especialmente en relación con las prestaciones por fallecimiento, invalidez y baja temporal[3].

Se debe destacar que UNESPA que es la patronal que agrupa a las entidades aseguradoras españolas, ha establecido un fondo de 38 millones de euros para el aseguramiento de las prestaciones de los sanitarios que enfermen o que queden

[1] Estadísticas actualizadas y fiables son publicadas por la Universidad Johns Hopkins Coronavirus Resource Center https://coronavirus.jhu.edu/map.html

[2] Según señala un informe elaborado por el departamento de psicología social de la Universidad Complutense de Madrid, y del que se han hecho amplio eco los medios de comunicación, el 96% de los sanitarios dice estar en contacto con pacientes Covid-19 y el 66% considera muy alta la probabilidad de que se puedan contagiar y el 75 % están muy preocupados porque pudieran contagiar a algún familiar. El 41% afirma no haberse hecho ningún tipo de prueba del Covid-19 y casi el 70% de los trabajadores manifiestan que los equipos de protección individual, facilitados en sus lugares de trabajo, son escasos.

[3] Es necesario tener en cuenta que los sanitarios pueden tener relación funcionarial especial o relación laboral, la cual tiene unos criterios favorables a determinar cómo accidente las lesiones sufridas durante el tiempo y en el lugar de trabajo (art. 115.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre, a lo que hay que añadir la concurrencia de distintas jurisdicciones para la resolución de los conflictos. De una parte, la contenciosa, para los funcionarios, la social para los trabajadores y, por último, la civil para los restantes, de manera que la disparidad de criterios es evidente en estos conflictos en donde suele primar la solución más adecuada al caso concreto, aunque no siempre triunfe la justicia material.

inválidos o fallezcan[4]. Se trata de una hábil solución política, pues el Covid-19 ha supuesto un importante ahorro para las aseguradoras al descender de manera importante la siniestralidad esperada, y, por lo tanto, se ha producido un enriquecimiento de estas entidades mercantiles por la inactividad social, especialmente en el ramo de automóviles, defensa jurídica y también en el ámbito del seguro de la construcción y demás modalidades de seguros industriales de las entidades mercantiles paralizadas.

En las pólizas españolas de accidentes, a diferencia de lo que acaece en otros ramos de la actividad, no se especifica la inexistencia de cobertura a consecuencia de epidemias o pandemias, a través de una cláusula de exclusión del riesgo, por lo que la cuestión jurídica se ciñe a la discusión sobre si el contagio del Covid-19 se puede calificar como accidente o, por el contrario, es una enfermedad que no reúne las características del concepto técnico-jurídico asegurativo[5].

Para responder a esta cuestión hermenéutica, se debe partir del párrafo primero del art. 100 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, que, tras múltiples reformas, está a punto de cumplir los 40 años de vigencia, lo que constituye un récord en el panorama español de abundante legiferación existente.

El precepto aludido dispone: *"Sin perjuicio de la delimitación del riesgo que las partes efectúen en el contrato, se entiende por accidente la lesión corporal que deriva de una causa violenta súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente o muerte."*

Esta norma es habitualmente recordada y transcrita en las condiciones contractuales predispuestas por los aseguradores españoles, que no responde a un modelo único y uniforme[6], sino que cada entidad aseguradora establece el suyo propio, modificándose incluso en los supuestos de condicionados previstos para determinadas modalidades profesionales o deportivas[7].

El Covid-19 corresponde a un virus que asalta a nuestro organismo y desencadena actuaciones del sistema inmunológico que crean graves problemas en los órganos esenciales para el mantenimiento de la vida humana, por lo que se debe calificar como una "causa violenta"[8].

---

[4] Se trata de un seguro de vida y prestaciones de enfermedad realizado por 38 entidades aseguradoras españolas para demostrar la solidaridad del sector asegurador de forma equivalente a los aplausos vespertinos de la población confinada. https://www.unespa.es/que-hacemos/coronavirus.

[5] Sobre esta ardua cuestión, SÁNCHEZ CALERO, F., "Artículo 100. El riesgo de accidente. Normas aplicables del seguro de vida." *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980 de 8 de octubre y a sus modificaciones*, 4ªed. Cizur Menor, 2010, pp. 2606-2616.

[6] MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., "Capítulo 10. Los seguros de accidentes, enfermedad y dependencia" *Los contratos de seguro*, Vol. IX, Madrid, 2013, p. 441.

[7] TIRADO SUÁREZ, F. J., "Consideraciones sobre el seguro obligatorio deportivo establecido en el artículo 59 de la Ley Estatal 10/1990 del Deporte y el Real Decreto 849/1993, de 4 de junio por el que se determinan las prestaciones mínimas del seguro obligatorio deportivo", publicado en el *Anuario Iberoamericano, núm. 1 de 2009 de Derecho Deportivo*, Lima, 2010, pp. 419-452

[8] La jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha acuñado ya desde la STS de 11 de noviembre de 2003 (ROJ: 7060/2003) la cobertura de los infartos de miocardio como

Por otro lado, tiene también la nota del carácter "súbito"[9], puesto que la infección del virus se produce a través del contagio de las nanopartículas que lo contienen y que son expulsadas por el sistema respiratorio de la persona infectada y que se pueden encontrar adheridas a los objetos por un periodo temporal, por lo que es necesario una política estricta de prevención como única medida para evitar el contagio, que lógicamente no debe comportar ninguna pérdida de derechos para el asegurado fallecido que ya ha perdido el bien esencial que es la vida.

También el Covid-19 tiene la característica de "ser externo"[10] a la estructura corporal del asegurado, de manera que el virus debe penetrar en el organismo a través de alguna vía de acceso, generalmente, por las vías respiratorias.

Normalmente, dada la condición de sanitario del asegurado accidentado, será la infección ajena a la intencionalidad del asegurado, que nunca querría estar contagiado del Covid-19 por los peligros para su vida, aunque tiene la obligación contractual, ética y deontológica de intentar curar a los infectados a riesgo de dañar la salud propia[11].

Por lo tanto, se puede concluir a favor del aseguramiento de los sanitarios contagiados por el Covid-19, que pueden y deben generar las prestaciones del seguro privado.

---

accidentes. En la misma línea, la de 27 de noviembre de 2003 (ROJ: 7550/2003) y la de 24 de marzo de 2006 (ROJ: 1684/2006); sin embargo, la STS de 10 de diciembre de 2007 (ROJ: 8143/2007) no consideró en un caso concreto en un infarto la existencia de accidente al concurrir una patología previa cardiaca. A este respecto, se debe señalar que la práctica totalidad de los aseguradores españoles han optado por incluir el infarto en los riesgos cubiertos. Análogo tratamiento favorable se produce en la hemorragia cerebral, de acuerdo con la STS de 21 de mayo de 2008 (ROJ: 2699/2008). En la doctrina, CAVANILLAS MÚGICA, S., "Infarto de miocardio y seguro de accidentes en la jurisprudencia civil", *Aranzadi civil, revista quincenal*, 1999, núm. 3, pp. 2323-2334, y SARAZÁ JIMENA, R., "Seguro de accidentes e infarto de miocardio en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo", *Actualidad civil*, 1999, núm. 2, pp. 375-388; también ARQUILLO COLET, B., "El infarto como accidente en el contrato de seguro", *InDret*, 2004, núm. 220, recurso electrónico.

[9] Respecto a la característica de súbito, se admite como accidente el detrimento de la salud producido por dos atentados terroristas frustrados en la STS de 11 de octubre de 2006 (ROJ:5894/2006), pero no se consideró accidente la contaminación paulatina con polvo de ferodo por la STS de 16 de enero de 2008 (ROJ: 130/2008)

[10] Así, la STS de 15 de febrero de 2008 (ROJ: 2542/2008) considera accidente la ingestión de alimentos que ocasiona asfixia. También se mantiene esta calificación para el supuesto de obstrucción respiratoria de quien había sido tratado de un cáncer faríngeo completamente remitido por la STS de 4 de octubre de 2006 (ROJ:5903/2006); sin embargo, la STS de 2 de marzo de 2011 (ROJ:1245/2001) no consideró acreditado el nexo etiológico con la función policial en un caso de un miembro del Cuerpo de Seguridad del Estado contagiado de tuberculosis.

[11] Es necesario advertir que la imprevisión del Gobierno ha hecho que no se tuvieran por la clase sanitaria los instrumentos de protección necesarios en un primer momento, lo que ha determinado que los sanitarios infectados se elevaran en España a la cifra de 35.295 el pasado 25 de abril según datos del Diario El País, por lo que se eleva al 20% de los infectados, mientras que EEUU han sido solamente el 3 % y en China el 3,8%. Este registro del 20% solamente se da en la Lombardía italiana, aunque el porcentaje global de Italia es del 10%.

El Gobierno español, en el RDL 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública -BOE 11 de marzo-, ha dispuesto en su art. 5º: *"Consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus Covid-19.*

«1. Al objeto de proteger la salud pública, se considerarán, con carácter excepcional, situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social, aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocado por el virus Covid-19.

2. En ambos casos la duración de esta prestación excepcional vendrá determinada por el parte de baja por aislamiento y la correspondiente alta.

3. Podrá causar derecho a esta prestación la persona trabajadora por cuenta propia o ajena que se encuentre en la fecha del hecho causante en situación de alta en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social.

4. La fecha del hecho causante será la fecha en la que se acuerde el aislamiento o enfermedad del trabajador, sin perjuicio de que el parte de baja se expida con posterioridad a esa fecha.»"

Por lo tanto, se encuentra declarado a nivel normativo como derivada de accidente[12], la incapacidad laboral ocasionada por el contagio del Covid-19 así como por el aislamiento ocasionado por el mencionado virus, de manera que se puede extrapolar esta calificación al fallecimiento o a la invalidez, lo que tiene trascendencia, de acuerdo con las condiciones contractuales, pues no es factible que en un ordenamiento jurídico único se adopten soluciones diferentes en los distintos ámbitos.

Recapitulando lo anteriormente indicado, y sin necesidad de acudir a normativa específica clarificadora, se puede defender que en caso de fallecimiento, invalidez o baja temporal del sanitario por el Covid-19, se tiene derecho a las prestaciones establecidas en las condiciones contractuales, debiendo subrayarse que, obviamente, en caso de fallecimiento el derecho a la prestación surge en el ámbito de los beneficiarios designados en la póliza y, subsidiariamente, a favor de los herederos legales[13].

Respecto a la interpretación dada en el texto, se debe tener en cuenta que las entidades aseguradoras a la hora de fijar las primas correspondientes al personal sanitario habrán sopesado técnicamente la incidencia de supuestos de

---

[12] ALONSO OLEA, M., "Accidente común y accidente de trabajo", *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Vol. I, Madrid, 1984, pp. 1071-1083; ELGUERO MERINO, J.M., "Comentario al artículo 100 LCS", *Ley de Contrato de Seguro*, coord. REGLERO CAMPOS, L. F., Cizur Menor, 2007, pp. 1320-1349; GARCÍA MARTÍN, I., "El seguro de accidentes", *Contratos mercantiles*, 5ª ed. Cizur Menor, 2013, pp. 1150-1161, y PUYALTO FRANCO, M. J., "El seguro de accidentes personales", *Estudios sobre el contrato de seguro,* Lima*,* 2017, pp. 701-729.

[13] En relación con las reglas previstas para la determinación del beneficiario en el seguro de accidentes, se debe acudir a TIRADO SUÁREZ, F. J., *Los seguros de personas. Tratado de Derecho Mercantil*. Madrid, 2006, p. 161.

siniestralidad avanzada[14], como la que está acaeciendo estos días, por lo que las aseguradoras ya se resarcirán en el futuro a través del incremento del precio del seguro de esta mayor necesidad de desembolsos económicos.

La defensa de la posición contraria, negadora de toda indemnización, constituye un daño irremediable a la imagen del sector asegurador, cuando una entidad aseguradora no pague la prestación prometida a un sanitario, que ha fallecido a causa del Covid-19.

Es preciso recordar que la jurisprudencia civil ha admitido un concepto amplio de accidente, siguiendo las reglas tuitivas elaboradas por la jurisdicción social en relación con el accidente laboral, por lo que el contagio del Covid-19 y su incidencia dañosa deben configurarse respecto del personal sanitario como un supuesto específico de accidentes que debe generar el cobro de las prestaciones prometidas por el asegurador, en los casos de invalidez absoluta para toda actividad y fallecimiento.

Con este criterio, se dará una respuesta adecuada a la entrega generosa de los sanitarios en defensa de los contagiados por esta pandemia del siglo XXI, que tanta incidencia va a tener en la humanización de las relaciones sociales y en el surgimiento de nuevos elementos e instrumentos de articulación de la solidaridad humana[15].

(20-05-2020)

[14] Sobre la problemática de la intervención quirúrgica con resultado de invalidez o muerte, y su consideración como accidente, se debe destacar la aportación doctrinal de CARBAJO CASCÓN, F., "Título Trigésimo segundo. La protección del cliente en el seguro de accidentes." en *La protección del cliente en el mercado asegurador*, dir. BATALLER GRAU, J., y VEIGA COPO, A. B., Cizur Menor, 2014, pp.1378-1380.

[15] La nueva normalidad que ha comenzado a surgir en nuestro país ciertamente va a comportar cambios estructurales importantes en las relaciones sociales de todo tipo, más allá de la crisis económica originada por la inactividad derivada del confinamiento, lo que debe dar lugar a la superación del individualismo y a la creación de vínculos de colaboración, como el existente de forma preventiva, para evitar que los grupos de riesgo, normalmente las personas de mayor edad, sean afectados por el Covid-19 habida cuenta de lo que manifiestan las estadísticas sobre el impacto negativo de la pandemia sobre este grupo de población.

EL SEGURO DE DECESOS EN TIEMPOS DEL COVID-19

Eduardo Tous Granda

Profesor de Derecho mercantil, RCU María Cristina,
Universidad Complutense de Madrid

1. Introducción

El seguro nace en el mar como respuesta a la aventura marítima, aunque se puede afirmar que ya en Roma existían asociaciones religiosas que ofrecían prestaciones de seguros vinculadas con el fallecimiento de sus miembros. Es por ello que el seguro de decesos puede tener su origen en las asociaciones religiosas de la antigua Roma, con el objetivo de procurar un enterramiento digno a sus miembros difuntos[1].

En la actualidad el seguro de decesos ocupa un lugar primordial en los sepelios en España. De acuerdo con el último informe publicado por la Asociación Empresarial del Seguro UNESPA[2] existen más de 21.500.000 pólizas de decesos en España y durante el año 2018 las entidades de seguros se hicieron cargo del 61% de los entierros que se llevaron a cabo en el país[3].

El seguro de decesos se ha convertido en uno de los productos de seguros más contratados por los usuarios. Además, desde hace más de una década el número de entierros cubiertos por pólizas de decesos supera el 50%, lo cual indica que se trata de un seguro más que consolidado en el mercado nacional[4]. La llegada del virus SARS-CoV-2[5] y la enfermedad

[1] SANTERO SANTURINO, J.M. (1986): "Un elemento supersticioso en los colegios funerarios romanos", *Memorias Historia Antigua,* núm. 7, pp. 91-96.

[2] Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras. Es una asociación que se fundó en el año 1977 y, que actualmente representa a más de 200 compañías de seguros que juntas abarcan el 96% del negocio en España.

[3] UNESPA (2018): *Informe Estamos Seguros 2018*, Madrid, p. 9.

[4] Se puede consultar la estadística elaborada por Estamos Seguros con los datos del Instituto Nacional de Estadística, en el siguiente enlace: http://www.auraseguros.com/seguro-de-decesos-consolidado-en-espana/

[5] De acuerdo con el documento titulado "Preguntas y respuestas" sobre el SARS-CoV-2 publicado por la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación del Gobierno de España, el 24 de febrero de 2020, se trata de "un nuevo tipo de coronavirus que puede afectar a las personas y se ha detectado por primera vez en diciembre de 2019 en la ciudad de Wuhan, provincia de Hubei, en China. Todavía hay muchas cuestiones que se desconocen en relación a la enfermedad que produce: Covid-19". Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS) lo define de la siguiente forma: "Los coronavirus (CoV) son una

Covid-19[6] ha producido un incremento muy importante en el número de fallecimiento anuales tanto en España como en otros países de Europa, por ello, como consecuencia inmediata, se podría afirmar que ese aumento ha tenido un impacto directo en el número de entierros que han sido cubiertos en su totalidad o parcialmente por las entidades de seguros[7].

2. El seguro de decesos antes de la LOSSEAR

La tradicional falta de regulación sobre el seguro de decesos en las normas que se encargaban de regular la intervención del Estado en la explotación del seguro, así como en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS), ha mantenido a este contrato fuera de las clasificaciones tradicionales impuestas por la LCS, lo que ha provocado una constante disyuntiva sobre su clasificación en el Derecho de Seguros en general, y Derecho Privado del Contrato de Seguros en particular, hasta la promulgación de la Ley de Ordenación Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (LOSSEAR).

El seguro de decesos desde una óptica general, trata la traslación de los gastos por los servicios funerarios del beneficiario de la póliza, que se requieran en el momento de su óbito o de un tercero tomador a una entidad aseguradora[8]. La

amplia familia de virus que pueden causar diversas afecciones, desde el resfriado común hasta enfermedades más graves, como ocurre con el coronavirus causante del síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS-CoV) y el que ocasiona el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS-CoV). Un nuevo coronavirus es una nueva cepa de coronavirus que no se había encontrado antes en el ser humano. Los coronavirus se pueden contagiar de los animales a las personas (transmisión zoonótica). De acuerdo con estudios exhaustivos al respecto, sabemos que el SARS-CoV se transmitió de la civeta al ser humano y que se ha producido transmisión del MERS-CoV del dromedario al ser humano. Además, se sabe que hay otros coronavirus circulando entre animales, que todavía no han infectado al ser humano.(...)". Para obtener más información sobre el tema: Covid-19 *Resource Centre*, The Lancet, se puede acceder a través del siguiente enlace: https://www.thelancet.com/coronavirus.

[6]La Organización Mundial de la Salud (OMS) define el Covid-19 de la siguiente forma: "Los coronavirus son una extensa familia de virus que pueden causar enfermedades tanto en animales como en humanos. En los humanos, se sabe que varios coronavirus causan infecciones respiratorias que pueden ir desde el resfriado común hasta enfermedades más graves como el síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS) y el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS). El coronavirus que se ha descubierto más recientemente causa la enfermedad por coronavirus Covid-19". AA. VV. (2020): "Antibody Responses to SARS-CoV-2 in Patients of Novel Coronavirus Disease 2019", *Preprints with THE LANCET*, Reino Unido.

[7] La prestación de servicios funerarios cubiertos por el seguro de decesos suele incluir: ataúd, el traslado al tanatorio y al cementerio o incineradora, el acompañamiento de personas, los servicios religiosos, los servicios de enterramiento o incineración, y otro tipo de servicios complementarios relativos a gestiones administrativas.

[8] Sobre la naturaleza del Contrato de Seguro de Decesos: LÓPEZ ORTEGA, R. (2011): "Naturaleza jurídica del seguro de decesos", *Revista Española de Seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros Privados*, núm. 147, pp. 547-580.

presentación esencial del asegurador en este tipo de seguros consiste en la asunción de subvenir a la futura necesidad económica requerida por el beneficiario[9].

El objeto de la cobertura contratada puede consistir en la prestación de los servicios funerarios por parte de la entidad aseguradora con la que el tomador haya suscrito la póliza, o bien, un capital que tenga como objetivo satisfacer los servicios funerarios realizados por terceros[10].

La deficiencia normativa sobre los seguros de decesos en la LCS y en el resto de regulación aplicable al Derecho del Seguro Privado provocó un mayor protagonismo de las condiciones generales, que ofrecían una alternativa al marco jurídico del seguro de decesos, por medio de las que se trataba de resolver las lagunas generadas por la Ley[11].

Por todo lo expuesto en los párrafos anteriores era una cuestión de tiempo, que la singularidad de esta modalidad aseguradora terminara por dilucidar una respuesta legislativa concreta y adecuada, como venía reclamando de forma constante la doctrina científica[12].

3. El régimen jurídico del seguro de decesos

La falta de regulación sobre el seguro de decesos, se solventó a través de la transposición de Solvencia II a nuestro ordenamiento jurídico, por medio de la LOSSEAR, que introdujo la modificación de la LCS con la incorporación de un precepto dedicado a este controvertido seguro[13] y, el ROSSEAR, el cual desarrolló un régimen simplificado aplicable a los seguros de decesos en cuanto a bases técnicas, provisiones y capital de solvencia obligatorio[14].

De esta forma, el seguro de decesos, que se había mantenido fuera del marco normativo del Derecho del Seguro Privado, a partir de la promulgación de la LOSSEAR y su reglamento, adquiere su lugar tanto en la regulación relativa al control del Estado sobre entidades aseguradoras o reaseguradoras, como en Derecho contractual del seguro a través de la modificación de la LCS.

El artículo ciento seis bis de la LCS se encuadra dentro de la Sección quinta del Título III Seguro de personas, lo que terminó por resolver cualquier atisbo de duda acerca de su naturaleza[15]. La sección en la que se recoge el artículo no solamente se

---

[9] GARRIGUES DÍAZ CAÑAVATE, J. (1983): *Contrato de Seguro Terrestre*, 2.ª Ed., Madrid, p. 30.

[10] MARCOS FERNÁNDEZ, F. y SÁNCHEZ GRAELLS, A. (2007):"Insuficiencias en la regulación del seguros de decesos", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 263, pp. 207-230.

[11] GARRIGUES DÍAZ CAÑAVATE, J. (1983): *Contrato de Seguro Terrestre*, 2.ª Ed., Madrid, p. 9, señala que: "se constituyen como un verdadero Derecho consuetudinario".

[12] Cfr. MARCOS FERNÁNDEZ, F. y SÁNCHEZ GRAELLS, A. (2007): "ob. cit.", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 263, pp. 207-230.

[13] V. Disposición final primera LOSSEAR: Modificación de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. Se modifica la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

[14] V. Arts. 58, 76, 120, 125 y 142 ROSSEAR

[15] Sobre el tema: TIRADO SUÁREZ, F.J. (2013): "El seguro", Derecho Mercantil, Vol. 9º. Los contratos de seguro (Dir. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A.), 2ª ed., Madrid.

encarga de regular los seguros de decesos, sino también el de dependencia. El precepto en su primer apartado delimita el seguro a prestar los servicios funerarios pactados en la póliza para el caso de que se produzca el fallecimiento del asegurado, y establece que el exceso de la suma asegurada sobre el coste del servicio prestado corresponderá al tomador o a sus herederos. En el segundo apartado ordena que en caso de que el asegurador no hubiera podido ofrecer los servicios a los que se obligaba en la póliza por cualquier tipo causa, incluida la fuerza mayor, los herederos tendrán derecho a reclamar la suma asegurada. El tercer y cuarto apartado regulan la concurrencia de dos o más seguros de decesos sobre el mismo asegurado, por un lado, la obligación de la aseguradora de devolver las primas, a petición del tomador, desde que se produjo la concurrencia, y por otro, el derecho de los herederos del asegurado de solicitar la suma asegurada a la entidad de seguros que no hubiera podido cumplir con su obligación de prestar el servicio funerario. En el apartado quinto, se establece que la oposición a la prórroga del contrato solo la podrá llevar a cabo el tomador de la póliza[16].

Por último, el artículo ciento seis quáter, en su primer párrafo garantiza la libertad de elección del prestador de servicios, salvo en aquellos casos en los que se haya previsto un único prestador. En el segundo párrafo del citado precepto, se elimina cualquier tipo de responsabilidad del asegurador sobre los servicios contratados por medios distintos a los ofrecidos por la entidad aseguradora.

4. El seguro de decesos y el Covid-19

La pandemia mundial ha tenido como consecuencia un elevado número de fallecidos, que tomando como referencia las estadísticas señaladas en el apartado I, en más de un 60% de las defunciones los afectados tendrían contratado un seguro de decesos[17].

La prohibición en relación a los velatorios y ceremonias fúnebres durante el estado de alarma con el propósito de frenar la propagación y contagio del Covid-19 privó a muchos asegurados de recibir las prestaciones contratadas a través de sus pólizas de seguros[18].

A pesar de que se puede discutir si el Covid-19 es subsumible en la definición de fuerza mayor[19], de acuerdo con lo estipulado en la normativa sobre el seguro

[16] En la doctrina: ALONSO SOTO, R. (2020): "El seguro de decesos ante el Covid-19", *Boletín de Seguros especial Covid-19 Gómez-Acebo & Pombo* (Coord. MUELAS GARCÍA, P.), Madrid.

[17] V. Introducción.

[18] Orden SND/298/2020 de 29 de marzo, por la que se establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por Covid-19. La Orden prohíbe velatorios en todo tipo de instalaciones públicas, privadas, así como en los domicilios particulares hasta la finalización de la declaración del estado de alarma y las prórrogas del mismo.

[19] Se trata de un evento previsible pero que no se puede evitar. En la doctrina, EXNER, A. (1905): De la fuerza mayor en el Derecho Mercantil Romano y en el actual, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid.

de decesos, en caso de que las aseguradoras no hubieran podido proporcionar la prestación por causas ajenas a su voluntad, entre las que incluye la fuerza mayor o, por haberse realizado a través de otros medios distintos a los ofrecidos por la entidad aseguradora, éstas tendrán la obligación de satisfacer la suma asegurada a los herederos del asegurado fallecido.

La solución propuesta desde el sector privado a través de UNESPA, sobre la creación de un fondo de 37 millones para asegurar medio año a médicos, enfermeros, auxiliares, celadores y personal de ambulancias, en caso de que no se consumiera, se podría extender para cubrir los gastos de enterramiento de los fallecido a causa del Covid-19[20].

La gran iniciativa del sector privado[21] también puede convertirse en un revulsivo para que el sector público asuma los gastos funerarios de los fallecidos por causa del virus, generando un ahorro para aquellas víctimas que no hubieran suscrito una póliza de seguros de decesos y un incremento patrimonial para los que habiendo contratado dicho seguro el servicio lo hubiese realizado el Estado o un tercero ajeno a la entidad de seguros, aumento que se producirá una vez hayan recuperado la suma asegurada.

La solución sobre esta cuestión se debe alcanzar por medio de un acuerdo social en el que participen los asegurados, las entidades aseguradoras y el Estado intentando obtener una respuesta consensuada, solidaria y adecuada sobre los gastos funerarios soportados por los familiares de los fallecidos por el Covid-19 y evitando de esta forma el colapso de los Tribunales por las posibles reclamaciones de los afectados[22].

(20-05-2020)

[20] Nota de prensa de UNESPA (2020): "El seguro crea un fondo de 37 millones para proteger a los sanitarios que se enfrentan al Covid-19", Madrid. Una respuesta basada en la solidaridad, principio rector de las entidades de base mutual, frente al Covid-19. El fondo está formado por más de cien entidades aseguradoras españolas, de las cuales quince están revestidas de la forma social de Mutua o Mutualidad. Sobre el tema: TAPIA HERMIDA, A.J. (2020): "La póliza de protección de los sanitarios que luchan contra el Covid-19. Una iniciativa admirable de las aseguradoras españolas a través de UNESPA", *El Blog de Alberto J. Tapia Hermida*, disponible en el siguiente enlace: http://ajtapia.com/2020/05/la-poliza-de-proteccion-de-los-sanitarios-que-luchan-contra-el-covid-19-una-iniciativa-admirable-de-las-aseguradoras-espanolas-a-traves-de-unespa/

[21] Un ejemplo de Responsabilidad Social Corporativa. Sobre el tema: MELÉ, D. (2009): *Business Ethics in Action*, Londres.

[22] La Alianza de la Sanidad Privada Española (ASPE) es la patronal de la sanidad privada y representante de las entidades que operan en seguros de asistencia sanitaria y las entidades de seguros que participan en el ramo de vida. El 12 de marzo de 2020 comunicó a UNESPA que las coberturas de los seguros de vida, salud y asistencia sanitaria estarían garantizadas durante la crisis sanitaria provocada por el Covid-19.

CONTACT TRACING. GOVERNANCE PUBBLICO-PRIVATA E PRIMI PROBLEMI DI TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

Elia Cremona

Dottorando in Scienza giuridiche,
Università degli Studi di Siena

1. Il percorso di adozione dell'*app* per il tracciamento dei contagi

Nel quadro delle azioni finalizzate al contrasto della diffusione del virus Covid-19, il Governo italiano ha deciso di accompagnare alle note misure di distanziamento sociale alcune soluzioni tecnologiche, in particolare al fine di poter monitorare l'evoluzione dell'epidemia contemporaneamente alla progressiva eliminazione dei limiti, vincoli e divieti alla libertà di movimento e all'esercizio di attività professionali, commerciali e produttive.

Il Ministero per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione, d'intesa con altri attori istituzionali, ha così lanciato il 23 marzo 2020 una *fast call for contribution* pubblica[1] per la ricognizione delle soluzioni esistenti e affidato a un gruppo interdisciplinare di esperti (informatici, *data scientist*, epidemiologi, economisti e giuristi)[2] il compito di supportare il Governo[3] nell'analisi e valutazione delle diverse soluzioni tecnologiche.

Come noto, all'esito della procedura selettiva[4] è stata individuata l'*app* di

[1] Il Ministero dell'Innovazione, dello Sviluppo Economico e il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, nell'ambito dell'Iniziativa "Innova per l'Italia", hanno lanciato, congiuntamente al Ministero della Salute, all'Istituto Superiore di Sanità, all'Organizzazione Mondiale della Sanità e un comitato scientifico interdisciplinare, una *fast call* al mondo dell'impresa e della ricerca, con l'obiettivo di individuare le migliori soluzioni digitali disponibili relativamente ad *app* di telemedicina e assistenza domiciliare dei pazienti e a tecnologie e strategie basate sulle tecnologie per il monitoraggio "attivo" del rischio di contagio, nonché di coordinare a livello nazionale l'adozione e l'utilizzo di queste soluzioni e tecnologie.

[2] Il Ministro per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione, il 31 marzo 2020, ha nominato il *"Gruppo di lavoro data-driven per l'emergenza Covid-19"* con il compito di effettuare attività di analisi e studio degli impatti del fenomeno epidemiologico in atto, nonché di procedere in tempi rapidi la valutazione delle proposte formulate dai partecipanti alla *fast call for contribution*, al fine di selezionare la proposta più efficace e idonea ad essere implementata in tempi rapidi a livello nazionale.

[3] E in particolare il Dipartimento per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero della Salute.

[4] Le proposte di soluzioni tecnologiche sono risultate 319 per il monitoraggio e 504 per la telemedicina.

contact tracing denominata 'Immuni', sviluppata dalla società italiana Bending Spoons S.p.A., che ha saputo confezionare un'*app* in grado di funzionare esclusivamente con tecnologia *Bluetooth Low Energy* (BLE)[5], escludendo in radice l'utilizzo della geolocalizzazione, inizialmente paventato[6]. Per l'effetto, con ordinanza del 16 aprile 2020, n. 10, il Commissario straordinario ha disposto la stipula del "contratto di concessione gratuita della licenza d'uso sul *software* di *contact tracing* e di appalto di servizio gratuito con la società Bending Spoons S.p.a."[7]. L'applicazione, alla data del 20 maggio, è in fase di test ed è in attesa di essere distribuita.

2. La disciplina del Sistema di allerta Covid-19

Il meccanismo di funzionamento del sistema di *contact tracing* è stato oggetto, dapprima, di alcuni atti di indirizzo dell'Unione europea e poi di una disciplina legislativa a livello nazionale.

In particolare, è intervenuta la Commissione europea con la raccomandazione dell'8 aprile 2020, che ha incoraggiato l'adozione di un *Toolbox* di misure condivise a livello europeo, *legally compliant*[8], e che ha

[5] Come per le soluzioni adottate da Singapore, o caldeggiate da Apple e Google, la tecnologia *Bluetooth Low Energy* (BLE) consente di mantenere i dati dell'utente sul dispositivo, assegnandogli un ID temporaneo, che cambia in continuazione e che viene scambiato tramite Bluetooth ogniqualvolta "impatta" con dispositivi vicini.

[6] L'*app* è stata sviluppata in *partnership* con il Centro Medico Santagostino e si prefigge tre obiettivi, ovvero: (i) contribuire tempestivamente all'azione di contrasto del virus; (ii) realizzare un'*app* conforme al modello europeo delineato dal Consorzio PEPP-PT (sebbene, a séguito dell'intervento di Apple e Google del 10 aprile 2020, di cui si dirà *infra*, le specifiche dell'*app* siano state parzialmente modificate); (iii) garanzia del rispetto della *privacy* degli utenti. Si legge infatti nell'Ordinanza del Commissario straordinario n. 10 del 16 aprile 2020 che l'*app Immuni* è stata *«ritenuta più idonea per la sua capacità di contribuire tempestivamente all'azione di contrasto del virus, per la conformità al modello europeo delineato dal Consorzio PEPP-PT e per le garanzie che offre per il rispetto della privacy»*.

[7] L'aggiudicataria ha concesso - sebbene alla data del 20 maggio 2020 il contratto non sia ancora stato reso pubblico - una licenza d'uso *"aperta, gratuita e perpetua"* del codice sorgente e di tutte le componenti applicative facenti parte del sistema di *contact tracing* e ha, sempre a titolo gratuito, manifestato la propria disponibilità a completare gli sviluppi informatici che si rendono necessari per consentire la messa in esercizio del sistema nazionale di *contact tracing* digitale.

[8] Le più rilevanti normative a livello europeo sono il Regolamento UE 679/2016 (GDPR) e la direttiva *e-privacy* 2002/58/CE. Per quanto riguarda l'uso delle applicazioni mobili di allerta e prevenzione del virus Covid-19, la raccomandazione ha enucleato i seguenti principi: *«1) misure di salvaguardia che garantiscano il rispetto dei diritti fondamentali e la prevenzione della stigmatizzazione, in particolare le norme applicabili alla protezione dei dati personali e alla riservatezza delle comunicazioni; 2) preferenza per le misure meno intrusive e comunque efficaci, compreso l'uso dei dati di prossimità, ma senza il trattamento dei dati relativi all'ubicazione o agli spostamenti delle persone, e l'uso di dati anonimizzati e aggregati ove possibile; 3) requisiti tecnici riguardanti le tecnologie appropriate (ad esempio Bluetooth a bassa energia) per stabilire la prossimità del dispositivo, la cifratura, la sicurezza dei dati, l'archiviazione dei dati sul dispositivo mobile, il possibile accesso da parte delle autorità sanitarie e la memorizzazione dei dati; 4) requisiti di cibersicurezza efficaci per proteggere la disponibilità, l'integrità, l'autenticità e la riservatezza dei dati; 5)*

istituito[9] la rete di assistenza sanitaria *online e-Health*[10], la quale ha a sua volta - il 15 aprile 2020 - pubblicato una rassegna dei requisiti minimi e delle funzionalità da soddisfare nel processo di sviluppo e di impiego delle misure digitali[11].

Pure è intervenuta la presidente dell'*European Data Protection Board*, con la lettera del 14 aprile 2020[12], rivolta alla Commissione europea in vista dell'adozione delle Linee Guida, che ha da un lato evidenziato la possibilità di adottare *app* pienamente compatibili con il diritto UE, e in particolare con i principi scolpiti all'art. 5 del GDPR[13], e dall'altro evidenziato come la *volontarietà* dell'utilizzo dell'*app* per il tracciamento dei contatti non significhi che la base giuridica del trattamento debba necessariamente consistere nel mero consenso, anzi auspicando l'adozione di una base giuridica di tipo *legale*.

Da ultimo, sono intervenute le Linee Guida della Commissione europea, rese pubbliche con la Comunicazione del 16 aprile 2020[14], nelle quali è stata ribadita l'opportunità di una base giuridica del trattamento di tipo legale, ai sensi dell'art. 5 della direttiva *e-privacy* 2002/58/CE, e sono stati altresì individuati gli elementi essenziali per l'utilizzo delle *app* di *contact tracing*, che ricalcano in larga parte i principi relativi al trattamento dei dati, come la proporzionalità, il consenso al trattamento, la minimizzazione dei dati, etc.

Tale impostazione è stata recepita a livello nazionale, sicché il legislatore ha

---

scadenza delle misure adottate e cancellazione dei dati personali ottenuti attraverso tali misure, al più tardi quando la pandemia sarà dichiarata sotto controllo; 6) caricamento di dati di prossimità in caso di infezione confermata e metodi appropriati per allertare le persone che hanno avuto contatti stretti con la persona infettata, che deve rimanere anonima; e 7) prescrizioni relative alla trasparenza per le impostazioni sulla privacy in modo da garantire la fiducia nelle applicazioni».

[9] L'istituzione è avvenuta a norma dell'articolo 14 (*Assistenza sanitaria online*) della direttiva 2011/24/UE, in forza del quale l'Unione sostiene e facilita la cooperazione e lo scambio di informazioni tra gli Stati membri operanti nell'ambito di una rete volontaria che collega le autorità nazionali responsabili dell'assistenza sanitaria online designate dagli Stati membri.

[10] La rete *eHealth* è composta dal *Comitato europeo per la sicurezza sanitaria*, dal *Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie*, dall'*European Data Protection Board*, dall'*Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche* e dal *Gruppo di cooperazione per i sistemi informativi di rete* (NIS) per il monitoraggio ed il rafforzamento dei livelli di sicurezza della rete e dei sistemi informativi (cybersecurity).

[11] I requisiti essenziali di funzionamento delle *app* nazionali sono stati individuati: (i) nella volontarietà del *download;* (ii) nell'approvazione da parte delle autorità nazionali; (iii) nella sicura protezione dei dati personali; (iv) nel vincolo alla dismissione alla fine dell'emergenza. Il documento completo è disponibile al seguente *link*: https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/ehealth/docs/covid-19_apps_en.pdf.

[12] La lettera è reperibile al seguente *link: https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9316030*.

[13] I principi applicabili al trattamento di dati personali individuati dall'art. 5, par. 1, del GDPR sono: a) liceità, correttezza e trasparenza; b) limitazione della finalità; c) minimizzazione dei dati; d) esattezza; e) limitazione della conservazione; f) integrità e riservatezza. Al par. 2, è poi individuato il principio di responsabilizzazione (c.d. *accountability*) del titolare del trattamento.

[14] Le linee guida sono disponibili al seguente *link*: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/5_en_act_part1_v3.pdf.

disciplinato il funzionamento dell'*app* e il conseguente trattamento dei dati personali dei soggetti interessati con il d.l. 30 aprile 2020, n. 28, attualmente in fase di conversione, all'art. 6, rubricato *Sistemi di allerta Covid-19*[15].

In particolare, la norma ha previsto l'istituzione di una *"piattaforma unica nazionale"*, di titolarità pubblica e realizzata esclusivamente con infrastrutture presenti sul territorio nazionale, per la gestione del sistema di allerta dei soggetti che hanno installato, su base volontaria, l'apposita *app* (Immuni) sui propri dispositivi.

Il titolare del trattamento dei dati è stato individuato nel Ministero della Salute, cui è demandata l'adozione[16] delle *"misure tecniche e organizzative"* idonee a garantire un livello di sicurezza adeguato ai rischi elevati per i diritti e le libertà degli interessati, sentito il Garante per la protezione dei dati personali[17].

Sarà dunque compito del Ministero della Salute assicurare: (a) una adeguata informativa agli utenti[18]; (b) il rispetto del principio di finalità e minimizzazione[19]; (c) che il tracciamento riguardi solo dati di prossimità dei dispositivi e che sia esclusa la geolocalizzazione dei singoli utenti[20]; (d) la riservatezza, l'integrità, la disponibilità e la resilienza dei sistemi e dei servizi di trattamento[21]; (e) il rispetto

---

[15] Una prima disciplina del trattamento dei dati sanitari era stata fornita dall'art. 14 (*Disposizioni sul trattamento dei dati personali nel contesto emergenziale*) del d.l. 9 marzo 2020, n. 14, in forza del quale si è attribuita a soggetti qualificati la possibilità di effettuare trattamenti, ivi inclusa la comunicazione, dei dati personali, anche relativi alle particolari categorie di cui agli artt. 9 e 10 del GDPR, che risultassero necessari all'espletamento delle proprie funzioni. In particolare, è stato individuato uno specifico novero di soggetti operanti a vario titolo nel contrasto dell'emergenza epidemiologica (Protezione civile, Servizio Sanitario Nazionale, ecc.) a cui tale possibilità è stata attribuita allo scopo di *«assicurare la più efficace gestione dei flussi e dell'interscambio di dati personali»*, pur nel rispetto dell'articolo 9, paragrafo 2, lettere g), h) e i), e dell'articolo 10 del GDPR, nonché dell'articolo 2-*sexies*, comma 2, lett. t) e u), del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196. Si rinvia al dispositivo integrale per gli ulteriori profili di disciplina.

[16] Sulla base di una valutazione di impatto, costantemente aggiornata, effettuata ai sensi dell'articolo 35 del GDPR.

[17] Ai sensi dell'articolo 36, par. 5, del medesimo GDPR e dell'articolo 2-*quinquiesdecies* del Codice in materia di protezione dei dati personali di cui al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

[18] E cioè che ai sensi degli articoli 13 e 14 del GDPR, agli utenti siano fornite *«informazioni chiare e trasparenti al fine di raggiungere una piena consapevolezza, in particolare, sulle finalità e sulle operazioni di trattamento, sulle tecniche di pseudonimizzazione utilizzate e sui tempi di conservazione dei dati»* (art. 6, comma 2, lett. a) del d.l. 28/2020).

[19] E cioè che *«per impostazione predefinita, in conformità all'articolo 25 del Regolamento (UE) 2016/679, i dati personali raccolti dall'applicazione di cui al comma 1 siano esclusivamente quelli necessari ad avvisare gli utenti dell'applicazione di rientrare tra i contatti stretti di altri utenti accertati positivi al Covid-19, individuati secondo criteri stabiliti dal Ministero della salute e specificati nell'ambito delle misure di cui al presente comma, nonché ad agevolare l'eventuale adozione di misure di assistenza sanitaria in favore degli stessi soggetti»* (art. 6, comma 2, lett. b) del d.l. 28/2020).

[20] E cioè che *«il trattamento effettuato per allertare i contatti sia basato sul trattamento di dati di prossimità dei dispositivi, resi anonimi oppure, ove ciò non sia possibile, pseudonimizzati; è esclusa in ogni caso la geolocalizzazione dei singoli utenti»* (art. 6, comma 2, lett. c) del d.l. 28/2020).

[21] E cioè che *«siano garantite su base permanente la riservatezza, l'integrità, la disponibilità e la resilienza dei sistemi e dei servizi di trattamento nonché misure adeguate ad evitare il rischio di reidentificazione degli interessati cui si riferiscono i dati pseudonimizzati oggetto di trattamento»* (art. 6, comma 2, lett. d) del d.l.

del principio di limitazione della conservazione[22]; (f) l'esercizio semplificato dei diritti dei soggetti interessati[23].

Precisa, sempre l'art. 6 in parola, che il *"mancato utilizzo"* dell'app *"non comporta alcuna conseguenza pregiudizievole"* e che *"è assicurato il rispetto del principio di parità di trattamento"*. L'utilizzo dell'applicazione e della piattaforma, nonché ogni trattamento di dati personali saranno interrotti alla data di cessazione dello stato di emergenza, comunque non successiva al 31 dicembre 2020. Entro tale data, prevede il comma 6, tutti i dati personali dovranno essere cancellati, o resi definitivamente anonimi.

In disparte dei dubbi sollevati circa l'efficacia, non solo relativi alla capacità di utile funzionamento se non sarà raggiunta una percentuale soglia di *download* nella popolazione (secondo alcuni pari ad almeno il 60%[24]), ma anche relativi alla potenziale creazione di un alto numero di c.d. falsi positivi, ciò su cui ci si vuole brevemente soffermare in questa sede sono tre questioni, rilevanti sotto il profilo giuridico.

3. Tre questioni, prime considerazioni

3.1. Nei fatti: una *governance* pubblico-privata dell'emergenza

Una prima evidenza della gestione dell'emergenza epidemiologica è che, ai più diversi livelli, si sono declinate forme di *governance*[25] pubblico-privata dell'emergenza epidemiologica: nella definizione degli *standard* tecnologici di funzionamento dell'*app*, nella regolazione dei livelli di protezione della *privacy*, nella procedura di selezione del contraente deputato allo sviluppo del *software*, nell'implementazione dell'*app*.

Sarà lo sviluppo del contagio a rivelare se tale approccio sarà stato o meno virtuoso; certo è che la commistione di funzioni e competenze pubblico-private si

28/2020).

[22] E cioè che *«i dati relativi ai contatti stretti siano conservati, anche nei dispositivi mobili degli utenti, per il periodo strettamente necessario al trattamento, la cui durata è stabilita dal Ministero della salute e specificata nell'ambito delle misure di cui al presente comma; i dati sono cancellati in modo automatico alla scadenza del termine»* (art. 6, comma 2, lett. e) del d.l. 28/2020).

[23] E cioè che *«i diritti degli interessati di cui agli articoli da 15 a 22 del Regolamento (UE) 2016/679 possano essere esercitati anche con modalità semplificate»* (art. 6, comma 2, lett. f) del d.l. 28/2020).

[24] Si veda https://www.agi.it/politica/news/2020-04-20/coronavirus-app-immuni-8392554/.

[25] Studi politologici evidenziano il fenomeno da tempo in atto: lo scostamento dai tradizionali modelli di *government*, basati su strutture 'verticali' esclusivamente pubbliche e politiche di governo, e l'approdo a modelli di *governance*, caratterizzati *«da un maggior grado di cooperazione e dall'interazione tra lo stato e attori non statuali all'interno di reti decisionali miste pubblico/private»*. Così R. Mayntz, *La teoria della governance: sfide e prospettive*, in *Rivista italiana di scienza politica*, fasc. 1, 1999, p. 3, cit. in G. Mobilio, *Cipe e costituzione. Governare attraverso i comitati ministeriali*, Napoli, 2018, pp. 296-297. Cfr, M.R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010.

è realizzata in via di fatto, in assenza di una cornice di regolamentazione giuridica.

Più in dettaglio. Le specifiche tecniche del *contact tracing* sono state inizialmente individuate nell'ambito di vari progetti privati, o pubblico-privati, internazionali: oltre al Consorzio PEPP-PT (la cui sigla sta per *Pan-European Privacy-Preserving Proximity Tracing*, pure menzionato dalla Commissione europea nelle proprie linee guida e di cui fa parte l'aggiudicataria Bending Spoons), si rammenta anche DP-3T (sigla che sta per "*Decentralized Privacy-Preserving Proximity Tracing*", ovvero la soluzione di tracciamento proposta da un *team* di vari ricercatori con base in Svizzera) e ROBERT (sigla che sta per "*ROBust and privacy-presERving proximity Tracing protocol*" e che è stata promossa dall'Istituto francese per la ricerca nell'informatica e nell'automazione e dal *Fraunhofer* AISEC).

Tali progetti hanno individuato diversi modelli di funzionamento delle piattaforme e delle *app* collegate, ora in senso "centralizzato", cioè mediante l'archiviazione di tutti i dati - pur se pseudonimizzati[26] - su di un unico server, ora in senso "decentralizzato", cioè mediante la conservazione dei dati degli utenti sui singoli *device* fino al momento della volontaria *disclosure*.

È poi intervenuto il *framework* Apple-Google, con il progetto *Privacy-Preserving Contact Tracing* che ha proposto l'adozione su scala globale di un modello fortemente "decentralizzato"[27], che si è rivelato estremamente persuasivo, visto che sono circa tre miliardi le persone usano *smartphone* con sistemi operativi iOs e Android.

Alla fine del mese di aprile i due colossi hanno rilasciato le API[28] da mettere a disposizione degli sviluppatori incaricati dai Governi nazionali di progettare le *app* per il *contact tracing* e hanno comunicato che non svilupperanno proprie *app* di tracciamento dei contatti, ma collaboreranno invece allo sviluppo tecnologia sottostante.

---

[26] La *pseudonimizzazione*, di cui al *considerando n. 26* del GDPR, consiste nel garantire che il trattamento dei dati personali avvenga in modo tale che non sia possibile risalire all'interessato senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, che devono essere conservate separatamente e soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che tali dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile.

[27] Secondo il modello elaborato da Apple e Google, il *Bluetooth Contact Tracing* non utilizzerà la geolocalizzazione per il rilevamento di prossimità, ma si limiterà a rilevare la vicinanza a un altro dispositivo con *bluetooth* attivo e *app* in uso. Il *Rolling Proximity Identifier* di un utente cambierà in media ogni 15 minuti e necessiterà di una *Tracing Key* giornaliera per essere correlato all'utente. I rilevamenti di prossimità ottenuti da altri dispositivi verranno elaborati esclusivamente sul singolo dispositivo dell'utente. Se ad un utente è diagnosticato Covid-19, la *Tracing Key* è condivisa con il *Diagnosis server* solo sulla base del consenso dell'interessato. Per le specifiche, si rinvia a https://covid19-static.cdn-apple.com/applications/covid19/current/static/contact-tracing/pdf/ExposureNotification-FAQv1.1.pdf.

[28] Le API sono le interfacce di programmazione dell'*app* che consentono l'interoperabilità fra i dispositivi, in tal caso Android e iOS, delle app sviluppate o selezionate dalle autorità sanitarie nazionali.

La scelta del modello Apple-Google si è "imposta" (pare) anche a livello nazionale, sebbene ad oggi siano soltanto notizie di stampa a riportarlo, ed è significativo rilevare come tale modello sia in realtà *più tutelante* dal punto di vista della *data protection* rispetto a quello inizialmente preso a riferimento sia a livello europeo che nazionale (e cioè quello del progetto PEPP-PT), in quanto esclude in radice la possibilità che i dati relativi al tracciamento dei contatti siano collazionati su di un server pubblico centralizzato[29].

Pure infine non deve darsi per scontata la scelta del Governo di rivolgersi al mercato con la ridetta *fast call for contributions*. Il Governo, e in particolare il Ministero dell'Economia, detiene una miriade di partecipazioni strategiche in aziende anche operanti nel settore dell'*Information and Communication Technology*, come SOGEI S.p.A., nella quale la partecipazione è totalitaria. Invece, la scelta di *policy* è stata quella di reperire il *software* nel settore privato, salvo poi acquisirlo in proprietà pubblica e assicurare la gestione della piattaforma e dei flussi di dati da parte di soggetti integralmente pubblici, pure stabiliti sul territorio nazionale.

3.2. Nei diritti: l'accesso ineguale al surplus di tutela del diritto alla salute

La prima questione squisitamente giuridica che ha lambito il dibattito pubblico è stata quella relativa all'obbligatorietà ovvero alla volontarietà del *download* dell'*app* di *contact tracing*. Il dibattito si è presto arenato, perché il Governo ha presto chiarito che l'utilizzo dell'*app* sarebbe avvenuto su base volontaria.

Senonché, per paradossale che sembri, la soluzione della volontarietà pone problemi *maggiori*, e non minori, in punto di diritto.

Si è detto diffusamente che l'obbligatorietà del *download* avrebbe costituito un pregiudizio eccessivo dei diritti della personalità connessi alla *privacy* (riservatezza, identità personale, ecc.).

A ben vedere però, se - come pare - il sistema sarà in grado di funzionare in modo interamente *decentralizzato* (e cioè se le informazioni sul tracciamento dei contatti permarranno esclusivamente sul *device* dell'interessato fino a volontaria *disclosure*), il pregiudizio per la *privacy* sarà minimizzato, se non nullificato.

Perciò, se la scelta fosse caduta sull'obbligatorietà dell'*app*, il problema che si sarebbe posto (di difficile soluzione in tempo utile al contrasto dell'emergenza) sarebbe stato piuttosto quello garantire a tutti i cittadini l'accesso all'*app*.

Da un punto di vista costituzionale, tuttavia, ci saremmo trovati di fronte ad una - pur inedita - "prestazione" imposta in base alla legge, ai sensi dell'art. 23 Cost.,

[29] Possibilità espressamente lasciata aperta dalla lettera della norma, laddove all'art. 6, comma 2, lett. e) del d.l. 28/2020, si dispone che *«i dati relativi ai contatti stretti siano conservati,* anche *nei dispositivi mobili degli utenti»*.

per finalità di tutela della salute collettiva, bene costituzionale di prim'ordine per la cui protezione sono peraltro già state costituzionalmente "giustificate" le ben più gravi limitazioni alla libertà di circolazione, di riunione etc.

Ad ogni modo, è parso a molti di poter ovviare al duplice problema (giuridico) '*privacy*' e (pratico) 'accesso universale' semplicemente rendendo *volontaria* l'*app* per il tracciamento dei contagi. Senonché, quantomeno il problema pratico non è affatto risolto ed occorre anzi sgomberare il campo dall'ambiguità di fondo che si cela nel dibattito pubblico sull'*app*: potere-non-averla non equivale a non-poterla-avere.

Non è una novità il tema del c.d. *digital divide*[30], per il quale non trascurabili platee di cittadini italiani sono esclusi dalla possibilità di fruire dei servizi di internet o anche solo di possedere uno *smartphone*, per incapacità, per basso livello di scolarizzazione, per ragioni di ordine economico. Peraltro, si tratta di un novero di soggetti probabilmente più esposti di altri ai rischi del contagio, come le persone anziane.

Ciò pone un grande problema di tutela dell'uguaglianza sostanziale tra chi è effettivamente libero di non scaricare l'*app* (perché, pur potendolo fare, non lo fa) e chi non la scarica perché non ne ha la possibilità. Il tema si rivelerà centrale proprio se l'*app* assicurerà i vantaggi attesi, che non si limitano al monitoraggio dei contagi: una persona contagiata dotata di *app* potrà verosimilmente attivarsi per diagnosi e cura *prima* (già dal momento della notifica del 'contatto') di quanto non sarà possibile ad un soggetto sprovvisto di *app*, che invece dovrà attendere i primi sintomi. Ed è stata sin qui evidente l'incidenza del fattore tempestività nella cura delle patologie conseguenti al contagio del virus: non può dubitarsi che una *diagnosi* precoce del contagio, assicurata dall'*app* tramite la notifica del contatto significativo con un soggetto positivo, non costituisca un *surplus* di tutela del bene-salute.

In più. Non è stato ancora chiarito se dalla titolarità dell'*app* discenderanno dei diritti a trattamenti sanitari (tampone, test sierologico?) o dei doveri comportamentali (obbligo di quarantena?) in caso di notifica di contatto con soggetto positivo al Covid-19. Pare ragionevole presumerlo, e ciò allarga la portata del problema, che sarà tutto da affrontare, visto che pare estremamente debole e generica, dal punto di vista giuridico, la previsione contenuta all'art. 6, comma 4, del d.l. 28/2020 secondo la quale è comunque *"assicurato il rispetto del principio della parità di trattamento"*.

[30] Secondo il Report dell'Istat "Cittadini e ICT" (Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione), pubblicato a dicembre 2019, la percentuale di famiglie italiane che dispongono di una connessione a banda larga è pari al 74,7%, mentre la percentuale degli individui che hanno utilizzato Internet, negli ultimi 3 mesi precedenti l'intervista, è pari al 67,9%. Cfr. https://www.istat.it/it/archivio/236920.

3.3. Scenario: i protocolli privati che prevedano un *download* obbligatorio

Nelle more dell'adozione dell'*app*, l'idea che soggetti privati titolari di posizioni di garanzia, come i datori di lavoro, gli amministratori di società, i dirigenti, etc., adottino protocolli privati che vincolino i sottoposti all'utilizzo dell'*app* appare una prospettazione meramente ipotetica. Ma non è così lontana dalla realtà.

Il punto critico consiste nel comprendere se, fermo il quadro giuridico di riferimento, debba ritenersi tutelata o tutelabile la libertà di non-entrare in contatto con persone che non siano sottoposte al tracciamento dei contatti. E dunque se sia per conseguenza giuridicamente sostenibile la legittimità della previsione dell'obbligatorio *download* dell'*app*, ad esempio, per l'accesso al luogo di lavoro o ad un esercizio aperto al pubblico.

Si tratterebbe di protocolli con livelli di sicurezza *più elevati* per intere categorie di lavoratori, magari esposti ad un margine di rischio di contagio supplementare in ragione delle specifiche mansioni affidate.

Dunque, fermo che il ridetto art. 6 del d.l. 28/2020 pone il principio della *volontarietà* del *download* dell'*app*, come opera tale norma in relazione alle fonti private che regolano i rapporti giuridici asimmetrici? In altre parole, i principi di volontarietà e parità di trattamento[31] hanno efficacia solo verticale o anche orizzontale?

È possibile svolgere una prima, pur sintetica, riflessione su questo strano (anche se forse apparente) *trade-off* tra salute e *privacy*. Mentre il diritto alla salute mostra certamente un 'volto solidaristico'[32], talché è stato ben possibile limitare gli altrui diritti di libertà (circolazione, riunione, iniziativa economica etc.), più difficile appare sostenere che lo stesso 'volto solidaristico' lo abbia la *privacy*.

In altre parole, la dimensione costituzionale del bene *privacy* non pare potersi estendere fino al punto di impedire, a chi lo voglia, di non-entrare in contatto con soggetti che si sottraggono al *contact tracing*. Ciò in quanto il tracciamento assicura un *surplus* di tutela della salute (i.e. diagnosi precoce) al quale il singolo non dovrebbe essere "costretto" a rinunciare sol perché un altro soggetto abbia esercitato la propria libertà di non-avere l'*app*.

La conseguenza di tale ragionamento, essendo in radice esclusa l'opzione

---

[31] Di cui all'art. 6, comma 4, del d.l. 28/2020.

[32] M. Noccelli, *La lotta contro il coronavirus e il volto solidaristico del diritto alla salute*, su *federalismi.it*, *Osservatorio emergenza Covid-19*, 11 marzo 2020, dove l'Autore ricorda come *«il diritto alla salute nella Costituzione non è solo un diritto fondamentale della persona, ma insieme e inscindibilmente, come ora si dirà, anche interesse della collettività (art. 32 Cost.). E qui viene in rilievo il risvolto o, se si preferisce, il volto meno conosciuto della salute, quale diritto "bifronte", nel suo versante solidaristico. L'interesse della collettività, di fronte a situazioni di gravissima emergenza sanitaria e alla minaccia per la salute di tutti e di ciascuno, assurge ad un valore superiore, capace di giustificare severe restrizioni alla libertà della persona e agli atti della sua vita quotidiana e di imporre rigorosi limiti ad altri diritti costituzionalmente garantiti, appunto, di tutti e di ciascuno».*

dell'obbligatorietà dell'*app*, dovrebbe perciò essere la legittimità (o meglio, la non illegittimità) di regole, direttive e protocolli privati che, a tutela della salute di lavoratori o avventori, dispongano l'obbligatorio utilizzo dell'*app* di *contact tracing*.

L'approdo porrebbe certo ulteriori problemi, non scandagliabili in questa sede, relativamente all'accesso a beni e servizi essenziali, che non potrebbe naturalmente essere subordinato all'utilizzo di una *app* per legge non obbligatoria.

Resta tuttavia una zona franca, e molto larga, di luoghi nei quali non si fa commercio di beni essenziali e dove pare ragionevole - ad avviso di chi scrive - riconoscere la libertà di condizionarne l'accesso all'utilizzo dell'*app*, per la migliore tutela della salute individuale e collettiva.

(21-05-2020)

ECONOMIA E TRIBUTI PER IL RILANCIO DELL'ITALIA

Alessandro Giovannini

Professore ordinario di Diritto tributario,
Università degli Studi di Siena

La crisi economica nella quale sta precipitando l'Italia impone scelte coraggiose, con un obiettivo: iniettare nel sistema produttivo e in quello di finanza pubblica almeno 200 miliardi entro la fine dell'anno e altri 100 nel 2021. Dove trovare questi soldi? Provo a indicare cinque strade.

La prima è quella dell'aumento del debito pubblico sovrano, l'emissione dei cui titoli è ora agevolata dall'intervento della Banca centrale europea e dalla sospensione momentanea dei parametri di bilancio di Maastricht. Questo debito, tuttavia, poiché già in partenza elevatissimo e correlato ad una sensibile contrazione del PIL, non potrà aumentare a dismisura, pena il successivo rischio di speculazione sul debito che sarà contratto quando cesserà l'aiuto della Banca centrale. Tuttavia, è probabile che un incremento fino a 200 miliardi il sistema lo possa reggere senza eccessivi contraccolpi. Va da sé che è indispensabile immaginare fin d'ora strategie di contenimento per quando saranno ripristinati i parametri dei trattati, oppure agire politicamente per superare o rivedere i parametri stessi.

La seconda strada, che si incrocia con la precedente, è quella di incentivare i privati a investire, oltre che in buoni del Tesoro, in attività dell'economia reale. Come ho già scritto su un quotidiano nazionale (http://www.opinione.it/economia/2020/03/27/alessandro-giovannini_draghi-debito-pubblico-ft-crescita-banche-bce-strategia-marxista-ispirazione-liberale/), sui conti correnti sono depositati circa 1700 miliardi e il patrimonio mobiliare privato ne supera 4 mila. Detassare i guadagni sugli investimenti e remunerare, per un tempo limitato, da parte del Tesoro, il capitale investito con interessi attivi superiori a quelli di mercato, potrebbero essere misure capaci di invogliare i privati ad affrontare il rischio d'impresa. Spostare dai forzieri alle attività produttive anche solo il 5 per cento dei depositi sarebbe un risultato vincente per accelerare la ripresa.

Vi è poi un terzo canale: il debito pubblico europeo. Qui è bene essere chiari una volta per tutte: l'Europa non è uno stato federale, ma un insieme di Stati nazionali tra loro legati solo da trattati, ossia da accordi. L'Europa come Unione politica è una "incompiuta". E che sia così lo constatò per primo uno dei suoi

"architetti" più dinamici e illuminati, Alcide De Gasperi, in una lettera dell'agosto 1954 al segretario della Democrazia Cristiana Amintore Fanfani.

L'Italia e gli altri stati fortemente indebitati hanno senz'altro interesse a condividere con quelli meno indebitati l'emissione di eurobond, ossia titoli di debito garantiti in solido da tutti. Ma la scelta definitiva appartiene ai singoli paesi, non all'Europa quale stato federale, perché tale non è. Questa la realtà, modificabile solo politicamente, proprio come De Gasperi suggerì in quell'agra lettera. La storia, a questo riguardo, sembra non avere insegnato granché. Se fossero messe da parte prove muscolari, al pari di discorsi populisti e naïf sulla solidarietà, come se l'Europa e l'economia fossero mercatini parrocchiali o centri di beneficienza, e si valutassero attentamente gli accadimenti degli ultimi ottanta anni, risulterebbe chiaro che soltanto una forte motivazione politica e un altrettanto forte motivazione economica, perché tese a risultati mutualmente convenienti, possono far nascere progetti comuni tra gli stati. Ad oggi, però, le cose stanno diversamente ed è proprio per questo che gli eurobond non vedranno la luce.

Quel che forse è realizzabile è un altro tipo di debito. Si può pensare a titoli di scopo finalizzati a interventi mirati, ad esempio in ambito lavorativo o sanitario, emessi, gestiti e controllati da un organismo comune a tutti gli Stati, oppure a una emissione ad Hoc di titoli, garantiti dal Bilancio dell'UE, rimborsabili o parzialmente rimborsabile. Questo è ciò che realisticamente si potrebbe ottenere nei prossimi mesi.

La quarta strada è quella dei finanziamenti alle imprese concessi dal sistema bancario nostrano. La Banca centrale europea e la Banca d'Italia hanno raccomandato agli istituti di credito nazionali di evitare la distribuzione di utili nell'anno in corso e di non compiere operazioni sul capitale proprio. E ciò per indurli a mantenere fieno in cascina, utilizzabile, poi, sia per coprire le perdite sui crediti già concessi alle imprese, sia per immettere nel circuito dell'economia reale nuovi finanziamenti. Le banche, in questo modo, potrebbero iniettate 50 miliardi. Non di più, almeno nell'immediato, stando a uno studio condotto da Giampaolo Gabbi dell'Università di Siena (https://www.lavoce.info/archives/64803/quanto-nuovo-credito-arriva-dai-dividendi-congelati-delle-banche/).

Diverso, ovviamente, lo scenario che si potrebbe realizzare con interventi dello stato a garanzia, peraltro già inseriti nei provvedimenti approvati dal Governo, ma solo parzialmente attuati.

La quinta opzione è questa: sbloccare gli oltre 100 miliardi finora congelati nel bilancio dello stato per investimenti in opere pubbliche e smobilizzare le risorse dei fondi strutturali europei. Strade, queste, da percorrere senza tentennamenti, ma che realisticamente potranno dare risultati significativi solo a partire dal 2021 e negli anni successivi. Per poterne cogliere gli effetti positivi è infatti necessario modificare la legislazione sugli appalti e rivedere le regole sulla giustizia cautelare amministrativa, magari sul modello del référé francese, per evitare che un ricorso

al TAR proposto da uno dei mille comitati del "no" blocchi sine die l'avanzamento dei lavori.

L'Italia ripartirà! Gli strumenti non mancano. L'auspicio è che non manchino la coesione, la lungimiranza economia e il coraggio sociale. Anche perché, prima o poi, il conto salato di questi mesi dovrà essere pagato. Su questo è bene non farsi illusioni fin da adesso e a valere per le leggi di bilancio dei prossimi vent'anni.

(21-05-2020)

LA CRISI DEL COVID-19 COME CRISI CONOSCITIVA DEL SISTEMA AMMINISTRATIVO ITALIANO

Matteo Falcone

Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo,
Università degli Studi di Perugia

1. Introduzione

L'emergenza sanitaria legata al Covid-19, non è stata soltanto una crisi di sanità pubblica, dovuta allo scoppio improvviso e imprevedibile di una pandemia causata da un virus sconosciuto, ma è soprattutto il risultato di numerose e annose criticità del sistema amministrativo italiano, stressate fortemente e nello stesso momento da una situazione emergenziale.

In questo breve commento vorrei soffermarmi su uno specifico aspetto critico che è emerso durante questa crisi pandemica e che è stato una delle principali cause che ha aggravato la situazione emergenziale: la debolezza della capacità conoscitiva del sistema amministrativo italiano, in particolare del Sistema sanitario nazionale[1]. Una debolezza annosa che ha prodotto, in un primo momento, difficoltà di programmazione e di pianificazione degli interventi pubblici di natura straordinaria che questa crisi richiedeva, in particolare degli interventi atti a limitare il contagio e la conseguente diffusione del Covid-19 e, in un secondo momento, difficoltà di pianificazione e di programmazione delle misure utili ad un parziale ritorno alla normalità (la c.d. Fase 2).

2. L'imprecisione dei dati durante la crisi pandemica e nella c.d. Fase 2

Leggendo le notizie pubblicate sulle testate giornalistiche e i commenti degli esperti del settore, pare evidente come la gestione dell'emergenza sanitaria abbia avuto e abbia ancora un serio problema di natura conoscitiva.

[1] Per capacità conoscitiva si intende la capacità delle amministrazioni pubbliche di dotarsi di apparati organizzativi in grado di produrre autonomamente conoscenza e informazioni di natura tecnico-scientifiche attraverso la raccolta, la conservazione e l'elaborazione dei dati in proprio possesso. Per tutti si v. F. Merloni. *Costituzione repubblicana, riforme amministrative e riforme del sistema amministrativo*, in *Diritto pubblico*, 2018, 1, pp. 81-120.

Le informazioni raccolte durante l'emergenza sanitaria sono state molto confuse e oscure: sono aumentate continuamente le perplessità sul metodo di calcolo delle persone contagiate; non è chiaro il numero effettivo dei morti causati dal Covid-19; l'insufficienza di queste categorie di informazioni ha inficiato il dato relativo alla mortalità del virus, che dipende dal rapporto morti/contagiati; non è chiaro il numero dei guariti e neanche il numero dei tamponi effettivamente applicati[2]. Gli stessi scenari previsionali relativi allo sviluppo della pandemia e agli effetti dei provvedimenti di contenimento e di sorveglianza sulla curva epidemiologica, contenuti all'interno dei primi provvedimenti emergenziali come il d.l. n. 17 marzo 2020, n. 18 e prodotti dal governo sulla base di queste informazioni, si sono rivelati lontanissimi da quelli che effettivamente si sono potuti osservare giorno dopo giorno[3]. Gli analisti, che hanno lavorato sui numeri ufficiali, hanno segnalato «una notevole eterogeneità dei dati raccolti dalle Regioni e inviati alla Protezione Civile, vista anche l'assenza di un modello informatizzato univoco. I dati, infatti, sono trasmessi da ciascuna Regione con modalità diverse e i criteri sulla definizione dei casi "dimessi/guariti" sono estremamente variabili»[4].

I dati raccolti e le informazioni prodotte durante il primo periodo emergenziale, dunque, non sembrano avere delineato un quadro conoscitivo adeguato e completo della crisi pandemica in corso. Un quadro conoscitivo che è, paradossalmente, alla base della pianificazione e della programmazione della fase di riapertura graduale che stiamo vivendo in questo periodo.

I dati del primo monitoraggio della situazione pandemica effettuato il 16 maggio 2020 dimostrano come anche i dati e le informazioni che stanno guidando il sistema amministrativo nella pianificazione della c.d. Fase 2 sembrano soffrire della stessa incertezza che ha caratterizzato la prima fase emergenziale. Molti dei 21 indicatori di monitoraggio individuati dal governo, la cui valutazione complessiva dovrebbe guidare le scelte regionali su possibili misure di allentamento o di restringimento delle restrizioni[5], risentono oggettivamente delle differenze conoscitive e organizzative regionali sopra riportate[6], e alcuni di essi,

[2] Si v. Francesco Costa, *I dati ufficiali non avevano senso prima e non hanno senso adesso*, in *Francesco Costa, when in trouble, go big* (blog), 12.04.2020, https://www.francescocosta.net/2020/04/12/dati-ufficiali-senza-senso/. Si v. inoltre l'intervista *Ernesto Burgio: "2 o 3 cose che so su questa pandemia: quando riaprire, dove ci si contagia, gli errori da non rifare"*, Gea Scancarello, *Business insider Italia*, 08.04.2020 https://urly.it/36dyn e l'intervista *Crisanti: "Epidemia di coronavirus in Italia? Numeri inesatti. Male contenimento e monitoraggio di positivi"*, Chiara D'Ambros, *Globalist syndacation*, 22 marzo 2020 https://urly.it/36dys.

[3] Giovanni Forti, *Coronavirus, le previsioni del Governo e i dati reali*, in *Youtrend*, 20.03.2020, https://www.youtrend.it/2020/03/20/coronavirus-le-previsioni-del-governo-e-i-dati-reali/.

[4] Si v. Redazione, *Coronavirus: la sovrastima dei casi guariti*, in *Youtrend*, 02.04.2020 https://www.youtrend.it/2020/04/02/coronavirus-la-sovrastima-dei-casi-guariti/.

[5] L'art. 1, comma 16 del decreto legge 16 maggio 2020 n. 33 demanda interamente alle Regioni la responsabilità del monitoraggio epidemiologico e delle conseguenti decisioni relative alla

[6] Il primo Report di monitoraggio della Fase 2 del 16 maggio 2020 dimostra che le Regioni non hanno fornito a livello centrale tutti i dati relativi ai 21 indicatori previsti dal decreto del Ministero

come gli indici R_0 e R_T – che indicano quanti casi positivi secondari vengono generati, per trasmissione interpersonale, da un caso positivo primario – sono indici sensibili all'incidenza dei piccoli focolai sul numero complessivo regionale e hanno un'attendibilità direttamente proporzionale alla conoscenza certa della data di insorgenza dei sintomi della malattia sia nel caso primario che nei casi secondari di positività al virus[7].

3. La scarsità dei dati prima della crisi pandemica

Questa difficoltà conoscitiva contingente non può essere spiegata solo con l'imprevedibilità dell'emergenza o come un effetto indiretto delle caratteristiche sconosciute del nuovo virus, che pure è un elemento non trascurabile: è chiaro come essa derivi innanzitutto da un assetto organizzativo e conoscitivo del sistema amministrativo, in particolare del Sistema sanitario nazionale, molto carente.

Uno studio internazionale recente – sottolineando come il caso italiano è certamente paradigmatico, da considerare, in particolare per evitare di commettere gli stessi errori – ha messo in evidenza non solo come l'Italia stia risentendo dell'eterogeneità e dell'imprecisione dei dati che sta raccogliendo nel fronteggiare la crisi pandemica, ma che da subito, dalle fasi iniziali della pandemia, abbia sofferto la scarsità dei dati a propria disposizione a causa dell'assenza di un sistema informativo adeguato. Più specificamente, il problema è stato, secondo lo studio, la mancanza di una generale capacità conoscitiva di natura epidemiologica, che ha impedito al Sistema sanitario nazionale di registrare sistematicamente i picchi di infezione anomala che il virus stava provocando, ad esempio nelle infezioni polmonari, e conseguentemente di reagire in tempi rapidi[8].

La risposta alla crisi pandemica poteva essere senz'altro più efficace, dunque, se il sistema sanitario nazionale, nel suo complesso, avesse curato maggiormente l'ordinaria organizzazione dei dati, cioè avesse individuato in via ordinaria: 1) i dati epidemiologici che bisognava raccogliere, conservare e monitorare per comprendere, in via preventiva, lo scoppio di una pandemia; 2) i canali conoscitivi (e inevitabilmente organizzativi) che bisognava attivare (e costruire

della Salute del 30 aprile scorso, inficiando la successiva valutazione del rischio. Si v. *Fase 2, Gimbe: "Governo ha abdicato alle Regioni, un approccio con rischi non calcolabili"*, 19.05.2020 in https://urly.it/36f8z.

[7] Si pensi al caso dell'Umbria, individuata da questo indice con un rischio moderato di contagio insieme alla Lombardia. Si v. F. Suman, *La fotografia del primo monitoraggio delle fase 2 e le sue criticità*, 21.05.2020, https://ilbolive.unipd.it/it/news/fotografia-primo-monitoraggio-fase-2-sue-criticita e S. Salmaso, *R0, un mito da superare*, in *Scienza in rete – SCIRE*, 21.04.2020, https://www.scienzainrete.it/articolo/r0-mito-da-superare/stefania-salmaso/2020-04-21.

[8] Si v. G.P. Pisano, R. Sadun, M. Zanini, *Lessons from Italy's Response to Coronavirus*, in *Harvard Business Review*, 27.03.2020, https://urly.it/36fb5.

per tempo) in caso di effettiva pandemia, al fine di raccogliere, conservare ed elaborare i dati epidemiologici che sarebbero serviti per monitorare l'evoluzione del contagio e contenerlo efficacemente.

Per quanto possiamo trovarci di fronte ad un virus nuovo, con caratteristiche differenti e in parte ancora sconosciute, gli esperti hanno da subito evidenziato come le dinamiche evolutive e i metodi di gestione, di contenimento e di raccolta dei dati delle pandemie influenzali, al di là delle differenze contingenti legate alla singola tipologia di virus, sono sostanzialmente comuni: contenimento della popolazione e sorveglianza attiva, che in questo caso significava procedere immediatamente al tracciamento della scia pandemica attraverso l'individuazione degli asintomatici[9].

Tali metodi, però, sembrano non essere stati utilizzati in Italia nonostante siano stati individuati da tempo a tutti i livelli di governo: a livello internazionale all'interno dei documenti dell'OMS che trattavano i vari casi di pandemia influenzale, che periodicamente hanno interessato la popolazione mondiale; a livello nazionale con l'adozione del *Piano nazionale di preparazione e risposta a una pandemia influenzale* (2010) e a livello regionale con i Piani pandemici regionali, documenti di attuazione a livello regionale del Piano pandemico nazionale[10]. Una scelta che ha costretto non solo il governo, ma tutto il sistema amministrativo a inseguire la pandemia, piuttosto che governarla.

4. La debolezza conoscitiva "ordinaria" e "straordinaria" del sistema amministrativo

Questa vicenda ci porta a dire, dunque, che non c'è capacità conoscitiva "straordinaria", cioè capacità di produrre una nuova conoscenza e nuove informazioni necessarie in situazioni emergenziali, senza capacità conoscitiva "ordinaria", cioè senza la capacità di produrre conoscenza nell'ordinario esercizio delle funzioni amministrative.

Una debolezza, però, che è anche il risultato di scelte politiche e di priorità conoscitive ben precise. Nel tempo si è scelto di concentrare la capacità conoscitiva pubblica, in particolare nel settore sanitario, nella raccolta, conservazione ed elaborazione di dati economico/contabili al fine di armonizzare

[9] Si v. l'intervista *Ernesto Burgio: "2 o 3 cose che so su questa pandemia: quando riaprire, dove ci si contagia, gli errori da non rifare"*, cit. e l'intervista *Crisanti: "Epidemia di coronavirus in Italia? Numeri inesatti. Male contenimento e monitoraggio di positivi"*, cit.

[10] Si v. la lettera di cinque medici lombardi, già direttori di Dipartimenti di prevenzione *"Che errore far gestire la pandemia ai direttori generali e non ai Dipartimenti di prevenzione"*, in Bergamonews, 27.04.2020, https://www.bergamonews.it/2020/04/27/che-errore-far-gestire-la-pandemia-ai-direttori-generali-e-non-ai-dipartimenti-di-prevenzione/368786/; F. Curtale, *C'era una volta il Piano pandemico*, in *Salute internazionale*, 15.04.2020, https://urly.it/36fc3.

i bilanci pubblici e razionalizzare, spesso con tagli lineari, la spesa pubblica[11]. Una scelta che ha marginalizzato gli altri bisogni conoscitivi del sistema amministrativo, in particolare dei dati relativi alla salute nel sistema sanitario nazionale, colpiti, inoltre, da una scriteriata razionalizzazione di apparati organizzativi di natura conoscitiva e di strumenti conoscitivi nelle mani delle amministrazioni pubbliche[12].

La liquidazione del "pubblico" nelle sue varie versioni ha toccato nel profondo anche la capacità conoscitiva delle pubbliche amministrazioni[13].

Avere una capacità conoscitiva "ordinaria" adeguata e completa non è un elemento di poco momento, in particolare durante situazioni emergenziali come quella che abbiamo vissuto e, per certi versi, stiamo ancora vivendo, perché si rivela fondamentale non solo per prevedere e affrontare un'emergenza sanitaria, ma anche per garantire a pieno i diritti e le libertà costituzionali dei cittadini. Una base conoscitiva adeguata è fondamentale per qualsiasi scrutinio di proporzionalità degli interventi emergenziali, per decidere concretamente (e nel rispetto dello spirito costituzionale) per quanto tempo, dove (in una determinata zona del Paese oppure su tutto il territorio nazionale) e come (in che modo e relativamente agli strumenti di intervento scelti) bilanciare le libertà e i diritti dei cittadini (libertà personale, libertà di movimento, libertà di culto, riservatezza dei dati personali) con la tutela della salute collettiva, sacrificando i primi lo stretto indispensabile e in un arco temporale limitato.

5. Il ricorso ai privati come soluzione alla debolezza conoscitiva (e organizzativa) pubblica

Una debolezza conoscitiva (e organizzativa) che ha, di fatto, costretto il sistema amministrativo, in particolare il Commissario straordinario per l'emergenza, a rivolgersi ai privati e alle loro tecnologie di *contact tracing* per sopperire alle difficoltà organizzative e conoscitive dell'amministrazione centrale e di tutto il servizio sanitario nazionale, emerse nello stesso momento durante questo periodo emergenziale. È di tutta evidenza, infatti – considerando alcuni casi regionali come quello veneto – come una diversa capacità organizzativa, in grado di attuare una adeguata sorveglianza attiva della pandemia sul territorio, e una diversa capacità conoscitiva "ordinaria" e "straordinaria", basata sulla raccolta e sull'elaborazione dei dati in possesso delle amministrazioni pubbliche,

[11] Si v. F. Giglioni, A. Pioggia, *Cosa riformare del servizio sanitario nazionale*, in *Astrid rassegna* n. 318 (numero 7/2020), 08.05.2020, http://www.astrid-online.it/rassegna/2020/08-05-2020-n-318.html.

[12] F. Merloni. *Costituzione repubblicana, riforme amministrative e riforme del sistema amministrativo*, cit.

[13] Fa riferimento alla liquidazione del "pubblico" G. Rossi, *Le istituzioni dopo la crisi*, in www.ridiam.it, 16.03.2020, https://ridiam.it/le-istituzioni-dopo-la-crisi/.

rendano integrativo e forse anche marginale il ricorso a tecnologie digitali di tracciamento dei contatti[14].

Al di là delle questioni più spinose – come il bilanciamento tra tutela della salute e riservatezza dei dati o il quadro normativo e organizzativo più adeguato per usare queste tecnologie digitali[15] – in generale la vicenda mostra come l'asimmetria informativa e conoscitiva tra l'amministrazione pubblica e i privati sia molto pronunciata, aggravata dallo sviluppo recente di tecnologie algoritmiche, capaci di produrre una nuova conoscenza sulla realtà e sui fenomeni, basata sull'elaborazione di un insieme massivo di dati (big data), sulle correlazioni e sulla predittività probabilistica[16]. Se, da un lato, le amministrazioni hanno serie difficoltà ad amministrare i propri dati e a decidere sulla base di essi, dall'altro lato, i soggetti privati, come questa vicenda ci dimostra bene, sono perfettamente in grado di farlo, utilizzando le tecnologie più innovative.

Il paradigma tradizionale della conoscenza come uno dei caratteri del potere pubblico si è ribaltato. Oggi la conoscenza, anche grazie all'elaborazione algoritmica, è appannaggio soprattutto dei soggetti privati, il che definisce, in modo sempre più evidente, un nuovo potere dei privati: un potere materiale, anarchico e meno giuridificato rispetto al tradizionale potere pubblico e quindi molto più opaco, penetrante e lesivo dei diritti fondamentali e delle libertà costituzionali dei cittadini.

6. Un'altra soluzione: rafforzare la conoscenza pubblica e la qualità delle amministrazioni

La crisi del Covid-19 ha messo in evidenza come essa è stata sostanzialmente una crisi conoscitiva e organizzativa del settore pubblico. Se oggi l'unica strada percorribile è quella di ricorrere alla conoscenza e alla capacità conoscitiva dei

[14] La Regione Veneto è risultata una *best practice* nella gestione della pandemia grazie all'utilizzo di una piattaforma per l'analisi dei dati già in suo possesso, *Digital Enabler*, che ha consentito «di mettere assieme in tempo reale i dati che provengono dai laboratori di microbiologia, dove si analizzano i tamponi; quelli anagrafici (chi sei, dove abiti, qual è il tuo stato di famiglia); quelli del lavoro (dove lavori e con chi) o della scuola (idem)». La piattaforma ha consentito di ricostruire le relazioni interpersonali e una mappa dinamica dell'epidemia di quartiere, arrivando fino al singolo condominio. Si v. R. Luna, *I dati del virus, il Veneto e la piattaforma di cui abbiamo bisogno*, in *Repubblica.it*, 01.05.2020, https://urly.it/36fd8.

[15] Si v. E. Carloni, *"Fisime per la privacy"? Protezione dei dati personali e interesse pubblico nella pandemia*, in *Astrid rassegna* n. 316 (numero 5/2020), 07.04.2020, http://www.astrid-online.it/rassegna/2020/07-04-2020-n-316.html; G. Resta, *La protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza Covid-19*, in *Giustizia civile.com*, 05.05.2020, http://giustiziacivile.com/soggetti-e-nuove-tecnologie/editoriali/la-protezione-dei-dati-personali-nel-diritto-dellemergenza#accettacookie.

[16] Si permetta di rimandare a M. Falcone, *Le potenzialità conoscitive dei dati amministrativi nell'era della "rivoluzione dei dati": il caso delle politiche di eradicazione dell'epatite C*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 2, 2017, p. 421-446.

privati, è imprescindibile per il futuro (si spera più prossimo possibile) tornare a interrogarsi su come rafforzare la capacità tecnica e conoscitiva delle amministrazioni pubbliche.

La scarsità delle strutture organizzative, delle competenza e delle conoscenze tecnico-scientifiche all'interno del sistema amministrativo, la mancanza di una cultura del dato e di una managerialità pubblica che sappia gestire i dati e decidere partendo da essi, sta rendendo sempre più complicato per il potere pubblico curare gli interessi a protezione necessaria (come il diritto alla salute) e garantire la protezione dei diritti e delle libertà dei cittadini, come la situazione emergenziale che stiamo vivendo dimostra.

Oggi è necessaria un'amministrazione diversa, un'amministrazione moderna e di qualità, in particolare dal punto di vista conoscitivo, capace di amministrare con il supporto dei dati la crescente complessità amministrativa della realtà contemporanea, ma anche di confrontarsi in modo paritario con i nuovi poteri conoscitivi emergenti (e anarchici) dei privati. Il rafforzamento della conoscenza e della qualità delle amministrazioni pubbliche, dunque, è la sfida che questa grave crisi ci consegna e che dovrà impegnarci nei prossimi anni come studiosi e come cittadini.

(22-05-2020)

IL BILANCIAMENTO DEI DIRITTI E LA SALVAGUARDIA DELL'OCCUPAZIONE DURANTE L'EMERGENZA COVID-19

Carlo Valenti

Dottorando in Scienze giuridiche europee ed internazionali,
Università degli Studi di Verona

Il contributo prende in considerazione i recenti interventi del governo italiano di risposta all'emergenza Covid-19 e finalizzati alla salvaguardia del tessuto socioeconomico, facendo riferimento al bilanciamento messo in atto tra la tutela della salute pubblica e del lavoro. In questa prospettiva, l'articolo si richiama principalmente alle disposizioni del d.p.c.m. 22 marzo 2020 e della l. n. 27/2020 che mirano a impedire la diffusione incontrollata del virus e a mantenere stabili i livelli occupazionali mediante una temporanea limitazione dell'esercizio dell'iniziativa economica privata, come la chiusura delle attività non essenziali e la sospensione dei licenziamenti individuali e collettivi per motivi oggettivi.

The paper takes into consideration the recent interventions of the Italian government aimed at responding to the Covid-19 emergency and preserving the socio-economic fabric, referring to the balance put in place between the protection of public health and labour. In this perspective, the article mainly recalls the provisions of the Prime Ministerial Decree of 22 March 2020 and Law No. 27/2020 that seek to prevent the uncontrolled spread of the disease and maintain stable employment levels by temporarily limiting the exercise of private economic initiative, such as the closure of non-essential business and the suspension of individual and collective dismissals for objective reasons.

L'impossibilità di circoscrivere la diffusione del Covid-19 alle prime Regioni colpite ha spinto il governo italiano a introdurre disposizioni comuni a tutto il territorio per attenuare il devastante impatto della pandemia, con il d.p.c.m. 22 marzo 2020 e, successivamente, il d.l. n. 18/2020 (c.d. Cura Italia) convertito in l. n. 27/2020. Il primo provvedimento ha previsto, al fine di tutelare adeguatamente la salute pubblica e impedire la saturazione dei centri ospedalieri, non solo restrizioni alla libertà di movimento e aggregazione degli individui, ma anche la temporanea sospensione delle attività produttive non ritenute essenziali o strategiche. Dal momento che l'elevata contagiosità del virus ha reso indispensabile l'adozione di misure di distanziamento sociale e che non tutte le realtà economiche possono fare affidamento su forme di lavoro agile, è stato necessario intervenire sul lavoro per tutelare la collettività. Nello specifico, ciò è stato perseguito sia sospendendo le attività produttive in tutti quei casi in cui non fosse possibile garantirne lo svolgimento a distanza o senza generare una minaccia o un danno alla salute, sia prevedendo protocolli di prevenzione del rischio per le attività lavorative fondamentali (es. settore alimentare, agricolo, sanitario).

Per quanto riguarda invece il Decreto Cura Italia, questo ha introdotto strumenti economici di supporto alle imprese, di sostegno al reddito dei lavoratori e di assistenza alle fasce più colpite della popolazione. Inoltre, ha sancito una forte limitazione alla facoltà del datore di lavoro di attuare determinate tipologie di licenziamento[1], agendo in funzione della stabilità occupazionale in un momento così critico per il Paese. A tal proposito, oltre ai divieti previsti dagli artt. 23, c. 6, e 47, c. 2, della legge l. n. 27/2020[2], l'intervento più rilevante riguarda senza dubbio la temporanea sospensione dei licenziamenti dettati da motivazioni oggettive. In particolare, in base all'art. 46 viene previsto che: «*A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto l'avvio delle procedure di cui agli articoli 4, 5 e 24, della legge 23 luglio 1991, n. 223 è precluso per 60 giorni e nel medesimo periodo sono sospese le procedure pendenti avviate successivamente alla data del 23 febbraio 2020, fatte salve le ipotesi in cui il personale interessato dal recesso, già impiegato nell'appalto, sia riassunto a seguito di subentro di nuovo appaltatore in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto. Sino alla scadenza del suddetto termine, il datore di lavoro, indipendentemente dal numero dei dipendenti, non può recedere dal contratto per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'articolo 3, della legge 15 luglio 1966, n. 604*».

Escludendo pertanto le decisioni inerenti a ragioni soggettive (es. licenziamenti disciplinari per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, per raggiungimento dell'età pensionabile, ecc.), le imprese non potranno procedere a riduzioni del personale – né completare le procedure pendenti al 23 febbraio 2020 nel caso di licenziamento collettivo – connesse a motivazioni economiche e organizzative almeno fino al 16 maggio 2020. Infatti, la loro attivazione all'interno del suddetto periodo ne comporterebbe la nullità per violazione di legge e, di conseguenza, l'applicazione della tutela ripristinatoria piena per il dipendente.

Al tempo stesso, non essendo possibile gravare ulteriormente sulle attività economiche durante il periodo di crisi, si è ritenuto necessario venire incontro anche alla parte datoriale a fronte di un simile trattamento protettivo per i lavoratori. Per questo motivo, il Decreto Cura Italia ha stanziato complessivamente circa cinque miliardi di euro per intervenire sulla fattispecie della Cassa Integrazione Guadagni[3] e ampliarne maggiormente portata ed

[1] BASILE - RUBINO, *I licenziamenti ai tempi del coronavirus*, in *Euroconference Lavoro*, 2020, editoriale 1 aprile, 1-5.

[2] In particolare, i due articoli si richiamano esplicitamente a un divieto di licenziamento per due nuovi casi tipizzati di assenza giustificata dal lavoro, ovvero la situazione del lavoratore con figli tra i dodici e i sedici anni che usufruisce di un congedo non retribuito introdotto in seguito alla sospensione delle attività didattiche e quello del genitore convivente di una persona disabile che deve prestare accudimento in conseguenza della chiusura delle strutture di cura adibite.

[3] Tale ammortizzatore sociale viene applicato alle imprese che, a causa di temporanee situazioni di crisi, abbiano dovuto ridurre o interrompere del tutto l'attività lavorativa, e prevede l'erogazione di un sussidio economico da parte dell'INPS pari all'80% della retribuzione per i lavoratori momentaneamente sospesi. Regolata da ultimo dal d.lgs. n. 148/2015, si divide in Cassa

efficacia. In particolare, oltre a implementare le risorse finanziarie a disposizione per il regime ordinario e straordinario, la l. n. 27/2020 ha introdotto un'ulteriore versione dell'ammortizzatore sociale che si rivolge ai soggetti di norma esclusi dai casi previsti dal d.lgs. n. 148/2015, vale a dire la c.d. "Cassa Integrazione Guadagni in Deroga" (CIGD)[4]. In questo modo, è stata prevista la possibilità per tutte le attività economiche, riconducibili o meno all'ambito di applicazione dell'istituto della Cassa Integrazione Guadagni Ordinaria o Straordinaria o all'assegno ordinario, di usufruire, a prescindere dal numero dei dipendenti, dello strumento per tutta la durata della sospensione del rapporto lavorativo (senza eccedere comunque il limite massimo di nove settimane)[5]. Di conseguenza, tutti i lavoratori che risultano alle dipendenze dei datori di lavoro richiedenti alla data del 23 febbraio 2020[6] potranno beneficiare dell'integrazione salariale da parte dell'INPS.

Per quanto riguarda la Cassa Integrazione Guadagni Ordinaria occorre inoltre menzionare come l'introduzione della causale "*Covid-19 nazionale*" abbia cercato di velocizzare le tempistiche della pratica prevedendo un assolvimento degli obblighi di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 148/2015 – ovvero le fasi di informazione, consultazione ed esame congiunto con le parti sindacali – per via telematica entro tre giorni dalla comunicazione preventiva[7]. Del resto, essendo in questo periodo la motivazione del ricorso allo strumento decisamente auto-esplicativa e oggettivamente legittima, non vi sono state obiezioni a una temporanea semplificazione della procedura sindacale, poiché giustificata dalla necessità di ridurre i tempi per l'erogazione del sussidio ai lavoratori. Resta da chiedersi a tal proposito soltanto se la momentanea esigenza di un *iter* semplificato possa in futuro dare vita ad una riforma della fase sindacale, finendo per marginalizzare con il tempo la funzione ricoperta dalle rappresentanze sindacali.

Nell'esaminare il contenuto del d.p.c.m. 22 marzo 2020 e della l. n. 27/2020 risulta senza dubbio immediato notare come le norme in questione siano caratterizzate da un complesso bilanciamento dei diritti fondamentali, in particolare tra la tutela della salute pubblica e la libertà di iniziativa economica

---

Integrazione Guadagni Ordinaria (CIGO) e Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria (CIGS), differenziandosi non solo per la categoria industriale di appartenenza dell'attività economica, ma soprattutto per le causali. Mentre la CIGO viene richiesta nei periodi di sospensione o riduzione delle attività produttive per situazioni temporanee di mercato o in casi non imputabili a impresa o dipendenti, la CIGS viene invece applicata in occasione di ristrutturazioni o riorganizzazioni aziendali, crisi di particolare entità, contratti di solidarietà o fallimento.

[4] Nella modalità della Cassa Integrazione Guadagni in Deroga, si rinvia alla circolare INPS n. 47 del 28 marzo 2020 per il suo utilizzo.

[5] Con l'entrata in vigore del d.l. n. 34/2020 (c.d. Decreto Rilancio) tale limite sarà portato complessivamente a diciotto settimane.

[6] Successivamente estesa grazie al d.l. n. 23/2020 (c.d. Decreto Liquidità) anche ai lavoratori che sono stati assunti tra il 24 febbraio e il 17 marzo 2020.

[7] In aggiunta a tale procedura, l'art. 71 del Decreto Rilancio ha previsto un'ulteriore velocizzazione, vale a dire l'anticipo da parte dell'INPS del 40% dell'assegno entro quindici giorni dall'avvio dell'istanza.

privata. Infatti, l'impellente esigenza di affrontare la pandemia ha inevitabilmente spinto ad agire in un'ottica di controllo, intervenendo *ex lege* sia sull'attività produttiva delle imprese, sia sull'attività lavorativa dei cittadini.

Per quanto riguarda la sospensione di tutte le attività industriali e commerciali non ritenute strategiche o essenziali, è chiaro come la libertà d'iniziativa economica vada logicamente incontro a un ridimensionamento per mano del diritto fondamentale alla salute[8]. Nello specifico, l'attività economica trova il suo naturale limite non solo nell'art. 32 Cost., ma anche nella stessa formulazione dell'art. 41 Cost. Infatti, la Repubblica, oltre ad agire in funzione della tutela del diritto alla salute individualmente e collettivamente garantito, ha disposto che la suddetta iniziativa non possa «*svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*», facendo così trasparire una specifica gerarchia tra i due principi costituzionali.

Tuttavia, se da un lato la necessità di limitare la libertà di iniziativa economica privata per tutelare la salute pubblica risulta come una scelta pressoché indiscutibile, vi sono altri casi in cui un simile intervento potrebbe apparire eccessivamente intrusivo. Si pensi a tal proposito alle finalità sociali perseguite dal Decreto Cura Italia, che, a differenza delle misure del d.p.c.m. 22 marzo 2020, ha disposto una limitazione del potere di recesso datoriale per garantire l'integrità del tessuto produttivo e la stabilità dei livelli occupazionali.

Tale intervento riporta alla mente un parallelismo con il blocco dei licenziamenti di circa due anni attuato nel 1945 con il d.l.l. n. 523/1945, episodio che, oltre a salvaguardare l'occupazione nell'immediato dopoguerra, ha dato il via a interventi di contrattazione collettiva finalizzati alla definizione di una specifica disciplina in materia di licenziamenti individuali e collettivi[9]. Trovando dunque un precedente storico nella gravità del contesto postbellico, si può osservare una limitazione dell'attività economica concepita in funzione dell'utilità sociale e del diritto al lavoro sancito dalla Costituzione.

D'altra parte, viene comunque immediato chiedersi se tale necessità possa legittimare un pur temporaneo divieto di licenziamento per motivi oggettivi esteso a tutte le realtà economiche in maniera indiscriminata; in particolare, considerando che la suddetta sospensione impedisce alle imprese di avviare procedure di licenziamento o di cessazione dell'attività a prescindere dal fatto che queste siano dovute o meno alla crisi generata dalla pandemia. Di conseguenza, dando per assodato che tutte le ragioni organizzative ed economiche siano attualmente riconducibili a tale motivazione, si è reso ad esempio impossibile effettuare riorganizzazioni aziendali che comportino la chiusura di un ramo produttivo ormai da tempo non più funzionale o d'interesse per l'attività economica, costringendo il datore di lavoro a rimandarne – anche se soltanto di

[8] RIVERSO, *Salute, lavoro e coronavirus, nella ricorrenza del 1 Maggio*, in *Quest. giust.*, articolo 01 maggio 2020.

[9] CAZZOLA, *Politically (in)correct – L'epidemia blocca i licenziamenti*, in *Boll. ADAPT*, 30 marzo 2020.

qualche mese – l'attuazione. Sicuramente la situazione sarebbe stata ben differente se tale divieto fosse stato esplicitamente applicato alle sole attività che usufruiscono delle misure di sostegno economico introdotte dalle leggi emergenziali (es. contributi a fondo perduto, linee di credito agevolate e garantite dallo Stato, riduzioni/esenzioni degli affitti commerciali, ecc.). In questo modo, si sarebbe definito uno specifico legame funzionale tra il blocco dei licenziamenti e la fruizione dei contributi a fondo perduto, permettendo così alle imprese di mantenere un certo grado di libertà decisionale: se optare per un utilizzo dei sostegni economici assoggettato a un temporaneo divieto di licenziamento oggettivo o se farne a meno e ridimensionare liberamente il personale in forza da subito

Tuttavia, nonostante tali vincoli, durante la successiva fase di lenta ripresa il governo italiano dovrà inevitabilmente fare i conti con la chiusura di molte piccole e medie imprese e con il licenziamento di un considerevole numero di lavoratori. Sebbene sia stata recentemente introdotta un'estensione del precedente divieto di licenziamento per motivi oggettivi di tre mesi (ovvero fino al 16 agosto 2020)[10] e della Cassa Integrazione Guadagni per altre nove settimane[11], il d.l. n. 34/2020 (c.d. Decreto Rilancio) può solamente attenuare, se non rimandare, l'inevitabile aumento del numero dei disoccupati.

Infatti, è chiaro come tali disposizioni non possano certamente prorogarsi a oltranza o impedire che i contratti a termine in scadenza durante la sospensione delle attività produttive – o nel periodo immediatamente successivo a essa – si concludano alla loro naturale scadenza e non vengano rinnovati a causa degli enormi costi sofferti durante la fase di contenimento del virus. A queste difficoltà si aggiunge inoltre l'onerosità dei vincoli introdotti dal d.l. n. 87/2018 (c.d. Decreto Dignità) convertito in l. n. 96/2018, che ha previsto per tale fattispecie il tetto massimo dei ventiquattro mesi in luogo dei trentasei della normativa previgente e l'obbligo di specificazione della causale per il rinnovo (a prescindere dal fatto che la durata iniziale del contratto sia inferiore o superiore ai dodici mesi). Per questo motivo il Decreto Rilancio è intervenuto all'art. 93 per introdurre una deroga ai limiti sanciti dalla l. n. 96/2018, rendendo così possibile fino al 30 agosto 2020 il rinnovo o la proroga dei contratti a termine in essere senza obbligo di causale. In questo modo, pur escludendo dal campo di applicazione i contratti di lavoro a termine ormai scaduti o che verranno stipulati successivamente al 23 febbraio 2020, si è cercato di tutelare i lavoratori a tempo

[10] In particolare, l'art. 80 del Decreto Rilancio prevede sia un'estensione di tre mesi e la sospensione delle procedure di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in corso ai sensi dell'art. 7 della l. n. 604/1966, sia la possibilità di revocare i recessi avvenuti nel periodo dal 23 febbraio 2020 al 17 marzo 2020 ai sensi dell'art. 3 della l. n. 604/1966 e ripristinare i rapporti lavorativi (a patto che venga richiesta contestualmente la cassa integrazione salariale).

[11] Nello specifico, agli artt. 68, 69 e 70 del Decreto Rilancio viene prevista per le imprese che abbiano esaurito le nove settimane di Cassa Integrazione previste dal Decreto Cura Italia una proroga di altre cinque settimane per il periodo 23 febbraio-31 agosto 2020 e un'ulteriore estensione di quattro settimane fino al 31 ottobre 2020.

determinato, non potendo questi trovare adeguate protezioni nel divieto di licenziamento per motivi oggettivi.

In conclusione, si può senza dubbio notare come l'emergenza Covid-19 abbia spinto il governo italiano ad agire con celerità per tutelare la salute pubblica e garantire l'integrità del tessuto socioeconomico del Paese, facendo un massiccio ricorso a interventi di "*tutela del lavoro e del non lavoro*"[12]. In particolare, se da un lato è stato necessario salvaguardare le funzioni produttive essenziali mediante maggiori protezioni, personale e protocolli di sicurezza, dall'altro il blocco delle attività industriali e commerciali ha richiesto che venissero previsti sia sostegni al reddito dei dipendenti e al credito delle imprese, sia limitazioni per mantenere stabili i livelli occupazionali. In tale prospettiva, il conseguente ridimensionamento della libertà di iniziativa economica privata trova legittimità nella provvisorietà dei provvedimenti emergenziali, essendo questi diretti a scongiurare gli effetti negativi attualmente in corso della pandemia. Viene dunque spontaneo domandarsi per quanto tempo e per quante volte lo Stato potrà nuovamente intervenire con simili limitazioni, una volta terminata l'emergenza, per contrastare gli effetti deprimenti sull'economia.

Senza dubbio, le suddette misure difensive permetteranno di mantenere integro il tessuto produttivo nel breve periodo, impedendo così che le imprese si ritrovino a dover ricorrere ripetutamente allo strumento del licenziamento. Tuttavia, è chiaro come la ripartenza del motore produttivo del Paese non possa basarsi solamente sulla previsione di limitazioni alla parte datoriale, essendo necessario fare ricorso anche a interventi sia di sostegno economico a fondo perduto, sia di riduzione del costo del lavoro tramite una maggiore decontribuzione previdenziale. È infatti nella sola fase iniziale di contenimento dei danni dovuti alla pandemia che simili previsioni limitative possono trovare ragion d'essere, dovendo queste poi lasciare il posto a misure di investimento e di supporto al tessuto produttivo sempre più mirate.

(22-05-2020)

[12] MARESCA, *Il diritto del lavoro al tempo del Covid-19,* in *Federalismi*, 2020, 4-11.

IL VIRUS ILLIBERALE UNGHERESE AL TEMPO DEL COVID-19

Valentina Carlino

Dottoranda in Scienze giuridiche,
Università degli Studi di Siena

L'emergenza sanitaria legata alla diffusione del Covid-19 ha rappresentato, e sta rappresentando, un'enorme sfida a livello globale, sotto molteplici punti di vista. Ognuno di noi è stato costretto a un ripensamento del proprio stile di vita abituale, come conseguenza della limitazione di tutta una serie di diritti e libertà costituzionalmente sanciti, temporaneamente compressi al fine di tutelarne altri; su tutti, il diritto alla salute. I governi nazionali si sono immediatamente attivati alla ricerca di misure idonee a "tamponare" e gestire la crisi in corso, dando avvio a un profluvio di atti normativi di vario grado gerarchico, sulla cui opportunità la dottrina non ha mancato – e non mancherà – di discutere.

Com'è tipico delle situazioni di emergenza, anche la pandemia da Coronavirus sta mettendo alla prova la tenuta della democrazia costituzionale nel suo complesso, riportando in auge il dibattito sullo "stato d'eccezione" e sull'opportunità di inserirne una qualche disciplina nelle Carte costituzionali che ne sono prive.

La situazione si è rivelata ancor più complessa nei contesti di cd. regressione democratica, ossia in quegli ordinamenti nei quali si osserva da alcuni anni un graduale allontanamento dalla *rule of law*, operato tramite l'utilizzo di strumenti democratici. Finora, la dottrina si è ampiamente interrogata sulle modalità nelle quali i vari processi di *constitutional degradation* hanno preso forma. Le drammatiche circostanze che stiamo vivendo ci mostrano come lo stato d'emergenza si sia rivelato un ulteriore strumento giuridico il cui utilizzo distorto può non solo alimentare l'erosione democratica ma, forse, portarne il processo a compimento.

In questo senso, la situazione ungherese costituisce un perfetto caso paradigmatico.

Secondo il *Democracy Report 2020* dell'Istituto V-Dem, «Hungary is no longer a democracy, leaving the EU with its first non-democratic Member State». Com'è noto, il processo magiaro *di democratic backsliding* ha preso avvio nel 2010, a seguito della vittoria elettorale della coalizione "Unione civica ungherese" (composta dai partiti Fidesz e KDNP) che, con le legislative del 2018, ha conquistato la maggioranza assoluta dei seggi disponibili nel Parlamento

monocamerale per la terza volta consecutiva. Non può né deve essere ignorato il fatto che la coalizione guidata da Fidesz abbia ottenuto la maggioranza delle preferenze alle urne, peraltro in un contesto libero. Al contempo però, non si dimentichi l'insieme di riforme operate sin dal 2010 sul sistema elettorale, che hanno aumentato la sproporzione tra i voti ottenuti e i seggi assegnati. Alla riduzione del numero dei seggi nel Parlamento monocamerale da 386 a 199 e al contestuale aumento della quota di seggi da assegnare tramite sistema maggioritario, si sono affiancati una problematica operazione di ritaglio e ridisegno dei collegi elettorali (*gerrymandering*) e l'allargamento della base elettorale (nello specifico, garantendo il diritto di voto agli ungheresi residenti all'estero, notevolmente accresciutisi a seguito di una controversa legge relativa alla concessione della cittadinanza ai non residenti nel Paese). Così, i "magici due terzi" che Fidesz ha ottenuto a partire da quella che Orbán ha definito la "rivoluzione delle urne elettorali" del 2010, hanno permesso di operare una serie di riforme volte alla realizzazione del progetto politico di quest'ultimo, che ha fatto della democrazia illiberale un ideale da perseguire. Ideale rinvenibile anche nella nuova Legge fondamentale, entrata in vigore il 1° gennaio 2012 a seguito di un processo costituente quasi totalmente interno al partito di maggioranza, che ha costituito un tassello essenziale nel mosaico del nuovo panorama costituzionale ungherese. Tra le caratteristiche del testo, la cui totalità non è possibile illustrare in questa sede, vale la pena evidenziare l'uso distorto che esso fa delle leggi cardinali (cioè organiche), la cui previsione costituisce generalmente garanzia del coinvolgimento di più di una forza politica nell'*iter* legislativo. Prevedendo che la legislazione di disciplina o di modifica di numerosi ambiti ad esse riservate debba essere approvata con una maggioranza dei due terzi, la nuova Costituzione raggiunge un duplice scopo: da una parte, permette a Fidesz di legiferare in maniera autonoma e senza il coinvolgimento delle opposizioni; dall'altra, cristallizza le misure implementate, nel senso che qualora in futuro la coalizione attualmente al governo non riuscisse più a ottenere la maggioranza assoluta a seguito delle elezioni, gli altri partiti sarebbero comunque obbligati a coinvolgerla per modificare la legislazione organica in vigore.

L'idea di fondo è quella di una democrazia non consensuale, in seno alla quale niente può fermare la maggioranza, nemmeno la Costituzione. E infatti, quest'ultima è sovente utilizzata come "strumento di politica quotidiana" nelle mani del Governo – che di fatto controlla l'Aula – da usare a proprio vantaggio. La pandemia in corso ne è ulteriore testimonianza.

La Costituzione ungherese prevede ben cinque tipologie di situazioni emergenziali (artt. 48-54): stato d'eccezione (art. 49), stato d'emergenza (art. 50), stato di difesa preventiva (art. 51), attacco inaspettato (art. 52) e stato di pericolo (art. 53).

Ai sensi dell'art. 53, c.1, il Governo può dichiarare lo stato di pericolo nel caso di calamità naturale o disastro industriale, e conseguentemente introdurre misure straordinarie per far fronte alla situazione. In caso di stato di pericolo, il Governo

può adottare decreti, sulla base di una legge organica, tramite i quali sospende l'applicazione di alcune leggi e implementa misure straordinarie (c. 2). Questi decreti rimangono in vigore per 15 giorni, a meno che il Governo non decida di estenderne l'efficacia, su autorizzazione dell'Assemblea nazionale (c. 3). La cessazione dello stato di pericolo implica la cessazione della vigenza di suddetti decreti (c. 4).

Nonostante la pandemia non sia annoverata in maniera esplicita tra le circostanze atte a dichiararlo, è stato proprio l'articolo 53 a fungere da fondamento costituzionale sulla base del quale, l'11 marzo 2020, il governo magiaro ha decretato lo stato di pericolo con ordinanza n. 40/2020. L'utilizzo estensivo della disposizione pare legittimo; come per altre Costituzioni, la mancanza di un riferimento specifico a situazioni eccezionali difficilmente prevedibili in maniera puntuale può giustificare il ricorso a strumenti e meccanismi previsti dall'ordinamento. Sulla base dell'ordinanza n. 40 sono state prese le prime misure per far fronte all'emergenza, la cui efficacia sarebbe però dovuta cessare allo scadere dei 15 giorni dalla loro entrata in vigore, salvo proroga previa autorizzazione dell'Assemblea nazionale. Per questo, il 20 marzo il Ministro della giustizia ha presentato in aula il disegno di legge T/9790, approvato dieci giorni dopo dal Parlamento monocamerale, in seno al quale la maggioranza dei due terzi richiesta è stata facilmente raggiunta. La legge cardinale n. 12/2020 del 30 marzo per la protezione contro il coronavirus (cd. legge di abilitazione), composta di 10 articoli, si mostra problematica sotto molteplici aspetti, che non possono essere compiutamente illustrati in questa sede. Quello che interessa qui evidenziare è come la legge in questione si sostanzi nei fatti in un'autorizzazione parlamentare all'esercizio pressoché illimitato del potere normativo del Governo, forzando in maniera evidente l'assetto istituzionale. Se è vero che gli ordinamenti democratici si caratterizzano per una flessibilità atta a gestire situazioni emergenziali e, dunque, a sopportare pressioni impreviste, queste ultime devono però sempre essere inquadrate in limiti predeterminati, in modo da garantire sempre un ritorno all'ordinarietà.

«In conformità all'art. 53, comma 3, della Legge Fondamentale, il Parlamento con la presente legge, autorizza il Governo ad estendere, in caso di emergenza, gli effetti dei decreti governativi ai sensi dell'art. 53, commi 1 e 2, della medesima norma fino alla fine dello stato di emergenza». Con queste parole, l'art. 3, c. 1 della legge n. 12/2020 autorizza il governo a legiferare per un tempo indeterminato stabilito dall'esecutivo stesso, in quanto titolare della decisione sulla persistenza dello stato di pericolo. Nonostante la lettera della Costituzione sembri indicare la necessità che l'Assemblea Nazionale autorizzi l'estensione della validità dei decreti governativi di volta in volta, allo scadere dei 15 giorni, la disposizione in questione costituisce invece una sorta di autorizzazione in bianco, la cui validità dipende dal solo perdurare della situazione di eccezione. Per altro, l'art. 2, c. 1, sancisce che «il Governo, mediante decreto, può sospendere l'applicazione di talune leggi, introdurre deroghe a disposizioni normative e

adottare altre misure necessarie per tutelare la vita, la salute, i beni, la sicurezza giuridica dei cittadini e la stabilità dell'economia nazionale», ampliando così i confini entro i quali deve limitarsi l'esercizio del potere normativo del governo. Al di là del tanto problematico quanto emblematico riferimento alla sicurezza dei soli cittadini, tale disposizione si rivela infatti preoccupante in quanto autorizza il governo ad un esercizio del potere normativo fin troppo esteso, nonostante la precisazione di cui all'art. 2, c. 2, secondo il quale «il Governo può esercitare i poteri indicati nel primo comma nella misura necessaria, proporzionalmente al fine da perseguire, per la prevenzione, il trattamento, e/o l'eliminazione delle conseguenze dannose, ai sensi della presente legge». È evidente come una delimitazione tanto temporale quanto materiale dei poteri emergenziali, assieme all'esigenza di proporzionalità delle misure adottate, sia connaturata alla democraticità dell'ordinamento. La carenza di questi elementi rinvenibile nel contesto ungherese testimonia dunque un utilizzo strumentale dell'emergenza, che diviene pretesto per concentrare – ancora di più – i poteri nelle mani dell'esecutivo. Per altro, anche il flebile controllo operato sull'operato di quest'ultimo pare avallare la tesi. In realtà, i commi 2 e 3 dell'art. 3 prevedono che il Parlamento possa revocare l'autorizzazione di cui al comma precedente prima della cessazione dello stato di pericolo e che, al contempo, esso debba ratificare tutti i decreti emanati dal governo. Inoltre, ai sensi dell'art. 4, «il Governo informa regolarmente il Presidente dell'Assemblea nazionale e i capi dei gruppi parlamentari sulle misure adottate per far fronte all'emergenza fino a quando le stesse rimarranno in vigore». Teoricamente, il coinvolgimento del legislativo potrebbe compensare lo sbilanciamento a favore dell'esecutivo, la cui rapidità decisionale lo rende invero l'attore istituzionale più idoneo alla gestione di situazioni che richiedono celerità e flessibilità. Nei fatti, però, l'Assemblea nazionale ungherese non riesce a porsi come argine e "guardiano" effettivo all'azione governativa, in quanto la maggioranza qualificata dei seggi è occupata da appartenenti ai partiti di maggioranza e, dunque, leali al Primo Ministro. Si noti la scollatura tra la teoria e la pratica, da guardare nel prisma del contesto ungherese brevemente illustrato sopra: ad una lettura del quadro normativo, ci si potrebbe ritenere soddisfatti del ruolo di *oversight* svolto dal Parlamento, sì che non sarebbe possibile lamentare una violazione formale dell'assetto istituzionale. Tuttavia, il controllo che il Governo opera di fatto sull'Aula svilisce la funzione di quest'ultima, creando un vuoto democratico difficile da colmare.

Merita poi di essere evidenziata la modifica al Codice penale operata dall'art. 10. Il nuovo art. 337 prevede che «chiunque diffonde pubblicamente la falsa rappresentazione di un fatto connesso ad una minaccia pubblica, in grado di causare turbamento o agitazioni in un gruppo numeroso di persone, è punito con la pena detentiva fino a tre anni. Chiunque, in un ordine legalmente dato, dà pubblicamente una falsa rappresentazione di un fatto o dichiara il falso al pubblico in modo da ostacolare o intralciare l'efficacia delle misure adottate è punito con la pena detentiva da uno a cinque anni». Il Governo ha così introdotto,

per di più tramite decreto, la possibilità di perseguire penalmente la diffusione pubblica di *fake news*. È qui necessario evidenziare come il settore ungherese dei media sia, fin dal 2010, un sorvegliato speciale da parte degli osservatori internazionali, i quali hanno guardato in maniera critica all'insieme di riforme operate sul settore, complessivamente volte al controllo politico di quest'ultimo. Negli ultimi anni, il Governo ungherese non ha mancato di accusare stampa, televisioni e canali radio di diffondere falsità, sì che la previsione di cui all'art. 10 della legge in commento – che peraltro non pare potersi annoverare tra quelle misure straordinarie le quali, secondo la Legge fondamentale, possono essere adottate per far fronte all'emergenza – sembra essere uno strumento ulteriore nelle mani dell'esecutivo per mettere a tacere le opposizioni (ancorché potenziale, in quanto la procedura di accertamento dell'illecito, a cui è dato impulso dall'autorità di pubblica sicurezza, è di natura giurisdizionale).

A seguito della dichiarazione dello stato di pericolo, in Ungheria si sono creati "due canali" di produzione normativa. Da un lato, infatti, il Parlamento continua a lavorare; la pandemia non ha condotto ad un arresto forzato dell'attività dell'Aula, in seno alla quale di discutono vari progetti di legge su materie che non concernono la gestione della situazione emergenziale. Tra le altre, si pensi alla legge approvata il 19 maggio 2020, che vieta il riconoscimento giuridico di un cambio di identità di genere, imperativamente determinato sulla base del sesso biologico alla nascita e sul genoma. Dall'altro lato, il Governo sta ampiamente utilizzando il potere normativo garantitogli dalla legge di abilitazione, disciplinando questioni cruciali per il Paese – su tutte, quelle economiche – senza alcun coinvolgimento delle opposizioni.

L'assenza di un limite temporale per l'esercizio del potere normativo, così come l'eccessiva estensione degli ambiti nei quali questo può intervenire, sono tali da rendere la legge contro il coronavirus un altro tassello del quadro illiberale ideato da Orbán. Anche in questo caso, ad uno strappo democratico difficile da ricucire corrisponde sempre la preoccupazione di rimanere in qualche sorta "agganciati" alla legalità – ancorché formale – delle azioni intraprese; l'apparenza democratica può celare una natura illiberale.

Suddetta caratteristica è altresì tipica del rapporto dell'Ungheria con le istituzioni europee, le quali hanno sovente incontrato difficoltà nell'indirizzare al governo magiaro critiche fondate su violazioni manifeste di legge, proprio in ragione della legalità (formale, lo ribadiamo) del suo operato, volta ad evitare lo scontro. Così, quando il 1° aprile 2020 Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Italia, Irlanda, Lussemburgo, Olanda, Portogallo, Spagna e Svezia hanno firmato una dichiarazione congiunta nella quale, senza mai nominare esplicitamente l'Ungheria ma riferendovisi in maniera evidente, si dichiaravano «deeply rule of law, democracy and fundamental rights arising from the adoption of certain emergency measures», il governo magiaro ha immediatamente reagito sottoscrivendo lo *statement* il giorno successivo. Le circostanze hanno invero

mostrato, ancora una volta, le difficoltà incontrate dall'Unione europea nel fornire una risposta forte e decisa contro l'erosione democratica che sta interessando alcuni Stati membri, portando alla luce la crisi politica che l'Unione sta vivendo, così come la debolezza nell'affermare quei valori e quei principi che ne costituiscono la pietra angolare. Così, mentre la procedura ex art. 7, par. 1, TUE per «evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'articolo 2», avviata nel settembre 2018 dalla plenaria del Parlamento europeo, si è arenata per l'impossibilità di raggiungere l'unanimità in Commissione (aprendo così alla riflessione sulla complessità della procedura e, conseguentemente, sulla possibilità che essa giunga a termine), non sembrano attualmente esservi altre vie istituzionali da percorrere. D'altra parte, anche la risposta politica sembra largamente insufficiente; il Partito Popolare Europeo (PPE) si è limitato a prolungare la sospensione di Fidesz, decisa nel marzo 2019 durante la campagna elettorale per le elezioni europee del maggio dello stesso anno, ma non ha ancora preso una decisione relativa alla proposta di espulsione dal gruppo.

La situazione ungherese, la cui complessità non si pretende di racchiudere in questo breve intervento, continua a suscitare perplessità e interrogativi. La pandemia da Covid-19 ha costituito per l'esecutivo magiaro l'occasione per attribuirsi un potere normativo nei fatti quasi illimitato, sia per durata che per contenuto, realizzando così quell'accentramento nelle mani della maggioranza che pare essere lo scopo ultimo del disegno illiberale di Orbán. Se è vero che la persistenza dello stato di pericolo dipenderà solamente da quest'ultimo, un'analisi corretta e completa della situazione potrà essere compiuta solamente tenendo in considerazione l'uso effettivo che verrà fatto del potere normativo. La legge di abilitazione, ancorché votata dalla maggioranza qualificata del Parlamento, non può giustificare l'accentramento totale dei poteri nelle mani dell'esecutivo, nella mancata osservanza dei necessari criteri di temporaneità, proporzionalità e rispetto della *rule of law*.

Al contempo, gli eventi in commento si rivelano cruciali anche a livello di Unione europea, la quale si trova al crocevia del suo destino; se non verranno implementati strumenti idonei a frenare la regressione democratica in corso in alcuni Stati membri, il virus illiberale potrebbe attraversare i confini nazionali, dando vita ad una crisi democratica di ben più ampia portata.

(26-05-2020)

MORATORIA SUI CONTRATTI DI FINANZIAMENTO E SEGNALAZIONI ALLA CENTRALE DEI RISCHI NELL'EMERGENZA COVID-19

Maria Elena Salerno

Ricercatrice di Diritto dell'economia,
Università degli Studi di Siena

Il d.l. del 17 marzo 2020, n. 18 (*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19*, pubblicato in G.U., 17/03/2020, n. 70), convertito con modificazioni dalla l., 24 aprile 2020, n. 27 (in G.U. 29/04/2020, n. 110), cd decreto "Cura Italia", contiene nel suo Titolo III (artt. 49-59) misure di sostegno della liquidità attraverso il sistema bancario.

Come di sovente accade nell'emanazione di legislazioni emergenziali[1] anche il decreto "Cura Italia" ricorre a misure di *forbearance* dirette a fronteggiare i dissesti economico/finanziari conseguenti all'attuale pandemia. Per quanto di nostro interesse, la *forbearance* riguarda le "moratorie" - "congelamento", "proroga", "sospensione" dei rimborsi - sui contratti di finanziamento già in essere a favore delle famiglie (art. 54), da un lato, e delle imprese (art. 56), dall'altro. Nel primo caso, trattasi di mutui destinati all'acquisto di unità immobiliari da adibire ad abitazione principale del mutuatario (c.d. "prima casa"), con riferimento ai quali la procedura di "tolleranza" fa perno su uno strumento preesistente, il Fondo di solidarietà "Gasparrini", il cui intervento si sostanzia nel pagamento di una quota degli interessi dovuti durante il periodo di moratoria. Nel secondo caso, il riconoscimento all'impresa finanziata del diritto di richiedere, a certe condizioni, la sospensione del contratto di finanziamento si realizza grazie a un'estensione automatica della speciale garanzia pubblica costituita dal Fondo di garanzia per le piccole e medie imprese (istituito con l'art. 2, c. 100, lett. a), della l. n. 662/1996).

Trattasi di misure a carattere temporaneo ed eccezionale che si inseriscono nel più ampio contesto derogatorio definito dalla Commissione Europea nel *«Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current*

[1] Cfr. L.S. LENTINI, *Moratoria dei finanziamenti bancari e criteri di maturazione degli interessi «di sospensione» nel decreto "Cura Italia": una prima lettura*, in *Rivista di Diritto bancario*, 2020, II, sez. I, 235 e ss.

Covid-19 outbreak»[2]. Analizziamo separatamente i due blocchi di norme che definiscono i rispettivi ambiti di applicazione, soggettivi e oggettivi.

Con riferimento al comparto delle persone fisiche (famiglie e lavoratori), ricordiamo preliminarmente che il Fondo di solidarietà per i mutui per l'acquisto della prima casa, c.d. "fondo Gasparrini", è stato istituito, presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze, con la legge n. 244 del 24/12/2007 che attribuisce (art. 2, c. 475 e ss.)[3], il diritto potestativo, per i titolari di un mutuo fino a 250.000 euro contratto per l'acquisto della prima casa, di beneficiare della sospensione, per non più di due volte in un periodo massimo di 18 mesi, del pagamento delle rate al verificarsi di situazioni di temporanea difficoltà, individuate nella cessazione del rapporto di lavoro subordinato, nella cessazione dei rapporti di lavoro "atipici" e nella morte o riconoscimento di handicap grave del titolare del mutuo. La funzione del Fondo si estrinseca nell'erogazione all'intermediario del 50% degli interessi che maturano nel periodo della sospensione[4]; erogazione diretta a indennizzare la perdita a cui l'intermediario è esposto in ragione del venir meno della disponibilità del capitale mutuato per la durata del periodo.

Nell'ambito della legislazione emanata durante l'emergenza covid-19, sulla disciplina del Fondo, a tal fine rifinanziato con 400 milioni di euro, ha inciso, dapprima l'art. 26 del d.l. n. 9 del 2 marzo 2020 (*Estensione del fondo di solidarietà per i mutui per l'acquisto della prima casa,* pubblicato in G.U., 02/03/2020, n. 53) e, successivamente in misura più significativa, l'art. 54 del decreto "Cura Italia".

Più nello specifico, l'art. 26, del d.l. n. 9/2020, estende l'ambito di applicazione oggettivo dell'intervento del Fondo di Solidarietà anche alle situazioni di difficoltà economica temporanea connesse alla *«sospensione dal lavoro o riduzione dell'orario di lavoro per un periodo di almeno trenta giorni»*. La previsione di cui all'art. 54 del d.l n. 18/2020 incide, invece, sull'ambito di applicazione soggettivo delle normativa del 2007 inerente al Fondo includendo tra i potenziali beneficiari della garanzia pubblica anche i lavoratori autonomi e i liberi professionisti nella consapevolezza che anche questa categoria di soggetti, a causa della chiusura forzata delle attività commerciali e professionali per l'emergenza sanitaria, potrebbero trovarsi nella difficoltà di rimborsare le rate del mutuo contratto per l'acquisto dell'abitazione principale. Tuttavia, l'accesso di quest'ultima categoria ai benefici del Fondo viene subordinato alla sussistenza di due condizioni costituite dalla 1) presentazione di un'autodichiarazione in merito 2) alla riduzione *«in un trimestre successivo al 21 febbraio 2020 ovvero nel minor lasso di*

[2] Cfr. la Comunicazione CE, n. 2020/1863, al link: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ%3AJOC_2020_091_I_0001), in particolare sez. 3.4.

[3] Trattasi di un Fondo gestito da Consap s.p.a, societa *in house* interamente partecipata dal MEF.

[4] Per approfondimenti sulla funzione e sulle condizioni di accesso alla garanzia del Fondo si rinvia al link del MEF: http://www.dt.mef.gov.it/it/attivita_istituzionali/interventi_finanziari/misure_casa/fondo_mutui/

tempo intercorrente tra la data della domanda e la predetta data, [...] del proprio fatturato, superiore al 33% del fatturato dell'ultimo trimestre 2019».

La legge demanda l'adozione delle disposizioni necessarie per la sua attuazione a un apposito decreto di natura non regolamentare del Ministro dell'Economia e delle Finanze, che ha provveduto con il decreto del 25 marzo del 2020 (*Fondo di solidarietà per i mutui per l'acquisto della prima casa, ai sensi dell'articolo 54 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18*, pubblicato in G.U., 28/03/2020, n. 82).

Il decreto del ministro contribuisce alla definizione di aspetti connessi al ruolo di banche e intermediari nella valutazione delle richieste di moratoria, fermo restando che queste, in virtù del coinvolgimento del Fondo Gasparrini, non potranno che riguardare la categoria dei mutui prima casa, a prescindere dalla forma fondiaria o ipotecaria dei medesimi[5]. In particolare, di là dalla specificazione dei soggetti inquadrabili come lavoratori autonomi e liberi professionisti ai sensi della normativa in esame, il decreto, confermando il carattere eccezionale e transitorio di quest'ultima, estende la possibilità di reiterare (anche più di due volte) la sospensione delle rate dei mutui, anche per periodi non continuativi, entro i limiti della dotazione del Fondo ma, in ogni caso, entro la durata massima complessiva non superiore a 18 mesi.

Infine, ai fini dell'intervento del Fondo di Solidarietà nel rimborso degli interessi compensativi nella misura pari al 50% degli interessi maturati sul debito residuo durante il periodo di sospensione, gli intermediari sono tenuti ad applicare il tasso di interesse contrattuale vigente al momento della presentazione della richiesta di moratoria delle rate del mutuo. Quest'ultima previsione è percepita dal mondo bancario come migliorativa rispetto all'operatività ordinaria, là dove *«il Fondo [è] tenuto a coprire solo la quota di interessi rappresentata dal tasso di riferimento, tipicamente l'IRS a 10 anni, che attualmente presenta valori prossimi allo zero»*[6].

Nulla si dice in merito a un ipotetico addebito della quota residua degli interessi maturati che la *ratio* della disciplina, consistente nella previsione di una forma di solidarietà sociale a favore di soggetti in difficoltà economiche, indurrebbe ad escludere che questo possa essere posto a carico del mutuatario e a ritenere che il rimborso del Fondo esaurisca quanto dovuto all'intermediario[7]. Tuttavia, onde eliminare il rischio, percepito come altamente probabile dagli

[5] Sul punto, v. A. DEBERNARDI - F. CATTANEO, *Emergenza Covid 19: le misure adottate di impatto per banche e clienti*, in *Dirittobancario.it*, aprile 2020, 6.

[6] Cfr. P. ANGELINI - G. GOBBI, *Iniziative della Task Force per la liquidità del sistema bancario nell'emergenza sanitaria*, Audizione dinanzi alla Commissione Parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario, 15 aprile 2020, 8. Disponibile al link https://www.bancaditalia.it/media/notizia/audizione-di-paolo-angelini-e-giorgio-gobbi-dinanzi-alla-commissione-parlamentare-di-inchiesta-sul-sistema-bancario-e-finanziario/

[7] D'altro canto questa è la conclusione cui era giunta parte della giurisprudenza e della dottrina con riguardo alla normativa del Fondo di solidarietà prima del decreto "Cura Italia". Per riferimenti si veda L.S. LENTINI, *Moratoria dei finanziamenti bancari e criteri di maturazione degli interessi «di sospensione» nel decreto "Cura Italia": una prima lettura*, cit., 249 s.

esperti di mutui alle famiglie, che l'intermediario, stante il silenzio della legge, si ritenga legittimato a richiedere al beneficiario della moratoria, al termine del periodo della medesima, la restante parte degli interessi maturati sulle rate sospese[8], sarebbe forse opportuno un espresso intervento legislativo sul punto [9].

Altra questione su cui gli esperti del settore, basandosi sull'esperienza, mettono in guardia le famiglie nell'avvalersi del diritto di moratoria previsto dalla legge emergenziale concerne la conseguente preclusione della possibilità di surrogare il mutuo non solo, come è giusto che sia, durante il periodo di sospensione, ma anche in futuro, atteso che diverse banche in passato hanno negato la surroga a mutuatari che in precedenza avevano fatto ricorso al Fondo di solidarietà per la sospensione della rate.

Quanto alle misure di sostegno finanziario a favore delle persone giuridiche, di queste si occupa l'art. 56 del decreto "Cura Italia". Più precisamente, nell'ambito di applicazione soggettivo della norma rientrano le micro, piccole e medie imprese[10] a cui si aggiungono, come precisato dal MEF il 17 marzo 2020[11], i professionisti e le ditte individuali operanti sul territorio italiano e appartenenti qualsivoglia settore.

Le misure di *forbearance* previste assumono la forma di moratorie sui debiti contratti dai soggetti menzionati verso il sistema creditizio in genere, ossia banche, intermediari finanziari e altri soggetti abilitati alla concessione di credito in Italia. Nel dettaglio, si prevede la possibilità di richiedere:

1) il "congelamento" delle linee a breve termine a revoca (aperture di credito e anticipazioni su crediti esistenti alla data del 29 febbraio 2020 o, se superiori, a quella di pubblicazione del presente decreto) fino al 30 settembre 2020;

2) la "proroga" contrattuale al 30 settembre 2020 delle linee di credito non rateali a breve scadenza (precedente al 30 settembre 2020);

3) la "sospensione" del pagamento, sia per la quota capitale sia per la quota interessi (rimanendo nella potestà delle imprese la richiesta di sospensione solo della quota capitale), delle rate dei mutui e degli altri finanziamenti a rimborso rateale e dei canoni di *leasing* in scadenza prima del 30 settembre 2020[12]. Conseguentemente, il piano di ammortamento delle rate o dei canoni oggetto di

[8] È di questa opinione M.R. MAUGERI, *L'emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa*, in *Giustiziacivile.com*, 22 aprile 2020, 8.

[9] Cfr. L.S. LENTINI, *Moratoria dei finanziamenti bancari e criteri di maturazione degli interessi «di sospensione» nel decreto "Cura Italia": una prima lettura*, cit., 250.

[10] Il c. 5 dell'art. 56 fa riferimento alla definizione di microimprese e piccole e medie imprese contenuta nella Raccomandazione della Commissione europea n. 2003/361/CE del 6 maggio 2003. Trattasi, quindi, delle imprese con meno di 250 dipendenti e con un fatturato inferiore ai 50 milioni di euro, oppure il cui totale di bilancio non superi i 43 milioni di euro.

[11] V. http://www.mef.gov.it/covid-19/Sostegno-alla-liquidita-delle-famiglie-e-delle-imprese/

[12] Il MEF, nelle FAQ del 22 marzo 2020 (http://www.mef.gov.it/focus/Sostegno-alla-liquidita-delle-PMI-cosa-ce-da-sapere/), ha specificato che il periodo di sospensione comprende anche la rata in scadenza il 30 settembre 2020.

sospensione, unitamente agli elementi accessori[13] e senza alcuna formalità, è dilazionato secondo modalità che assicurino l'assenza di nuovi o maggiori oneri per entrambe le parti[14].

Il legislatore individua i presupposti oggettivi che legittimano l'accesso alle moratorie. Innanzitutto, possono beneficiare delle misure di moratoria solo le imprese che, all'entrata in vigore del decreto, non presentino esposizioni c.d. deteriorate, ossia classificate a *sofferenza* o *inadempienza probabile* o *scadute e/o sconfinanti* ai sensi della normativa di vigilanza[15]. In secondo luogo, il potenziale beneficiario, nella comunicazione all'intermediario inerente al finanziamento su cui si richiede la moratoria, è tenuto ad autocertificare la sussistenza delle seguenti condizioni: a) di aver subito in via temporanea carenze di liquidità a causa dell'emergenza COVID; b) di possedere la qualifica di PMI; c) di essere consapevole delle conseguenze civili e penali delle autodichiarazioni di cui ai punti precedenti.

Una volta ricevuta l'istanza, l'intermediario è tenuto ad effettuare una verifica in ordine alla sussistenza dei suddetti requisiti, senza tuttavia accertarne la veridicità né effettuare, in deroga alla disciplina ordinaria del Fondo, effettuare una valutazione del merito creditizio del richiedente (cfr. art. 49, c. 4, d.l. n. 18/2020). In altre parole, l'automaticità della richiesta di moratoria rimane ancorata esclusivamente alle condizioni imposte dalla legge e segnatamente alla "qualità" dell'esposizione debitoria oggetto della richiesta[16].

Le garanzie che accompagnano le misure di sostegno previste dall'art. 56 sono quelle previste dal Fondo di garanzia per le PMI[17], che in ogni caso assumono carattere sussidiario rispetto all'escussione di eventuali altre garanzie fornite originariamente dall'impresa finanziata. La garanzia non è totale, ma pari al 33%

---

[13] Intendendosi per tali tutti i contratti connessi al contratto di finanziamento, tra cui, in particolare, garanzie e assicurazione, come precisato dal MEF in risposta alle FAQ del 22 marzo 2020.

[14] Ricordiamo che, prima del decreto "Cura Italia", una prima risposta all'esigenza di liquidità sotto il profilo della sospensione del finanziamento era stata fornita dall'Accordo siglato dall'ABI con le associazioni rappresentative delle imprese il 6 marzo 2020. Per il contenuto dell'Accordo v. A. DEBERNARDI - F. CATTANEO, *Emergenza Covid 19: le misure adottate di impatto per banche e clienti*, cit., 13 ss. Per ulteriori approfondimenti si rivnia al sito web dell'ABI alla pagina https://www.abi.it/Pagine/news/Operativa-la-moratoria.aspx.

[15] Cfr. Circolare Banca d'Italia n. 272/2008 e successivi aggiornamenti su https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/circolari/c272/index.html.

[16] Sulla base dei criteri indicati nelle le linee guida dell'Autorità bancaria europea (EBA), emanate il 2 aprile 2020 e disponibili al link https://eba.europa.eu/eba-publishes-guidelines-treatment-public-and-private-moratoria-light-covid-19-measures.

[17] Istituito con l'art. 2, c. 100 lett. a) della l. n. 662/1996. Il decreto "Cura Italia", per la durata di nove mesi dalla sua entrata in vigore, introduce deroghe alla sua disciplina e ulteriori deroghe sono previste nell'art. 13 del decreto liquidità fino al 31 dicembre 2020. Per il contenuto delle deroghe si rinvia a: A. DEBERNARDI - F. CATTANEO, *Emergenza Covid 19: le misure adottate di impatto per banche e clienti*, cit., 10 ss.; . G. AMATO – D. CAMPO, *Le misure a sostegno delle imprese nel Decreto Cura Italia e nel Decreto Liquidità*, in *Dirittobancario.it*, maggio 2020, 7 ss.

dei soli maggiori utilizzi delle aperture di credito rispetto a quanto già utilizzato alla data del 17 marzo 2020, ovvero dei prestiti e finanziamenti con scadenza fino al 30 settembre 2020, ovvero dei canoni/ratei con scadenza tra il 17 marzo e il 30 settembre 2020. Di conseguenza, se per le proroghe la garanzia riguarda un terzo dell'intero prestito, per le aperture di credito la percentuale riguarderà esclusivamente la maggior esposizione dell'impresa rispetto alla data del 17 marzo 2020.

Per quanto riguarda, infine, le modalità di escussione della garanzia, la disposizione consente agli intermediari di farne richiesta se siano state avviate, nel termine di diciotto mesi successivi alla scadenza prevista delle misure di sostegno, procedure esecutive per effetto dell'inadempimento alle obbligazioni oggetto di congelamento, proroga o sospensione di cui al comma. L'importo garantito dovrà essere versato per metà entro novanta giorni dalla formulazione della richiesta al Fondo e, per la residua metà, entro centottanta giorni dall'esaurimento delle procedure esecutive.

Numerose sono le critiche e gli avvertimenti all'utilizzo delle misure di moratoria previste dalla legislazione emergenziale a favore delle piccole e medie imprese. C'è chi ne sottolinea l'inadeguatezza a fronteggiare una situazione di estrema difficoltà finanziaria per le imprese, in particolare per l'esiguità dell'importo garantito dal Fondo[18] soprattutto nella parte in cui questo è calcolato su «*un indebitamento transitorio e sotto forma di incremento delle esposizioni sulle aperture di credito (incremento che difficilmente l'azienda è incline ad assumere in momenti di assoluta incertezza)*»[19]. Sempre con riferimento all'operatività della garanzia del Fondo, si evidenzia il rischio che le previste modalità di escussione potrebbero incentivare gli intermediari ad attivare velocemente le procedure esecutive nei confronti delle imprese qualora queste non adempiano con la dovuta puntualità alle proprie obbligazioni, con conseguenti aggravi sia per il merito creditizio che per la credibilità commerciale delle medesime[20]. Ed è con riferimento a quest'ultimo punto che dal mondo bancario arrivano una serie di ammonimenti. La deroga alla verifica dei presupposti, segnatamente del merito creditizio delle imprese beneficiarie delle moratorie, alla base dell'operatività della garanzia del

---

[18] Cfr. G. GOBBI – F. PALAZZO – A. SEGURA, *Le misure di sostegno finanziario alle imprese post- covid-19 e le loro implicazioni di medio termine*, 18 aprile 2020, 2, disponibile sul sito web della banca d'Italia al link https://www.bancaditalia.it/media/notizia/le-misure-di-sostegno-finanziario-alle-imprese-post-covid-19-e-le-loro-implicazioni-di-medio-termine/. Gli Autori sottolineano che nelle principali economie avanzate (per esempio Stati Uniti, Germania, Francia, Italia, Spagna) le garanzie coprono almeno l'80 per cento dell'importo del prestito. Per un confronto tra legislazione emergenziale e statunitense in materia di garanzia pubblica sui prestiti, v. A. TONIOLO, *Covid-19: garanzia pubblica sui prestiti bancari alle pmi e conversione in finanziamenti a fondo perduto. Un confronto tra Italia e US*, in *Dirittobancario.it*, maggio 2020, 1 ss.

[19] Cfr. G. AMATO – D. CAMPO, *Le misure a sostegno delle imprese nel Decreto Cura Italia e nel Decreto Liquidità*, cit., 5.

[20] Cfr. G. AMATO – D. CAMPO, *Le misure a sostegno delle imprese nel Decreto Cura Italia e nel Decreto Liquidità*, cit., 5.

Fondo ha, infatti, una valenza temporale limitata, per cui «*alla scadenza di un prestito erogato grazie alla possibilità di avvalersi della garanzia pubblica, la banca avrà minore convenienza a rinnovarlo se la nuova erogazione non godrà più di questo beneficio*»[21] e l'impresa sia considerata eccessivamente rischiosa. Da ciò deriva la sollecitazione all'adozione di ulteriori interventi di politica economica a carico dello Stato volti a incentivare il sistema creditizio a rinnovare i prestiti verso imprese che, con tutta probabilità, alla scadenza temporale della garanzia pubblica prevista dal decreto "Cura Italia" non avranno ancora e completamente ripristinato la propria situazione finanziaria.

Ciò non ostante, dalle informazioni raccolte nel contesto dei lavori della *Task Force* costituita dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, dalla Banca d'Italia, l'Associazione Bancaria Italiana e dal Mediocredito Centrale (MCC) per assicurare l'efficiente e rapido utilizzo delle misure di supporto alla liquidità adottate con il d.l. 18/2020[22], al 20 maggio 2020 si contano 2,3 milioni di domande di adesione alle moratorie sui prestiti per un valore di 240 miliardi[23].

Chiaramente il riconoscimento di diritti di moratoria alle imprese da parte del sistema creditizio non poteva non avere risvolti derogatori anche sulla disciplina applicabile alle segnalazioni alla Centrale dei rischi nel periodo di durata della legislazione emergenziale. Giova a tal fine richiamarne brevemente il contenuto.

La disciplina del servizio di centralizzazione dei rischi creditizi gestito dalla Banca d'Italia è contenuta nel decreto del MEF (emanato in via di urgenza, quale presidente del Cicr) dell'11 luglio 2012 (che sostituisce la precedente delibera CICR del 29 marzo 1994), adottato sulla base del disposto degli artt. 53, c. 1, lett. b) e 67, c. 1, lett. b), del t.u.b. A quest'ultimo si accompagnano le norme attuative della Banca d'Italia contenute nella versione aggiornata della Circolare n. 139/1991 (con il 13° Aggiornamento del 4 marzo 2010 e con il 14° Aggiornamento del 29 aprile 2011) e attualmente in fase di revisione[24]. Intervengono sulla medesima materia ulteriori

---

[21] G. Gobbi – F. Palazzo – A. Segura, *Le misure di sostegno finanziario alle imprese post- covid-19 e le loro implicazioni di medio termine*, cit., 2.

[22] V. https://www.bancaditalia.it/media/comunicati/documenti/2020-01/cs_BI_ABI_MEF_MEC.pdf

[23] V. http://www.mef.gov.it/ufficio-stampa/comunicati/2020/documenti/comunicato_00105.pdf.

[24] Si veda il Documento per la consultazione del novembre 2019 su https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/consultazioni/2019/proposta-mod-139-19-aggto/Documento_consultazione_Circ_139_19_aggto.pdf. Le modifiche proposte dall'organo di vigilanza e poste in consultazione riguardano le modalità di accesso ai dati della Centrale dei rischi da parte dei soggetti segnalati. In particolare, vengono precisate le finalità del servizio di accesso ai dati della Centrale dei rischi offerto dalla Banca d'Italia e, nel caso di richiesta di accesso ai dati della Centrale dei rischi (o di deleghe al ritiro) da parte di persone giuridiche per il tramite di un soggetto delegato-rappresentante volontario, si prevede che i dati vengano consegnati alla persona giuridica delegante entro il termine di 90 giorni; nel caso, invece, di richieste di accesso presentate in proprio dalle persone giuridiche, la consegna dei dati avverrà entro lo stesso termine previsto per le persone fisiche (30 giorni). Tali previsioni tengono conto della disponibilità di una nuova funzionalità di accesso via web ai dati della Centrale dei rischi, che rende estremamente semplice e veloce la richiesta e l'acquisizione delle informazioni richieste; esse rispondono inoltre alla duplice esigenza di (1) tutelare la riservatezza dei dati della Centrale dei

norme di rango primario che incidono sulle modalità di svolgimento dell'attività tanto delle centrali rischi private quanto di quella pubblica. Ci riferiamo, innanzitutto, all'art. 125 del t.u.b., novellato dal d.lgs. 13 agosto 2010 n. 141 di attuazione della Direttiva sul credito al consumo, e alla normativa sulla "Cancellazione delle segnalazioni di mancato pagamento" dettata dall'art. 8- *bis* del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 e poi riformulata con il d.l. 13 agosto 2011, n. 38.

Attraverso i citati interventi normativi l'obbligo di segnalazione alla Centrale dei rischi della Banca d'Italia, quale oggetto specifico della nostra attenzione, si è arricchito di nuovi contenuti tecnici: sotto il profilo soggettivo, il dovere informativo è stato esteso anche agli intermediari finanziari che svolgono in via prevalente attività creditizia (alle banche iscritte all'albo di cui all'art. 13 t.u.b., si aggiungono le società cessionarie di crediti di cui all'art. 3, l. 30 aprile 1999, n. 130, nonché gli intermediari individuati dalla Banca d'Italia in ragione dell'esigenza di contenimento del rischio di credito); sotto il profilo oggettivo, la nuova disciplina, dopo aver azzerato la soglia di rilevazione per i crediti in sofferenza, prevede che siano censite ulteriori e nuove operazioni, tra le quali anche operazioni su derivati finanziari.

In sostanza, il sistema informativo pubblico dei rischi di matrice creditizia si fonda sull'obbligo, posto a carico degli intermediari partecipanti, di segnalare mensilmente i rapporti di credito nei confronti della clientela, in funzione delle singole categorie di censimento ed importo. La violazione di tale obbligo comporta, infatti, l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie *ex* art. 144 t.u.b. La delicatezza delle informazioni rilasciate dagli intermediari ha inoltre imposto un severo regime con riferimento alla diffusione delle notizie, nell'ottica della necessaria protezione dell'interessato. In questa prospettiva anche gli artt. 117-119 del codice sulla protezione dei dati personali (di cui al d.lgs n. 196 del 30 giugno 2003, detto anche "Codice *privacy*") concorrono a regolare il fenomeno.

L'assetto normativo consolidatosi nel tempo, come sottolineato in dottrina[25], si basa sull'idea che *«l'attività di centralizzazione dei dati attinenti ai rapporti di credito non si esaurisca sul piano del rapporto tra l'intermediario segnalante e il gestore della centrale rischi [...] ma si caratterizzi quale attività che inerisce al rapporto tra banca e cliente, quanto meno per quanto concerne la fase di trasmissione dei flussi informativi ad opera dell'intermediario»*.

Ciò si evince, innanzitutto, dalla progressiva intensificazione a livello regolamentare del grado di tutela dei soggetti coinvolti nella centralizzazione delle informazioni: basti pensare che nella disciplina originaria della materia di cui alla delibera del Cicr del 1994, il solo interesse preso in considerazione era quello pubblico della stabilità del sistema, al punto che il segreto di ufficio con

---

rischi, grazie alla consegna degli stessi sempre e soltanto alla persona giuridica in qualità di soggetto diretto interessato, e (2) innalzare i livelli di efficienza del servizio di accesso ai dati della Centrale dei rischi offerto dalla Banca d'Italia alla collettività.

[25] Cfr. C. FRIGENI, *Segnalazione presso le centrali rischi creditizie e tutela dell'interessato: profili evolutivi*, in *Banca borsa tit. cred*., 2013, p. 365 ss., in part. p. 371.

riguardo ai dati trasmessi alla Centrale dei rischi era ritenuto opponibile anche nei confronti degli stessi affidati. Solo in un secondo momento, è emersa l'esigenza di salvaguardare altresì l'interesse dei soggetti segnalati a non subire pregiudizi derivanti dall'attività di segnalazione svolta sia da enti privati sia dalla Centrale rischi di Banca d'Italia. In particolare, nell'attuale disciplina regolamentare, a fronte del potere della Banca d'Italia e degli intermediari segnalanti di procedere alla raccolta e alla reciproca trasmissione delle informazioni senza il consenso dell'interessato si riconosce quest'ultimo il diritto alla riservatezza delle informazioni nonché al relativo utilizzo da parte degli intermediari nel rispetto dei principi generali in tema di trattamento dei dati. A ciò si aggiungono le norme in materia di contenuto e di modalità delle segnalazioni che contribuiscono a definire la legittimità del comportamento degli intermediari nel contesto di centralizzazione dei rischi creditizi. In particolare, ci riferiamo, quanto al contenuto della segnalazione, agli obblighi a carico dell'intermediario di provvedere a comunicare alle Centrale rischi entro tre giorni l'avvenuta regolarizzazione di un pagamento (cfr, art. 8-*bis* del d.l. 13 maggio 2011, n. 70) nonché di dare conto dell'eventuale controversia promossa dal cliente, qualificando la relativa segnalazione come "contestata". Quanto alle modalità di trasmissione delle informazioni, si sottolinea l'obbligo degli intermediari di dare (preventiva) comunicazione al cliente della prima segnalazione pregiudizievole trasmessa a suo carico ad una centrale rischi (cfr. circolare banca d'Italia n. 139/1991).

In secondo luogo, il fatto che l'attuale sistema consideri l'attività di centralizzazione delle informazioni sui crediti intrinseca al rapporto banca-cliente si evince dalla considerazione che la maggior parte delle disposizioni assoggettino l'intermediario al rispetto dei medesimi principi di buona fede e correttezza *ex* artt. 1715, 1374, 1375 c.c., che presidiano, secondo un orientamento giurisprudenziale oramai consolidato[26], lo svolgimento di siffatto rapporto, là dove tra segnalato e gestore della centrale dei rischi – sia essa pubblica o privata – non si determina alcuna relazione giuridicamente rilevante, assumendo la centrale dei *rischi sic et simpliciter* la veste di mero gestore dell'archivio e, in quanto tale, priva del potere di sindacare il merito delle segnalazioni compiute dagli intermediari.

Ciò detto, pur nella consapevolezza che la Centrale dei rischi della Banca d'Italia rappresenti un sistema informativo in cui le banche e le società registrano

[26] Orientamento che tende a valutare in relazione a tali principi di diritto comune il complessivo comportamento tenuto dall'operatore creditizio nei confronti del cliente, con la conseguenza che la segnalazione illegittimamente operata faccia sorgere in capo all'intermediario non solo una responsabilità di natura aquiliana, ma altresì una responsabilità contrattuale, avente origine proprio nell'inadempimento del dovere di solidarietà contrattuale o di quello di buona fede e correttezza. Si veda, per tutte, Cass. Civ. 24 maggio 2010, n. 12626, in *Danno e resp*., 2011, 285 ss., con nota di TROVATO, *Illegittima segnalazione alla Centrale Rischi e prova del danno alla reputazione economica, relative a giudizi di responsabilità contro l'intermediario*; in *Obbl. e contr*., 2011, 735 ss., con nota di GRASSELLI, *Errata segnalazione in "Centrale rischi" e risarcimento dei danni*; in *Resp. civ*., 2011, 272 ss., con nota di GORGONI, *Misure di contenimento del rischio del credito e tutela della reputazione*.

le "storie creditizie" (crediti e garanzie concessi) dei propri clienti, sia quelli che non sono in regola con i pagamenti sia quelli che lo sono, e, quindi, non costituisca una sorta di *black list*, non c'è dubbio che tale sistema possa trasformarsi in una fonte di effetti particolarmente pregiudizievoli a carico del cliente, che, divenuto inaffidabile di fronte all'intero sistema creditizio in seguito ad una segnalazione "a sofferenza", si vedrebbe assoggettato a richieste di rientro dagli affidamenti da parte di tutti gli intermediari con cui intrattiene rapporti contrattuali e/o avrebbe notevoli difficoltà nella ricerca di nuovi finanziamenti[27].

Tale preoccupazione è stata manifestata alla Banca d'Italia dai potenziali beneficiari delle moratorie previste dall'attuale normativa emergenziale[28]. La Banca d'Italia ha risposto con la Comunicazione del 23 marzo del 2020 contenente *Precisazioni in materia di segnalazioni alla Centrale dei rischi*, a cui ha fatto seguito il comunicato stampa del 18 aprile 2020[29]; comunicazione con cui l'organo di vigilanza interviene sulle moratorie straordinarie relative alle esposizioni debitorie nei confronti delle banche *ex* art. 56, c. 2, del decreto "*Cura Italia*". In proposito, l'organo di vigilanza ha adottato una soluzione di compresso decidendo, con riguardo misure di moratoria previste dalla legge e per l'intero periodo di efficacia delle stesse, di non sospendere le relative segnalazioni alla Centrale dei rischi ma richiedendo agli intermediari di «*tenere conto di queste previsioni ai fini delle segnalazioni*». Nell'ottica dell'organo di vigilanza, infatti, l'assenza totale di segnalazioni nel periodo di emergenza, con conseguente sospensione o chiusura della Centrale dei rischi, impedendo alle banche e alle società finanziarie di avere informazioni aggiornate sui comportamenti dei clienti rispetto ai debiti contratti, avrebbe potuto addirittura tradursi in un'ulteriore fonte di difficoltà economiche per imprese e famiglie rendendo gli intermediari creditizi e finanziari meno propensi a concedere finanziamenti o inducendo gli stessi a erogarli a condizioni meno favorevoli.

Nel dettaglio, ai sensi delle disposizioni regolamentari, per coloro che beneficiano delle "moratorie" previste dal decreto "Cura Italia" e da altre analoghe previsioni di legge, accordi o protocolli d'intesa, nelle segnalazioni dell'inerente posizione debitoria alla Centrale dei rischi gli intermediari:

- con riferimento alle ipotesi di "congelamento" dei contratti di finanziamento a revoca e di proroga di quelli a scadenza, dovranno tenere conto dell'impossibilità di revocare in tutto o in parte i finanziamenti in discorso o della

[27] Numerosissime sono le controversie tra cliente e intermediario che vertono sulla questione della illegittima segnalazione a sofferenza. Per una rassegna delle pronunce giurisprudenziali in materia, si rinvia ai relativi commenti nei numeri di Giur. banc., Giuffré, Milano. Per gli interventi dell'ABF e dell'ACF si rinvia ai siti ufficiali: https://www.arbitrobancariofinanziario.it/ e https://www.acf.consob.it/.

[28] V. il link https://www.bancaditalia.it/media/approfondimenti/2020/domande-centrale-rischi/index.html che raccoglie le domande frequenti sulla Centrale dei rischi rivolte alla Banca d'Italia relative al periodo dell'emergenza da Covid-19.

[29] V, https://www.bancaditalia.it/media/comunicati/documenti/2020-01/CS-18.04.2020-D.L.Cura-Italia-Precisazioni-segnalazioni-CR.pdf.

proroga del contratto e, pertanto, non dovranno ridurre l'importo dell'accordato segnalato alla Centrale dei rischi;

- nel caso di sospensione delle rate o dei canoni di rimborso dei contratti di finanziamento, dovranno tenere conto della temporanea inesigibilità dei crediti in discorso, sia in quota capitale che in sorte interessi e, coerentemente, per l'intero periodo di efficacia della sospensione, dovranno interrompere il computo dei giorni di persistenza di eventuali inadempimenti già in essere.

In altre parole, come chiarito nel comunicato stampa del 18 aprile 2020, l'autorità di vigilanza impedisce agli intermediari di segnalare, da una parte, gli sconfinamenti accordati a imprese beneficiarie delle misure di moratoria che prevedono l'irrevocabilità e la proroga della scadenza dei finanziamenti non rateali, e, dall'altra le rate scadute in quanto sospese, nel caso di finanziamenti accordati a imprese beneficiarie della sospensione del pagamento delle rate di mutui e di altri finanziamenti a rimborso rateale.

In particolare, in Centrale dei rischi il cliente non potrà essere classificato a sofferenza dal momento in cui la moratoria gli è stata concessa né essere qualificato in virtù della richiesta di moratoria come un "cattivo pagatore". Chiaramente, la previsione legislativa in base alla quale della sospensione nel pagamento delle rate potranno beneficiare solo i clienti *in bonis* - cioè quei clienti che alla data della richiesta non hanno segnalazioni di inadempienze negli obblighi contrattuali rispetto a prestiti ricevuti - implica che il diretto interessato non ha diritto alla cancellazione di un'eventuale propria posizione a sofferenza se questa è stata iscritta in un momento antecedente alla concessione della moratoria.

Il diritto di informativa dei privati in merito al contenuto e alle modalità delle segnalazioni al servizio di centralizzazioni dei rischi è garantito dall'accesso gratuito ai dati segnalati o tramite la piattaforma Servizi *online d*isponibile sul sito *internet* della Banca d'Italia[30] oppure attraverso la presentazione di richiesta a una delle filiali della Banca d'Italia (tramite PEC, posta ordinaria e, in periodi normali, anche recandosi presso gli sportelli). L'acquisizione dei dati personali disponibili nella Centrale dei rischi consente al beneficiario della moratoria di chiedere la correzione delle informazioni presenti se sbagliate e segnatamente delle erronee segnalazioni "a sofferenza" della posizione debitoria derivanti dall'applicazione delle misure di *forbearance* consentite dalla legislazione emergenziale. Ai fini della correzione il privato può rivolgersi direttamente all'intermediario segnalante o presentare un esposto alla Banca d'Italia (anche in questo caso lo si può fare tramite i Servizi *online*).

(26-05-2020)

[30] V. https://servizionline.bancaditalia.it/accessoDati. Se si è muniti di identità digitale (SPID o CNS) la risposta è fornita di norma in pochi minuti.

BREVI NOTE SULL'ATTIVITÀ DEL PARLAMENTO NEL CORSO DELL'EMERGENZA: IL RUOLO DELLE COMMISSIONI

Stefano Bargiacchi

Dottorando in Scienze giuridiche,
Università degli Studi di Siena

Questo elaborato si pone l'obiettivo di avanzare alcune sintetiche riflessioni sulle modalità con cui le Commissioni parlamentari hanno svolto le loro attività durante l'emergenza sanitaria causata dal Covid-19. Si presterà particolare attenzione agli orientamenti emersi dalla Giunta per il Regolamento della Camera e alle modifiche apportate ai calendari dei lavori dei due rami del Parlamento. Sulla base di tali valutazioni verranno analizzate le attività delle Commissioni permanenti, sia al fine di stimarne l'impatto sul processo decisionale, sia per formulare possibili previsioni sulla possibilità che le misure organizzative adottate come risposta all'emergenza sanitaria possano essere applicate anche in futuro. Tali considerazioni saranno inserite all'interno del più generale dibattito riguardante il ruolo del Parlamento nel corso dell'emergenza.[1] La diffusione dell'epidemia in territorio italiano portò le due Camere a riconsiderare le proprie attività in relazione alle nuove priorità politiche derivanti dall'emergenza sanitaria che si stava venendo a delineare.[2] Per far fronte a tali istanze i due rami del Parlamento utilizzarono, con diverse modalità, tre differenti strumenti. Le Conferenze dei Presidenti dei gruppi parlamentari adottarono modifiche al calendario dei lavori finalizzate a concentrare le attività del Parlamento sull'esame dei provvedimenti connessi a fronteggiare l'emergenza

[1] Tali suggestioni sono emerse all'interno del convegno *Interventi in Parlamento aperto: a distanza o in presenza?* Tale evento era organizzato dal Presidente della I Commissione, On. Brescia, e si è svolto in via telematica il 3 aprile 2020. Una registrazione del convegno è reperibile https://www.radioradicale.it/scheda/602453/parlamento-aperto-a-distanza-o-in-presenza-ii-appuntamento. Un primo convegno, dello stesso tenore, si era già svolto il 27 marzo.

[2] Per una ricostruzione critica sulle modalità di utilizzo del sistema delle fonti nel corso dell'emergenza si veda, tra gli altri, LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza,* in *Rivista AIC*, 2020. Un esaustivo elenco di tutti i provvedimenti adottati in relazione alla citata emergenza sanitaria può essere consultato nell'apposita sezione del sito del dipartimento della Protezione civile della Presidenza del Consiglio, http://www.protezionecivile.gov.it/attivita-rischi/rischio-sanitario/emergenze/coronavirus/normativa-emergenza-coronavirus Sul punto si veda anche, CAMERA DEI DEPUTATI-SERVIZIO STUDI, *Dossier Misure sull'emergenza coronavirus (Covid-19) - Quadro generale,* 2020, https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1203754.pdf?_1589960138623

sanitaria ed economica.[3] Nel frattempo, la Giunta per il Regolamento della Camera dei deputati adottò misure volte a consentire lo svolgimento di alcune attività con modalità di connessione a distanza.[4] Infine, gli uffici di Presidenza delle due Camere modificarono la disciplina degli accessi agli edifici dei due rami del Parlamento e favorirono, inoltre, l'utilizzo di telelavoro o smart-working per una parte dei rispettivi dipendenti.[5] Le citate modifiche ai calendari dei lavori ebbero come effetto quello di annullare qualunque attività legislativa diversa dall'esame di atti indifferibili e urgenti (nei fatti le leggi di conversione di decreti-legge),[6] tale decisione venne recepita dalle singole Commissioni permanenti le quali sospesero tutte le altre attività di istruttoria legislativa.[7]

---

[3] CAMERA DEI DEPUTATI, *riunione della Conferenza dei Presidenti dei gruppi parlamentari*, 5 marzo 2020, XVIII, si vedano anche le comunicazioni del Presidente della Camera all'assemblea del 25 marzo. SENATO DELLA REPUBBLICA, *riunione della Conferenza dei Presidenti dei gruppi parlamentari*, 9 marzo 2020, XVIII. Al Senato la decisione fu assunta all'unanimità.

[4] Si vedano in particolare gli orientamenti emersi dalla Giunta per il Regolamento nella seduta del 4 marzo 2020. Tali orientamenti sono stati aggiornati in relazione all'aggravarsi della situazione sanitaria nella seduta del 31 marzo. GIUNTA PER IL REGOLAMENTO, *resoconto sommario*, Camera dei deputati, XVIII, 4/03/2020, 31/03/2020 e 07/05/2020. A differenza di quanto avvenuto presso la Camera dei deputati, la Giunta per il Regolamento del Senato non ha svolto sedute volte adottare, anche in maniera provvisoria, differenti modalità di organizzazione dei propri lavori. Si segnala in ogni caso il parere della stessa Giunta del 27 febbraio 2020, con il quale è stata dichiarata legittima la deroga al termine, altrimenti perentorio, di cui all'articolo 135-*bis*, c. 3 (dovere della Giunta per le elezioni di presentare la relazione scritta all'Assemblea prevista dall'art. 135-bis entro trenta giorni) in presenza di circostanze eccezionali ovvero di stato di necessità, laddove sussista un nesso diretto con previsioni e principi costituzionali. GIUNTA PER IL REGOLAMENTO, *resoconto sommario*, Senato della Repubblica, XVIII, 27/02/2020. Si osservi peraltro come la perentorietà del termine di cui all'art. 135-*bis* c. 3 fosse stata determinata soltanto nella precedente seduta della Giunta svoltasi il 17 gennaio. GIUNTA PER IL REGOLAMENTO, *Resoconto sommario*, Senato della Repubblica, XVIII, 17/01/2020. Sulla tendenza della Presidente del Senato convocare il meno possibile la Giunta per il Regolamento si osservi l'osservazione critica di Curreri, CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza*, in *Osservatorio costituzionale*, 2020, 2.

[5] Forme di lavoro a distanza sono state implementate anche a favore dei dipendenti dei gruppi parlamentari e degli assistenti dei singoli deputati.

[6] Al 20 maggio 2020 sono stati adottatati dodici decreti-legge legati all'emergenza Coronavirus. A ad oggi due di questi decreti sono stati convertiti in legge. Si vedano in particolare la Legge 5 marzo 2020, n. 13 e la Legge 24 aprile 2020, n. 27.

[7] A parziale eccezione rispetto a quanto affermato, alcune Commissioni permanenti furono impegnate anche ad esprimere il proprio parere sugli schemi di decreti legislativi pendenti in quel momento. Nelle citate comunicazioni del Presidente della Camera all'Assemblea effettuate il 25 marzo in relazione alle modificazioni al calendario dei lavori concordate nella conferenza dei Presidenti dei gruppi parlamentari svoltasi nella medesima giornata, si prevedeva che: <<L'attività delle Commissioni e degli altri organi parlamentari sarà dedicata all'esame degli atti indifferibili e urgenti. In particolare, l'esame dei progetti di legge riguarderà gli argomenti iscritti nel calendario dei lavori dell'Assemblea o quelli eventualmente assegnati in sede legislativa. Ai fini del mantenimento di una costante interlocuzione con il Governo sull'emergenza Covid-19, presso le Commissioni potranno avere luogo audizioni dei Ministri di settore in relazione alle diverse tematiche connesse all'emergenza stessa>>. Analogo dispositivo era presente nelle comunicazioni del Presidente della Camera del 5 marzo.

Anche lo svolgimento delle attività non legislative fu influenzato dall'evoluzione del quadro emergenziale. In questo contesto le Camere furono chiamate ad approvare la risoluzione sul Documento di economia e finanza e autorizzare, a maggioranza assoluta, lo scostamento dagli obiettivi programmatici come previsto dagli artt. 81.2 Cost. e 6.3 della legge n. 243/2012. Nel frattempo, i due rami del Parlamento mantennero un costante dialogo con il Governo, sia attraverso l'utilizzo degli ordinari canali di sindacato ispettivo, sia tramite strumenti quali audizioni, comunicazioni e informative. Se gli interventi apportati ai Calendari delle due Camere furono lo strumento attraverso cui fu possibile incentrare l'agenda parlamentare sulle tematiche legate all'emergenza,[8] fu la Giunta per il Regolamento della Camera dei deputati ad interrogarsi sugli effetti che la pandemia e le misure adottate per contenerla potevano avere sull'effettiva organizzazione e lo svolgimento dei lavori parlamentari. Il perdurare dell'epidemia, infatti, evidenziò il problema posto dai parlamentari impossibilitati a partecipare alle attività delle Camere di appartenenza in quanto sottoposti a misure di quarantena. Anche se tale fenomeno non assunse dimensioni preoccupanti, fu necessario avviare un processo finalizzato a ripensare le modalità di partecipazione ai lavori parlamentari. Tale riflessione portò, in primo luogo, ad un migliore utilizzo delle risorse informatiche già a disposizione del Parlamento.[9] Tra le varie misure adottate, oltre a quelle citate in calce alla precedente nota, appaiono particolarmente rilevanti le innovazioni introdotte circa le modalità di svolgimento dei lavori delle Commissioni alle quali, alla Camera, è stato concesso[10] di poter svolgere le attività non deliberative attraverso forme di connessione da remoto. A tal fine il Presidente di ogni Commissione dirigeva le sedute dell'organo dalla sua normale sede nella quale era anche presente almeno un funzionario parlamentare. Gli altri componenti della Commissione, ed eventualmente i soggetti auditi, potevano connettersi, seguire e prendere la parola attraverso i propri dispositivi elettronici.[11]

[8] Sull'importanza della programmazione dei lavori si veda: LASORELLA, *La programmazione dei lavori alla Camera ed i suoi protagonisti: Governo gruppi e Presidente: luci e ombre*, in ARSAE (a cura di), *Il Filangeri quaderno 2007 Il Parlamento del bipolarismo, un decennio di riforme dei regolamenti delle Camere*, Napoli, 57 ss.

[9] Si pensi innanzitutto al maggior utilizzo della già esistente *app* GeoCamera, oppure ad un maggior utilizzo della trasmissione dei lavori parlamentari sulla *webtv*. Si vedano anche le proposte di Clementi: CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili,* in *osservatorio costituzionale*, 2020, 3 ss.

[10] GIUNTA PER IL REGOLAMENTO, *resoconto sommario*, Camera dei deputati, 31 marzo 2020, XVIII, 8

[11] Si osservi come tale facoltà sia stata utilizzata anche per permettere la connessione "da remoto" a soggetti materialmente molto vicini al luogo in cui si teneva la seduta della Commissione. Si veda a titolo di esempio l'audizione del ministro Boccia presso la I Commissione. In quell'occasione il ministro si collegò ai lavori della Commissione dal proprio ufficio situato a largo Chigi situato a poche decine di metri da piazza del Parlamento. I COMMISSIONE, *audizione ministro per gli Affari regionali e le Autonomie*, 14 aprile 2020, XVIII. La Presidente della II Commissione nel

Anche se le innovazioni introdotte possono apparire modeste, soprattutto se paragonate ad alcune esperienze provenienti da altri Paesi,[12] è stato proprio il *relativamente ordinario* funzionamento del sistema delle Commissioni permanenti lo strumento con il quale il Parlamento è stato coinvolto nella gestione dell'emergenza sanitaria. L'accordo politico tra le forze di maggioranza e quelle di opposizione per creare una sorta di "tregua" nelle settimane più drammatiche dell'emergenza[13] ha avuto come logica conseguenza quella di rendere meno rilevanti i rapporti di forza tra le varie fazioni politiche presenti nelle singole Commissioni. Le assenze di vari commissari per ragioni di salute avrebbero potuto, infatti, rendere problematico mantenere la corretta proporzione tra le forze politiche presenti in Assemblea e quelle presenti nelle singole Commissioni,[14] al netto della facoltà per i singoli gruppi parlamentari di operare sostituzioni tra i singoli componenti dell'organo. Al contrario il basso *quorum* strutturale per la validità delle sedute delle Commissioni ha permesso a queste di

corso dell'audizione nell'ambito dell'esame delle proposte di legge recanti modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale ha ricordato che i deputati partecipanti da remoto devono essere visibili al momento del loro intervento, e devono disporre di una connessione che consenta loro di essere sentiti chiaramente quando prendono la parola. Tali requisiti escludono la possibilità di partecipare alle sedute attraverso dispositivi mobili o mentre il soggetto connesso è in movimento. La Presidente ha anche ricordato come alle difficoltà tecniche derivanti dall'impossibilità per i deputati in presenti fisicamente in Commissione di essere visibili sulla web tv mentre prendono la parola, si poteva ovviare facendo sedere tali deputati al banco della Presidenza per il tempo del loro intervento. ON. BUSINAROLO, *audizione informale nell'ambito dell'esame delle proposte di legge recanti modifiche agli articoli 604-bis e 604-ter del codice penale,* 26 maggio 2020, XVIII https://webtv.camera.it/evento/16236

[12] Per una ricostruzione sulle principali misure adottate dalle assemblee parlamentari di altri Paesi si veda: NOTA BREVE SERVIZIO STUDI DEL SENATO, *Emergenza da Covid-19 e attività parlamentare: i casi di Francia, Germania e Spagna,* 2020, 1 ss. Si veda anche: EUROPEAN PARLIAMENT: DIRECTORATE FOR RELATIONS WITH NATIONAL PARLIAMENTS, Adjustment of Parliamentary Activity to Covid-19 Outbreak and the prospect of remote sessions and voting.

[13] Significativo in questo senso l'incontro avvenuto a Palazzo Chigi tra il Presidente del Consiglio dei ministri e i leader dei tre gruppi parlamentari di centro destra (on Salvini, on. Meloni e on. Tajani) avvenuto il 23 marzo. CUSTODERO, RUBINO, *Coronavirus, vertice a Palazzo Chigi: "Le opposizioni saranno coinvolte sul decreto di aprile". Ma restano le distanze,* in *la Repubblica*, 23 marzo 2020. In relazione efficacia di tale accordo politico come strumento per soprassedere all'introduzione di modifiche, anche temporanee, al Regolamento, si veda l'intervento del Presidente della I Commissione, On. Brescia, al citato seminario *Interventi in Parlamento aperto: a distanza o in presenza?* BRESCIA*, op. cit.*

[14] Il principio secondo il quale la composizione delle Commissioni deve rispecchiare, il più fedelmente possibile, i rapporti tra le forze politiche presenti in Assemblea è alla base del funzionamento del nostro sistema parlamentare, i casi, verificatisi, so prattutto al Senato, in cui tale rappresentazione non è stata fedele venendo tal volta a capovolgere i rapporti tra maggioranza ed opposizione hanno rappresentato momenti di forte *stress* per il regolamento. Sul punto si veda: FASONE, *Sistemi di Commissioni parlamentari e forme di governo*, Lavis, 174 ss. Sul punto si consideri anche CIAURRO-DI CIOLO, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica,* Torino, 2013, 534

operare a "ranghi ridotti" senza l'effettiva necessità, di adottare misure *ad hoc*, quali l'estensione del voto a distanza per le attività deliberative.[15]

Tali soluzioni nel complesso si dimostrarono efficaci grazie alla concomitante presenza dei tre citati fattori: l'accordo politico tra i gruppi parlamentari di maggioranza e di opposizione, l'utilizzo delle ordinarie norme regolamentari che permise al sistema delle Commissioni parlamentari di funzionare regolarmente anche in presenza di un basso numero di commissari e, infine, l'adozione di calendari dei lavori caratterizzati dalla previsione di un'attività legislativa limitata alla gestione dell'emergenza. Tale ultimo elemento ha permesso alle Commissioni di non riunirsi per circa tre settimane a partire dal 16 marzo.[16] Il contributo dato dalle Commissioni in questa fase per la conversione dei primi decreti-legge adottati per far fronte all'emergenza appare ancor più rilevante se si considera che il citato accordo politico escludeva, al fine di renderne più rapido e sicuro l'esame, la presentazione di emendamenti ai disegni di legge di conversione nel corso dell'esame da parte dell'Assemblea. In tale occasione le Commissioni, agendo, nei fatti, in sede redigente[17] si trovarono chiamate non solo ad esaminare il testo dei decreti-legge ma anche a svolgere un importante ruolo di mediazione tra tutte le forze politiche, sapendo che eventuali contrasti non sarebbero potuti emergere nel corso della discussione in Assemblea.

Superata la fase più acuta dell'emergenza sanitaria, le Commissioni parlamentari aumentarono la loro attività attraverso lo svolgimento di svariate audizioni. Assunsero particolare rilevanza quelle svolte dai ministri presso le Commissioni competenti. Tali audizioni raggiunsero tre obiettivi, contribuirono a trasmettere l'immagine di un Parlamento impegnato nel fronteggiare l'epidemia in corso, furono l'occasione per i singoli parlamentari per interrogare e chiedere conto[18] delle azioni messe in atto dai dicasteri nel corso della fase emergenziale e

[15] Alla Camera per le deliberazioni in sede diversa dalla legislativa è necessario un quorum di validità di 1/4 dei componenti, art. 46 c. 1 R.C. Al Senato tale quorum è fissato in 1/3 dei componenti per le sedi diverse da quella deliberante e redigente e nei casi in cui le Commissioni discutano e adottino deliberazioni su affari per i quali non debbano riferire all'Assemblea. Art. 30 c.3 R.S.

[16] Alla Camera l'unica settimana in cui le Commissioni non si riunirono affatto fu quella iniziata il 16 marzo, nella settimana successiva fu convocata una sola riunione della V Commissione, i ritmi di lavoro delle Commissioni rimasero comunque molto bassi nelle settimane successive sia per numero di convocazioni sia per il tipo di attività svolta. Solo a partire dal 18 maggio le Commissioni hanno iniziato a riunirsi con maggiore regolarità e per trattare anche temi diversi da quelli legati all'emergenza.

[17] Sul punto si veda: LUPO, *L'attività parlamentare in tempi di coronavirus*, *in forum quaderni costituzionali*, 2020, 13 ss. L'autore suggerisce un parallelismo tra tale modalità di votazione e la trattazione dei c.d. maxiemendamenti. Per una ricostruzione sui recenti sviluppi in materia si veda: LUPO, *I maxiemendamenti e la Corte costituzionale (dopo l'ordinanza n. 17 del 2019),* in *osservatorio sulle fonti*, 2019, 2

[18] A partire dalla prima settimana di aprile tutte le Commissioni vennero convocate almeno una volta a settimana (il mercoledì) per lo svolgimento di una seduta dedicata ad interrogazioni a risposte immediata.

permisero un confronto con il Governo circa le misure da adottare in previsione della c.d. "fase due". Superato il momento più acuto della crisi venne meno anche l'accordo politico che aveva avuto un ruolo fondamentale nel permettere un adeguato funzionamento del sistema parlamentare. Il progressivo "ritorno alla normalità" portò con sé sia una programmazione dei lavori legata agli schemi degli ordinari lavori parlamentari,[19] sia un progressivo ritorno ai livelli di conflittualità politica precedenti al periodo emergenziale.[20]

In conclusione, non è semplice formulare un giudizio completo e definitivo sulle modalità attraverso cui il Parlamento è stato coinvolto nella gestione della crisi sanitaria. L'ampio ruolo svolto dalle Commissioni parlamentari reso possibile soprattutto dalle peculiari e contingenti condizioni politiche mostra, ancora una volta, la strettissima e inscindibile connessione tra il diritto parlamentare e gli strumenti per garantirne un'effettiva applicazione.[21] A parere di chi scrive la presenza del citato accordo ha reso meno impellente e nei fatti non strettamente necessario il dover adottare misure finalizzate a permettere ai parlamentari di deliberare "da remoto", mentre risulta sostanzialmente impossibile valutare in che modo i contenuti dell'attività legislativa sarebbero potuti mutare nel caso in cui l'introduzione di forme di voto a distanza avrebbe potenzialmente consentito una netta separazione tra maggioranza e opposizione. Nonostante ciò il dibattito sull'utilità e sull'utilizzabilità di tali strumenti, svoltosi nella citata serie di "seminari virtuali", ha segnato un primo passo verso un possibile ripensamento delle modalità di svolgimento dei lavori parlamentari i cui effetti potrebbero avere ricadute positive sulla pubblicità e la conoscibilità dei processi decisionali.

(28-05-2020)

[19] Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, *Calendario,* 19 maggio 2020, XVIII

[20] A titolo puramente esemplificativo penso sia possibile citare la presentazione e il relativo dibattito su una mozione di sfiducia individuale nei confronti del ministro della giustizia. LUPO, *L'utilità delle mozioni di sfiducia al singolo ministro. A proposito del caso Bonafede,* in *il Mulino*, 2020, 2 ss.

[21] IBRIDO, *L'interpretazione del diritto parlamentare,* Milano, 2015, 234 ss. Sulla collocazione dei regolamenti parlamentari all'interno del sistema delle fonti si veda CIAURRO, *Costituzione e diritto parlamentare: un rapporto double face,* in *osservatorio sulle fonti,* 2018, 2 ss.

LA RISPOSTA EUROPEA AL COVID-19: UN *EXCURSUS* SULL'OPERATO DELLE ISTITUZIONI POLITICHE E DELLE AUTORITÀ CREDITIZIE (CON UN CENNO AI RISCHI PER LA "*SAFETY NET*" DI SISTEMA)

Antonella Brozzetti

Professore Associato di Diritto dell'economia,
Università degli Studi di Siena

" *The current crisis cannot be compared to any crisis in the history of the European Union*"
(E. Macron e A. Merkel,18 maggio 2020)

La crisi indotta dal coronavirus, partita dalla Cina, ha dispiegato i suoi effetti nuovamente a livello globale. A differenza del 2009 la risposta ha avuto però un impatto scarso sul piano del coordinamento a livello globale, il problema è infatti rimasto prevalentemente ancorato alle scelte strategiche e tempistiche di singoli paesi/aree geografiche. Le devastanti conseguenze della crisi sanitaria sul piano economico, hanno però aperto un identico dibattito sul ruolo dell'Europa e sul suo futuro, nel contesto però di rafforzati sovranismi e correlato clima di sfiducia verso la stessa. La storia è in corso di scrittura, quindi ogni tentativo di fare il punto sulla crisi attuale ha la portata di una fotografia parziale. Le novità infatti si susseguono ed il cammino è incerto.

Nelle pagine che seguono, dopo una breve panoramica sugli interventi messi in campo da "Bruxelles", la quale mostra l'Europa di fronte al bivio del salto storico verso il futuro ovvero nel vuoto per il rischio di implosione (A), nonché dalle autorità creditizie, impegnate su più livelli a sostenere il sistema bancario e a presidiare la stabilità sistemica (B), proviamo a trarre qualche primo insegnamento e a segnalare taluni problemi di tenuta delle regole nella malaugurata evenienza di instabilità finanziaria (C).

A. Al pari della crisi del 2009 la crisi sanitaria da coronavirus si è intrecciata con la forte interdipendenza tra singoli paesi e ha mostrato l'importanza di risposte coordinate su tutti i piani. Le devastanti ripercussioni economiche della pandemia hanno posto nuovamente il quesito "*Quo vadis Europa*", imponendo alla stessa, e in particolare ai paesi che condividono un'unica moneta fortemente interconnessi anche sul piano istituzionale (la centralizzazione dei meccanismi decisionali e di supervisione del sistema bancario – e presto anche del mercato

finanziario – costituiscono un passaggio epocale del decennio in corso), di interrogarsi sul proprio futuro.

Memore dell'esperienza acquisita può dirsi che, malgrado i numerosi distinguo dei paesi c.d. rigoristi[1], in questi pochi mesi trascorsi dall'inizio della crisi l'Europa sta mostrando di essere al fianco dei suoi paesi membri con interventi che vanno a sanare l'immobilismo degli ultimi anni. L'impatto macroeconomico e finanziario del covid-19 ha imposto risposte di politica economica tese a conseguire diversi obiettivi, tra i quali quello di "*ridurre le ripercussioni sull'economia nel suo complesso impiegando tutti gli strumenti a disposizione dell'UE e utilizzando pienamente un quadro flessibile dell'UE per favorire le azioni degli Stati membri*"[2].

La cronistoria dei passaggi realizzati dà dimostrazione dell'impegno a salvaguardare i pilastri economici e sociali su cui poggia la costruzione del mercato unico, contraddistinto dalla libera circolazione di beni, servizi, persone e capitali. Nei fatti sembra che il coronavirus stia quindi dando nuovo slancio al progetto europeo in ragione di taluni rilevanti passi in avanti realizzati, che di seguito segnaliamo.

a. Su proposta delle Commissione europea il Consiglio ha riconosciuto la sussistenza di condizioni e rischio, nell'area euro o nell'intera Ue, di grave recessione ed ha attivato, per la prima volta dalla sua istituzione nel 2011, la clausola generale di salvaguardia, sospendendo di fatto il patto di stabilità e crescita[3] (con apertura anche verso una riforma dello stesso prima della sua riattivazione)[4].

---

[1] Negli ultimi tempi si nota la posizione netta dell'Olanda (contraria ad ogni passo in avanti suggerito per temperare gli effetti della pandemia), a cui si aggiungono anche paesi come Lussemburgo, Cipro, Irlanda, Ungheria e Malta ben fermi a difendere tass azioni favorevoli idonee ad attirare imprese a danno degli altri paesi membri: la presa di posizione è del nostro commissario europeo Gentiloni, che pone l'accento anche sui problemi collegati con il riciclaggio (emersi in particolare in Olanda): *Basta dumping fiscale, Bruxelles contro Olanda, Irlanda e altri 4 Paesi Ue"*, articolo a firma di LECA, in *eurpa.today.it,* 20 maggio 2020, v. par. 2 (al link http://europa.today.it/attualita/stop-dumping-fiscale-olanda.html?fbclid=IwAR2nKFTjaeNcqJaxoc5YuGGCah5eVmfz2E3LQKYRB0qWTbOkoMX1-u7_uGs).

[2] Si veda la *Comunicazione della Commissione,* al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio, alla Banca Centrale Europea, alla Banca Europea per gli Investimenti e all'Eurogruppo, su *Risposta economica coordinata all'emergenza Covid-19*, COM(2020) 112 final, Bruxelles, 13 marzo 2020 (al link https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52020DC0112).

[3] Il Patto resta operativo sono però cambiati percorso e termini di rientro; per approfondimenti si veda *Statement of EU ministers of finance on the Stability and Growth Pact in light of the Covid-19 crisis,* 23 March 2020 (al link https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/03/23/statement-of-eu-ministers-of-finance-on-the-stability-and-growth-pact-in-light-of-the-covid-19-crisis/).

[4] Si sono espressi in tal senso sia Christine Lagarde che Paolo Gentiloni ed i lavori sembrano muoversi in tale direzione, si veda *Proposta di risoluzione del Parlamento europeo sull'aumento al 5 % del rapporto tra il disavanzo pubblico previsto o effettivo e il prodotto interno lordo (PIL) qualora l'indice di indebitamento di uno Stato sia inferiore al 60 %,* 5 maggio 2020 (al link https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2020-0154_IT.html).

b. È tornata la flessibilità rispetto agli aiuti di stato, tramite la sospensione del divieto di erogazione di aiuti pubblici, la quale ha registrato continui ampliamenti del perimetro di quelli ammissibili[5]. Come ha sottolineato Margrethe Vestager, commissaria europea alla concorrenza: *"The economic impact of the Covid-19 outbreak is severe. We need to act fast to manage the impact as much as we can. And we need to act in a coordinated manner. This new Temporary Framework enables Member States to use the full flexibility foreseen under State aid rules to support the economy at this difficult time*"[6].

c. In seno all'Eurogruppo è stato raggiunto un accordo riguardo ad uno strumento di sostegno temporaneo volto ad attenuare l'emersione di disoccupazioni attraverso il c.d. Sure, acronimo di *temporary Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*[7], una sorta di cassa integrazione e assicurazione per i lavoratori. Con riguardo al sostegno delle Pmi, al Sure si è anche affiancato l'istituzione di un fondo paneuropeo di garanzia covid-19 presso la Banca europea degli investimenti, che diverrebbe prestatore e garante di fondi e liquidità per le aziende[8].

---

[5] Al pari di quanto accaduto dopo la grande crisi finanziaria del 2008 la Commissione europea ha reintrodotto norme più flessibili. Nella *Comunicazione* del 13 marzo, cit., con riferimento al sistema bancario, si sottolinea infatti che: "*Gli aiuti concessi dagli Stati membri alle banche a norma dell'articolo 107, paragrafo 2, lettera b), del TFUE per compensare i danni diretti subiti a causa dell'epidemia di Covid-19 […] non hanno l'obiettivo di preservare o ripristinare la redditività, la liquidità o la solvibilità di un ente o di un'entità. Di conseguenza, tali aiuti non sarebbero considerati quale sostegno finanziario pubblico straordinari*", cfr. il riquadro del par. 4.1. Attraverso poi la *Comunicazione*, c.d. "quadro temporaneo" del 20 marzo (2020/C 91 I/01) contenente *misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del Covid-19* (al link https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2020:091I:FULL&from=EN),
la Commissione indica in particolare le possibilità per gli Stati membri di garantire la liquidità e l'accesso ai finanziamenti per le imprese, specie per le PMI; alla stessa hanno fatto seguito ulteriori provvedimenti volti a chiarire e ampliare i criteri ovvero a prorogare i termini fissati; si vedano: *Comunicazione* della Commissione, C(2020) 2215 final, del 3 aprile 2020, in tema di finanziamenti per sostegno ad attività di ricerca e di sviluppo correlati alla pandemia (al link https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/sa_covid19_1st_amendment_temporary_framework_it.PDF), nonché la *Comunicazione* n. 2020/C 164/03, pubblicata nella *GUUE* n. C 164, del 13 maggio 2020, p. 3 ss, con la quale sono stati fissati i criteri in base ai quali gli Stati membri possono fornire un sostegno pubblico, tramite strumenti di capitale e/o strumenti ibridi di capitale, a favore di imprese in difficoltà finanziarie a causa della pandemia (al link https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2020:164:FULL&from=IT).

[6] Cfr. *State aid: Commission adopts Temporary Framework to enable Member States to further support the economy in the Covid-19 outbreak*, 19 March 2020, p. 1 (al link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_496).

[7] L'accordo raggiunto in seno all'Eurogruppo è stato approvato dal Consiglio europeo il 23 aprile 2020: si veda *Covid-19: il Consiglio adotta lo strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione in un'emergenza (SURE)*, 19 maggio 2020 (al link https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/05/19/covid-19-council-reaches-political-agreement-on-temporary-support-to-mitigate-unemployment-risks-in-an-emergency-sure/).

[8] Si veda *Parte il fondo BEI di 25 miliardi, punta ad attivarne 200 per sostenere l'economia,* 16 aprile 2020 (notizie al link https://www.eunews.it/2020/04/16/parte-fondo-bei-25-miliardi-spera-

d. La discussione politica, oltre alle reti di sicurezza per i lavoratori e per le imprese, ha avuto al centro anche il profilo degli aiuti ai paesi. Il dibattito si è in particolare focalizzato da un lato sulla questione di un intervento da attuare attraverso lo strumento già esistente del Meccanismo europeo di stabilità (Mes, nell'acronimo inglese Esm-*European stability mechanism*), dall'altro lato è stata avanzata la proposta (inizialmente dalla Francia) di creare un fondo finanziato da *bond* comuni per la ripresa economica.

d.1. Rispetto al Mes le proposte presentate ne hanno reinterpretato il ruolo, dotandolo di una ulteriore linea di credito precauzionale con attivazione limitata però alle spese per cure e prevenzione sanitaria, congelandone la condizionalità a questo fine[9]. Nella sostanza si tratterebbe della concessione di prestiti ai paesi richiedenti, rapportati al 2 per cento del Pil, vantaggiosi sul piano economico e a bassa condizionalità, punto quest'ultimo su cui molti mostrano però riserve[10]. Il dato interessante da sottolineare è che, da un lato, ci si sia sforzati di ridisegnare gli strumenti di *governance* sul piano economico dotando l'Ue di una modalità alternativa di intervento a sostegno degli stati, e che, dall'altro lato, le debolezze della soluzione adottata sul piano della certezza giuridica[11] potrebbero innescare una revisione del trattato sul Mes e del regolamento di attuazione[12] la quale prenda atto della necessaria flessibilità richiesta nel caso di *shock* sistemici.

Il Mes è in effetti diventato la punta dell'iceberg delle contraddizioni che contraddistinguono la costruzione europea a far tempo dell'ideazione con il Trattato di Maastricht del 1992 di una banca centrale europea limitata nelle sue funzioni (alla stessa è impedito di svolgere il ruolo di prestatore di ultima istanza), tanto da affiancarle il Mes, una sorta di "banca sovrana" che appunta le armi della stessa con però tutti i limiti che l'esperienza greca ha fatto emergere, sconsigliandone fortemente l'utilizzo.

d.2. Con riguardo all'altro elemento del pacchetto di sicurezza ideato a livello Ue, costituito dal *Recovery fund*, il fatto di particolare rilievo è che due paesi fondatori e di gran peso, guidati da Emmanuel Macron e Angela Merkel, abbiano

---

attivarne-200-sostenere-leconomia/129083).

[9] Per ricostruire il percorso dell'intervento si può vedere *ESM's role in the European response,* 18 maggio 2020 (a link https://www.esm.europa.eu/content/europe-response-corona-crisis).

[10] Interessante sul punto il webseminar organizzato dal Cesifin il 18 maggio: *Mes o non Mes? Come uscirà l'Europa dal Covid-19?,* disponibile al link https://www.cesifin.it/mes-o-non-mes-come-uscira-leuropa-dal-covid-19-video/.

[11] Gli accordi poggiano infatti su quella che può definirsi *soft law* nel senso vero: si veda in particolare la lettera del 7 maggio siglata dal vice presidente della Commissione Valdis Dombrovskis e dal commissario Paolo Gentiloni (al link https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/letter_to_peg.pdf).

[12] Il Trattato sul MES è stato stipulato tra i 19 paesi dell'Eurozona nel 2012 (si può leggere al link https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/20150203_-_esm_treaty_-_it.pdf) ad esso ha fatto seguito il famigerato regolamento (Ue) n. 472/2013 del 21 maggio *sul rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri nella zona euro che si trovano o rischiano di trovarsi in gravi difficoltà per quanto riguarda la loro stabilità finanziaria*, ove si prevede l'intervento della c.d. troika a seguito del sostegno ricevuto dal paese in stato di necessità.

trovato l'accordo per proporre la mutualizzazione del debito attraverso la raccolta sui mercati – destinata ai paesi maggiormente colpiti dalla crisi economica conseguente a quella sanitaria – pari a 500 miliardi di euro, da finanziare con *bond* a lunga scadenza ed erogati sotto forma di prestiti a fondo perduto[13].

Trattasi di uno slancio a dir poco "storico" che però segue un evento estemporaneo, ma idoneo a picconare il progetto europeo – sostanzialmente fermo (è bene ricordarlo) agli anni Novanta allorquando furono lanciati l'introduzione dell'euro e l'istituzione della Bce –, costituito dalla sentenza della Corte costituzionale di Karlsruhe del 5 maggio[14] la quale ha messo in discussione proprio i due perni fondamentali della costruzione europea: la moneta unica e il primato del diritto unionale. L'aver posto in dubbio l'operato della Bce (sotto accusa è finito nella sostanza il "*whatever it takes*" di Mario Draghi) ha in pratica dato evidenza alla sorte assegnatale di sostenere, pur nei limitati spazi di autonomia disponibili, il peso dell'integrazione europea nel contesto delle contraddizioni che la caratterizzano[15]. Nella sostanza tale decisione, oltre a mostrare l'incoerenza di fondo del ruolo di una banca centrale messa in prima linea nel sopportare la solidarietà verso le economie più fragili, ha nuovamente fatto tornare al pettine il nodo della natura dell'Ue e il dibattito che vede contrapposta un'Europa "federale" a quella "degli Stati". In definitiva, la sentenza della Corte tedesca dà evidenza al mancato salto di qualità che l'Ue non è sin qui riuscita fare per trasformarsi da un'unione interstatale, regolata dai singoli trattati che via via ne hanno scandito il cammino, ad una entità sovranazionale superiore che si fa "stato", unendo in essa i singoli paesi che la compongono.

---

[13] Si veda TIDEY , *Macron and Merkel back EU bond to raise €500 billion for Covid-19 recovery plan,* 19 maggio 2020 ove il link alla dichiarazione stessa (reperibile su https://www.euronews.com/2020/05/18/macron-and-merkel-back-eu-bond-to-raise-500-billion-for-covid-19-recovery-plan). Non va sottaciuto il ruolo importante che nel disegno di un futuro ambizioso dell'Europa stanno giocando il presidente dell'Europarlamento, David Sassoli, che da mesi lavora alla *Conferenza sul futuro dell'Europa*, sostenuto anche dalla Commissione, con l'attivismo del "nostro" commissario all'economia Paolo Gentiloni, che trova spesso una sponda sia nella presidente della Commissione Ursula vond der Leyen sia in Christine Lagarde, presidente della Bce. Un inquadramento dei problemi in A. VILLAFRANCA, *Recovery Fund: volata finale,* 22 maggio 2020 (https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/recovery-fund-volata-finale-26261).

[14] La sentenza si può leggere in inglese al link https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200505_2bvr085915en.html.

[15] Un'interessante visione d'assieme nei contributi richiesti dal Parlamento europeo e pubblicati in AA.VV., *The ECB's Mandate: Perspectives on General Economic Policies,* in *Monetary Dialogue*, June 2020, di R.M. LASTRA, K. ALEXANDER, *The ECB Mandate: Perspectives on Sustainability and Solidarity Authors*, p. 5 ss. : K. WHELAN, *The ECB's Mandate and Legal Constraints,* p. 31 ss., J.E. GAGNON, J.F. KIRKEGAARD, D. W. WILCOX, C.G. COLLINS, *The Dimensions of Responsibility: Perspectives on the ECB's Monetary Policy*, p. 56 ss. , C. BLOT, J. CREEL, E. FAURE e P. HUBER, *Setting New Priorities for the ECB's*, p. 83 ss., G. CLAEYS, *The ECB in the Covid-19 Crisis: Whatever it Takes, Within its Mandate*, p. 115 ss. (al link https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648814/IPOL_STU(2020)648814_EN.pdf).

La proposta franco-tedesca segna un colpo di remi significativo poiché muove dall'insufficienza di un progetto europeo ancorato solo all'Unione monetaria e fa propria la necessità di avviare una solidarietà che coinvolga anche il bilancio dell'Ue. Il passo all'avanguardia avviato da Germania e Francia per l'Ue poggia infatti sulla proposta di consentire alla Commissione di combattere la recessione tramite l'istituzione di un fondo solidale per la ripresa economica a favore dei paesi più colpiti dalla pandemia. Ma v'è di più in quanto nel documento congiunto predisposto da Macron e Merkel si intravede anche la prospettiva di una meta ancor più alta, si afferma infatti: "La Conferenza sul futuro dell'Europa offre l'opportunità di aprire un dibattito democratico su larga scala in merito al progetto europeo, alle sue riforme e alle sue priorità"[16], lasciando intendere che l'accordo possa andare oltre il *Recovery fund* e potrà coinvolgere il più ampio piano istituzionale le cui vulnerabilità (sul piano della portata dell'autonomia della Bce e del riconoscimento effettivo di un giudice di ultima istanza) la Corte costituzionale tedesca ha ben fatto emergere. Il terreno resta minato e il futuro incerto, alle istituzioni europee spetterà infatti il compito di trovare il sentiero che metta d'accordo i paesi europei (hanno già manifestato la propria contrarietà Austria, Paesi Bassi, Danimarca e Svezia, il c.d. club dei *frugal four*), la rotta però segnata con il sasso scagliato da due paesi fondatori e di peso nell'Ue difficilmente potrà essere ignorata.

Il rischio dell'implosione dell'Ue al momento si è dunque allontanato grazie alla "*svolta senza precedenti*" (per usare le parole di Gentiloni) intrapresa dalla Commissione, che ha fatto proprio tale progetto ed ha presentato una proposta all'Europarlamento di istituire un *Recovery fund* (ribattezzato *Next generation*) da 750 miliardi – di cui 500 sotto forma di sovvenzioni – da finanziare con obbligazioni da raccogliere sul mercato, rientranti nell'ambito del quadro finanziario pluriennale dell'Ue e da destinare alla ripresa economica[17].

e. In buona sostanza, questo veloce richiamo degli accordi realizzati a livello Ue, chiuso proprio nel momento di questo storico intervento della Commissione (cui si spera seguano quelli degli altri co-legislatori) intendeva far emergere come la pandemia da covid19 abbia in breve tempo dato luogo a misure di grande impatto ai fini della realizzazione di una robusta rete di sicurezza che abbraccia i

---

[16] Si veda *A french-German Initiative for the European Recovery from the Coronavirus Crisis*, Pressemitteilung N.173/20, 18 maggio 2020 (al link https://www.bundeskanzlerin.de/resource/blob/656734/1753772/414a4b5a1ca91d4f7146eeb2b39ee72b/2020-05-18-deutsch-franzoesischer-erklaerung-eng-data.pdf). Per una visione d'assieme sugli impegni finanziari assunti dall'Europa si vedano C. FERGUSON, M. PARI, S. SPINACI, *EU budgetary and financial response to the coronavirus crisis,* EPRS, May 2020 (al link https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/651925/EPRS_BRI(2020)651925_EN.pdf).

[17] Si veda *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committe and the Committee of the Regions. Europe's moment: Repair and Prepare for the Next Generation* {SWD(2020) 98 final}, COM(2020) 456 final, Brussels, 27 maggio 2020. (https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-europe-moment-repair-prepare-next-generation.pdf).

cardini essenziali dell'economia europea. Nell'insieme tali misure danno il segnale che sul piano funzionale stiano emergendo una visione "di sistema" ed enzimi di autentico federalismo, possibile preludio di rinnovati (e auspicati) rapporti tra Ue e stati nazionali. Ma, come si dirà più avanti, sulla speranza che ciò accada pesano diverse incognite.

Nell'ottica di fornire un ampio scenario degli interventi a supporto dell'economia europea messa a dura prova crisi in corso, nelle pagine che seguono ci soffermeremo sul ruolo assegnato al sistema finanziario, e in particolare a quello bancario, da sempre pilastro imprescindibile per il sostegno della capacità produttiva di un paese.

B. Come sottolineato da esponenti della Banca d'Italia, gli indicatori di mercato hanno mostrato sin da subito l'esposizione delle banche agli effetti economici della pandemia: riduzione marcata delle quotazioni azionarie (meno 40 per cento nel primo mese e mezzo) e revisioni al ribasso degli utili attesi. A questo si è aggiunto il peggioramento delle condizioni di rifinanziamento sui mercati obbligazionari e il rischio di aumento del tasso di deterioramento dei prestiti per lo *choc* macroeconomico indotto dalla pandemia[18]. La crisi è intervenuta poi in un momento in cui la regolamentazione bancaria stava apprestando una nuova stretta sul rafforzamento dei presidi prudenziali e patrimoniali[19].

La Commissione europea, nella Comunicazione del 13 marzo sottolineava l'importanza del ruolo del settore bancario nel mantenere flussi di liquidità per l'economia e prendeva atto delle decisioni assunte il giorno precedente dalla Bce sul fonte della politica monetaria, dal Meccanismo di vigilanza unico e dall'Abe riguardo alle misure da adottare al fine di attenuare l'impatto del covid-19 sul settore bancario dell'Ue, invitando le autorità competenti "*ad adottare un approccio coordinato e a specificare ulteriormente come utilizzare al meglio la flessibilità offerta dal*

[18] Si vedano *Iniziative della Task Force per la liquidità del sistema bancario nell'emergenza sanitaria*, Audizione presso la Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema bancari e finanziario di Paolo ANGELINI (Capo del Dipartimento Vigilanza bancaria e finanziaria della Banca d'Italia) e di Giorgio GOBBI (Capo del Servizio Stabilità finanziaria della Banca d'Italia), Palazzo dei Gruppi parlamentari, Roma, 15 aprile 2020, p. 6 s. ove si sottolinea le difficoltà per il processo di rafforzamento di quei segmenti del mercato bancario di piccole dimensioni contraddistinte da un modello imprenditoriale tradizionale. Nel documento sono anche indicate le misure intraprese dal Governo italiano (sostegno alle famiglie tramite il rafforzamento del Fondo di solidarietà per i mutui per l'acquisto della prima casa; moratoria straordinaria sui crediti in essere delle PMI, un programma di garanzie pubbliche sui nuovi prestiti) e dalla stessa Banca d'Italia a seguito delle misure monetarie espansive decise dalla Bce (al link https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-vari/int-var-2020/Angelini-Gobbi-15052020.pdf), sul punto qualche dettagli più avanti.

[19] Il riferimento va in particolare al *new banking package* del maggio 2019: per alcuni riferimenti sia permesso il rinvio a BROZZETTI, *Il pacchetto bancario sul rafforzamento del quadro prudenziale e di gestione delle crisi: la revisione del Meccanismo unico di risoluzione, secondo pilastro dell'Unione bancaria, tramite il regolamento (UE) 2019/877,* in *Dir. banc. merc. fin.,* 2020, II, p. 43 ss.

quadro dell'UE" [20]. Il diktat è stato in particolare quello di provare ad allargare le maglie della regolamentazione a livello soprattutto di trattamento prudenziale dei prestiti, di applicazione delle regole contabili e dell'utilizzo delle riserve di capitale.

In effetti, Mario Draghi – in un efficace intervento pubblicato dal *Financial Times* – ha subito segnato una rotta a dir poco saggia: "*Neither regulation nor collateral rules should stand in the way of creating all the space needed in bank balance sheet*" al fine di rispondere in modo adeguato alla pandemia da coronavirus, una "*human tragedy of potentially biblical proportions*"[21]. Si è visto come le istituzioni europee si siano preoccupate sia della prevenzione dei problemi di liquidità, possibile anticamera della loro trasformazione a catena in *default,* sia del mantenimento della capacità produttiva del sistema economico. In tale contesto risultava altresì indispensabile preservare il funzionamento dei mercati finanziari e la stabilità sistemica. Le azioni messe in campo hanno agito sia sul fronte della politica monetaria sia su quello della vigilanza prudenziale.

I. Rispetto al primo, il principale dato positivo è quello dell'"ordine" riportato nei mercati finanziari (indispensabile per consentire adeguati interventi dei governi nazionali) grazie alla realizzazione di una solida posizione di liquidità del sistema a seguito dell'azione di politica monetaria attuata dalla Bce (parallela a quella della *Federal Reserve* americana) che è andata incontro alle esigenze di rifinanziamento delle banche. Il punto da evidenziare è che il consiglio direttivo della Bce (dopo lo scivolone iniziale della Presidente)[22] sin da subito ha dato il messaggio di essere pronto ad adottare le misure necessarie per sostenere l'eurozona (un nuovo "*whatever it takes*").

Le condizioni monetarie sono state dunque allentate con l'attivazione di misure a supporto dell'erogazione di credito all'economia mediante sia operazioni di rifinanziamento, agevolati con meno stringenti criteri di idoneità del collaterale (le attività conferite in garanzia)[23] sia l'avvio di un nuovo programma di acquisto di titoli in risposta all'insorgere di turbolenze nei mercati

[20] La *Comunicazione* è stata già richiamata a nt. 2, cfr. il riquadro del par. 4.1.

[21] Si veda DRAGHI, *We face a war against coronavirus and must mobilise accordingly,* in *Financial Times,* 25 March 2020.

[22] Sull'incertezza iniziale della Bce si veda in particolare A. BAGLIONI, *Madame Lagaffe prova a rimediare,* in *lavoce.info,* 20 marzo 2013, al link https://www.lavoce.info/archives/64400/madame-lagaffe-prova-a-rimediare/); sulle misure assunte il 12 marzo si veda il comunicato stampa *ECB Banking Supervision provides temporary capital and operational relief in reaction to coronavirus,* al link (https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/pr/date/2020/html/ssm.pr200312~43351ac3ac.en.html).

[23] Si veda in particolare l'*Indirizzo (Ue) 2020/634 della Banca Centrale Europea del 7 maggio 2020 che modifica l'indirizzo BCE/2014/31 relativo a misure temporanee supplementari sulle operazioni di rifinanziamento dell'Eurosistema e sull'idoneità delle garanzie,* (BCE/2020/29) (al link https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex_32020o0634_it_txt.pdf).

finanziari (alle prese con i *downgrade* dei titoli pubblici e privati da parte delle agenzie di rating)[24].

II. Rispetto al secondo punto, va premesso che in merito al funzionamento del sistema finanziario, ingranaggio indispensabile per il sostegno all'economia, le riforme antecedenti alla pandemia riferite ai requisiti prudenziali per il settore bancario, avevano irrobustito sul piano patrimoniale le banche e ciò ha reso possibile la scelta di renderle protagoniste nell'attivazione del canale dei finanziamenti da far transitare verso il settore economico. I devastanti effetti economici della pandemia hanno innescato una linea di azione congiunta che ha registrato interventi sia della *soft law* che di quella *hard* volti a valorizzare gli spazi di flessibilità consentita dalle regole nonché a rivedere alcuni dei vincoli esistenti al fine di aumentare la capacità operativa delle banche e delle autorità di vigilanza.

In tale ottica il Comitato di Basilea ha dapprima disposto di rinviare l'attuazione degli elementi finali del quadro di Basilea III[25] ha poi stabilito misure supplementari (chiarimenti tecnici, emendamenti, rinvio dell'implementazione del *framework* sulle banche sistemiche a livello globale, le c.d. G-Sib) per attenuare l'impatto degli effetti economici del coronavirus[26]. A livello europeo gli interventi hanno avuto due direzioni specifiche: 1) da un lato, letture interpretative tese a far emergere la flessibilità presente nel codice bancario europeo, e in particolare del reg. n. 575/2013, c.d. Crr-*Capital requirements regulation*[27], nonché modifiche

[24] La Bce, nelle riunioni del 12 e 18 marzo ha agito sia tramite un incremento del programma già esistente di acquisto di attività finanziarie APP-*Expanded asset purchase programme*), sia mediante l'avvio di un nuovo programma destinato all'acquisto di titoli per l'emergenza pandemica (PEPP-*Pandemic emergency purchase programme*), il quale include nuove operazioni di rifinanziamento a più lungo termine (LTRO*, longer-term refinancing operations*); nella decisione del 30 aprile è nuovamente intervenuta su quest'ultimo fronte: si veda *Decisione (Ue) 2020/614 della Banca Centrale Europea del 30 aprile 2020 che modifica la Decisione (UE) 2019/1311 su una terza serie di operazioni mirate di rifinanziamento a più lungo termine* (BCE/2020/25), ove anche una cronistoria di quanto già fatto (al link https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/celex_32020d0614_it_txt.pdf). Per approfondimenti si rinvia a C. STAMEGNA – A. DELIVORIAS, *Developing a pandemic emergency purchase programme Unconventional monetary policy to tackle the coronavirus crisis*, EPRS, April 2020 (al link https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649397/EPRS_BRI(2020)649397_EN.pdf).

[25] Si veda il comunicato stampa *Governors and Heads of Supervision announce deferral of Basel III implementation to increase operational capacity of banks and supervisors to respond to Covid-19,* del 27 marzo 2020 (al link https://www.bis.org/press/p200327.htm). Si consideri che la relativa integrazione del Crr riguardo alle nuove norme sui requisiti patrimoniali basati sul rischio nonché a quelle sul coefficiente di leva finanziaria era stata già realizzata con il c.d. *new banking package* del maggio 2019 (in particolare con il regolamento Ue 2019/876, c.d. Crr2).

[26] Si veda il comunicato stampa *Basel Committee sets out additional measures to alleviate the impact of Covid-19*, del 3 aprile 2020 (al link https://www.bis.org/press/p200403.htm).

[27] In merito è particolarmente importante la *Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione dei quadri contabili e prudenziali per agevolare i prestiti bancari nell'UE. Sostegno alle imprese e alle famiglie nella pandemia di Covid-19*, COM(2020) 169 final, del 28 aprile 2020, inviata al Parlamento europeo e al Consiglio.

di questo volte a far interagire "armoniosamente" la regolazione con le misure necessarie per arginare la pandemia[28]; 2) la previsione di misure temporanee di natura eccezionale tese a massimizzare la concessione di finanziamenti e la capacità di assorbimento delle perdite.

a. Rispetto al *de jure condendo* va notato che la proposta modificativa del Crr persegue il fine di "*massimizzare la capacità degli enti creditizi di erogare prestiti e di assorbire le perdite connesse alla pandemia di Covid-19, garantendo nel contempo che rimangano resilienti*"[29]. Essa affronta vari aspetti tra cui l'adattamento della tempistica dell'applicazione dei principi contabili internazionali sul capitale regolamentare delle banche, il trattamento più favorevole delle garanzie pubbliche rilasciate a seguito della crisi, il rinvio della data di applicazione del *buffer* riguardante il coefficiente di leva finanziaria (del quale viene rivisto anche il calcolo); l'anticipo di alcune date riferite, ad esempio, alle disposizioni sull'esenzione di talune attività sotto forma di *software* dalle deduzioni di capitale, nonché sul trattamento specifico previsto per taluni prestiti garantiti (da pensioni o stipendi), e sul fattore di sostegno delle PMI e delle infrastrutture. Tali adeguamenti del codice bancario europeo andranno quindi a supportare le misure già adottate dalle autorità di vigilanza.

b. Rispetto al *de jure condito* di seguito accenniamo agli interventi posti in essere dalle istituzioni europee sulla base del quadro regolamentare esistente e dalla Bce nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico.

Con riferimento agli interventi della Banca centrale europea va notato come il livello micro e quello macroeconomico si siano fortemente intersecati. La Bce ha infatti fatto fronte all'emergenza attraverso sia misure di politica monetaria[30] sia interventi modificativi della vigilanza regolamentare di tipo prudenziale, in questo secondo caso in sintonia con l'Autorità bancaria europea-Abe.

Su tale piano le autorità creditizie hanno agito in particolare sui *buffer* di capitale e di liquidità imposti alle banche, consentendo alle medesime di far uso di tali aggregati per stimolare l'economia reale. Le riserve "procicliche" sono state introdotte con lo scopo di fronteggiare situazioni eccezionali e l'Abe ha difatti chiarito che i *buffer* prudenziali possono essere utilizzati in periodo di crisi tramite un allentamento dei vincoli che permetta alle riserve di capitale, a livello micro e macro- prudenziale, nonché a quelle di liquidità di essere destinate sia al finanziamento dell'economia sia al tamponamento delle perdite inerenti alla più alta rischiosità del credito concesso[31].

---

[28] Si veda la *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica i regolamenti (UE) n. 575/2013 e (UE) 2019/876 per quanto riguarda gli adeguamenti in risposta alla pandemia di Covid-19* (Testo rilevante ai fini del SEE) COM(2020) 310 final, Bruxelles, 28 aprile 2020.

[29] Tanto si legge nella *Relazione* alla proposta, p. 2.

[30] Se ne è fatto cenno poc'anzi in nota; per ulteriori dettagli si veda il *Comunicato stampa* del 12 marzo 2020 (una sintesi, unita ad una panoramica dei provvedimenti assunti, sul sito https://www.bancaditalia.it/media/notizia/bce-nuove-misure-a-sostegno-dell-emergenza-covid-19/).

[31] Per una panoramica dei provvedimenti assunti dall'Abe si può vedere il link

In effetti la capacità di finanziamento delle banche ha posto le stesse tra i canali prioritari per far convogliare flussi costanti di liquidità alle imprese e per garantire funzionalità ai mercati, il fatto che le autorità prudenziali, comprese quelle contabili (l'*International accounting standards board*), abbiano chiarito che la flessibilità prevista dalle regole dovesse essere messa in atto, ha reso possibili opportuni interventi sulla regolazione del sistema bancario riguardo alla classificazione dei crediti e al relativo calcolo degli accantonamenti. Il punto critico delle moratorie poste in essere dalle banche (anche *ex lege*) è stato infatti superato evitando che le stesse andassero ad incidere su una loro riclassificazione (il rischio era di rientrare in modo automatico tra le *forborne esposures* – crediti *in bonis* su cui sono state fatte concessioni – o peggio tra quelli deteriorati) con impatto sul rischio di credito e quindi sul patrimonio di vigilanza[32].

L'intento di ancorare le banche alla loro operatività prioritaria, ha spinto poi le autorità creditizie ad alleggerire sul piano regolamentare le incombenze a carico delle stesse derivanti dai processi normativi e di vigilanza (rispetto ad esempio agli obblighi di segnalazione), sono stati prolungati i termini riguardo alle comunicazioni per i piani di finanziamento o alle risposte alle consultazioni in corso. In tale ottica va evidenziato che la Bce ha riprogrammato le date di attuazione di alcune delle disposizioni di vigilanza, parimenti anche il Comitato di Basilea ha rinviato di un anno l'attuazione del *framework* regolamentare di Basilea 3, mentre l'Abe nella decisione del 12 marzo 2020 ha stabilito di rinviare gli *stress-test* in tutta l'Ue al prossimo anno[33].

Tra gli interventi adottati va anche tenuto presente l'utilizzo della possibilità di frenare la distribuzione di dividendi e bonus, aumentando quindi la capacità delle banche di sopportare la crisi in corso. Difatti, nell'intento di salvaguardare

---

https://eba.europa.eu/coronavirus.

[32] Il punto chiama in causa il profilo contabile e in particolare il principio IFRS 9, che in questo caso avrebbe determinato un passaggio di "stadio" (dall'1 al 2), stemperandone l'automatismo, che ha consigliato di avvalersi del regime transitorio. In merito va segnalato che l'Abe ha emanato delle linee guida riguardo alla classificazioni da adottare in caso di moratoria legale o di altro tipo si veda in particolare EBA, *Statement on the application of the prudential framework regarding Default, Forbearance and IFRS9 in light of COVID19 measures*, 25 March 2020 (al link https://eba.europa.eu/eba-provides-clarity-banks-consumers-application-prudential-framework-light-covid-19-measures); cfr. altresì ESMA, *Accounting implications of the Covid-19 outbreak on the calculation of expected credit losses in accordance with IFRS 9*, ESMA32-63-951, 25 March 2020 (al link https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma32-63-951_statement_on_ifrs_9_implications_of_covid-19_related_support_measures.pdf); ulteriori approfondimenti anche nella lettera inviata dalla BCE agli enti significativi disponibile al link https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/letterstobanks/shared/pdf/2020/ssm.2020_letter_IFRS_9_in_the_context_of_the_coronavirus_Covid-19_pandemic.it.pdf?11f26fb6e228e86fd802ad8c268d1531. Va anche considerato che su questo punto (lo si è accennato) è stata messa in atto un'ulteriore modifica (la terza in poco meno di un anno) di uno dei pilastri del codice bancario europeo costituito dal reg. n. 575/2013, c.d. Crr-*Capital requirements regulation*.

[33] Si veda *EBA statement on actions to mitigate the impact of Covid-19 on the EU banking sector*, 12 March 2020 (al link https://eba.europa.eu/eba-statement-actions-mitigate-impact-covid-19-eu-banking-sector).

l'adeguatezza patrimoniale delle banche – funzionale sia per sostenere l'economia che per assorbire le perdite –, la Bce ha posto tra le priorità gestionali la conservazione del capitale proprio, rispetto alle distribuzioni di dividendi o al riacquisto di azioni finalizzati alla remunerazioni degli azionisti, ed ha "raccomandato" alle banche significative di astenersi da tali comportamenti "*per la durata dello shock economico correlato alla Covid-19*" (al momento la scadenza è fissata al 1° ottobre 2020); il consiglio di non effettuare "*distribuzioni discrezionali di dividendi*" è stato esteso anche agli enti creditizi "*meno significativi*"[34].

C. Lo scopo di questa rapida rassegna di alcuni degli interventi posti in atto a livello europeo, oltre a quello di togliere legna al fuoco dei pericolosi nazionalismi emersi – dando conto dell'inusuale e coordinata forza di reazione verificatasi in sede Ue nonché del possibile salto di qualità dello stesso disegno europeo –, voleva mettere in evidenza alcuni punti chiave.

a. Un primo insegnamento che la crisi pandemica ha impartito riguarda il piano delle scelte di politica legislativa; è emersa infatti la particolare valenza di costruire regole con possibili bande di discrezionalità attivabili dalle autorità responsabili della loro attuazione. Si è riscontrato un coro unanime e trasversale (sul piano della politica economica, monetaria e creditizia) sulla necessità di poter disporre di margini di flessibilità. La sintetica cronistoria fatta mostra come siano stati affinati i paradigmi regolamentari esistenti utilizzando l'elasticità già prevista (emblematico il caso degli aiuti di stato nonché dell'attivazione della clausola di sospensione prevista dal Patto di stabilità e crescita) e, ove necessario, fornendo interpretazioni delle norme (penso in particolare alla regolazione bancaria) che potessero andare in tal senso.

Nel momento in cui era riscontrabile tale flessibilità si sono così potuti mitigare gli effetti della pandemia attraverso l'attivazione dei relativi strumenti da parte delle autorità di regolamentazione e supervisione (a livello globale/internazionale, regionale/europeo e domestico/nazionale); pertanto, *nulla quaestio* nel caso in cui le norme permettano quei margini (si pensi ad esempio al rilascio delle riserve di capitale). Chiaramente la situazione si complica se questi margini debbano essere trovati con processi interpretativi[35] o normativi che, soprattutto a livello europeo, sono particolarmente articolati nei tempi e nei

[34] Si vedano i consideranda 1-3 della *Raccomandazione della Banca centrale europea, del 27 marzo 2020, sulla distribuzione di dividendi nel corso della pandemia di Covid-19 e che abroga la raccomandazione BCE/2020/1*, (BCE/2020/19), 01 in *GUUE n.* 2020/C 102/I del 30 marzo 2020; per gli enti creditizi che non possano conformarsi alla raccomandazione poiché "giuridicamente obbligati a pagare dividendi" è posto l'obbligo di illustrare "immediatamente" le motivazioni al rispettivo gruppo di vigilanza congiunto: v. punto I.2. (al link https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2020:102I:FULL&from=EN). Questa raccomandazione va a sostituire quella del 17 gennaio emanata in vista della completa attuazione del codice bancario europeo (se ne veda il testo al link https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2020:030:FULL&from=EN).

[35] È stata infatti necessaria una comunicazione interpretativa della Commissione per dar conto della "flessibilità insita nel CRR": così nella *Relazione* alla proposta modificativa del 28 aprile.

modi[36]. In definitiva il segnale ricevuto è quello di riuscire a disegnare i contorni di "buone" legislazioni bancarie/del mercato finanziario per l'Ue (il corollario è anche quello della presenza nelle istituzioni responsabili della loro attuazione di competenze, oltre che altamente qualificate, anche particolarmente avvedute e lungimiranti). Lo stato di emergenza indotto dalla crisi del coronavirus ha infatti messo non solo l'Europa ma anche i singoli stati di fronte ai punti di forza e di debolezza del loro quadro normativo, ma altresì istituzionale[37].

b. La crisi del 2008 ha ribadito una verità fondamentale circa l'interesse pubblico che fa da collante tra Stato e sistema creditizio; la stabilità del sistema finanziario e dei mercati si presenta infatti come *conditio sine qua non* per attuare le misure a sostegno del progresso economico nazionale o dello spazio comune realizzato a livello europeo. L'impatto finale di questa crisi, paragonata sul piano degli effetti allo scoppio di una "guerra", rimane incerto.

Un punto di differenza rispetto alla precedente crisi è dato dal fatto che le banche non sono più nell'occhio del ciclone perché considerate causa della stessa, risultano, anzi, perno cruciale per poter arginare gli effetti devastanti sul piano sociale ed economico. Si pone però un problema molto delicato su un possibile e temibile effetto boomerang. Il settore bancario al momento in prima linea ha difatti difronte una rilevante incognita temporale: maggiore sarà la durata della crisi sanitaria più alti saranno i rischi, da un lato, di eccessivo indebitamento per le imprese con conseguenti ricadute sul buon funzionamento del canale bancario e, dall'altro lato, di possibili degenerazioni negli equilibri finanziari delle imprese idonei a compromettere anche la stabilità dello stesso sistema bancario[38].

In tale scenario la pandemia in corso dovrebbe allora fare nuovamente i conti con la frammentazione del sistema bancario dell'Ue (il *level playing field* sconta la diversa percezione del rischio per le banche situate in paesi fortemente indebitati) e l'assenza di una condivisione dei rischi a livello dell'area euro: il completamento dell'Unione bancaria con il sistema europeo di assicurazione dei depositi da

[36] Il riferimento va all'ennesima revisione del Crr che nel giro di un anno è stato modificato a maggio e novembre 2019 ed ora ad aprile 2020.

[37] Una interessante indagine sul piano del quadro costituzionale con riferimento alla presenza o meno di misure per lo stato di emergenza e sul controllo parlamentare adottato, è stato svolto in seno al Parlamento europei in due documenti: 1) una prima panoramica delle risposte alla pandemia di Belgio, Francia, Germania, Ungheria, Italia, Polonia e Spagna in AA.VV., *States of emergency in response to the coronavirus crisis: Situation in certain Member States,* 4 maggio 2020 (al link http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649408/EPRS_BRI(2020)649408_EN.pdf); 2) il secondo studio ha invece preso in considerazione Bulgaria, Estonia, Lettonia, Malta, Austria, Romania e Slovenia, si v. AA.VV., *States of emergency in response to the coronavirus crisis: Situation in certain Member States II*, 13 maggio 2020 (al link http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/651914/EPRS_BRI(2020)651914_EN.pdf)

[38] Si veda in tal senso l'intervento congiunto, nell' ordine, del vice-presidente della Deutsche Bundesbank, vice-governatore della Banque de France e vice-direttore generale della Banca d'Italia C.M. BUCH, S. GOULARD E L.F. SIGNORINI, *Come unire economia e sanità: La vera forza dell'Europa,* in repubblica.it, 5 maggio 2020 (reperibile al link https://www.repubblica.it/economia/2020/05/05/news/come_unire_economia_e_sanita_la_vera_forza_dell_europa-255741549/).

tempo preannunciato è infatti di là da venire. È pur vero che la revisione al codice bancario europeo del maggio 2019 ha toccato uno dei profili cruciali per la soluzione delle crisi bancarie: la presenza, proiettata però nel futuro, di fondi *ad hoc* destinati a sopportare la crisi in prima battuta agevolando il c.d. *bail-in*. Manca quindi un altro dei tasselli fondamentali nella riforma delle regole innescata dalla crisi del 2008[39], il che impone prudenza e desta preoccupazioni sulla tenuta della c.d. *safety net* di sistema.

c. Le incertezze si intrecciano con, e minano anche la, "speranza" (con cui abbiamo chiuso la prima parte di queste note) che popoli e istituzioni europei guardino in modo propositivo e previdente alle *next generation*. In definitiva il problema, tra i più seri, riguarda la *governance* stessa dell'Europa. Dopo essersi (per certi versi) "liberata" dal potere di veto della Gran Bretagna, l'Europa si trova ora impantanata sul piano decisionale (qualora vincolato dal *quorum* dell'unanimità dei voti) in quello di uno sparuto gruppo di "piccoli" paesi chiusi negli egoismi nazionali. Gli stessi beneficiano infatti del principio democratico di tipo mutualistico "una testa, un voto", ma ne dimenticano le fondamenta proprie delle società cooperative: il vincolo solidaristico che lega i soci. Ecco allora che, se dovesse fallire la "svolta storica" iniziata da Francia e Germania – ma fortemente auspicata anche dall'Italia (tramite soprattutto i "suoi" esponenti autorevoli in sede Ue) –, diviene indispensabile prendere atto che quel modello decisionale oltre a creare disfunzioni può mettere a rischio la stessa tenuta dell'Europa. Trattasi di un punto di riflessione delicato (peraltro ricorrente: penso all'Atto unico europeo del 1986), dal quale però non ci si potrà a lungo sottrarre.

(28-05-2020)

[39] Per una visione d'assieme mi permetto di rinviare al mio "Ending of too big to fail" *tra* soft law *e ordinamento bancario europeo. Dieci anni di riforme,* Bari, 2018.

MISURE FISCALI PER LA RIPRESA *POST* COVID-19: L'ITALIA NON SPRECHI L'OCCASIONE PER RIFONDARE IL PROPRIO SISTEMA TRIBUTARIO

Antonio Marinello

Ricercatore di Diritto tributario,
Università degli Studi di Siena

La propagazione del coronavirus Covid-19 ha posto gli Stati di fronte ad un'emergenza sanitaria di enormi proporzioni, con ricadute economiche e sociali senza precedenti e pesantissime ripercussioni finanziarie.

Su queste ultime, in particolare, si è soffermato il Governatore della Banca d'Italia Ignazio Visco nelle "*Considerazioni finali*" presentate il 29 maggio 2020 a Palazzo Koch, ricordando come negli ultimi tre mesi sono sprofondate ai minimi storici le quotazioni del petrolio sui mercati internazionali, così come sono crollate le quotazioni delle azioni e delle obbligazioni di società con merito di credito meno elevato. Improvvisi e bruschi deflussi di capitali hanno determinato un ampio deprezzamento delle valute di molti Paesi emergenti, con correlati rischi di instabilità economico-finanziaria. Per effetto di questi, e di altri consimili fattori, le pressioni deflazionistiche attese a breve potrebbero essere forti e persistenti nel tempo, determinando gravi incognite per l'andamento dell'economia in Italia e nell'intera area euro (I. Visco, *Considerazioni finali*, 29 maggio 2020).

Per quanto riguarda il nostro Paese, nel primo trimestre il Pil ha registrato una flessione nell'ordine del 5%, ma gli indicatori disponibili segnalano il rischio di una contrazione ancora più marcata nel secondo. Nello scenario di base la flessione dell'attività produttiva nel 2020 sarebbe pari al 9% e, senza il sostegno alla domanda fornito dalle politiche di bilancio finora definite, la caduta dell'attività economica supererebbe l'11%.

Previsioni se possibile ancora più fosche riguardano la crescita del disavanzo (previsto al 10,4% del Pil nel 2020) e l'aumento del peso del debito pubblico sul prodotto interno lordo di 21 punti percentuali, fino al 156%.

Un lascito così pesante impone una presa di coscienza della dimensione delle sfide che attendono il sistema-Paese nei prossimi anni, a cominciare dalla necessità cruciale di rifondare il sistema fiscale italiano, dando corpo ad un processo di ricostruzione radicale che è ormai indifferibile (come già evidenziato da A. Giovannini, *Crescere in equità*, FrancoAngeli, Milano, 2019, 73 ss.).

Fino ad ora, il governo italiano si è mosso principalmente nella doverosa direzione di sostenere la liquidità degli operatori economici, oltre che per i necessari interventi di carattere assistenziale [cfr. R. Lupi, *Decreto Curaitalia: se si sa spendere (e distinguere) non ci sono limiti,* in *Diritto bancario*, 20 marzo 2020 e, nella stessa Rivista, T. Tassani, *Misure fiscali "pandemiche" contro la recessione da coronavirus*, 1 aprile 2020].

Questo è avvenuto a partire già dal d.l. n. 18/2020 (c.d. "cura Italia"), contenente le prime misure emergenziali volte a rinviare i termini di versamento dei tributi, a facilitare l'accesso al credito e ad erogare sussidi per coprire talune spese improrogabili o necessarie (per una rassegna dettagliata di questi provvedimenti, cfr. M. Balzanelli – G. Valcarenghi, *Sospensioni e incentivi per fronteggiare l'emergenza Covid-19*, in *Fisco*, 2020, 1621 ss.).

Va da sé che questo intervento iniziale ha contribuito a creare anche alcune situazioni di chiara disparità di trattamento, sul piano procedimentale e processuale, tra Amministrazione finanziaria e contribuenti, parzialmente corrette negli interventi successivi (su questi aspetti, M. Bruzzone, *La sospensione dei termini processuali per Fisco e contribuente non può viaggiare su "doppio binario"*, in *Fisco*, 2020, 1421 ss.). Tuttavia, al di là di talune censurabili approssimazioni, lo spirito di fondo delle misure adottate in questa prima fase emergenziale è stato quello, in sé condivisibile, di fornire una risposta immediata ai problemi più urgenti indotti dalla crisi sanitaria.

Occorre però essere consapevoli che si è trattato di misure tampone, necessariamente prive di un qualsivoglia ordine sistematico, sulle quali non può certo essere edificata la fase successiva, quella della reazione e, si spera, della rinascita dalla crisi.

In questo senso, l'esperienza maturata con la crisi è importante, perché ha dimostrato la necessità di accelerare la digitalizzazione dei processi e di ripensarne l'organizzazione: la rete fissa a banda larga, ad esempio, copre meno di un quarto delle famiglie italiane, contro il 60% della media europea, con una penalizzazione particolarmente accentuata nel Mezzogiorno. Tra l'altro, il forte *turn over* atteso nei prossimi anni renderà possibile l'ingresso nel mercato del lavoro di molti giovani, nativi digitali e già ferrati dalla crisi Covid-19: su di essi occorrerà puntare e investire, affrontando i problemi di fondo del sistema scolastico, dell'Università e della ricerca. Lo Stato italiano, è noto, investe nel sistema universitario circa 8 miliardi all'anno, la metà in rapporto a quanto spendono i Paesi a noi più vicini, e ben al di sotto dei 13 miliardi che investiva appena una dozzina di anni fa: un livello così basso di investimenti nella principale infrastruttura educativa del Paese è inaccettabile, occorre invertire la rotta e puntare con decisione sulla qualità del capitale umano.

Ciò ricordato, nel lungo percorso di ricostruzione dell'economia italiana le misure di carattere tributario dovranno avere un ruolo essenziale. Almeno in un primo momento gli incentivi fiscali dovranno riguardare ampi settori dell'economia, perché l'impatto della crisi è stato generalizzato e colpisce direttamente o indirettamente ogni filiera ed ogni singolo operatore.

Un aspetto cruciale riguarderà l'adeguatezza delle misure, nel senso che sarà necessario evitare interventi eccessivamente intrusivi, strappi troppo laceranti nel già fragile tessuto dei rapporti tra Fisco e contribuente.

Voglio fare due esempi estremi (e contrapposti) di interventi che, a mio modo di vedere, andrebbero evitati.

Da un lato, occorrerà scongiurare il ricorso a forme di condono generalizzato, più demagogiche e diseducative che mai in un momento storico in cui il patto fiscale tra Stato e cittadini andrebbe semmai rinsaldato in una prospettiva duratura.

Al tempo stesso, però, sarebbe auspicabile rifuggire da forme di imposizione straordinarie ed estemporanee. Mi rendo conto che la tentazione di reperire risorse straordinarie attraverso un prelievo fiscale di carattere eccezionale sia più che comprensibile, oltre che storicamente fondata (si veda, al riguardo, il saggio di Luigi Einaudi, *L'imposta patrimoniale*, pubblicato nel marzo del 1946 dalle Edizioni de "La città libera", Roma, quando molto accesi erano la discussione e il confronto su come far ripartire l'economia italiana dopo la tragedia della guerra e il collasso economico). Del resto, anche nel recente passato non sono mancati interventi di questo tipo, peraltro in situazioni difficili ma senz'altro meno drammatiche di quella che stiamo vivendo. Basterà qui ricordare la messe di prelievi fiscali straordinari con i quali furono puntellate le casse dello Stato nell'estate del 1992 (dall'introduzione dell'imposta "straordinaria" sugli immobili – ISI – che di lì a poco sarebbe stata trasformata nella più ordinaria e lessicalmente rassicurante imposta "comunale" sugli immobili – ICI – fino al famigerato prelievo fiscale straordinario sui conti correnti bancari) o, in tempi a noi più vicini, il corposo pacchetto di misure fiscali straordinarie adottato nel novembre 2011 dal governo Monti (contenute principalmente nell'evocativo decreto "salva Italia").

Anche un'imposizione straordinaria, tuttavia, esattamente come un condono, avrebbe il solo effetto di incrinare il già compromesso clima di fiducia tra Fisco e cittadino. Ed è un lusso che in un momento dedicato alla ricostruzione non potremmo permetterci.

Le misure tributarie da adottare dovranno riguardare, come detto, ampi settori dell'economia e solo in una prospettiva di lungo periodo sarà possibile sistematizzare i provvedimenti, operando scelte mirate e selettive di politica fiscale, ad esempio per orientare una decisa transizione del nostro sistema verso un'economia più verde e più digitale.

Ma l'importante sarà non parcellizzare gli interventi e cogliere, piuttosto, l'occasione, per rifondare il sistema tributario in modo strutturale e permanente.

Penso, ad esempio, alla necessità di detassare in modo organico e duraturo gli investimenti produttivi, collegando questo tipo di misure a una decisa riduzione dell'imposizione sui redditi da risparmio, il cui livello attuale (26%) appare ingiustamente elevato per i piccoli risparmiatori.

D'altra parte, la ricchezza netta, reale e finanziaria, degli italiani rimane ancora elevata (8,1 volte il reddito, contro la media europea di 7,3). Il debito delle

famiglie italiane è al 62% del proprio reddito disponibile, contro una media europea del 95% e il picco del 200% toccato dalla «frugale» Olanda. L'elevata consistenza del risparmio privato è sempre stata portata ad esempio della solidità del Paese, della sua diligenza civica e, in fondo, della sostenibilità del debito pubblico (su questo tema si veda, però, la preoccupata analisi di Salvatore Morelli, *Se crolla il mito del risparmio degli Italiani*, su *lavoce.info*, 17 aprile 2020).

Nel pieno della crisi, non si è posta troppa attenzione ai dati della propensione italiana al risparmio, ma un dato su tutti deve far riflettere: nel mese di marzo 2020 sono stati depositati sui conti correnti bancari 16,8 miliardi di euro, una cifra tre volte superiore a quella dell'anno precedente. I risparmiatori italiani preferiscono la liquidità, anche in chiave difensiva e con una correlazione positiva evidente con la diffusione del virus. Eppure in questa fase una grande virtù, se esasperata, potrebbe essere un grave limite alla ripresa dopo lo *choc* della pandemia (lo spiega, in termini del tutto condivisibili, F. De Bortoli, *Risparmiare troppo e consumare poco? Così non si esce dalla crisi*, su *L'Economia*, suppl. al *Corriere della sera* del 3 giugno 2020).

Senza interventi di stimolo, queste ingenti risorse rischiano di rimanere incagliate nei conti correnti e nei depositi, mentre il sistema-Paese ha un bisogno disperato di veder crescere consumi e investimenti, anche attraverso scelte fiscali coraggiose, come appunto una drastica riduzione dell'imposizione sui proventi da risparmio.

Altra misura a regime, di cui il mondo produttivo ha bisogno, è una profonda revisione del regime tributario applicabile ai redditi di lavoro dipendente. E ciò non soltanto nella ben nota prospettiva della riduzione del c.d. "cuneo fiscale", alla quale si tende da anni, con scarsi risultati. Piuttosto, occorrerà collocare in una cornice tributaria del tutto rinnovata il lavoro dipendente svolto con modalità *smart* e con strumenti digitali, tenendo conto del fatto che in molti casi lo svolgimento delle attività lavorative "in remoto" comporta un sostanzioso aumento dei costi a carico del lavoratore. Per questo comparto reddituale, insomma, non basterà rivedere al ribasso le aliquote fiscali; occorrerà uno sforzo sistematico nuovo, per dare dignità tributaria ai costi di cui il lavoratore deve farsi carico allorché svolge la propria attività in modalità connessa (pensiamo all'acquisto di strumenti informatici e all'utilizzo di *software* adeguati, ai costi di connessione alla rete, alle spese necessarie per le utenze domestiche, ecc.).

Più in generale, poi, occorrerà intervenire sulla progressività complessiva dell'imposta personale sul reddito, oggi illusoria e distorsiva (cfr. F. Gallo, *Le ragioni del Fisco*, il Mulino, Bologna, 2011; L. Carpentieri, *L'illusione della progressività*, Dike Giuridica, Roma, 2013; D. Stevanato, *La giustificazione sociale dell'imposta*, il Mulino, Bologna, 2014). Per fare ciò, sarebbe auspicabile anzitutto abrogare i tanti regimi sostitutivi che caratterizzano l'assetto attuale, per procedere poi ad una più equa rimodulazione della linea delle aliquote, in modo tale da alleggerire la pressione fiscale sulla fascia reddituale media (in questi termini, chiaramente, T. Tassani, *Misure fiscali "pandemiche" contro la recessione da coronavirus*, già citato).

In una prospettiva più ampia, inoltre, non si può dimenticare il potenziale ruolo di alcune imposte "minori", o addirittura "fantasma" del nostro sistema, come la "*Tobin tax*" e la tanto decantata "*web tax*". Così come sono, rischiano infatti di rimanere inutili balzelli dal gettito irrisorio. Se ripensate e condivise in ambito europeo, potrebbero invece costituire l'embrione di un sistema tributario maggiormente armonizzato e integrato, anche per garantire all'Unione europea risorse proprie.

L'emergenza che ci ha condotto sin qui ha già avuto risvolti drammatici e può avere tuttora conseguenze imprevedibili. Nel doveroso rispetto della sostenibilità economica della spesa pubblica, per fronteggiare la crisi e prevenirne gli effetti, ora più che mai sono necessarie scelte coraggiose e innovative sul piano fiscale. Forse l'ora zero del Fisco è scoccata davvero, l'Italia non sprechi l'occasione per rifondare il sistema tributario.

(05-06-2020)

ISTRUZIONE E INCLUSIONE AL TEMPO DEL COVID

Giuditta Matucci

Ricercatrice di Diritto costituzionale,
Università degli Studi di Pavia

Vorrei far partire la nostra conversazione dal pensiero di Piero di Calamandrei, pensiero che lei ha riportato in occasione di una delle sue video-lezioni per Stanze Unipv, il nuovo Webmagazine dell'Ateneo pavese. Secondo Calamandrei, la scuola è un organo costituzionale dello Stato, al pari del Governo e del Parlamento. La scuola è organo vitale di democrazia e, in questo senso, rappresenta un momento ineliminabile del processo democratico. Ebbene, prendendo spunto da questa riflessione, le domando: come si sta comportando la scuola dall'inizio di questa pandemia? Che tipo di impatto ha provocato la situazione di emergenza sanitaria sul diritto all'istruzione?

L'attuale situazione di emergenza sanitaria, come è proprio, in generale, delle situazioni di emergenza, ha portato con sé un sistema di restrizioni, di limitazioni dei diritti fondamentali: un restringimento degli spazi, in definitiva, dei diritti di libertà. Questo fenomeno è qualcosa che tutti noi abbiamo avuto modo di constatare: dal momento in cui è stata dichiarata, la situazione di emergenza sanitaria ha inciso in modo davvero significativo sulle nostre vite. Basti pensare, anzitutto, alla libertà di circolazione. Ebbene, fra i diritti interessati da questa situazione, v'è anche il diritto all'istruzione.

Il diritto all'istruzione presenta, tuttavia, una peculiarità. Si tratta, cioè, di un diritto intimamente connesso al processo di sviluppo psico-fisico del bambino: come tale, esso non può certamente essere annoverato fra i diritti che possono essere sospesi. Se mai, può essere assicurato mediante un'altra modalità, una modalità che si esprima nel rispetto delle misure prese dal Governo in occasione dell'emergenza sanitaria. Se, dunque, non è possibile garantire il diritto all'istruzione all'interno delle mura scolastiche, si può prevedere, tuttavia, - come hanno scelto di fare il nostro e altri ordinamenti -, che l'istruzione sia fruita nella modalità cosiddetta "a distanza".

Se la sua domanda volge ad avere una mia personale valutazione rispetto a come si sta comportando la scuola in questo particolare frangente, ritengo si debba comunque partire dai principi costituzionali in materia. Il *cuore* della Costituzione scolastica è rappresentato dagli artt. 33 e 34 e, anzitutto, dalla disposizione di apertura

dell'art. 34, a norma del quale «La scuola è aperta a tutti». Ma cosa vuol dire, secondo il dettato costituzionale, che «La scuola aperta a tutti?».

Una parziale risposta al quesito ci è fornita, intanto, dallo stesso articolo che, nei commi successivi, enuncia quelli che si potrebbero definire i corollari di tale principio: la garanzia dell'istruzione elementare obbligatoria e gratuita e, poi, l'impegno della Repubblica ad assicurare ai capaci e meritevoli, pur privi di mezzi economici, di accedere agli studi superiori. Il principio della scuola aperta a tutti si declina, dunque, in questa prima direzione, come previsione volta a fare della scuola un contesto capace di accogliere le aree di svantaggio socio-economico e culturale, ovvero quella parte della popolazione che, nell'epoca antecedente ai lavori della Costituente, era rimasta, di fatto, ai margini dei processi educativi e di formazione previsti sul territorio. In questo senso, l'art. 34 Cost. riflette quelli che erano i sentimenti presenti all'interno dell'Assemblea costituente: il bisogno di aprire la scuola a tutti e *a ciascuno*, indipendentemente dalle condizioni socio-economiche e culturali di partenza.

Il principio della scuola aperta tutti si declina, poi, in una seconda direzione: cosa che si ricava dalla lettura combinata del primo comma dell'art. 34 Cost. con altri principi costituzionali (penso, in particolare, agli artt. 2, 3, 31, secondo comma, 32, 38, terzo comma). Secondo questa interpretazione, la scuola deve aprirsi anche alle aree di svantaggio derivanti dal proprio stato di salute psico-fisico: dunque, alle persone con disabilità fisica e/o intellettiva. Questo vi dà l'idea della portata davvero innovativa di tale principio: è nell'alveo di questo principio, infatti, che ha preso l'avvio il processo d'inclusione scolastica.

L'occasione di questa intervista ci è stata data, in effetti, dal volume di cui lei, professoressa, è curatrice e autrice: «Diritto all'istruzione e inclusione sociale. La scuola «aperta a tutti» alla prova della crisi economica, pubblicato nel 2019 da Franco Angeli. Ora, sulla base degli studi che lei ha fatto, fino a che punto il modello della didattica a distanza può dirsi compatibile col dettato costituzionale e, in particolare, con il diritto all'inclusione sociale?

Questo, in effetti, è il nocciolo della questione. Per la verità, né il Governo, né il Ministero dell'Istruzione hanno ignorato il problema. Da subito è stata posta la necessità di salvaguardare la dimensione inclusiva della scuola. Il problema è capire se il modello che è stato messo in atto è in grado di assicurare il processo d'inclusione scolastica, garantendone la continuità.

Alcuni studi, condotti da centri di ricerca molto attenti, hanno messo in evidenza come, purtroppo, più della metà delle famiglie ove sia presente un bambino con disabilità denuncino che, proprio in coincidenza con questo periodo, il proprio figlio abbia preso a manifestare significative regressioni sia sul piano cognitivo che su quello comportamentale. Ciò vuol dire che qualcosa non sta funzionando. Vuol dire che la didattica a distanza, in particolare per i bambini

che versano in una condizione di fragilità, si sta trasformando in un fattore di esclusione. Perché è avvenuto questo? Per molteplici ragioni.

Intanto, perché viene rotta la *routine*. La *routine*, lo sapete, è molto importante per i bambini in generale, perché il rispetto dei ritmi e della ciclicità della giornata in qualche modo li rassicura. Pensate, dunque, quanto grave può essere l'impatto in questo senso per i bambini con disabilità, specialmente se si tratta di disabilità intellettive. La loro serenità, il loro equilibrio si costruisce proprio attorno alla *routine* del quotidiano.

Poi vi è un altro aspetto, che forse è stato un poco trascurato. Mancano, in questo periodo, informazioni ritagliate "su misura" dei bambini. Sicuramente i bambini sono stati sacrificati in questo frangente. Certamente è mancato da parte delle istituzioni un'attenzione all'esigenza dei bambini a godere di un'informazione pensata appositamente per loro: un'informazione capace di renderli consapevoli di quanto gli sta accadendo intorno e, al tempo stesso, di rassicurarli. Questo ha finito inevitabilmente col ricadere sulle famiglie, famiglie che sono già sovraccaricate, nel quotidiano, da una serie di problemi: pensiamo anche soltanto al fatto di dover gestire da casa il proprio lavoro e la didattica dei propri figli. La situazione, ovviamente, si fa ancor più grave ove sia presente una situazione di disabilità. Gli equilibri familiari tendono a vacillare. Si alimentano situazioni di stress, di ansia, di paura.

Manca, peraltro, per queste famiglie, il momento cosiddetto del "sollievo", ovvero quello spazio della giornata (o della settimana) in cui le famiglie affidano i propri figli ad altre persone preparate e competenti, potendo dedicarsi, così, alle proprie personali attività.

Non dimentichiamo, inoltre, che spesso mancano i dispositivi: problema che, ovviamente, non interessa soltanto le famiglie ove sia presente una disabilità ma anche altre situazioni.

Si trascura, inoltre, il fatto che alcuni bambini che versano in una condizione di disabilità, o di fragilità, non tollerano l'uso del pc o, magari, in alcuni casi, non possono utilizzarlo affatto. Penso, anzitutto, agli alunni sordo-ciechi, il cui percorso formativo non può che passare attraverso il contatto. Il contatto, per loro, è la sola modalità attraverso la quale possono avere la percezione di quanto gli accade intorno.

Abbiamo finora sottolineato le mancanze di questo modo di fare scuola. A questo punto, la domanda è: che misure possono essere adottate per poter assicurare il diritto all'istruzione e all'inclusione sociale all'interno di un gruppo-classe che in questo momento si forma sul web?

Siamo di fronte senza dubbio a una situazione, quella di emergenza sanitaria, che ci ha colto di sorpresa, facendoci scoprire assolutamente impreparati. Lo stesso, per intendersi, è accaduto in università. Di fronte all'imprevisto ci siamo dovuti attrezzare. Qui viene fuori il problema della formazione, con particolare attenzione

al tema delle tecnologie. Poiché, in questo caso, si ha a che fare con bambini con disabilità, la situazione si fa più sensibile. Quali misure, allora, si possono adottare? Preso atto del fatto che la situazione, secondo il parere del Comitato Tecnico Scientifico, è destinata a protrarsi, la didattica a distanza rimane comunque il modello da seguire. V'è, tuttavia, il problema, invero non trascurabile, dei casi in cui questa modalità di erogare l'istruzione si ripercuota sul percorso di sviluppo psico-fisico del bambino.

La giurisprudenza, in realtà, mostra come uno dei bisogni maggiori degli alunni con disabilità consista nel diritto a godere in modo continuativo delle figure che lo accompagnano nel loro percorso scolastico. La casista svela, infatti, come il cambio dell'insegnante di sostegno, dell'educatore o dell'assistente alla comunicazione e all'autonomia possa comportare un arresto, se non addirittura, una regressione nel percorso di crescita del bambino. Questo vi dà la misura di quanto sia importante la continuità per questi bambini: di quanto sia rassicurante per loro.

Detto questo, per cercare di assicurare, nella massima misura possibile, la continuità nel percorso educativo di questi bambini, soprattutto laddove ci siano dei casi di intolleranza nell'uso del pc e l'utilizzo della didattica a distanza si traduca in un pregiudizio nel loro processo di sviluppo psico-fisico, a mio avviso, si deve fare ricorso all'istruzione domiciliare. Cosa che, per la verità, il nostro ordinamento già prevede. Basti pensare, intanto, all'art. 16 del d.lgs. 66/2017, dedicato appositamente a questo istituto: ai sensi del primo comma, «Le istituzioni scolastiche, in collaborazione con l'Ufficio scolastico regionale, gli Enti locali e le aziende sanitarie locali, individuano azioni per garantire il diritto all'istruzione alle bambine e ai bambini, alle alunne e agli alunni, alle studentesse e agli studenti per i quali sia accertata l'impossibilità della frequenza scolastica per un periodo non inferiore a trenta giorni di lezione, anche non continuativi, a causa di gravi patologie certificate, anche attraverso progetti che possono avvalersi dell'uso delle nuove tecnologie». In virtù, poi, di una modifica introdotta all'articolo dal d.lgs. 96/2019, le modalità di svolgimento del servizio ad opera degli insegnanti di sostegno sono definite dal Ministero dell'Istruzione. Quindi anche gli insegnanti di sostegno possono recarsi a domicilio, così come gli assistenti all'autonomia e alla comunicazione, perché il problema è che spesso la stessa famiglia non è attrezzata, non ha le competenze necessarie per svolgere quell'opera di mediazione di cui tutti i bambini, nei primi anni dell'età scolare, per la verità, hanno bisogno. Nel caso in cui vi sia una disabilità, a maggior ragione. Se, poi, il bambino è intollerante all'uso del pc e non lo può usare, la situazione è ancor più grave. In ogni caso, la possibilità che questi professionisti possano recarsi a domicilio, ovviamente nel rispetto di tutte le misure igienico-sanitarie previste in questo momento (quali l'uso di mascherine, guanti, gel disinfettanti e altro), consente loro di portare avanti il loro percorso formativo con quella serenità che dapprima avevano faticosamente conquistato all'interno delle mura scolastiche.

Va detta, poi, un'altra cosa. La legislazione d'emergenza non esclude del tutto il ricorso a questa modalità d'insegnamento. L'art. 9, primo comma, del d.l. 14/2020 prevede, ad esempio, che gli Enti locali possano erogare prestazioni domiciliari individuali per gli alunni che ne abbiano bisogno per tutto il periodo per cui perduri l'emergenza e la didattica sia erogata nella modalità a distanza[1]. Certo, il fatto che si utilizzi il verbo «possono» lascia intendere che si tratti di una scelta assolutamente discrezionale dell'Ente, ma, se si vuole offrire una lettura costituzionalmente orientata della norma, che si esprima nel rispetto del principio della scuola aperta a tutti e a ciascuno e dell'esigenza di assicurare a coloro i quali versino in una condizione iniziale di svantaggio l'opportunità di raggiungere gli stessi obiettivi formativi degli altri, allora questa norma acquista una portata più cogente.

Cosa si può fare, allora, per risolvere le criticità emerse in questo periodo e venire incontro, così, al bisogno di attenzione dei bambini? La routine rassicura i bambini, ma anche, se vogliamo, noi adulti. Tutti noi siamo rimasti destabilizzati da questa situazione. Per far fronte a queste difficoltà, è possibile, secondo lei, creare delle occasioni di confronto e di dialogo fra chi la scuola la pensa e chi la scuola la fa?

Il processo d'inclusione scolastica e sociale è un processo del quale ciascun membro della comunità è parte. Non è solo un problema della scuola e dell'insegnante di sostegno. È un problema del quale dobbiamo farci carico tutti. In tal senso, creare occasioni di scambio e di confronto e incontri rivolti alla cittadinanza, non è soltanto doveroso, ma sarebbe senz'altro fruttuoso da tanti punti di vista.

Io sono sempre stata sostenitrice dell'idea che, per discutere di questi temi, occorre confrontarsi con i professionisti che lavorano dentro e per la scuola. Se si organizzano degli incontri sulla scuola, la scuola deve essere invitata perché possa renderci partecipe delle esperienze e della prassi invalse al suo interno. Ma non

[1] Nelle more della pubblicazione dell'intervista, il d.l. 14/2020 è decaduto per mancata conversione. Il suo contenuto, già riprodotto nell'art. 48 del d.l. 18/2020 (cd. decreto «Cura Italia»), è stato comunque riproposto, sia pur con qualche modificazione, dalla successiva legge di conversione 27/2020: ai sensi del primo comma, «Durante la sospensione dei servizi educativi e scolastici, di cui all'art. 2 del decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 65, disposta con i provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 3 c.1 del d.l. del 23 febbraio 2020, n. 6, e durante la sospensione delle attività sociosanitarie e socioassistenziali nei centri diurni per anziani e per persone con disabilità, laddove disposta con ordinanze regionali o altri provvedimenti, considerata l'emergenza di protezione civile e il conseguente stato di necessità, le pubbliche amministrazioni forniscono, avvalendosi del personale disponibile, già impiegato in tali servizi, dipendenti da soggetti privati che operano in convenzione, concessione o appalto, prestazioni in forme individuali domiciliari o a distanza o resi nel rispetto delle direttive sanitarie negli stessi luoghi ove si svolgono normalmente i servizi senza ricreare aggregazione. Tali servizi si possono svolgere secondo priorità individuate dall'amministrazione competente, tramite coprogettazioni con enti gestori, impiegando i medesimi operatori ed i fondi ordinari destinati a tale finalità, alle stesse condizioni assicurative sinora previsti, anche in deroga a eventuali clausole contrattuali, convenzionali, concessorie, adottando specifici protocolli che definiscano tutte le misure necessarie per assicurare la massima tutela degli operatori ed utenti».

solo la scuola deve essere invitata, devono essere invitati tutti gli attori coinvolti nel processo educativo e di crescita dei bambini: oltre agli insegnanti curricolari e di sostegno, agli educatori, agli assistenti all'autonomia e alla comunicazione, i neuropsichiatri infantili, gli psicologi, gli psicomotricisti, i terapisti della riabilitazione e altri ancora. Questo, perché conoscono i bambini da vicino, conoscono i loro problemi e le loro risorse.

Se noi che studiamo questi temi vogliamo delle risposte che siano davvero funzionali rispetto ai problemi, dobbiamo imparare a confrontarci col medico e con tutti i professionisti che lavorano con i bambini. E dobbiamo farlo non solo noi, ma anche il Governo e il Parlamento. Si pensi alle audizioni parlamentari dove vengono raccolti i pareri di esperti del settore.

Quindi lei sta dicendo che chi la scuola la vive e la fa deve essere parte dei processi di riforma che interessano il mondo dell'istruzione, senza trovarsi ad essere un mero target di questi interventi?

Sì, sono assolutamente convinta di questo. Lo scambio deve essere non solo fra chi la scuola la pensa e chi la scuola la fa, ma anche fra chi studia questi temi dal punto di vista teorico ed i professionisti. Io stessa, quando ho iniziato a studiare i diritti dei minori dal punto di vista costituzionale, ho avvertito il bisogno di confrontarmi con i medici, gli psicologi, i pedagogisti, proprio per capire quali sono le tappe evolutive che caratterizzano il percorso di crescita del bambino. Se non lo avessi fatto, probabilmente non sarei stata in grado di fornire delle risposte davvero coerenti.

Riporto ora una domanda del pubblico. Paradossalmente si parla più spesso di bambini in età scolare che non di universitari e ricercatori, anche in relazione all'argomento oggi in discussione. Questo perché, forse, il neonato Ministero dell'Università e della Ricerca è rimasto silente?

Il tema in discussione oggi era, appunto, la scuola. Questa è la ragione per cui non abbiamo esplorato oltre. Detto questo, se si vuole, abbiamo tralasciato anche la fascia 0-6, per la quale la didattica a distanza pone problemi di grande rilievo, essendo, per certi versi, incompatibile con i bisogni dei bambini che hanno questa età. Non v'è dubbio, in ogni caso, che i problemi che concernono l'istruzione si pongono fin ai più alti livelli e, se ci si vuole concentrare sulla dimensione inclusiva, tali problemi concernono naturalmente la stessa formazione universitaria.

Sì. Credo, peraltro, che la domanda fosse di taglio più generale. Da parte degli studenti universitari, infatti, si è notata una scarsa attenzione da parte del Governo e del Ministero nei loro confronti. Cosa ci dice in proposito?

Le università, consentitemi di dire, si sono mosse prima delle Istituzioni. Poiché il Governo e il Ministero dell'Università e della Ricerca tardavano a prendere delle decisioni, le università hanno cercato, in qualche misura, di anticiparle, sì da fornire delle risposte immediate agli studenti. Ci si è, dunque, attivati da subito con la didattica *online*, secondo forme variabili a seconda dell'università e delle scelte fatte dal singolo docente. E, in ogni caso, ad oggi, le università sono ancora più avanti rispetto alle Istituzioni. Proprio in questi giorni, per intendersi, il nostro Ateneo ha diffuso fra noi docenti un questionario sulle modalità con cui riteniamo di dover erogare i nostri insegnamenti nel primo semestre dell'a.a. 2020/2021. Quindi, come vedete, le università continuano a muoversi con anticipo per assicurare ai loro studenti delle risposte tempestive.

Per il resto, la dimensione inclusiva non è propria soltanto della scuola, ma è propria dell'istruzione a tutti i livelli, quindi anche del contesto universitario. Le università, ormai da anni, ricevono certificazioni attestanti disabilità e disturbi specifici dell'apprendimento e forniscono servizi di tutorato, che possono svolgersi in forma collettiva o individuale. Se, prima, questi servizi si svolgevano in presenza, ora si svolgono a distanza. Non nascondo, tuttavia, una certa preoccupazione rispetto all'efficacia di questa particolare modalità di erogare il servizio rispetto ai bisogni specifici degli studenti, soprattutto se si considera che la situazione potrebbe protrarsi ulteriormente nel tempo.

(08-06-2020)

IL DIRITTO DEI CONTRATTI PUBBLICI NEL LABORATORIO DELL'EMERGENZA

Nicoletta Vettori

Ricercatrice di Diritto amministrativo,
Università degli Studi di Siena

1. Premessa

L'emergenza che stiamo attraversando avrà effetti economici e sociali di portata sconosciuta[1] per affrontare i quali sarà indispensabile un cambiamento del ruolo dello Stato e delle amministrazioni pubbliche.

Già la crisi del 2008 aveva messo in discussione il paradigma liberale dello Stato regolatore, che deve limitarsi a svolgere un ruolo di arbitro dei rapporti tra soggetti privati operanti in un mercato aperto e concorrenziale, richiedendo che assumesse le vesti dello Stato salvatore[2].

La crisi che stiamo vivendo imporrà, in tempi più brevi di quanto non sarebbe stato possibile in condizioni ordinarie, uno Stato innovatore[3] tenuto a operare da attore protagonista di una 'ricostruzione' economica all'insegna di un nuovo modello di sviluppo. Tuttavia, perché ciò sia effettivamente possibile occorre che le amministrazioni pubbliche dispongano delle risorse e degli strumenti adeguati.

In questa prospettiva, particolare importanza assumono i contratti pubblici che le amministrazioni stanno utilizzando per l'acquisto delle forniture necessarie a far fronte all'emergenza sanitaria e ai cambiamenti che essa ha determinato nelle modalità di svolgimento di molte attività e servizi pubblici. Basti pensare alla necessità di dispositivi medici e di protezione individuale nelle strutture sanitarie, di piattaforme digitali e di servizi informatici a supporto della didattica a distanza nelle scuole e nelle università e dello *smart working* negli uffici amministrativi.

---

[1] V. le proiezioni del fondo internazionale https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/04/14/weo-april-2020#Growth%20Projections%20Table

[2] G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giornale diritto amministrativo*, 11, 2008, pp. 1083 ss.

[3] M. MAZZUCATO, *Lo Stato innovatore*, Roma-Bari, 2018.

Nel medio periodo, inoltre, i contratti di lavori e di servizi potranno essere una fondamentale risorsa per la ripresa economica, se utilizzati come leve di politica economica e industriale.

Generalizzata è però la convinzione che nell'assetto vigente vi sono molti aspetti problematici che impediscono alla contrattualistica pubblica di operare come volano di crescita economica e di benessere sociale.

Il sistema normativo e regolatorio in materia di appalti è, da tempo, considerato causa di un sostanziale blocco degli investimenti pubblici. Per tali ragioni è stato oggetto di riforme (v. il D.lgs. 18 aprile 2019, n. 32, significativamente detto sblocca Cantieri) che promuovono il ricorso a istituti speciali per gli interventi infrastrutturali ritenuti prioritari[4].

Inoltre, anche non volendo considerare le deroghe introdotte con la disciplina emergenziale[5], è vero che a regimi derogatori si è fatto ricorso sempre più di frequente per la realizzazione di opere o la gestione di eventi di particolare rilevanza, seppur solo in alcuni casi con risultati soddisfacenti[6]. La tendenza alla 'normalizzazione' della soluzione eccezionale è un'evidente conferma che il sistema ordinario non è considerato adeguato.

In questo quadro la duplice consapevolezza dei limiti della disciplina normativa e del ruolo strategico che l'attività contrattuale dovrebbe svolgere nella fase della 'ricostruzione' post-emergenza, sono stati all'origine di un ampio dibattito dottrinale che ha messo in evidenza le molte criticità esistenti, invitando ad uno sforzo comune per l'elaborazione di possibili soluzioni. Da qui lo stimolo per queste riflessioni.

---

[4] V. l'art. 4 D.lgs. 18 aprile 2019, n. 32 *Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici.*

[5] In particolare le norme sull'acquisto di dispositivi sanitari: v l'ordinanza n. 630 del 3 febbraio 2020 del Capo Dipartimento della Protezione Civile che ha introdotto varie deroghe con riferimento agli acquisiti dispositivi di protezione individuali (DPI) e dispositivi medici necessari per fronteggiare l'emergenza (spec. art. 3); e gli l'art. 34 del d.l. 2 marzo 2020 n. 9 (*Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19).* Inoltre, con il decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18, c.d. decreto "Cura Italia" sono state dettate specifiche norme che autorizzano le p.a. ad utilizzare le procedure flessibili previste dal codice dei contratti (art. 72), norme derogatorie per l'acquisto di beni e servizi e per l'esecuzione di lavori in settori specifici (per l'acquisto di dispositivi informatici v. artt. 75 e 120; per l'esecuzione di lavori da parte di strutture penitenziarie v. art. 86; per forniture e servizi da parte delle aziende e strutture del SSN effettuati con fondi ricevuti da donazioni di persone fisiche o giuridiche, v. art. 99) e, più in generale, per l'attuazione delle misure di contenimento e contrasto dell'emergenza da parte del Commissario straordinario (art. 122). V. al riguardo il documento di ANAC del 22 aprile 2020 recante "*Ricognizione delle disposizioni acceleratorie e di semplificazione presenti nel codice dei contratti e nell'attuale quadro normativo, al fine di fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per agevolare lo svolgimento delle procedure di affidamento" in www.anticorruzione.it.*

[6] V. ad es. il caso di Expo Milano 2015 (su cui cfr. A. PAVESI, *EXPO Milano 2015: un difficile percorso giuridico*, in www.giustamm., 8, 2015) e della ricostruzione del c.d. Ponte Morandi. Esiti meno soddisfacenti hanno invece dato le ricostruzioni delle aree terremotate del centro Italia.

2. Le criticità del sistema dei contratti pubblici

Il settore degli appalti pubblici vive da tempo una stagione di crisi che emerge dalla limitata capacità delle amministrazioni di progettare, di affidare e di portare ad esecuzione in tempi ragionevolmente brevi i contratti per la realizzazione di lavori, l'acquisto di beni e la gestione di servizi di rilevante importanza per la collettività.

Ciò determina un insufficiente utilizzo delle risorse pubbliche disponibili, aspetto che in un periodo di scarsità delle stesse si fa davvero problematico. È parso, dunque, doveroso chiedersi quali siano le cause di questa situazione.

In estrema sintesi, le ragioni individuate attengono al sistema delle regole, alla qualità dell'amministrazione, al regime delle responsabilità e al contenzioso giurisdizionale.

2.1. Le regole

Un primo ordine di problemi deriva dalla quantità e dalla qualità delle regole. Direttive europee, codice dei contratti pubblici e relativa normativa secondaria (*i.e.* le linee-guida ANAC a cui si affiancherà il regolamento di esecuzione ancora in fase di elaborazione) vanno a comporre un corpo normativo molto ampio e, sotto certi profili, sproporzionato poiché impone lo svolgimento di procedimenti lunghi e articolati anche per commesse di minor importo economico. Tale assetto è il risultato di più fattori concomitanti.

La giurisprudenza nazionale, già a partire dal testo del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ha dato un'interpretazione estensiva di molti istituti finendo per imporre gravosi oneri procedurali per quasi tutti i contratti, anche diversi dagli appalti e dalle concessioni[7], a prescindere dal valore della gara. L'estrema formalizzazione del procedimento e la marginalizzazione delle procedure più flessibili, operate sul presupposto *favor* per la concorrenza, hanno ridotto la discrezionalità della stazione appaltante e mortificato le esigenze di rapidità ed efficacia delle gare[8].

D'altra parte, il legislatore nel recepire le direttive europee del 2014 ha violato il divieto di c.d. *gold plating*, ha cioè introdotto vincoli e limitazioni che la normativa europea non prevede. In questo modo, con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 sono state praticamente equiparate le regole per i settori ordinari e quelle per i

[7] Mediante un'interpretazione estensiva dei principi di cui all'art. 4 d.lgs. 50/2016 (prima art. 27 d.lgs. 163/2006) sui contratti esclusi. Sul punto v. diffusamente F. Cintioli, *Per qualche gara in più*, Rubettino, 2020: «gli interpreti (giudici, dottrina, autorità indipendenti) hanno iniziato ad applicare questi principi generali agli altri contratti e preferito la strada dell'aumento degli oneri procedimentali, assumendo che non si trattasse di assicurare solo trasparenza (…) ma che si dovesse imporre un procedimento comparativo "completo". Sulla non estensione dei medesimi obblighi di gara (ma solo dei principi) ai contratti pubblici diversi dagli appalti v. Corte di Giustizia CE, sez. VI, 7 dicembre 2000, causa C-324 *Teleaustria Verlags GmbH*.

[8] Cfr. al riguardo F. Cintioli, *Per qualche gara in più*, cit.

settori speciali, si sono introdotti limiti in alcuni casi ritenuti illegittimi dalla stessa Corte di giustizia europea (basti pensare al caso del subappalto[9]), e si è reso, di fatto, impossibile il ricorso alle procedure più innovative[10].

Ciò ha determinato un effetto di ulteriore formalizzazione[11] che, peraltro, rende il 'mercato' dei contratti pubblici meno attraente per gli operatori degli altri Stati europei.

Alla normazione primaria si sono aggiunte le linee-guida ANAC che secondo alcuni[12], hanno rappresentato un fattore di incertezza per gli operatori in ragione della loro ambigua natura giuridica[13] e hanno contribuito all''irrigidimento' del sistema, aumentando i controlli preventivi di tipo formale.

Sebbene non si condividano le critiche al ruolo di ANAC che sta svolgendo una importante funzione a presidio della legalità, trasparenza e imparzialità delle amministrazioni (di cui nel nostro Paese c'è reale bisogno[14]), è però vero che la regolazione nel settore dei contratti non ha finora prestato particolare attenzione alla dimensione tecnica.

Quel che ne deriva è che la disciplina risulta molto dettagliata per quel che riguarda i profili giuridico-formali, mentre è insufficiente per la parte relativa alla normativa tecnica che sarebbe di ausilio nello svolgimento delle attività di progettazione delle opere, di programmazione e di organizzazione dei servizi, di predisposizione degli schemi di contratto e di controllo sull'esecuzione; attività dalle quali dipende la qualità delle prestazioni e dei lavori da assicurare ai cittadini.

---

[9] Dopo la lettera di costituzione in mora (infrazione 2018/2273) inviata dalla Commissione Europea il 24 gennaio 2019 che, tra le altre cose, contestava le norme riguardanti il subappalto, è intervenuta la sentenza della Corte di giustizia europea, 26 settembre 2019, causa C-63/18 che ha confermato che l'art. 105, co. 3, del D.Lgs. n. 50/2016 (c.d. *Codice dei contratti*) che limita il ricorso al subappalto nella misura fissa del 30% del valore dell'appalto viola la direttiva 2014/24/UE nella misura in cui pone un divieto generale che si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori e non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiu dicatore".

[10] In questi termini v. L. TORCHIA, *Tre priorità per una nuova disciplina degli appalti pubblici (e una postilla)*, 24 aprile 2020, v. https://www.irpa.eu/tre-priorita-per-una-nuova-disciplina-degli-appalti-pubblici-e-una-postilla

[11] Esemplare è la norma (art. 36 d.lgs. 50/2018) sulle procedure da seguire per i contratti sotto-soglia in cui viene (ossessivamente) indicato il numero degli operatori che devono essere invitati alla gara in relazione al crescente valore del contratto da stipulare.

[12] Cfr. M DEL SIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, p. 61 ss.

[13] G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Diritto Amministrativo*, 2016, fasc. 3, 275 ss.

[14] Come dimostrano i fatti di cronaca. È notizia di questi giorni l'inchiesta sugli appalti in Siciliahttps://palermo.repubblica.it/cronaca/2020/05/21/news/palermo_arrestato_per_corruzione_il_manager_anti-tangenti_la_mazzetta_del_5_per_gli_appalti_della_sanita_10_arresti-257206677/. E di meno di un anno fa la vicenda della sanità umbra, v. https://www.quotidianosanita.it/regioni-e-asl/articolo.php?articolo_id=73719

Non si può non considerare, inoltre, che all'ampiezza della disciplina si aggiunge una scarsa qualità dei testi normativi. Le regole sono di difficile applicazione non solo perché attengono a profili tecnici che presentano un certo livello di complessità, ma anche perché sono elaborate secondo il meccanismo delle c.d. "scatole cinesi": la norma che rinvia all'altra norma, il comma che rinvia all'altro comma. Alla complessità della materia si aggiunge, dunque, un alto tasso di *complicazione* dovuto a tecniche di normazione ormai radicate nel nostro ordinamento, come anche la disciplina alluvionale dell'emergenza sta dimostrando.

Infine, il sistema normativo si caratterizza per un elevato grado di instabilità.

Negli ultimi anni il legislatore ha operato molte riforme che da un lato, hanno impedito agli operatori di consolidare le prassi applicative; dall'altro lato, hanno reso inevitabilmente mutevole anche l'interpretazione e impedito che la giurisprudenza potesse svolgere la funzione nomofilattica che le compete.

2.2. L'amministrazione

Le criticità del settore degli appalti, come di altri comparti dell'attività amministrativa, non dipendono però solo dalle regole. Un peso determinante assumono anche alcuni elementi intrinseci al sistema amministrativo.

Sullo sfondo vi è il problema del pluralismo istituzionale e dell'assenza di efficaci strumenti di coordinamento[15] il quale deriva, o comunque si lega, alla mancanza di un'adeguata cultura della leale collaborazione. Durante l'emergenza la questione è emersa con evidenza nel rapporto tra lo Stato, le Regioni e gli enti locali, ma nel settore degli appalti pubblici si pone ordinariamente a causa della pluralità dei soggetti che a vario titolo devono intervenire nell'*iter* autorizzatorio precedente all'avvio di una gara.

La "frammentazione" delle competenze e la difficoltà di individuare le sedi di composizione dei conflitti incidono sulla durata dei procedimenti e aumentano il rischio di contenzioso.

A ciò si aggiunge un problema di qualità del personale. Gli uffici pubblici di molte amministrazioni pubbliche, soprattutto negli enti locali, sono spesso sotto-dimensionati e non sempre caratterizzati dalla inter-disciplinarietà che sarebbe necessaria per affrontare la molteplicità dei compiti loro affidati nonché per fronteggiare i rapidi cambiamenti nelle modalità di svolgimento dell'azione amministrativa (*in primis* quelli connessi all'innovazione digitale).

La questione, anche in questo caso, ha varie cause tra loro concomitanti.

[15] Lo dimostra se non altro l'inefficacia, nonostante le ripetute riforme, dell'istituto della conferenza dei servizi prevista dall'art. 14 l. 7 agosto 1990, n. 241 e più in generale degli istituti di semplificazione procedimentale.

In primo luogo i tagli di spesa e il costante sotto-finanziamento in cui si trovano ad operare le pubbliche amministrazioni, ormai da più di un decennio, hanno determinato scarsi investimenti in reclutamento e in formazione del personale.

Inoltre ha influito in maniera significativa la 'cultura delle esternalizzazioni' a causa della quale l'amministrazione, nel passaggio "dall'approccio del fare all'approccio del far fare", ha progressivamente perso parte delle sue capacità tecniche.

Si è assistito così ad un graduale 'svuotamento' dei corpi tecnici[16], che con riferimento ai contratti, implica la mancanza delle adeguate competenze all'interno delle stazioni appaltanti. Com'è stato osservato, infatti, «per una buona politica di acquisti pubblici non bastano i giuristi, gli economisti e i contabili, ma occorrono, a seconda dei casi e a volte contestualmente, ingegneri, architetti, medici, biologi, fisici, matematici, informatici, *data scientists*»[17].

La mancanza di professionalità adeguate produce almeno tre conseguenze: a) finisce per incrementare l'attenzione prestata in sede di gara alla legalità formale, su cui del resto si concentra il sistema dei controlli e rispetto ai quali i funzionari possono avvalersi del supporto di autorevoli sedi di consulenza istituzionale (*i.e.* ANAC); b) rende le amministrazioni meno capaci di valutare la qualità dei beni e dei servizi esternalizzati nonché di utilizzare il contratto come strumento con cui indirizzare l'attività del privato affidatario verso il rispetto di certi valori e interessi (di natura sociale, ambientale..) che devono essere rispettati anche se l'attività è esternalizzata; c) rende spesso insufficiente e inadeguata la vigilanza nella fase di esecuzione.

In altre parole, le amministrazioni si trovano spesso ad essere i contraenti deboli del rapporto e delegano interamente al privato la realizzazione e la manutenzione dell'opera o la gestione del servizio, con il rischio di perdere il controllo sul bene oggetto del contratto e, quindi, la capacità di soddisfare i bisogni e i diritti dei destinatari finali.

2.3. Il regime delle responsabilità del funzionario

Tra le cause dell'inefficienza dell'azione amministrativa nel settore degli appalti viene generalmente richiamato anche il regime di responsabilità amministrativa e penale del funzionario.

Sotto il primo profilo, è pressoché unanime in dottrina la considerazione per cui la disciplina della responsabilità amministrativa sia una delle principali cause

[16] Cfr., tra gli altri, G. MELIS, *Corpi tecnici e amministrazione nell'Italia di ieri e di oggi*, in *Rivista giuridica del mezzogiorno*, 2, 2019, p. 291 ss; A. ZUCARO, *La crisi dei Corpi Tecnici delle P.A. nel quadro della crisi delle politiche pubbliche*, *ivi*, p. 303 ss; F. MERLONI, *Le attività conoscitive e tecniche delle pubbliche amministrazioni. Profili organizzativi*, in *Diritto pubblico*, 2, 2013, p. 481 ss.

[17] In questi termini v. L. TORCHIA, *Tre priorità per una nuova disciplina degli appalti pubblici (e una postilla),*

della c.d. "burocrazia difensiva" (o c.d. "timore della firma")[18]. In particolare, l'interpretazione estensiva e largamente ondivaga che la Corte dei conti dà della nozione di 'colpa grave', produce un effetto di *over deterrence* con conseguente inerzia nelle decisioni e ritardi nell'attività amministrativa, *ivi* compresa quella contrattuale[19].

Non è un caso che le norme di disciplina dei poteri del Commissario straordinario per l'attuazione delle misure di contenimento e di contrasto dell'emergenza abbiano previsto una specifica limitazione della responsabilità ai casi di dolo, salutata con favore dagli operatori[20].

Nello stesso senso concorrono anche le incertezze interpretative della magistratura penale[21], il cui possibile intervento è causa di ulteriore timore per il dirigente pubblico e, di conseguenza, di ulteriori inerzie.

2.4. Il contenzioso

In questo quadro, già particolarmente complicato, si aggiungono gli effetti del contenzioso amministrativo.

Il progressivo aumento dei vincoli procedimentali, unitamente alla concezione sostanziale dell'interesse legittimo come interesse al bene finale, hanno fatto acquisire giuridica rilevanza a una pluralità di interessi dei soggetti partecipanti alla gara (la *chance* di partecipare, la parità di trattamento tra concorrenti, la *chance* di vincere), così incrementando il contenzioso relativo alla fase delle esclusioni che spesso si concentra su aspetti meramente formali (*in primis* i requisiti ex art. 80 codice contratti)[22]. Più in generale, l'ampiezza della disciplina e le frequenti riforme generano contenzioso e richiedono il continuo intervento degli interpreti.

Il problema è che l'illegittimità della procedura di affidamento può incidere sull'efficacia del contratto. L'eventuale annullamento dell'aggiudicazione per illegittimità della procedura di gara, infatti, può comportare la dichiarazione di inefficacia di un contratto già stipulato e in corso di esecuzione, con conseguente interruzione nella gestione del servizio o nell'esecuzione dei lavori.

---

[18] Cfr. gli interventi di A. Pajno, A. Travi e E. Bruti Liberati al webinar *Ripresa economica e riforma dei contratti pubblici: quali problemi per quali soluzioni?*, organizzato da Luiss School of Law, il 30 aprile 2020; M. CLARICH, *Nell'agenda del governo entri subito la "questione amministrativa"*, in *www.milanofinanza.it*

[19] Crf. L. TORCHIA *Dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione della ricostruzione: responsabilità, controlli e tempestività*, 1 aprile 2020, in https://www.irpa.eu.

[20] V. art. 122, co. 8, d.l. 17 marzo 2020, n. 18.

[21] Cfr. B. TONOLETTI, *L'amministrazione pubblica sperduta nel labirinto della giustizia penale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, p. 77 ss; G. D. COMPORTI, E. MORLINO, *La difficile convivenza tra azione penale e funzione amministrativa*, *ivi*, p. 129 ss.

[22] Cfr. ad esempio la questione delle esclusioni per omesse dichiarazioni su cui v., da ultimo, Cons. St., sez. V, 12 maggio 2020, n. 2976; Cons. St., sez. V, 9 aprile 2020, n. 2332 che ha rimesso la questione all'Adunanza plenaria.

Per tali ragioni, spesso le amministrazioni ritardano la conclusione della gara o 'sospendono' la stipula del contratto fino alla conclusione del secondo grado del giudizio di merito, causando ulteriori ritardi e inefficienze nella realizzazione delle opere e dei servizi con pregiudizio degli interessi dei destinatari finali e della collettività nel suo complesso.

3. Le principali soluzioni proposte dalla dottrina

La presa d'atto di queste criticità ha portato la dottrina a elaborare alcune proposte per possibili soluzioni in vista della fase della ricostruzione economica post-emergenza.

In particolare, se vi è concordia nel sostenere la necessità di una riforma del regime della responsabilità amministrativa, per gli altri profili le opinioni si dividono. Alcuni Autori ritengono innanzitutto necessaria la semplificazione della disciplina sostanziale e, in alcuni casi, anche giurisdizionale, mentre altri Autori ritengono più urgente un intervento teso a aumentare e valorizzare la qualità delle amministrazioni.

Una prima proposta avanzata in chiave 'semplificatoria' è quella di sospendere l'applicazione del codice dei contratti pubblici e, nell'attesa di una sua riforma, procedere con l'applicazione diretta delle direttive comunitarie, soluzione che permetterebbe di eliminare le regole in eccesso (il c.d. *gold plating*) e di assicurare alle amministrazioni e alle imprese italiane parità di trattamento rispetto agli operatori degli atri Paesi europei[23].

Da altre parti si propone invece di adottare una disciplina derogatoria *ad hoc* che preveda massima semplificazione delle procedure mediante una gestione commissariale, analogamente a quanto previsto per la ricostruzione del c.d. Ponte Morandi[24].

Più articolata è, infine, la soluzione avanzata da alcuni studiosi che propongono di prevedere una disciplina transitoria della durata di 18-24 mesi, destinata ad applicarsi alle procedure di gara per l'affidamento di contratti che siano state avviate in quel periodo di tempo[25].

La disciplina dovrebbe sostanzialmente basarsi su quattro misure di semplificazione: 1) sospendere, nel periodo dato, l'applicazione delle fonti secondarie (linee-guida ANAC e regolamento); 2) consentire/imporre alle p.a. di applicare le procedure più semplici e flessibili previste dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (in particolare le procedure negoziate con pubblicazione del bando per i

[23] G. Tria, nell'intervento al webinar "*Contratti pubblici: una via per semplificare*" organizzato dalla Fondazione CESIFIN, l'8 maggio 2020.

[24] D.L. 28 settembre 2018, n. 109 coordinato con le modifiche introdotte dalla Legge di conversione n. 16 novembre 2018, n. 130.

[25] V. l'intervento su *Il Foglio* del 2 aprile 2020 "*Semplificare la disciplina degli appalti pubblici si può. Meglio agire subito*" a firma di G. Della Cananea, M. Dugato, A. Police, M. Renna.

contratti sopra-soglia e senza pubblicazione di bando per i contratti sotto-soglia); 3) ridurre i tempi dei controlli preventivi svolti dalla Corte dei conti, stabilendo altresì che l'esito positivo degli stessi precluda il ricorso al giudice amministrativo per i profili già vagliati dalla Corte; 4) generalizzare l' ambito di applicazione di una norma del codice del processo amministrativo (art. 125) che limita la tutela giurisdizionale di chi contesta la legittimità della procedura di gara al solo risarcimento del danno per equivalente, prevedendo che "*la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato*"[26].

Secondo un'altra parte della dottrina un cambiamento delle regole sostanziali potrebbe generare ulteriori incertezze e disorientare gli operatori pratici; mentre un'eventuale riforma della disciplina processuale che escludesse la tutela costitutiva sarebbe di dubbia legittimità costituzionale [27]. Peraltro – si osserva – la limitazione della tutela giurisdizionale non servirebbe a ridurre le criticità del settore le quali non dipendono tanto dal contenzioso quanto da inefficienze e inerzie delle amministrazioni che, in genere, si verificano in una fase successiva all'affidamento, ovvero nella fase dell'esecuzione del contratto[28].

In questa prospettiva, dunque, si ritiene che gli interventi di riforma dovrebbero essere concentrati per migliorare la qualità dell'azione amministrativa, operando almeno in tre direzioni. Sotto un primo profilo, si propone di ridurre il numero delle stazioni appaltanti e di investire nella loro competenza professionale mediante un piano di assunzioni mirato volto a ricostituire adeguati 'apparati tecnici'[29].

Sotto un altro profilo, si suggerisce di riformare il regime della responsabilità amministrativa, tipizzando i casi di responsabilità contabile, rafforzando il carattere eccezionale della "gravità" della colpa[30] ovvero riducendola ai casi di dolo[31] e ammettendo idonee forme di assicurazione a tutela dei funzionari.

Infine, si prospetta l'opportunità di ripensare il sistema di vigilanza sui contratti pubblici dando maggiore spazio alla regolazione tecnica, anche mediante l'istituzione di un'apposita Autorità, e aumentando i controlli *ex post* in fase di esecuzione del contratto[32].

---

[26] Art. 125 c.p.a. Per una proposta analoga sul piano della tutela processuale cfr. F. Cintioli, *Per qualche gara in più*, cit.

[27] G. Corso, F. Francario, G. Greco, M.A. Sandulli, A. Travi, *In difesa di una tutela piena nei confronti della pubblica amministrazione* in *www.giustizia-amministrativa.it* .

[28] L. Torchia, *Tre priorità per una nuova disciplina degli appalti pubblici (e una postilla),* cit.

[29] Cfr. "*Dico no al modello Genova per la ricostruzione". Intervista a Francesco Merloni (Anac)* https://www.huffingtonpost.it/entry/dico-no-al-modello-genova-per-la-ricostruzione_it_5e900d14c5b6b371812e7013

[30] F. Cintioli, *Per qualche gara in più*, cit.,

[31] L. Torchia, *Dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione della ricostruzione: responsabilità, controlli e tempestività*, cit.

[32] L. Torchia, *Tre priorità per una nuova disciplina degli appalti pubblici (e una postilla)* cit.

4. L'emergenza come laboratorio

L'ampio e acceso dibattito che si è sviluppato è una naturale conseguenza del tempo che stiamo vivendo. Come è stato osservato le emergenze sono un irresistibile fattore di «accelerazione dei processi storici»: esasperano i problemi preesistenti impedendo che possano essere elusi[33] e portano all'elaborazione di soluzioni in tempi molto più brevi di quelli che sarebbero necessari in condizioni normali.

Tutto ciò può essere rischioso se le decisioni vengono prese frettolosamente e senza adeguate ponderazioni, sotto la 'pressione' dell'urgenza. Può invece essere estremamente proficuo se si utilizza la crisi come momento utile per individuare con chiarezza gli elementi importanti che devono essere rafforzati, separandoli[34] dagli elementi superflui, o addirittura negativi, che occorre eliminare o modificare.

Sebbene questa non possa essere la sede per affrontare nel dettaglio questioni tanto complesse e articolate, la convinzione è che sarebbe necessario intervenire tanto sulle regole quanto sul sistema amministrativo.

Tuttavia, il tipo di trasformazioni auspicabili richiede di cominciare dall'investire sulla qualità dell'amministrazione. Innanzitutto perché non mancano istituti di semplificazione, è mancata semmai la sperimentazione in concreto della loro efficacia e utilità; ma anche perché il tipo di disciplina normativa che sarebbe opportuna e le finalità che con essa devono essere perseguite richiedono un'amministrazione qualificata e capace di esercitare correttamente i margini di discrezionalità che l'ordinamento le attribuisce.

4.1. Iniziare dall'essenziale: investire sulla qualità dell'amministrazione

Il vigente sistema normativo prevede già procedure flessibili[35] e istituti che consento di ridurre i tempi delle procedure[36]; il problema è che le amministrazioni ne fanno scarso uso poiché sono stati finora interpretati come misure eccezionali da

[33] Yuval Noah Harari, *The world after coronavirus*: «Many short-term emergency measures will become a fixture of life. That is the nature of emergencies. They fast-forward historical processes. Decisions that innormal times could take years of deliberation are passed in a matter of hours. Immature and even dangerous technologies are pressed into service, because the risks of doing nothing are bigger. Entire countries serve as guinea-pigs in large-scale social experiments», v. https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75.

[34] V. il significato etimologico di *crisi*: da lat. *Crisis,* dal gr. *Krisis "scelta, decisione"* che tiene a Krinò *separo*, "*momento che separa una maniera di essere o una serie di fenomeni da altra differente*". V. https://www.etimo.it.

[35] Cfr. art. 62, procedura competitiva con negoziazione, art. 63 procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara, art. 64 il dialogo competitivo del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 150.

[36] Cfr. l'art. 44 sulla digitalizzazione delle procedure, cfr. art. 60, co. 3 e art. 61, co.6 d.lgs. 50/2016 per la riduzione dei termini delle procedure aperte o ristrette.

applicare in via residuale, in quanto limitative dei principi di imparzialità, non discriminazione e di concorrenzialità che devono ispirare il settore.

Non si può non considerare, tuttavia, che tali principi devono essere bilanciati con un altro principio altrettanto rilevante in materia[37], quello del buon andamento, e in particolare con il sub-criterio dell'efficacia che impone di considerare la «relazione tra obiettivi e risultati» e di valutare «la congruità tra i prodotti dell'azione e i fini stabiliti, in termini di interessi e di bisogni soddisfatti».[38]

A ciò si aggiunge che la situazione che stiamo vivendo, e quella che ci aspetta nei prossimi mesi (se non anni), hanno il carattere straordinario che giustifica anche l'applicazione di regole di carattere residuale.

Nell'immediatezza, dunque, non sembra necessario introdurre discipline *ad hoc* di carattere transitorio, che andrebbero ad aumentare ancora la normativa e potrebbero porre ulteriori questioni interpretative e di diritto inter-temporale. Quel che serve è che le amministrazioni siano consapevoli della piena legittimità del ricorso alle procedure flessibili e, se del caso, indirizzate e supportate dagli interpreti in tali scelte.

In questo senso sono da salutare con favore le indicazioni elaborate dalla Commissione Europea e da ANAC per indirizzare le stazioni appaltanti nell'utilizzo degli istituti di semplificazione previsti dalla disciplina.

La Commissione Europea, con una specifica comunicazione[39], ha fornito indicazioni sulle opzioni e sui margini di manovra lasciati dal diritto europeo per l'acquisto di beni e servizi mediante procedure accelerate o semplificate, ovvero mediante il ricorso diretto al mercato da parte degli acquirenti pubblici.

Con il medesimo obiettivo ANAC ha elaborato un documento di ricognizione delle norme vigenti che consentono delle semplificazioni procedimentali e un *vademecum* di facile consultazione[40]; in più con un comunicato del Presidente, si è resa disponibile a incrementare l'attività di vigilanza collaborativa nei confronti delle stazioni appaltanti[41].

Tali iniziative dimostrano, dunque, che l'ordinamento prevede già degli istituti che consentono di coniugare le esigenze di trasparenza e buon andamento dell'azione amministrativa con quelle di celerità e flessibilità nella stipulazione dei contratti.

---

[37] Cfr. L'art. 30 d.lgs. 18 aprile 2016, n.50 e già prima la disciplina sugli affidamenti contenuta nella disciplina di contabilità pubblica r.d. 8 novembre 1923, n. 2440 e dal regolamento r.d. 23 maggio 1924, n. 827.

[38] Cfr. A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pp. 43 ss (spec. pp. 49, 58).

[39] Comunicazione del 1 aprile 2020, recante "*Orientamenti della Commissione Europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi del Covid-19*" in

[40] V. al riguardo il doc. ANAC del 22 aprile 2020 recante "*Ricognizione delle disposizioni acceleratorie e di semplificazione presenti nel codice dei contratti e nell'attuale quadro normativo, al fine di fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per agevolare lo svolgimento delle procedure di affidamento*, in www.anticorruzione.it

[41] Comunicato del Presidente ANAC del 1 aprile 2020 *Attività di vigilanza collaborativa nella attuale fase emergenziale* in www.anticorruzione.it

Peraltro, utilizzare l'emergenza (e la crisi che seguirà) come laboratorio per sperimentare l'applicazione delle misure di semplificazione in piena trasparenza[42], potrebbe essere utile per verificarne vantaggi e criticità ed eventualmente per valutare se determinati aspetti meritano di essere estesi anche alle procedure aperte e ristrette[43].

Allo stesso modo, sul piano processuale, non sembrano mancare nel codice del processo amministrativo norme che consentono al giudice davanti al quale sia impugnata l'aggiudicazione di non dichiarare l'inefficacia del contratto, limitando la tutela del ricorrente alla sola forma risarcitoria, qualora lo richiedano ragioni di preminente interesse pubblico[44]. Del resto, che la tutela costitutiva possa essere esclusa qualora sia di pregiudizio all'economia nazionale, è un principio presente (da tempo) nell'ordinamento[45], ma è coerente con il quadro normativo e costituzionale che si tratti di una eventualità eccezionale della quale spetta al giudice verificare i presupposti.

Sotto un altro profilo, va considerato che investire sull'amministrazione è un passaggio preliminare necessario anche in vista di un sostanziale miglioramento nella qualità delle regole. Infatti, il modello di regolazione auspicabile, fatto di una disciplina quanto più possibile sintetica e flessibile, richiede un'amministrazione competente e quindi capace di esercitare al meglio la discrezionalità.

Non è un caso che nel sistema attuale spesso siano gli stessi funzionari amministrativi a pretendere chiarimenti interpretativi e puntuali indicazioni applicative, mediante circolari e linee-guida, perché le norme precise riducono la discrezionalità e dunque la responsabilità[46].

È, dunque, fondamentale tornare a investire sulla qualità del personale[47], sulle modalità di reclutamento e di formazione al fine di implementare le competenze,

---

[42] Mette in evidenza l'importanza di assicurare la massima trasparenza nell'applicazione delle regole derogatorie in materia di appalti E. CARLONI, *La trasparenza come risposta all'emergenza*, in *www.anticorruzione.it* , sezione Rapporti e studi – anticorruzione e trasparenza.

[43] Si pensi, ad esempio, all'autocertificazione dei requisiti da parte dei partecipanti che solleva la stazione appaltante dalle molteplici verifiche sul possesso dei requisiti in fase di ammissione, consentendole di svolgere le dovute verifiche solo nei confronti dell'aggiudicatario.

[44] Il riferimento è agli artt. 121, co. 2, 122-125 c.p.a.

[45] Art.2933, co 2, c.c. "*Non può essere ordinata la distruzione della cosa e l'avente diritto può conseguire solo il risarcimento dei danni, se la distruzione della cosa è di pregiudizio all'economia nazionale*".

[46] Cfr. M. Clarich nell'intervento al webinar *Poteri del giudice amministrativo ed efficienza delle pubbliche amministrazioni in materia di appalti,* organizzato da AIPDA il 29 aprile 2020 ha osservato che nell'ambito della esperienza di membro della commissione per la redazione del regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici sta verificando che la richiesta di normazione dettagliata e analitica proviene sia delle amministrazioni che dalle imprese. Le p.a. vogliono norme puntuali e analitiche che riducano la discrezionalità, e quindi il rischio di responsabilità, le imprese vogliono norme precise e chiare perché non hanno fiducia nella capacità amministrativa delle stazioni appaltanti.

[47] V. in questo senso *Anac e contratti pubblici tante proposte, poca concretezza* Lettera aperta del Presidente Merloni del 9 aprile 2020, reperibile su sito istituzionale dell'Autorità

innanzitutto digitali e tecniche. Sarebbe altresì necessario portare a termine il processo di razionalizzazione delle stazioni appaltanti, così da prevedere con chiarezza quale tipologia di contratti possono affidare autonomamente e per quali tipologie (caratterizzate da maggiore complessità) devono ricorrere a centrali di committenza centralizzate.

In questo modo lo Stato, e più in generale gli enti pubblici, potranno sia riprendere a contrattare in posizione di reale parità con gli operatori economici privati, anche internazionali, sia esercitare un miglior controllo sulla successiva fase di esecuzione dei contratti.

4.2. Rendere urgente l'importante: appalti pubblici e obiettivi di innovazione e di sviluppo sostenibile

Una strategia che metta al centro la valorizzazione della capacità amministrativa pare essenziale anche per portare avanti il processo di 'apertura' della disciplina di settore alla tutela di interessi pubblici sensibili.

La direttiva 2014/24/UE, anticipata dal Libro verde della Commissione sulla modernizzazione degli appalti pubblici, ha infatti rafforzato la rilevanza degli aspetti digitali, sociali e ambientali nella disciplina delle aggiudicazioni, con l'intento di indurre i committenti pubblici ad utilizzare la contrattazione per il perseguimento di obiettivi sociali comuni: la tutela dell'ambiente, una maggiore efficienza energetica in chiave di contrasto ai cambiamenti climatici, l'incentivo all'innovazione tecnologica e digitale, la promozione dell'inclusione sociale e la garanzia delle migliori condizioni possibili per la fornitura di servizi di elevata qualità[48].

L'apertura verso questi obiettivi è stata codificata nell'art. 4 del d.lgs. 50/2016, che tra i principi relativi ai contratti esclusi menziona anche "*la tutela dell'ambiente e l'efficienza energetica*", e nell'art. 30 che nel richiamare i principi generali in materia di affidamento ed esecuzione dei contratti, prevede che "*Il principio di economicità può essere subordinato (..) ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonchè alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico*".

Si tratta di una prospettiva ancora poco considerata dalle amministrazioni, ma già giuridicamente rilevante e la cui importanza è accentuata dall'attuale emergenza, che potrebbe avere nella crisi climatica una delle sue possibili cause[49] e che senz'altro avrà come conseguenza un aumento delle disuguaglianze sociali.

La convinzione, dunque, è che le amministrazioni dovrebbero essere meglio finanziate, formate e indirizzate non solo per svolgere più rapidamente le procedure di affidamento e così 'iniettare' risorse nel "mercato della

(www.anticorruzione.it)

[48] Commissione UE COM(2011) 15 def. p. 6.

[49] In questo senso v. il messaggio, del segretario generale dell'ONU, António Guterrez, che richiama dati sul legame diretto fra biodiversità, cambiamenti climatici e pandemia: https://www.un.org/en/observances/earth-day.

ricostruzione"; ma anche e soprattutto per utilizzare i contratti come leva di politica industriale[50], per orientare la crescita e la ripresa economica verso determinate finalità di innovazione tecnologica[51], di tutela ambientale, di tutela del lavoro e delle esigenze di inclusione sociale, se del caso imponendo (in via contrattuale) agli operatori privati il rispetto di tali interessi.

In questo modo, anche la cultura delle esternalizzazioni potrebbe essere ripensata in termini socialmente sostenibili[52].

In altre parole sarebbe miope una strategia che puntasse solo a risolvere il problema di garantire una rapida aggiudicazione dei contratti, rinunciando a proseguire il processo riformatore già avviato e a confrontarsi con le "lezioni" che ha dato la pandemia in termini di inadeguatezza del modello di sviluppo.

Una maggiore attenzione alla "logica di risultato" [53] presuppone cioè che il "risultato" da perseguire con la disciplina e con l'affidamento dei contratti pubblici non trascuri le coordinate assiologiche già delineate dall'ordinamento giuridico, a livello nazionale ed europeo.

(08-06-2020)

[50] M. RACCA, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Editoriale scientifica, 2017, p. 171 ss.

[51] Significativo in tal senso un passaggio della Comunicazione della Commissione europea "*Orientamenti della Commissione Europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi del Covid-19*" del 1 aprile 2020, ove si afferma: "*Per soddisfare le loro esigenze, è possibile che gli acquirenti pubblici debbano cercare soluzioni alternative e possibilmente innovative, che potrebbero già essere disponibili sul mercato o potenzialmente fruibili in tempi (molto) rapidi. (…). L'interazione con il mercato può offrire buone opportunità per tenere conto anche di aspetti strategici degli appalti pubblici, laddove nel processo di appalto siano integrate prescrizioni ambientali, sociali e di innovazione, compresa l'accessibilità ai servizi acquistati*".

[52] Per questa prospettiva cfr. i contributi raccolti in C. MARZUOLI - S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017.

[53] Nel dibattito dottrinale si contrappongono una logica di legalità (iper-regolazione, iper-controllo di ANAC e della Corte dei conti) che sarebbe causa di inefficienze, ad una logica di risultato (*i.e.* meno regole, procedure semplificate, riduzione dei controlli) che dovrebbe riportare gli sforzi dell'amministrazione e l'attenzione degli interpreti sulla necessità di raggiungere gli obiettivi in modo efficiente e in termini rapidi.

A CHI SERVE UNA METAMORFOSI EMERGENZIALE DEI CONTRATTI FINANZIARI?

Gian Luca Greco

Ricercatore di Diritto dell'economia,
Università degli Studi di Milano

1. La forma nei contratti finanziari (cenni)

Il formalismo contrattuale è ormai da decenni tratto caratterizzante nell'ambito dei servizi bancari, di investimento, di pagamento. Insomma, nella prestazione dei servizi finanziari intesi in senso ampio[1].

Agli inizi degli anni Novanta il legislatore italiano introduce l'obbligo di forma scritta per i contratti (intendendosi per essi i contratti-quadro e non i successivi atti dispositivi)[2] relativi alle attività svolte dalle società di intermediazione mobiliare[3], nonché ai servizi ed operazioni esercitati dalle banche[4].

Le conseguenze dell'inosservanza del suddetto obbligo non erano state previste dalle ormai abrogate l. 1/1991 e l. 154/1992, ma la giurisprudenza senza troppe esitazioni si era poi andata orientando verso il riconoscimento di una fattispecie di nullità "virtuale" *ex* art. 1418, comma 1, c.c.[5].

---

[1] La dottrina che si è occupata del tema è ormai molto vasta. Si veda, tra gli altri, IRTI N., *Idola libertatis. Tre eccezioni sul formalismo giuridico*, Milano, 1985; LENER R., *Forma contrattuale e tutela del contraente non qualificato*, Milano, 1996; PERLINGIERI P., *Note critiche sul rapporto tra forma negoziale e autonomia*, in *La forma degli atti nel diritto civile. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 569 ss.; SARTORI F., *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, Milano, 2004, p. 230 ss..; ZENO-ZENCOVICH V., *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra diritto commerciale e diritto dei consumatori)*, in *Giur. it.*, 1993, p. 57 ss.

[2] In tal senso, per quel che concerne la prestazione dei servizi di investimento, si vedano tra le altre: Cass. 19759/2017; Cass. 16053/2016; Cass. 3950/2016; Cass. 384/2012; Cass. 28432/2011.

[3] Cfr. artt. 6, lett. c) e 8, lett. a) (per la gestione di patrimoni, in particolare), l. 1/1991. L'obbligo in parola è stato poi ribadito all'art. 18 del d.lgs. 415/1996 e, infine, agli artt. 23 e 24 (per la gestione di patrimoni) del d.lgs. 58/1998 (di seguito anche "TUF"), ove ad oggi è disciplinato.

[4] Cfr. dapprima art. 3, l. 154/1992 e art. 21, l. 142/1992 (per il credito al consumo). Oggi si veda: art. 117 (per servizi e operazioni bancarie); art. 120-*noviesdecies* (per credito immobiliare ai consumatori); art. 125-*bis* (per credito ai consumatori); art. 126-*quinquies* (per servizi di pagamento), d.lgs. 385/1993 (di seguito anche "TUB").

[5] Sulla distinzione tra i rimedi per violazioni di norma di validità del contratto e norme di comportamento delle parti si veda soprattutto Cass. 19024/2005 nonché le sentenze gemelle Cass. S.U. 26724/2007 e Cass. S.U. 26725/2007.

Nel passaggio al TUB e al TUF è invece espressamente introdotta la sanzione di nullità del contratto laddove esso non sia redatto per iscritto. Trattasi di un regime di nullità di protezione, poiché la nullità può essere fatta valere solo dal cliente e può operare solo a suo vantaggio[6].

Un recente arresto della Corte di Cassazione a sezioni unite pare possa incidere decisamente sul tradizionale orientamento rigoroso della giurisprudenza in merito ai vizi formali nei contratti finanziari, grazie alla valorizzazione del principio di proporzionalità e dei comportamenti concludenti delle parti[7].

2. Gli interventi del legislatore sul formalismo contrattuale in risposta all'emergenza Covid-19

La situazione di emergenza conseguente all'epidemia di Covid-19 ha comportato, nella fase più critica, il blocco di gran parte delle attività produttive e la pesante limitazione di alcune libertà fondamentali dei cittadini, tra le quali la libertà di circolazione.

In tale contesto i servizi bancari e finanziari sono stati riconosciuti quali servizi essenziali e, dunque, sono stati sottratti al temporaneo divieto di esercizio che in altri settori è stato imposto. Ciò nonostante, la vigorosa spinta al lavoro a distanza che le autorità hanno impresso e la necessità di osservare severe misure di distanziamento fisico hanno provocato un rallentamento significativo delle attività svolte nelle filiali bancarie e la sostanziale impossibilità di svolgere attività fuori sede.

---

[6] Cfr. art. 23, comma 3, TUF e art. 127, comma 2, TUB. Sul punto si consenta il rinvio a GRECO G.L., *Commento all'art. 127*, in F. Belli, M. Porzio, M. Rispoli, V. Santoro (a cura di), *Commentario al testo unico bancario, Addenda di aggiornamento al d.lgs. 141/2010 e 218/2010*, Milano, 110. In giurisprudenza si veda Corte di Giustizia, 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon* e Cass. S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243, con nota di DELLI PRISCOLI L., *Rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione, contraente debole e tutela del mercato*, in *Giur. comm.*, 2015, 976.

[7] La Corte di Cassazione si è inizialmente orientata, in via prevalente e a sezione semplice, per la nullità del contratto-quadro concluso con scambio di corrispondenza quando viene prodotto in giudizio il solo modulo sottoscritto dal cliente, sia per quel che concerne la prestazione di servizi di investimento (Cass. 3623/2016; 5919/2016; 7068/2016; 8395/2016; 8396/2016; 10331/2016), che con riguardo a servizi bancari (Cass. 36/2017; *contra* Cass. n. 4564/2012). Le Sezioni Unite (Cass. S.U. 898/2018; Cass. S.U. 1200/2018; Cass. S.U. 1201/2018; Cass. S.U. 1653/2018) hanno successivamente ribaltato tale interpretazione, ritenendo che «il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dall'art.23 del d.lgs. 24/2/1998, n. 58, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti». Sul recente arresto delle Sezioni Unite cfr., per tutti, NATOLI R., *Una decisione non formalistica sulla forma: per le Sezioni Unite il contratto quadro scritto, ma non sottoscritto da entrambe le parti, è valido*, in *Società*, n. 4, 2018, p. 491; MIRONE A., *Le Sezioni Unite e il contratto c.d. mono-firma*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2018, p. 275; PAGLIANTINI S., *Forma o modalità di un'informazione materializzata? Le SS.UU. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F.*, in *Contratti*, 2018, p. 143; DI MAJO A., *Contratto di investimento mobiliare: il "balletto" delle forme*, in *Giur. it.*, 2018, p. 569.

Per temperare tali difficoltà e assicurare la continuità nell'erogazione dei servizi finanziari e nell'offerta dei prodotti alla clientela da parte di banche e altri intermediari, il legislatore è intervenuto in due distinte occasioni sulle modalità di conclusione dei contratti finanziari, a distanza di poco più di un mese l'una dall'altra.

L'art. 4 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. "Decreto Liquidità") detta disposizioni speciali semplificate per la sottoscrizione dei contratti e per le comunicazioni relative ai servizi bancari, finanziari e di pagamento disciplinati dal TUB.

Promosso dalle associazioni di categoria, che avevano tempestivamente evidenziato i limiti oggettivi del provvedimento sopra ricordato, il d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. "Decreto Rilancio") ha poi esteso (art. 36) le modalità semplificate già previste dal Decreto Liquidità alle attività e ai servizi di investimento nonché al collocamento di prodotti finanziari e quote di organismi di investimento collettivo in valori mobiliari[8].

Sul piano generale, la semplificazione apportata dai decreti suddetti è rappresentata da un allargamento, pur temporaneo, delle modalità tecniche di sottoscrizione del documento informatico[9], al fine di definirne la validità ed efficacia probatoria.

In particolare, i decreti emergenziali sono indirettamente intervenuti sull'art. 20, comma 1, primo periodo, del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (c.d. "Codice dell'amministrazione digitale" o "CAD"), ai sensi del quale il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'art. 2702 c.c. quando vi è apposta una firma digitale, un altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica dell'autore della firma, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia Digitale (di seguito anche "AgID") ai sensi dell'art 71 del CAD[10], in modo da garantirne la sicurezza, integrità e immodificabilità e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore[11].

L'art. 4 del Decreto Liquidità e l'art. 36 del Decreto Rilancio equiparano alla

---

[8] Per quanto qui non se ne tratti, occorre ricordare che l'art. 36, comma 2, del Decreto Rilancio prevede che la disciplina prevista per i contratti bancari, finanziari, di pagamento e di prestazione dei servizi di investimento si applichi anche ai fini dell'art. 165 del d.lgs. 209/2005 e dell'art. 1888 c.c. per quel che riguarda i contratti di assicurazione, ove la forma scritta non è prescritta *ad substantiam* ma *ad probationem*. In dottrina si rinvia, tra gli altri, a CANDIAN A.D., *Forma e assicurazione*, Milano, 1988, *passim*; LANDINI S., *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008, *passim*; LANDINI S., *Commento sub art. 1888*, in D. Valentino (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, vol. IV, 2011, p. 76 ss.

[9] Ossia, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. p) del d.lgs. 82/2005, «il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti».

[10] Ai sensi dell'art. 71 del CAD, l'AgID adotta, aggiorna o modifica le Linee guida contenenti le regole tecniche e di indirizzo per l'attuazione del CAD.

[11] L'art. 20, comma 1, del CAD prevede inoltre che, laddove non sia apposta una firma digitale, elettronica qualificata o avanzata o, ancora, conforme ai requisiti stabiliti dall'AgID, «l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità. La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida».

firma digitale, ad altra firma elettronica qualificata o avanzata e alla firma conforme ai requisiti fissati dall'AgID l'espressione del consenso prestato dal cliente mediante un inedito processo, che prevede fondamentalmente l'utilizzo di un indirizzo di posta elettronica non certificata e di un documento di riconoscimento del contraente.

In estrema sintesi, il soggetto che voglia concludere un contratto per accedere ai servizi bancari, finanziari, di pagamento e di investimento prestati dall'intermediario dovrà esprimere il proprio consenso mediante un messaggio inviato dal proprio indirizzo di posta elettronica ordinaria (ovvero con altro strumento idoneo). Il consenso dovrà fare riferimento ad un determinato contratto individuato in modo certo e dovrà essere accompagnato dalla copia di un documento di riconoscimento in corso di validità[12]. Infine, il messaggio di posta elettronica e i suddetti allegati dovranno essere conservati con modalità che assicurino sicurezza, integrità e immodificabilità.

I Decreti Liquidità e Rilancio prescrivono anche specifiche modalità di adempimento degli obblighi di consegna della copia del contratto e della documentazione informativa[13]: tali documenti dovranno essere messi a disposizione del cliente su supporto durevole (ad esempio, su file in formato .pdf) e, successivamente, consegnati in formato cartaceo alla prima occasione utile al termine dello stato di emergenza.

Infine, le modalità semplificate per la conclusione dei contratti possono essere utilizzate dal cliente anche per esercitare il diritto di recesso previsto dalla legge.

3. Luci ed ombre della miniriforma dei contratti finanziari

Il processo sopra sinteticamente descritto avrà presumibilmente vita breve, non potendo essere utilizzato, con l'efficacia di cui all'art. 20, comma 1, primo periodo, del CAD, oltre il 31 luglio 2020 (data nella quale terminerà, salvo ulteriori proroghe, il periodo di emergenza decretato dal Consiglio dei Ministri il 31 gennaio 2020). Per tale ragione non è detto che gli intermediari ne facciano largo uso, in considerazione del fatto, tra l'altro, che i costi necessari per consentirne l'adozione nell'organizzazione aziendale potrebbero superare i benefici ipotizzabili in termini di nuovi contratti aperti.

In secondo luogo, anche se nell'auspicio del legislatore il processo descritto nei decreti emergenziali dovrebbe semplificare la modalità di sottoscrizione del documento informatico rappresentato dal contratto relativo alla prestazione di servizi bancari, finanziari, di pagamento e di investimento, in concreto emergono profili di sostanziale incertezza, che potrebbero rivelarsi addirittura critici al

[12] Si può ipotizzare, ad esempio, che tanto il testo contrattuale quanto il documento di riconoscimento siano allegati al messaggio di posta elettronica con cui è stato espresso il consenso.

[13] Tra cui, ad esempio, il documento di sintesi, il modulo contenente le "Informazioni europee di base sul credito ai consumatori" o il prospetto informativo.

momento dell'eventuale produzione in giudizio del contratto così formato[14].

3.1. Le incertezze sull'ambito oggettivo

Come anticipato, tanto il Decreto Liquidità quanto il Decreto Rilancio hanno affrontato il tema dell'accesso "a distanza" ai servizi bancari, finanziari, di pagamento e di investimento, introducendo innanzi tutto una modalità alternativa di conclusione dei contratti in via telematica, rispetto a quanto previsto dal CAD, che si sostanzia nella produzione di un documento informatico che comunque soddisfi il requisito della forma scritta e abbia l'efficacia di scrittura privata ai sensi dell'art. 2702 c.c.[15].

Il legislatore ha quindi rinviato a tale modalità alternativa ai fini del rispetto di alcune norme speciali del TUB e del TUF in ordine all'obbligo di forma scritta del contratto.

In particolare, nell'art. 4 del Decreto Liquidità si fa espresso riferimento agli artt. 117, 125-*bis*, 126-*quinquies* e 126-*quinquiesdecies* del TUB, che rispettivamente disciplinano (perlopiù con rinvio all'art. 117) i contratti bancari e finanziari (tra cui, ad esempio, il conto corrente, il deposito, i finanziamenti nelle varie forme tecniche, i crediti di firma, le garanzie ricevute), il credito ai consumatori, i servizi di pagamento e, infine, il servizio di trasferimento dei conti di pagamento.

Occorre notare che, sorprendentemente, non vi è alcun riferimento all'art. 120-*noviedecies*, che prevede, tra l'altro, l'applicabilità dell'art. 117 ai contratti di

---

[14] Per consolidata giurisprudenza formatasi sulla questione della capitalizzazione degli interessi bancari, la prescrizione decennale delle operazioni a valere su di un conto corrente inizia a decorrere dalla estinzione del rapporto. Una posizione analoga si rinviene ormai anche per quel che riguarda le operazioni ed i contratti quadro per la prestazione di servizi di investimento su strumenti finanziari. Di conseguenza, è assai probabile che la "prova di resistenza" giudiziale dei contratti conclusi con le modalità semplificate di cui ai Decreti Liquidità e Rilancio sarà effettuata nei tribunali anche tra molti anni, quando i giudici potrebbero avere un lontano ricordo dei tempi del Covid-19 e delle difficoltà allora sperimentate, non trovando così ragione per discostarsi da un vaglio di conformità ispirato all'abituale rigore formalistico.

[15] È stato osservato, in proposito (Bonfanti B., *La stipulazione dei contratti bancari via e-mail. A proposito dell'art. 4 del «decreto liquidità»*, 7 maggio 2020, in dirittobancario.it), che «l'interpretazione sistematica della [suddetta] norma esclude l'attribuzione degli effetti disposti dall'art. 2702 c.c. all'indirizzo di posta elettronica non certificato», in quanto risulterebbe impossibile «procedere alla verificazione dell'*e-mail ex* art. 216 c.p.c., in assenza di scritture tra le quali poter effettuare una comparazione». Di conseguenza, l'Autore conclude per l'applicazione dell'art. 20, comma 1, secondo periodo (e non primo periodo, come recita l'art. 4 del Decreto Liquidità) del CAD, per cui il documento informatico formato secondo la norma in commento sarebbe, per quel che concerne il requisito della forma scritta e il valore probatorio, liberamente valutabile in giudizio, tenendo conto delle concrete caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità. Contro tale interpretazione depone anzitutto la lettera della norma (replicata nell'art. 36 del Decreto Rilancio), corroborata dal fatto che la comparazione *ex* art. 216 c.p.c. assume connotati peculiari, in generale, per tutti i documenti informatici, compresi quelli sottoscritti con firma elettronica qualificata o avanzata, per esempio, sui quali non si possono nutrire dubbi circa l'efficacia di scrittura privata *ex* art. 2702 c.c.

credito immobiliare ai consumatori.

Potrebbe in proposito ritenersi che l'omissione sia voluta, trattandosi di contratti che in larghissima parte sono stipulati con scrittura privata a sottoscrizione autenticata *ex* art. 2703 c.c. (se non con atto pubblico), al fine di ottemperare alle vigenti norme in materia di iscrizione ipotecaria[16]. Pare da escludersi, infatti, che un notaio possa autenticare la sottoscrizione nell'ipotesi in cui il consenso sia espresso mediante una semplice mail inviata dall'indirizzo di posta elettronica ordinaria del cliente.

Ciò detto, non risulta però che i contratti di credito immobiliare ai consumatori debbano essere immancabilmente assistititi da garanzia ipotecaria. A ben vedere, infatti, l'art. 120-*quinquies*, comma 1, lett. c) del TUB definisce come "contratto di credito" un contratto con il quale è concesso un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria non solo «quando il credito è garantito da un'ipoteca sul diritto di proprietà o su altro diritto reale avente a oggetto beni immobili residenziali» ma anche quando «è finalizzato all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato».

Può dunque qualificarsi come credito immobiliare ai consumatori, ad esempio, anche un credito non garantito da ipoteca, quale un finanziamento chirografario o, magari, assistito da altra garanzia reale (come un pegno) o personale (ad esempio, una fideiussione o una garanzia bancaria), purché diretto a finanziare la compravendita (ma non la ristrutturazione, *ex* art. 120-*sexies*) di un immobile, anche da edificare, o di un terreno.

Per quel che concerne queste ipotesi non vi è alcun obbligo di autenticazione della firma sulla scrittura privata relativa al finanziamento e/o alla garanzia: di conseguenza, non vi sarebbero impedimenti giuridici all'utilizzo della modalità semplificata di espressione del consenso del cliente disciplinata dall'art. 4 del Decreto Liquidità[17].

Il dato formale dell'omessa indicazione dell'art. 120-*quinquies* nell'ambito della suddetta norma potrebbe dunque essere superato con una lettura sostanziale della disposizione, avvalorata dalla circostanza che, anche in questo caso, l'obbligo di forma scritta è prescritto mediante rinvio all'art. 117, con riferimento al quale non vi sono dubbi che la nuova modalità semplificata possa essere applicabile. D'altra parte, il tradizionale rigore con il quale si muove la giurisprudenza laddove si discuta di formalismo contrattuale nei servizi bancari e finanziari dovrebbe spingere a muoversi con prudenza e a prestare attenzione ad altre modalità di conclusione del contratto.

[16] Cfr. art. 2835 c.c.

[17] Semmai possono porsi dubbi circa l'opportunità di utilizzo della modalità semplificata in ragione del rischio legale o di non conformità che ne deriverebbe.

3.2. La geometria variabile del perimetro soggettivo

Circa il perimetro soggettivo delle nuove norme si osserva una sensibile differenza tra quanto previsto dal Decreto Liquidità per i contratti bancari, finanziari e di pagamento, e quanto, invece, dal Decreto Rilancio con riguardo alle attività e ai servizi di investimento nonché al collocamento di prodotti finanziari e quote di organismi di investimento collettivo in valori mobiliari.

L'art. 36 del Decreto Rilancio si riferisce al "cliente" senza alcuna specificazione, disponendo dunque, in accordo con le categorie del TUF e dei relativi provvedimenti secondari, che la nuova modalità semplificata possa essere adottata per la conclusione dei contratti con investitori al dettaglio (consumatori o meno) e investitori professionali (di diritto o a richiesta), comprese le controparti qualificate[18].

La scelta di includere la categoria degli investitori professionali è discutibile, dato che appare quanto meno singolare che essi non siano già in possesso di una firma digitale, qualificata o elettronica avanzata, con cui ottemperare in pieno agli obblighi formali previsti dal TUF sulla base di quanto previsto dall'art. 20, comma 1, primo periodo del CAD[19].

Per quel che riguarda i contratti bancari, finanziari e di pagamento, invece, il legislatore ha previsto che la nuova modalità semplificata sia applicabile nei soli rapporti con i clienti al dettaglio[20].

In assenza di una definizione dell'anzidetta categoria nel Decreto Liquidità, è d'uopo rifarsi alla nozione di "clientela al dettaglio" riportata nelle Disposizioni in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e di correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti, emanate da Banca d'Italia in data 29 luglio 2009 in attuazione del Titolo VI del TUB. Tra i clienti al dettaglio rientrano, in particolare, i consumatori, le persone fisiche che svolgono attività professionale o artigianale, gli enti senza finalità di lucro, le micro-imprese[21].

Il perimetro soggettivo della clientela che può accedere alle semplificazioni introdotte dal Decreto Liquidità è dunque definito secondo logiche più coerenti rispetto alla dichiarata finalità di favorire l'accesso ai servizi da parte di persone

---

[18] Cfr. Relazione Illustrativa, Decreto Rilancio, p. 70, ove si afferma esplicitamente che la disciplina in commento «si applica ai rapporti contrattuali relativi a tutte le categorie di clienti».

[19] Tanto è vero che la Relazione Illustrativa al Decreto Rilancio (*ibidem*) precisa che la disciplina in deroga «opera principalmente nell'interesse della clientela al dettaglio, potenzialmente più esposta alle limitazioni imposte dalla crisi nell'accesso ai servizi finanziari, in quanto non sempre in possesso delle dotazioni e strumentazioni informatiche e telematiche necessarie alla conclusione a distanza dei relativi contratti».

[20] Cfr. art. 4, Decreto Liquidità.

[21] Trattasi delle imprese che possiedono i requisiti previsti dalla raccomandazione della Commissione europea 2003/361/CE del 6 maggio 2003, ovvero i requisiti individuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze attuativo delle misure adottate dalla Commissione europea ai sensi dell'articolo 84, lettera b), della direttiva 2007/64/CE. Nello specifico, è ricompresa in tale categoria l'impresa che occupa meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di euro.

«non sempre in possesso delle dotazioni e strumentazioni informatiche e telematiche necessarie alla conclusione del contratto a distanza»[22].

D'altra parte, è noto che tanto i professionisti iscritti agli albi ed elenchi istituiti con legge dello Stato, quanto le imprese costituite in forma societaria hanno da tempo l'obbligo, ai sensi del d.l. 185/2008, convertito in l. 2/2009, di dotarsi e rendere pubblico un indirizzo di posta elettronica certificata (PEC). Parimenti, molti ordini professionali e Camere di Commercio richiedono agli iscritti, anche in forma di imprese individuali, l'utilizzo di una firma digitale per accedere a servizi essenziali[23].

La categoria dei clienti al dettaglio è assai eterogenea per quel che concerne l'effettivo possesso di strumenti informatici idonei alla contrattazione a distanza, e di ciò il Decreto Liquidità non pare tenerne conto, allineando verso il basso il profilo tecnologico della potenziale clientela.

Certo, dal punto di vista degli intermediari è vero che la possibilità che la nuova modalità semplificata sia utilizzabile anche laddove i clienti possano avvalersi di modalità più avanzate di espressione del consenso (quale la firma digitale) o di servizi di trasmissione (come la posta certificata) potrebbe rappresentare un'opportunità aggiuntiva, piuttosto che un ostacolo.

Questa considerazione non tiene però conto del fatto che i processi aziendali per la contrattazione a distanza devono essere quanto più possibile standardizzati, richiedendo significativi investimenti, tanto per la costruzione quanto per la manutenzione: la molteplicità dei canali di operatività a distanza accresce dunque i costi ed i relativi rischi, disincentivandone l'adozione da parte degli intermediari.

Inoltre, non tutti i canali presentano i medesimi rischi legali e di non conformità e, come vedremo *infra*, la modalità di manifestazione del consenso introdotta dai decreti emergenziali mostra significative criticità aggiuntive rispetto a quelle previste dal CAD, che avrebbero potuto essere almeno in parte evitate laddove il legislatore avesse escluso le categorie sicuramente dotate di strumenti tecnologicamente più avanzati e sicuri (firma digitale e PEC).

3.3. Le criticità del nuovo processo di conclusione dei contratti a distanza

Il processo di espressione del consenso alla stipula del contratto (e all'eventuale recesso dallo stesso) introdotto dall'art. 4 del Decreto Liquidità e dall'art. 36 del Decreto Rilancio è assolutamente speculare, per cui sarà commentato unitariamente.

In primo luogo, si è dell'avviso che le modalità semplificate per la conclusione dei contratti rappresentino un'opportunità, e non un obbligo per gli intermediari, per favorire l'accesso ai servizi finanziari in presenza di norme eccezionali di distanziamento sociale e limitazione alla libertà di circolazione.

Non vi è infatti alcun elemento normativo che, anche implicitamente, porti a ritenere che l'intermediario sia soggetto ad un obbligo a contrarre, laddove il

[22] Cfr. Relazione Illustrativa, Decreto Liquidità, p. 5.
[23] Cfr. art. 3-*bis*, commi 01 e 1, del CAD.

cliente abbia inoltrato una proposta contrattuale secondo il processo introdotto dai recenti decreti-legge.

Nel contesto emergenziale di cui si discute, peraltro, la nuova relazione sarebbe instaurata necessariamente a distanza, apportando un ulteriore fattore di rischio (quanto meno in termini di identificazione e, più in generale, di adeguata verifica della clientela) che deve essere attentamente ponderato dall'intermediario e che potrebbe legittimare un rifiuto all'apertura del rapporto nel caso in cui sussista il sospetto, per esempio, di una possibile truffa (per furto d'identità, tipicamente) o si riscontri un alto rischio di riciclaggio[24].

Quest'ultima considerazione deve essere confermata, in ultima analisi, anche per il conto di pagamento di base, o "conto di base", nonostante in questo caso il TUB preveda che «tutti i consumatori soggiornanti legalmente nell'Unione europea, senza discriminazioni e a prescindere dal luogo di residenza» abbiano diritto all'apertura di un conto di base[25].

A fronte di tale diritto sussiste un obbligo di offerta del conto di base a carico di banche, Poste Italiane s.p.a. e di tutti gli altri prestatori di servizi di pagamento abilitati ad offrire servizi a valere su un conto di pagamento[26].

A ben vedere, infatti, il diritto al conto con caratteristiche di base non è assoluto, ma deve inserirsi nelle casistiche e modalità indicate dal TUB[27]. A tal proposito, l'intermediario può rifiutare l'apertura di tale tipologia di conto non solo quando il cliente non risulti consumatore o sia già titolare di un conto di pagamento, ma anche quando non può assicurarsi il rispetto degli obblighi previsti dalle disposizioni antiriciclaggio[28].

Va da sé, quindi, che anche laddove un consumatore utilizzi le modalità semplificate di conclusione del contratto previste dai decreti emergenziali per richiedere l'apertura di un conto di base, l'intermediario potrebbe trovarsi costretto a rifiutare la proposta per impedimenti connessi agli adempimenti antiriciclaggio.

Un ulteriore aspetto critico è individuabile nella genericità di alcune indicazioni inserite nei Decreti Liquidità e Rilancio.

Facciamo riferimento, in primo luogo, alla disposizione secondo cui il cliente può esprimere il consenso utilizzando il proprio indirizzo di posta elettronica «o con altro strumento idoneo», senza che la legge fornisca alcun elemento per la valutazione dell'idoneità di tale strumento.

Ricordando che la posta elettronica è sostanzialmente un sistema di

---

[24] La vigente disciplina di contrasto al riciclaggio del denaro e al finanziamento del terrorismo (d.lgs. 231/2007 e relative disposizioni attuative) prevede che i soggetti obbligato valutino l'applicazione di misure rafforzate di adeguata verifica della clientela connesse ad un rischio elevato di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo anche nel caso in cui sia richiesta l'apertura di rapporti continuativi non assistiti da procedure di identificazione elettronica sicure e regolamentate ovvero autorizzate o riconosciute dall'Agenzia per l'Italia digitale (art. 24, comma 2).

[25] Cfr. art. 126-*noviesdecies*, comma 2, TUB.

[26] Cfr. art. 126-*noviesdecies*, comma 1, TUB.

[27] Cfr. ancora art. 126-*noviesdecies*, comma 2, TUB.

[28] Così argomentando dall'art. 126-*vicies*, comma 1, TUB.

comunicazione informatico, si è dell'avviso che anche il portale web di un intermediario possa essere un'alternativa valida, laddove permetta al cliente di comunicare con l'intermediario mediante l'*upload* dei documenti richiesti (documento di riconoscimento e testo contrattuale) e la compilazione di un *format* semplificato per la manifestazione del consenso alla conclusione del contratto.

Se è vero che un siffatto portale web non consente di verificare che colui che procede all'inserimento dei dati e dei documenti sia effettivamente la persona che intende richiedere il nuovo servizio finanziario, altrettanto può dirsi per il messaggio inviato da un generico indirizzo di posta elettronica ordinaria, che non dà modo al destinatario di aver alcuna certezza sull'identità del mittente.

Questa considerazione introduce anche la questione dell'identificazione del nuovo cliente ai fini della disciplina antiriciclaggio. Quando il cliente non è già stato identificato di persona dall'intermediario in occasione dell'apertura di un precedente rapporto (per esempio, un deposito a risparmio), occorrerà procedere con un'identificazione a distanza, per la quale non è sufficiente il mero invio della copia del documento di riconoscimento e del tesserino sanitario (o codice fiscale): la vigente normativa prevede infatti che l'intermediario effettui riscontri ulteriori sui dati acquisiti rispetto all'accertamento dell'autenticità e della validità del documenti di identità, secondo modalità ritenute opportune in relazione al rischio specifico della relazione[29]. Tra le modalità suggerite da Banca d'Italia, pur a titolo esemplificativo, non è ricompreso l'invio di un messaggio da un indirizzo di posta elettronica ordinaria[30], per cui l'intermediario dovrebbe integrare il processo di conclusione del contratto con una fase ulteriore rispetto a quanto previsto dai decreti emergenziali, ovvero assumersi il rischio (anche sanzionatorio) che la procedura sia giudicata carente dal punto di vista della legislazione antiriciclaggio.

Anche per quel che concerne i profili civilistici della manifestazione del consenso vi sono molte incertezze.

Viene in rilievo, innanzi tutto, la questione dell'approvazione specifica delle clausole onerose *ex* artt. 1341 e 1342 c.c. e di ogni pattuizione contrattuale per la quale ciò è richiesto dalla disciplina speciale (come, ad esempio, per la clausola di *ius variandi ex* art. 118 TUB). Nell'aderire alla tesi per cui anche in un documento informatico è richiesta una forma di manifestazione del consenso che contempli la specifica approvazione di talune clausole (oltre che l'approvazione del regolamento

[29] Cfr. Banca d'Italia, *Disposizioni in materia di adeguata verifica della clientela e per il contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, 30 luglio 2019, Parte Seconda, Sez. VIII.

[30] *Ibidem*. In particolare, la Banca d'Italia prevede, a titolo esemplificativo, che i soggetti destinatari degli obblighi di adeguata verifica adottino le seguenti modalità: «contatto telefonico su utenza fissa (*welcome call*); invio di comunicazioni a un domicilio fisico con ricevuta di ritorno; bonifico effettuato dal cliente attraverso un intermediario bancario e finanziario con sede in Italia o in un paese comunitario; richiesta di invio di documentazione controfirmata; verifica su residenza, domicilio, attività svolta, tramite richieste di informazioni ai competenti uffici ovvero mediante incontri *in loco*, effettuati avvalendosi di personale proprio o di terzi».

contrattuale)[31], ci si chiede come sia possibile conciliare tale esigenza con la modalità semplificata rappresentata dal messaggio di posta elettronica[32].

Problematica risulta essere anche la conclusione di contratti a più di due parti (i c.d. rapporti cointestati o pluri-intestati). Dato che nella prassi ogni casella di posta elettronica è attribuita ad uno ed un solo soggetto, l'utilizzo della modalità semplificata richiederebbe la gestione di più consensi, che andrebbero espressi con tanti messaggi quanti sono le controparti dell'intermediario.

Infine, desta molte perplessità la circostanza che l'obbligo di consegna di copia del contratto, previsto all'art. 117, comma 1, TUB e dall'art. 23, comma 1, del TUF, e della documentazione informativa obbligatoria debba essere adempiuto non solo con la messa a disposizione mediante supporto durevole[33], ma anche procedendo ad un'ulteriore consegna dei medesimi documenti (in formato cartaceo, non essendo diversamente specificato dalla legge) non appena terminato lo stato di emergenza.

Tale disposizione è assai singolare e contrasta con quanto è normalmente previsto nel caso di conclusione dei contratti tramite strumenti informatici o telematici: in tale occasione, infatti, è previsto che la consegna possa avvenire attraverso lo strumento informatico o telematico impiegato per la conclusione del contratto, purché su supporto durevole. Anche l'attestazione di consegna – che è separata rispetto alla sottoscrizione del contratto – può essere acquisita mediante il medesimo strumento[34].

Tenuto conto del fatto che la conclusione del contratto con le modalità semplificate prescritte dai decreti emergenziali avviene senz'altro con l'utilizzo di strumenti informativi o telematici (quali messaggi e-mail), non si vede perché anche la consegna dei documenti contrattuali e informativi non debba avvenire a

---

[31] In argomento cfr., per tutti, FINOCCHIARO G., *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, n. 2, 2018, p. 441 ss. e, in giurisprudenza, Corte di Giustizia UE, 21 maggio 2015, causa C-322/14, secondo la quale la «procedura di accettazione mediante "clic" delle condizioni generali di un contratto di vendita [...] concluso elettronicamente, che contengano una clausola attributiva di competenza, costituisce una comunicazione elettronica che permette di registrare durevolmente tale clausola, ai sensi di tale disposizione, allorché consente di stampare e di salvare il testo di dette condizioni prima della conclusione del contratto».

[32] L'intermediario potrebbe forse adottare un sistema *point&click* all'interno di un messaggio di posta elettronica inviato al cliente che preveda molteplici *check box* in corrispondenza di ciascun consenso contrattuale richiesto, a cui il cliente deve rispondere (ancora mediante messaggio di posta elettronica che riporti, in allegato, copia del documento di riconoscimento e del testo contrattuale), manifestando la propria approvazione mediante la valorizzazione di tali *check box* con un *click* o un carattere speciale.

[33] Definito dalle Disposizioni di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari nonché di correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti, emanate da Banca d'Italia il 29 luglio 2009 e successivamente più volte modificate, nonché dall'art. 1, comma 6-*octiesdecies* del TUF, come qualsiasi strumento che permetta al cliente di memorizzare informazioni a lui personalmente dirette in modo che possano essere agevolmente recuperate durante un periodo di tempo adeguato ai fini cui sono destinate le informazioni stesse e che consenta la riproduzione immutata delle informazioni memorizzate.

[34] Cfr. Banca d'Italia, *Disposizioni di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, 29 luglio 2009, Sez. III, par. 2; sez. V, par. 2.2; sez. VI, par. 3.2, 4.1.1-*bis*, 5 e 6; sez. VI-bis, par. 5.2 e 7; sez. VII, par. 4.2, 5 e 6.

titolo definitivo su supporto durevole consegnato mediante lo stesso canale di comunicazione a distanza, che dovrebbe consentire anche l'acquisizione da parte dell'intermediario dell'attestazione di consegna.

L'introduzione dell'obbligo aggiuntivo della consegna della documentazione in formato cartaceo alla prima occasione utile comporta un aggravio procedurale significativo per gli intermediari e minaccia la certezza giuridica delle relazioni già concluse ed operative durante lo stato di emergenza.

4. Gestire l'emergenza (e non solo) con SPID

Quanto sin qui detto getta non pochi dubbi sull'efficacia delle nuove disposizioni, tese a superare le difficoltà operative imposte dall'epidemia e a consentire l'accesso a servizi finanziari essenziali a persone che ne sono sprovviste[35].

Alcuni degli ostacoli sopra ricordati avrebbero potuto però essere più facilmente superati ricorrendo a strumenti informatici già sperimentati, di utilizzo non eccessivamente complesso e, soprattutto, ben integrati nell'ordinamento vigente.

Per tale via potrebbero essere significativamente ridotti i rischi legali, di non conformità e reputazionali nei quali l'intermediario potrebbe incorrere avvalendosi di modalità che, seppur semplificate, presentano numerosi profili critici, che potrebbero anche favorire l'insorgere di liti giudiziali dall'esito incerto.

Ci si riferisce, in particolare, all'utilizzo della firma elettronica generata con processo avente i requisiti fissati dall'AgID, ai sensi dell'art. 20, comma 1-*bis*, primo periodo, del CAD. Il documento informatico formato attraverso tale processo, previa identificazione informatica del suo autore, soddisfa infatti, fuor di dubbio, il requisito della forma scritta indispensabile per la valida conclusione di un contratto finanziario.

Sul punto è perentoria la stessa AgID, confortata da un parere reso dal Consiglio di Stato[36]: le Linee Guida adottate dall'Agenzia, ai sensi dell'art. 71 del CAD, «hanno carattere vincolante e assumono valenza *erga omnes*»[37].

Nel marzo 2020 l'AgID ha emanato le Linee Guida che consentono di firmare documenti *online* con SPID (Sistema Pubblico di Identità Digitale)[38], in conformità

[35] Basti pensare ai lavoratori nel settore dell'agricoltura, abituati ad essere pagati in contanti, che hanno bisogno di un conto di pagamento per poter ricevere le indennità di disoccupazione o di cassa integrazione guadagni.

[36] Cfr. Consiglio di Stato, Parere reso sullo schema di decreto legislativo del correttivo al CAD, n. 2122/2017 del 10 ottobre 2017.

[37] Cfr. AgID, *Linee Guida contenenti le Regole Tecniche per la sottoscrizione elettronica di documenti ai sensi dell'art. 20 del CAD*, determinazione n. 157/2020 del 23 marzo 2020, p. 4.

[38] Ai sensi dell'art. 64, comma 2-*ter*, del CAD, «il sistema SPID è costituito come insieme aperto di soggetti pubblici e privati che, previo accreditamento da parte dell'AgID, secondo modalità definite con il decreto di cui al [art. 64] comma 2-*sexies* [del CAD], identificano gli utenti per consentire loro l'accesso ai servizi in rete». La "identità digitale" è definita nell'art. 1, comma u-*quater*, del CAD come «la rappresentazione informatica della corrispondenza tra un utente e i suoi

all'art. 20 del CAD: ai cittadini è stata quindi messo a disposizione in forma gratuita un ulteriore strumento digitale (oltra alla firma digitale, alla firma avanzata elettronica avanzata e a quella qualificata) con cui è possibile firmare atti e contratti aventi lo stesso valore giuridico e gli stessi effetti della firma autografa.

SPID può essere richiesto ad un Identity Provider (IdP)[39] da qualsiasi persona fisica che sia in possesso di un indirizzo e-mail (anche non PEC), di un telefono cellulare, di un documento di identità valido e della tessera sanitaria con il codice fiscale. Quasi tutti gli IdP prevedono la possibilità di riconoscimento da remoto mediante webcam, con l'utilizzo di un PC, di un tablet o di uno smartphone, con tempi dichiarati per il rilascio di SPID stimati complessivamente in circa 15/20 minuti. Alcuni IdP non prevedono alcun costo neanche con il riconoscimento da remoto, nel periodo di emergenza Covid-19.

Secondo le Linee Guida di AgID, SPID permette all'utente di sottoscrivere un documento anche in più punti, nell'ambito di un'unica sessione di autenticazione. Consente inoltre a utenti distinti di sottoscrivere il medesimo documento, in tempi e con sessioni di autenticazione SPID distinte[40]. È previsto inoltre che gli IdP possano offrire ai firmatari il servizio di conservazione dei documenti firmati.

Le modalità semplificate di cui ai decreti emergenziali si rivolgono evidentemente alle persone che non sono già in possesso di una firma elettronica "forte" ma hanno comunque disponibilità di una connessione internet e di un indirizzo di posta elettronica ordinaria. Quest'ultima circostanza induce a ritenere che siano anche in possesso di uno smartphone, oggi ormai diffusissimo in tutte le fasce di età, a cui è sempre associata una webcam.

Per tutta la popolazione dotata di tali apparecchiature digitali ottenere SPID è una soluzione fattibile e sicura, poco più complicata che gestire una mail con i relativi allegati. I portali degli IdP sono infatti piuttosto intuitivi e le attività richieste dal processo di rilascio non vanno oltre il caricamento di documenti fotografati e una videochiamata.

Dal punto di vista dell'intermediario, la gestione della conclusione di un contratto con SPID rappresenta certo un investimento non banale, soprattutto in termini organizzativi. D'altra parte, si tratta di un investimento che, a differenza di quello ipotizzabile per l'utilizzo della modalità semplificata, spiega la sua efficacia ben al di là del periodo di emergenza e con un grado di sicurezza assolutamente analogo a quello ottenibile con la firma digitale. Infatti, sebbene i decreti-legge emergenziali equiparino, sul piano giuridico, la "firma" ottenuta al

attributi identificativi, verificata attraverso l'insieme dei dati raccolti e registrati in forma digitale secondo le modalità fissate nel decreto attuativo dell'articolo 64 [del CAD]».

[39] Trattasi dei "gestori dell'identità digitale", di cui all'art. 64, comma 2-*sexies*, del CAD. Gli Identity Provider, una volta accreditati dall'AgID, hanno il compito di identificare gli utenti per consentire loro l'accesso in rete. Ad oggi, secondo quanto indicato nel sito internet dell'AgID, gli Identity Provider presso i quali i cittadini possono richiedere SPID sono nove: Aruba, Infocert, Intesa ID, Lepida, Namirial, Poste ID, Sielte ID, SpidItalia, Tim ID.

[40] Cfr. AgID, *Linee Guida*, cit., p. 5.

termine del processo che si basa sul messaggio di posta elettronica a SPID, quest'ultimo non presenta alcuna delle criticità poste in luce in relazione alla modalità semplificata introdotta dai Decreti Liquidità e Rilancio.

Per quel che riguarda la disciplina antiriciclaggio, SPID dovrebbe consentire di assolvere al requisito dell'identificazione anche senza la presenza fisica del cliente[41], in alternativa a quanto previsto per l'operatività a distanza. L'utilizzo di una procedura di identificazione elettronica riconosciuta dall'AgID evita altresì la sussistenza di un fattore di alto rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, facilitando l'instaurazione dei rapporti con la nuova clientela[42].

Anche sul piano civilistico grazie a SPID potrebbero dirsi superate le perplessità legate alla difficoltà di gestione dei consensi multipli, necessari, ad esempio, per assicurare il rispetto del requisito dell'approvazione specifica di disposizioni contrattuali onerose e per la conclusione di contratti multilaterali. Le Linee Guida dell'AgID prevedono infatti che SPID consenta di sottoscrivere il medesimo documento informatico in più punti nonché da più utenti.

Infine, il ricorso da parte di un intermediario al processo di sottoscrizione a mezzo SPID evita la consegna della copia del contratto in forma cartacea, che è sostituita in via permanente da quella su supporto durevole.

In conclusione, è certo apprezzabile lo sforzo del legislatore di facilitare la conclusione a distanza di contratti finanziari durante il periodo emergenziale con modalità ulteriori rispetto a quelle già esistenti.

D'altra parte, la soluzione adottata non è priva di incertezze e rischi, che potrebbero essere superabili solo con un'interpretazione giurisprudenziale dei requisiti di forma contrattuale attenta, come auspicabile, al principio di proporzionalità nella tutela degli interessi pubblici rilevanti.

In quest'ottica sarebbe stato preferibile promuovere la diffusione di un sistema di autenticazione tecnologicamente più avanzato, quale SPID, che viene rilasciato anche a distanza e può essere utilizzato per la sottoscrizione qualificata di documenti informatici.

Durante il periodo emergenziale, il blocco di gran parte delle attività produttive e la pesante limitazione della libertà di circolazione hanno costretto imprese e famiglie a compiere insperati progressi nella strada della digitalizzazione. Occorre essere audaci e cogliere l'occasione per incentivare l'utilizzo di strumenti – quali le identità digitali - che in futuro, anche al di là della crisi pandemica, possono rendere i rapporti contrattuali più rapidi e sicuri.

(16-06-2020)

[41] Cfr. Banca d'Italia, *Disposizioni in materia di adeguata verifica*, cit., Parte Seconda, Sez. III.
[42] Cfr. art. 24, comma 2, lett. b), n. 3, del d.lgs. 231/2007.

LA CONDIZIONALITÀ DELLA DUPLICE TRANSIZIONE VERDE E DIGITALE NEL *RECOVERY FUND* DELL'UNIONE EUROPEA

Massimiliano Montini

Professore Associato di Diritto dell'Unione Europea,
Università degli Studi di Siena

1. Introduzione: le priorità della Commissione Europea 2019-2024

Il presente contributo intende verificare se l'obiettivo della duplice transizione verde e digitale che emerge dalle priorità della Commissione Europea 2019-2024 abbia in qualche modo influenzato la predisposizione delle misure adottate in risposta alla crisi del Covid-19, in particolare con riferimento alla recente proposta del *Recovery Fund*, presentata dalla Commissione nel maggio 2020.

A tale fine, l'analisi si soffermerà dapprima sulle caratteristiche delle due transizioni verde e digitale come esse emergono all'interno dei documenti programmatici della Commissione, per poi passare ad una disamina di quale rilevanza abbia la duplice transizione nell'ambito della proposta del *Recovery Fund*. Infine, nella parte finale, l'attenzione si sposterà sulla verifica della seguente ipotesi: se la duplice transizione costituisca un esempio di condizionalità nell'ambito del *Recovery Fund*.

Per quanto riguarda le priorità della Commissione Europea 2019-2024, queste sono state indicate per la prima volta nel documento sugli *Orientamenti Politici* della nuova Commissione presentato dalla futura Presidente Ursula von der Leyen nel luglio 2019, dopo la sua indicazione come candidata alla carica di Presidente da parte del Consiglio Europeo, e prima della nomina ufficiale della nuova Commissione Europea.

Negli *Orientamenti Politici* della von der Leyen emergono già le 6 tematiche che poi verranno confermata come le priorità della Commissione Europea per il quinquennio 2019-2024. Esse comprendono le seguenti tematiche: (1) un Green Deal europeo; (2) un'economia che lavora per le persone; (3) un'Europa pronta per l'era digitale; (4) Proteggere il nostro stile di vita europeo; (5) Un'Europa più forte nel mondo; (6) Un nuovo slancio per la democrazia europea.[1]

All'interno delle 6 priorità indicate dalla von der Leyen nel luglio 2019 e

[1] *Orientamenti Politici per la prossima Commissione Europea 2019-2024* della candidata alla carica di presidente della Commissione Europea Ursula von der Leyen, luglio 2019.

confermate poi dalla Commissione Europea come priorità per il mandato 2019-2024, emerge il ruolo di due obiettivi che sembrano costituire gli assi portanti di tutto il programma della Commissione, vale a dire il Green Deal e l'Europa digitale. Tali due priorità, che potrebbero a mio avviso essere meglio definite come "super-priorità", dal momento che sembrano avere un ruolo più importante e forse sovra-ordinato rispetto alle altre priorità del programma della Commissione europea, costituiscono la base della duplice transizione verde (o ecologica) e digitale. Tali due priorità, dopo l'insediamento della nuova Commissione, sono state costantemente indicate come obiettivi principali di riferimento in diversi documenti programmatici, sia in quelli adottati in attuazione del programma di lavoro della Commissione nei primi mesi del 2020, sia di quelli adottati più di recente in risposta all'emergenza del Convid-19. Tra questi ultimi si colloca in particolare la già menzionata proposta di *Recovery Fund*, presentata dalla Commissione nel maggio 2020.

2. La duplice transizione verde e digitale

Nel presente paragrafo cercheremo di mettere meglio a fuoco le caratteristiche fondamentali della transizione verde e digitale come esse emergono alla luce di diversi documenti programmatici della Commissione adottati negli ultimi mesi, prima e dopo l'insorgere dell'emergenza legata al Covid-19. La duplice transizione verde e digitale, come già menzionato sopra, trova il suo fondamento in due delle 6 priorità della Commissione Europea per il periodo 2019-2014, vale a dire il Green Deal e l'Europa digitale. È dai documenti fondativi di tali due priorità che partirà quindi l'analisi.

Il Green Deal europeo, che la candidata Presidente von der Leyen si impegnava fin da subito a presentare entro i 100 giorni dall'inizio del mandato della nuova Commissione Europa si basa sul presupposto che l'Unione debba tendere a traguardi più ambiziosi in questo settore con l'obiettivo di far diventare l'Europa entro il 2050 il primo continente a impatto climatico zero, ossia un'area geografica dove le emissioni di gas serra vengono progressivamente ridotte e le emissioni residue vengono adeguatamente compensate attraverso l'assorbimento da parte delle foreste e lo sviluppo di tecnologie di stoccaggio del carbonio. L'obiettivo della neutralità climatica dovrebbe diventare giuridicamente vincolante attraverso l'adozione di un apposito regolamento europeo, che dovrebbe spingere l'UE ad andare oltre ai già ambiziosi obiettivi dell'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici del 2015. Gli elementi fondamentali della nuova politica climatica dell'Unione, che dovranno contribuire a tracciare la strada per il raggiungimento della neutralità climatica al 2050, saranno la revisione degli obiettivi di riduzione delle emissioni di gas sera al 2030, attualmente fissati al 40% rispetto ai livelli del 1990, che secondo la Presidente von der Layen dovrà essere incrementato fino al 55%, nonché la progressiva estensione del sistema EU ETS

di scambio delle emissioni anche a settori finora non coperti da tale sistema, vale a dire i settori del trasporto aereo e marittimo. Inoltre, la Presidente ha proposto un patto climatico tra le istituzioni ed i cittadini, per mettere tutti nella condizione di contribuire al raggiungimento degli obiettivi previsti dalla futura politica climatica europea e perseguire efficacemente la neutralità climatica al 2050. Infine, a supporto di tali misure ed obiettivi, per evitare la rilocalizzazione fuori dal territorio europeo delle imprese e delle installazioni industriali a maggiore impatto in termini di rilascio di emissioni, nonché per prevenire la concorrenza sleale di imprese, localizzate in Paesi terzi, soggette a regimi meno stringenti in materia di controllo e riduzione delle proprie emissioni, la Commissione proporrà l'introduzione di una imposta sul carbonio alle frontiere, finalizzata a bilanciare il costo dei prodotti importati in linea con gli obiettivi della politica climatica europea, nel contesto del programma del Green Deal europeo.

In parallelo, l'Unione Europea dovrà puntare verso una nuova strategia industriale, che dovrà rendere l'industria europea all'avanguardia attraverso la sua progressiva decarbonizzazione, la promozione dell'economia circolare e lo sviluppo di tecnologie pulite. Il rinnovamento industriale dell'Unione Europea nell'ottica del Green Deal verrà supportato attraverso un utilizzo mirato dei fondi strutturali, volto a perseguire anche obiettivi di maggiore equità sociale, nonché attraverso un massiccio piano di investimenti dedicati alla politica climatica ed alla transizione verde, supportato tra l'altro dal nuovo quadro finanziario pluriennale, dal coinvolgimento di investitori privati, attraverso il contributo della finanza verde e sostenibile, nonché attraverso i fondi della Banca Europea degli Investimenti (BEI), che dovrà diventare almeno in parte una banca climatica europea.

In parallelo, la Presidente von der Leyen si impegnava fin da subito a presentare una nuova strategia sulla biodiversità, finalizzata a preservare l'ambiente naturale europeo, partendo dalla conservazione e dal ripristino degli ecosistemi, nella convinzione che i cambiamenti climatici, la biodiversità, la sicurezza alimentare, la deforestazione ed il consumo del suolo sono tematiche strettamente collegate tra di loro che vanno affrontate in modo integrato ed innovativo. A tal fine, alla nuova strategia sulla biodiversità si sarebbe affiancata una nuova strategia agroalimentare dell'Unione, denominata "Strategia dal produttore al consumatore", con lo scopo di riqualificare l'intero sistema agroalimentare europeo verso obiettivi di sostenibilità, che coinvolgano l'intera catena di creazione del valore.

Tra le linee di azione proposte della Presidente von der Levyen c'è anche quella di rivedere la normativa ambientale europea al fine di ridurre drasticamente l'inquinamento e salvaguardare l'ambiente e la salute dei cittadini. A tale scopo, la nuova Commissione si è impegnata a presentare una strategia integrata per la riduzione dell'inquinamento dell'aria, dell'acqua e del suolo. A questo tema, si affianca il progetto della Commissione si presentare un nuovo piano di azione per l'economia circolare, che rilanci e rafforzi i precedenti

impegni europei in questo settore, come base per il futuro modello economico di sviluppo dell'Unione, cominciando dalle questioni prioritarie dalla lotta alla plastica monouso, oggetto della recente Direttiva UE 2019/904, che dovrà essere attuata nei prossimi anni, e dell'inquinamento del mare da microplastiche, che dovrà essere affrontato dalla nuova Commissione a livello legislativo durante il periodo del suo mandato.

Per quanto riguarda la priorità relativa al perseguimento di un'Europa digitale, denominata negli *Orientamenti Politici* della Presidente von der Leyen come la tematica finalizzata ad "Un'Europa pronta per l'era digitale", l'obiettivo di riferimento da perseguire nella visione della candidata Presidente è quello di un'Unione più ambiziosa, capace di cogliere appieno le opportunità fornite dall'era digitale in un contesto in grado di garantire la sicurezza e rispettare l'etica.

Le principali linee di azione individuate dalla Presidente von der Leyen ruotano intorno a diverse tematiche, tra cui, ad esempio, la definizione di norme comuni a livello europeo per lo sviluppo e la regolamentazione delle reti 5G ed il conseguimento della sovranità tecnologica europea in alcuni settori fondamentali, attraverso investimenti nella tecnologia blockchain, nel calcolo ad alte prestazioni, nell'informatica quantistica e negli algoritmi e strumenti per la condivisone e l'utilizzo dei dati. La Commissione punta alla definizione congiunta e coordinata a livello europeo dei nuovi standard tecnologici che si imporranno nella nuova era digitale. Inoltre, tra le linee prioritarie di azione si trovano la proposta di un atto legislativo per un approccio coordinato a livello europeo sulle implicazioni umane ed etiche dell'intelligenza artificiale, in parallelo con la promozione di maggiori investimenti in questo settore. In aggiunta, verrà proposta una nuova normativa sui servizi digitali finalizzata a rafforzare la sicurezza delle piattaforme, dei servizi e dei prodotti digitali europei, nell'ottica del completamento e del rafforzamento del mercato unico digitale europeo.

Oltre a ciò, la Presiedente von der Leyen si è impegnata a realizzare entro il 2025 uno spazio europeo dell'istruzione, nel quale siano abbattuti gli ostacoli ancora esistenti all'apprendimento transfrontaliero dei discenti da un Paese Membro agli altri. In parallelo, dovranno essere rafforzate le competenze digitali dei cittadini europei, sia giovani che adulti, mediante la revisione del piano di azione europeo per l'istruzione digitale, promuovendo ad esempio la diffusione di corsi online e di massa aperti a tutti e la condivisione online dei materiali didattici.

In termini generali, è possibile rilevare come già nel contesto delle 6 priorità individuate negli *Orientamenti Politici* della candidata Presidente Ursula von der Leyen, la centralità delle tematiche del Green Deal e dell'Europa digitale emerge tra le righe, anche se non viene ancora pienamente definita ed esplicitata. Infatti, nell'introduzione del documento, si può trovare già un primo riferimento alla "transazione verde e digitale", anche se tale terminologia non viene poi ripresa nel corpo del documento dedicato all'illustrazione delle sei priorità della

candidata Presidente. Nel preambolo del documento si legge infatti quanto segue: *«L'Europa deve guidare la transizione verso un pianeta in salute e un nuovo mondo digitale. Ma per farlo deve unire le persone e adeguare la nostra economia sociale di mercato unica alle nuove ambizioni dell'epoca attuale.»* [2]

I termini "transizione verde e digitale", talvolta indicati anche come "transazione ecologica e digitale", si trovano invece con una certa regolarità in molti documenti della nuova Commissione Europea, nel frattempo insediatasi a partire dal 1 dicembre 2019. In tal senso, meritano di esseri menzionati alcuni dei documenti attuativi delle 6 priorità, a partire dalla Comunicazione della Commissione sul Green Deal europeo del novembre 2019,[3] nonché il Programma di lavoro 2020 della Commissione adottato nel gennaio 2020.[4]

La Comunicazione della Commissione sul Green Deal europeo è completamente incentrata sul cambiamento necessario a livello europeo, in molteplici settori, per far fronte alla sfida climatica ed ambientale che attende la presente generazione, con l'obiettivo prioritario di raggiungere la neutralità climatica europea entro il 2050 e garantire una crescita economica più sostenibile ed attenta alle esigenze sociali.[5] Nel documento in oggetto, la Commissione non utilizza ancora in termini sistematici il riferimento la duplice transizione verde (o ecologica) e digitale come le super-priorità cardine della sua azione, ma nel testo si trovano diversi riferimenti alla transizione ecologica o verde, talvolta in connessione con le sfide della transizione digitale.

La "transazione ecologica e digitale" diventa elemento fondamentale e trainante dell'azione complessiva della Commissione Europea nel suo Programma di lavoro 2020, pubblicato nel gennaio 2020, appena prima dello scoppio dell'emergenza Covid-19. In tale contesto, la Commissione indica l'elenco delle azioni da realizzare nei primi 100 giorni del suo mandato, basandosi sulle 6 priorità già individuate dalla Presidente von der Leyen, focalizzandosi in particolare sulla speciale rilevanza dell'obiettivo della duplice transizione ecologica e digitale. La Commissione individua il contesto di riferimento sostanziale e temporale del suo programma di lavoro, affermando quanto segue: *«Nel corso del prossimo anno e dei dieci anni a venire, l'Unione ha l'opportunità unica di*

---

[2] *Orientamenti Politici per la prossima Commissione Europea 2019-2024*, cit., p. 4.

[3] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Il Green Deal europeo*, COM(2019) 640 final, del 11.12.2019.

[4] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Programma di lavoro della Commissione 2020. Un'Unione più ambiziosa*, COM(2020) 37 final, del 29.1.2020.

[5] Nell'Introduzione della Comunicazione, l'obiettivo del Green Deal viene definito dalla Commissione come segue: "*Il Green Deal europeo è la risposta a queste sfide. Si tratta di una nuova strategia di crescita mirata a trasformare l'UE in una società giusta e prospera, dotata di un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva che nel 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra e in cui la crescita economica sarà dissociata dall'uso delle risorse*" (Vedi Comunicazione, *Il Green Deal europeo*, cit., p. 2).

guidare la transizione verso un'Europa equa, a impatto climatico zero e digitale. Questa duplice transizione, ecologica e digitale, interesserà tutti noi: ogni paese, ogni regione, ogni persona. Interesserà tutti gli aspetti della nostra società e della nostra economia. Ma perché abbia successo, deve essere giusta e inclusiva per tutti. L'Unione europea potrà cogliere appieno le opportunità offerte dalla duplice transizione solo se sfrutteremo tutte le nostre forze e la nostra diversità. Nel fare questo, dovremo sempre continuare a lottare per la parità, promuovere i nostri valori e difendere lo Stato di diritto.» [6] La rilevanza della duplice transizione come asse portante del programma di lavoro annuale 2020 (in prospettiva pluriennale) della Commissione europea viene confermato dai diversi riferimenti contenuti nel documento ad ulteriori programmi, strategie e agende che dovranno essere orientati al sostegno della transizione ecologica e digitale, come ad esempio la nuova strategia industriale europea,[7] la nuova agenda per le competenze, l'istruzione e l'inclusione,[8] e la nuova agenda per la tutela dei consumatori.[9]

La stretta connessione tra le transizioni verde e digitale è ribadita anche nella Comunicazione della Commissione europea del febbraio 2020 denominata "Plasmare il futuro digitale dell'Europa",[10] nella quale si trovano le linee direttrici del piano di lavoro dell'esecutivo europeo in questo settore. Questo si basa su tre obiettivi chiave finalizzati a promuovere la trasformazione digitale dell'Unione, vale a dire: (1) una tecnologia al servizio delle persone, finalizzata a sviluppare, diffondere e adottare tecnologie che possano migliorare la vita quotidiana dei cittadini, nel rispetto dei valori europei; (2) un'economia equa e competitiva, basata sul mercato unico digitale, in cui tutte le imprese europee possano competere in condizioni di parità ed i diritti dei consumatori siano rispettati; (3) una società aperta, democratica e sostenibile, in cui i cittadini siano pienamente tutelati rispetto ai dati che forniscono sia online che offline, i diritti fondamentali siano rispettati e la transizione digitale contribuisca a promuovere un'economia sostenibile, a impatto climatico zero ed efficiente nell'impiego delle risorse.[11]

Nell'introduzione della Comunicazione sul futuro digitale dell'Europa viene esplicitamente richiamato il riferimento alla centralità della duplice transizione già contenuto negli Orientamenti Politici della Presidente von der Leyen e si afferma inoltre che: *«La trasformazione verde e la trasformazione digitale sono due sfide indissociabili. Come indicato nel Green Deal europeo, queste sfide richiedono un immediato riorientamento verso soluzioni più sostenibili che siano circolari, efficienti nell'impiego delle*

[6] Comunicazione, *Programma di lavoro della Commissione 2020. Un'Unione più ambiziosa*, cit., p. 2.
[7] Comunicazione, *Programma di lavoro della Commissione 2020. Un'Unione più ambiziosa*, cit., p. 6.
[8] Comunicazione, *Programma di lavoro della Commissione 2020. Un'Unione più ambiziosa*, cit., p. 9.
[9] Comunicazione, *Programma di lavoro della Commissione 2020. Un'Unione più ambiziosa*, cit., p. 10.
[10] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, COM(2020) 67 final, del 19.2.2020.
[11] Comunicazione, *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, cit., p. 2-3.

risorse e a impatto climatico zero.» [12] Ciò dimostra che, anche nell'ambito dell'agenda digitale dell'Unione europea un ruolo fondamentale e determinante è riconosciuto all'azione combinata e coordinata della duplice transizione verde e digitale, che vengono presentare come sfide indissociabili ed integrate, da perseguire a favore delle imprese e dei cittadini europei.

La "transazione ecologica e digitale" rappresenta il punto di riferimento fondamentale anche di altri successivi documenti programmatici dell'Unione, come ad esempio la strategia industriale europea.[13] Tale strategia viene presentata dalla Commissione come il programma per un nuovo modo di fare industria nell'Unione europea, al fine di raggiungere gli obiettivi della neutralità climatica e della *leadership* digitale. In tale contesto, la Commissione sottolinea la rilevanza della duplice transizione nella futura necessaria trasformazione economica ed industriale dell'Unione, affermando quanto segue: *«La duplice transizione, ecologica e digitale, toccherà ogni componente dell'economia, della società e dell'industria. Richiederà nuove tecnologie, cui dovranno corrispondere gli investimenti e l'innovazione necessari. Creerà nuovi prodotti, servizi, mercati e modelli di business. Darà forma a nuovi tipi di figure professionali inedite, che richiederanno competenze non ancora disponibili. E richiederà il passaggio dall'attuale produzione lineare all'economia circolare.»* [14] La Commissione richiama inoltre gli *Orientamenti Politici* della Presidente von der Leyen, la Comunicazione sul Green Deal e la Comunicazione sul futuro digitale dell'Europa , come le basi concettuali su cui poggia la nuova strategia industriale europea focalizzata prioritariamente sul perseguimento della duplice transizione ecologica e digitale.[15] Nel contesto della nuova strategia industriale, la Commissione rileva inoltre come lo sviluppo di una leadership digitale dell'Unione Europea, oltre ad accrescere la sua competitività a livello mondiale, contribuirà a rafforzare il mercato unico europeo ed a sostenere la decarbonizzazione dell'economia, nell'ottica di quanto previsto dal Green Deal. In tal modo, si viene a creare uno stretto collegamento ed una forma di integrazione tra la transizione digitale e quella ecologica nel contesto della futura politica industriale europea.[16]

Infine, in aggiunta a quanto previsto nella strategia industriale dell'Unione, anche il nuovo piano di azione per l'economia circolare,[17] che si pone in stretto collegamento con essa, è influenzato dall'esigenza di contribuire a promuovere la transizione verde, anche se in modo più indiretto, nell'alveo di quanto previsto

---

[12] Comunicazione, *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, cit., p. 1.

[13] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Una nuova strategia industriale per l'Europa*, COM(2020) 102 final, del 10.3.2020.

[14] Comunicazione, *Una nuova strategia industriale per l'Europa*, cit., p. 2.

[15] Ibidem.

[16] Comunicazione, *Una nuova strategia industriale per l'Europa*, cit., p. 5.

[17] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva,* COM(2020) 98 final, del 11.3.2020.

dal Green Deal europeo. La Commissione in particolare nel contesto del piano di azione per l'economia circolare afferma quanto segue: *«l'UE deve accelerare la transizione verso un modello di crescita rigenerativo che restituisca al pianeta più di quanto prenda, adoperandosi a favore del mantenimento del consumo di risorse entro i limiti del pianeta, e dunque deve fare il possibile per ridurre la sua impronta dei consumi e raddoppiare la percentuale di utilizzo dei materiali circolari nel prossimo decennio.»*[18]

3. Il *Recovery Fund* dell'Unione Europea

In questo paragrafo, l'analisi si concentrerà sulla disamina di quale rilevanza abbia la duplice transizione verde e digitale nell'ambito della proposta del *Recovery Fund*, denominato anche *Next Generation EU*. Prima di procedere con tale analisi è opportuno descrivere in termini generali in cosa consiste la proposta del *Recovery Fund* (*Next Generation EU*) della Commissione ed in quale contesto istituzionale di risposta europea all'emergenza del Covid-19 si inserisce.

Nell'introduzione della Comunicazione di proposta del *Recovery Fund* (*Next Generation EU*),[19] la Commissione afferma che il piano di interventi per il rilancio dell'economia europea dopo la crisi sanitaria, e la conseguente crisi economica, causate dal Covid-19 dovrà essere basato sui principi della solidarietà, della coesione e della convergenza. Secondo la Commissione, la risposta europea alla crisi del Covid-19 dovrà garantire *«una ripresa collettiva e coesa in grado di accelerare la duplice transizione verde e digitale»*, la quale *«non potrà che rafforzare la competitività, la resilienza e la posizione dell'Europa quale attore mondiale.»*[20]

Per rispondere al carattere eccezionale della sfida sanitaria ed economica del Covid-19, la Commissione propone un piano ambizioso, che prevede un ingente stanziamento finanziato nell'ambito del bilancio a lungo termine dell'UE. Il piano europeo di ripresa economica post-Covid-19 si basa su un impegno finanziario di ampia portata, che è ancora più rilevante in quanto caratterizzato da alcune innovazioni importanti, quanto ad esempio al reperimento dei fondi sul mercato (mediante prestiti garantiti dall'Unione sulla base del suo elevato *rating*) ed al loro futuro rimborso in un lungo arco temporale (dal 2028 al 2058). Il rimborso dei prestiti si realizzerà mediante i futuri bilanci dell'Unione europea attraverso un più ampio ricorso a nuove "risorse proprie" dell'Unione, che *in nuce* sono già proposte dalla Commissione nella proposta di *Recovery Fund*, e che risultano largamente ispirate al perseguimento degli obiettivi della duplice transizione verde e digitale.[21]

---

[18] Comunicazione, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare,* cit., p. 1.

[19] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione*, COM(2020) 456 final, del 27.5.2020.

[20] Comunicazione, *Il momento dell'Europa*, cit., p. 1.

[21] Comunicazione, *Il momento dell'Europa*, cit., p. 4-5.

Secondo quanto previsto dalla proposta della Commissione, i fondi del programma *Next Generation EU* ammontano a 750 MLD di EUR complessivi, suddivisi in 500 miliardi di EUR di sovvenzioni (ossia di contributi a fondo perduto) e 250 miliardi di EUR di prestiti agli Stati membri (da rimborsare). Il programma è articolato su tre pilastri.

Il primo pilastro ha l'obiettivo principale di sostenere gli investimenti e le riforme degli Stati Membri necessari per fronteggiare la crisi post Covid-19. Esso si basa prevalentemente sul cosiddetto "nuovo strumento per la ripresa e la resilienza", che ha una dotazione di 560 MLD, ripartita tra sovvenzioni e prestiti. Per accedere a tali fondi, gli Stati Membri dovranno presentare alla Commissione dei piani nazionali per la ripresa, che dovranno basarsi sulle priorità di investimento e di riforma stabilite nell'ambito del semestre europeo. I piani nazionali dovranno comunque essere in linea con i piani nazionali per l'energia e il clima, con i piani per una transizione giusta, con gli accordi di partenariato e con i programmi operativi nel quadro dei fondi UE. Tale "strumento" di supporto finanziario lega quindi la possibilità di accedere ai fondi previsti al rispetto di una serie condizioni che dovranno essere verificate dalla Commissione, sia *ex ante* che *in itinere*. Lo strumento per la ripresa e la resilienza è affiancato inoltre da una nuova iniziativa della Commissione, denominata "REACT-EU", la quale si propone di fornire agli Stati membri un sostegno integrativo per la coesione, con una dotazione di 55 MLD EUR. I fondi di questa nuova iniziativa verranno distribuiti tenendo conto del diverso impatto che la crisi legata al Covid-19 ha avuto nei Paesi Membri, al fine di sostenere i lavoratori e le PMI, i sistemi sanitari nazionali e le transizioni verde e digitale. Infine, sempre nell'ambito di questo primo pilastro, la Commissione prevede un aumento dei fondi già stanziati per il Fondo per una transizione giusta e per il Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale, con il dichiarato scopo di contribuire a promuovere ulteriormente la transizione verde.[22]

Il secondo pilastro del piano *Next Generation EU* si propone di rilanciare l'economia europea attraverso il sostegno alle imprese in difficoltà, incentivando il supporto di investimenti privati. Il cardine di tale pilastro consiste in uno nuovo strumento di sostegno alla solvibilità delle imprese in difficoltà a causa della crisi del Covid-19. I fondi di tali strumenti saranno destinati in particolare alle imprese dei settori, delle regioni e dei Paesi più colpiti dalla crisi. A tale strumento si affiancheranno inoltre ulteriori fondi messi a disposizione dalla Commissione nell'ambito del programma di investimento europeo denominato *InvestEU*.[23]

Infine, il terzo pilastro del piano *Next Generation EU* ha l'obiettivo di "trarre insegnamenti dalla crisi", attraverso l'istituzione di un nuovo programma di sostegno europeo per la salute, denominato *EU4Health*. Tale nuovo programma avrà una dotazione di 9,4 MLD EUR e sarà destinato a supportare gli

[22] Comunicazione, *Il momento dell'Europa*, cit., p. 5.
[23] Comunicazione, *Il momento dell'Europa*, cit., p. 6.

investimenti degli Stati Membri nella prevenzione, nella preparazione alle crisi, nell'aggiudicazione di farmaci e dispositivi essenziali e nel miglioramento dei risultati sanitari a lungo termine.[24]

Con riferimento specifico alla relazione tra gli impegni previsti dalla Commissione nella proposta del *Recovery Fund* e la duplice transizione verde e digitale già indicata in precedenza dalla Commissione come l'asse portante del programma di azione del suo mandato 2019-2024, la proposta del *Recovery Fund* prende una precisa presa di posizione, affermando che: *«Le sfide del nostro tempo, cioè la transizione verde e quella digitale, sono diventate ancora più importanti rispetto al periodo precedente alla crisi. La ripresa ci permetterà di accelerare la duplice transizione verde e digitale. Rafforzeremo la nostra autonomia strategica pur conservando i vantaggi di un'economia aperta. Sosterremo i nostri partner di tutto il mondo e guideremo il multilateralismo rinnovato e rafforzato di cui il mondo ha bisogno.»*[25]

La risposta europea alla crisi economica conseguente all'emergenza sanitaria del Covid-19 viene quindi fortemente permeata dall'esigenza di mantenere, ed anzi rafforzare, il ruolo prioritario della duplice transizione verde e digitale, come punto di riferimento delle politiche europee per i prossimi anni. Anzi, paradossalmente, la necessità di iniettare maggiori risorse economiche sul mercato europeo da parte della Commissione, si rivela un'occasione per promuovere con maggiore forza e determinazione il perseguimento di comuni obiettivi europei legati alla transizione verde e digitale per l'Unione, i suoi Stati Membri, le sue imprese e tutti i suoi cittadini.

4. La duplice transizione come esempio di condizionalità nel *Recovery Fund*?

Nel presente paragrafo, dopo avere analizzato gli obiettivi e le caratteristiche della duplice transizione verde e digitale sostenuta dalla Commissione Europea ed avere esaminato la sua rilevanza nel contesto della proposta del *Recovery Fund* (*Next Generation EU*), l'attenzione si sposterà sulla verifica della seguente ipotesi: se la duplice transizione costituisca un esempio di condizionalità nell'ambito del *Recovery Fund*.

Il concetto di condizionalità nel diritto dell'Unione europea nasce nel sistema delle relazioni esterne dell'UE, generalmente con riferimento al requisito del rispetto dei diritti umani e dei valori fondamentali dell'Unione che viene imposto ai Paesi interessati a divenire nuovi Stati Membri.[26] Gradualmente, la

[24] Comunicazione, *Il momento dell'Europa*, cit., p. 6.

[25] Comunicazione, *Il momento dell'Europa*, cit., p. 3.

[26] Su questo tema si veda K.E. SMITH, *The Evolution and Application of EU Membership Conditionality*, in M. CREMONA (ed.), *The Enlargement of the European Union*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 105 et seq.; C. HILLION, *The Copenhagen Criteria and Their Progeny*, in C. HILLION (ed.), *EU Enlargement: A Legal Approach*, Oxford, Portland: Hart, 2004; D. KOCHENOV,

condizionalità ha fatto la sua comparsa anche nelle relazioni interne dell'Unione, con particolare riferimento al tema della condizionalità nella spese dei fondi europei (*spending conditionality*).[27] Normalmente tale tipologia di condizionalità si riferisce all'obbligo dei conformarsi a determinati criteri di tipo economico o finanziario.[28]

È soltanto negli ultimi anni che l'applicazione della condizionalità legata alla spesa dei fondi europei (*spending conditionality*) è stata proposta con riferimento a tematiche non strettamente economiche o finanziarie. In primo luogo, la condizionalità è stata suggerita dalla Commissione europea in una proposta di Regolamento del 2018 finalizzato al rispetto dello stato di diritto (*rule of law*).[29] Tale progetto è stato ovviamente ispirato dalle note (ed irrisolte) vicende di violazione dello stato di diritto da parte di alcuni Stati Membri, segnatamente la Polonia e l'Ungheria. In tale contesto, la proposta della Commissione prevede che in caso di gravi violazioni dello stato di diritto da parte di alcuni Stati Membri, la Commissione possa sospendere l'erogazione di fondi europei destinati a tali Paesi. In tal modo, la condizionalità legata al rispetto dello stato di diritto si configura come il primo esempio di un possibile limite (interno) alla possibilità di usufruire del supporto di fondi europei, legato al rispetto dello stato di diritto, anziché a criteri di tipo economico o finanziario.[30]

Un secondo esempio di condizionalità non legata al rispetto di criteri economici o finanziari si riferisce invece al tema oggetto del presente contributo, relativo alla condizionalità emergente nell'ambito del *Recovery Fund* (*Next Generation EU*), con riferimento alla necessità di perseguire nei piani nazionali per la ripresa degli Stati Membri relativi ai fondi europei erogati come risposta alla crisi susseguente alla pandemia del Covid-19 obiettivi collegati alle politiche orizzontali prioritarie della Commissione Europea per il periodo 2019-2024, relative in particolare alle duplice transizione verde e digitale.

EU Enlargement and the Failure of Conditionality, Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2008.

[27] Su questo tema si veda A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, M. TABOROWSKI, M. SCHMIDT, *A Potential Constitutional Moment for the European Rule of Law – The Importance of Red Lines*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 983 ss.; M. Fisicaro, *Rule of Law Conditionality in EU Funds: The Value of Money in the Crisis of European Values*, in *European Papers*, 2019, www.europeanpapers.eu, p. 695-722, a p. 703 ss.

[28] Su questo tema si veda M. IOANNIDIS, *EU Financial Assistance Conditionality after "Two Pack"*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2014, p. 61 ss.; A. VITERBO, *Legal and Accountability Issues Arising from the ECB's Conditionality*, in *European Papers*, 2016, www.europeanpapers.eu, p. 501 ss.; V. VITA, *Revisiting the Dominant Discourse on Conditionality in the EU: The Case of EU Spending Conditionality*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, p. 116 ss.

[29] *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri*, COM(2018) 324 final, del 2.5.2018.

[30] Su questo tema si veda M. Fisicaro, *Rule of Law Conditionality in EU Funds: The Value of Money in the Crisis of European Values*, cit., p. 707 ss.

Nella proposta del *Recovery Fund* della Commissione emergono a mio avviso due importanti profili di condizionalità legata alla duplice transizione verde e digitale. Il primo profilo di condizionalità è finalizzato a subordinare al rispetto di precisi criteri l'erogazione dei fondi previsti in particolare dal "nuovo strumento per la ripresa e la resilienza", nell'ambito del primo pilastro del *Recovery Fund*. Come già evidenziato sopra, l'erogazione di tali fondi ai Paesi Membri, sia sotto forma di sovvenzioni che di prestiti, è subordinata alla presentazione da parte degli Stati richiedenti di appositi piani nazionali per la ripresa, orientati verso obiettivi di sostenibilità, che dovranno basarsi sulle priorità di investimento e di riforma stabilite nell'ambito del semestre europeo. Secondo quanto prevede la proposta del *Recovery Fund*, tali piani nazionali, che sono soggetti a specifica approvazione e successivo monitoraggio *in itinere* da parte della Commissione, dovranno in ogni caso rispettare i piani nazionali per l'energia e il clima, i piani per una transizione giusta, gli accordi di partenariato ed i programmi operativi nel quadro dei fondi europei. Si viene quindi a creare una condizionalità diretta tra l'erogazione dei fondi ed il perseguimento delle priorità europee legate alla transizione verde e digitale, che avrà il duplice scopo di limitare il margine di discrezionalità degli Stati Membri nella definizione dei propri piani nazionali e di fare in modo che l'utilizzo dei fondi europei in questione contribuisca alla realizzazione degli obiettivi della duplice transizione promossa dalla Commissione europea.

Il secondo profilo di condizionalità è legato invece alle modalità del futuro reperimento da parte della Commissione europea delle risorse finanziarie necessarie al rimborso dei prestiti che saranno contratti sul mercato e garantiti dalla stessa Commissione per finanziare le iniziative previste dal *Recovery Fund*. Come già menzionato sopra, per il rimborso dei suddetti prestiti la proposta della Commissione prevede di istituire una serie di nuove risorse proprie nell'ambito del bilancio pluriennale dell'Unione. In particolare, le nuove risorse proprie proposte si caratterizzano per una forte connotazione tematica, legata al perseguimento della duplice transizione verde e digitale. Esse comprendono infatti, con riferimento alla transizione verde, una nuova risorsa propria collegata al funzionamento del sistema di scambio delle quote di emissione (sistema EU ETS), un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere ed un'imposta sulla plastica non riciclata, mentre con riferimento alla transizione digitale prevedono l'istituzione di una nuova risorsa propria basata sulla tassazione delle grandi imprese multinazionali ed una nuova tassazione del digitale, che si baserà sul lavoro preparatorio svolto nell'ambito dell'OCSE.[31] Questo secondo profilo di condizionalità si configura quindi come un esempio di condizionalità di tipo indiretto, ben diversa dalla prima, che contribuisce a fornire un forte orientamento al *Recovery Fund*, come strumento finalizzato al soddisfacimento di specifiche esigenze economiche di ripresa equa e sostenibile, nel conteso più ampio del

[31] Comunicazione, *Il momento dell'Europa*, cit., p. 4-5.

supporto al perseguimento della duplice transizione verde e digitale, che la Commissione europea ha posto alla base del suo programma per il prossimo futuro.

L'analisi sopra esposta sembra quindi consentire di rispondere affermativamente al quesito posto all'inizio del presente paragrafo. È quindi possibile a mio avviso affermare l'esistenza di una condizionalità della duplice transizione verde e digitale nel *Recovery Fund* proposto dalla Commissione Europea. Nel caso di specie, l'analisi ha evidenziato che sussisterebbe addirittura un duplice profilo di condizionalità, sia diretta che indiretta. Ciò costituisce certamente un elemento innovativo e distintivo del *Recovery Fund*, il quale sembra quindi aprire interessanti prospettive per un rafforzamento della duplice transizione verde e digitale nel contesto delle politiche e delle azioni post-Covid-19 dell'Unione Europea.

(26-06-2020)

GLI INTERVENTI DELLE BANCHE CENTRALI SUL MERCATO. DALLA REGOLAZIONE AL GOVERNO DELL'ECONOMIA

Tamara Favaro

Assegnista di ricerca in Diritto dell'economia,
Università degli Studi di Pisa

«*La legge patisce tante eccezioni che diventa eccezione essa stessa*»
(I. SVEVO, *Commedie*, Mondadori, 1960, p. 59)

1. Il nuovo ruolo della Banca Centrale europea nella gestione della politica monetaria. Un possibile ripensamento del modello di regolazione meramente economica?

I problemi connessi alla natura indipendente e neutrale della Banca Centrale Europea[1] sono oggetto di un annoso dibattito dottrinale[2], che ha assunto nuovo

[1] Per un approfondimento in dottrina, si rinvia in particolare alle opere di M. PELLEGRINI, *Banca Centrale Nazionale e Unione Monetaria Europea. Il caso italiano*, Bari, Cacucci, 2003; S. ANTONIAZZI, *La Banca Centrale Europea, tra Politica Monetaria e Vigilanza Bancaria*, Torino, Giappichelli, 2013; C. BUZZACCHI, (a cura di), *La Banca centrale europea: il custode della costituzione economica*, Milano, Giuffrè, 2017; ID., *Risparmio, Credito e Moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della Banca Centrale Europea: beni costituzionali che intersecano ordinamento della Repubblica e ordinamento dell'Unione*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2, 2016, p. 39 ss.; F. MATTASSOGLIO, *La Banca Centrale Europea come una Penelope schizofrenica?* in G. COCCO, S. LA PORTA (a cura di), *Il pendolo delle autonomie, tra aspirazioni federalistiche e tentazioni di semplificazione. Scritti in onore di Anna Marzanati*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 181-194; ID., *Dalla Banca d'Italia alla Banca Centrale Europea: come sono cambiate le modalità di finanziamento del debito*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 5, 2016, pp. 1145-1182; F. ZATTI, *Il controllo della BCE sulle economie nazionali*, in M. CAFAGNO, F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia - Studi a 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, a cura di L. Ferrara e D. Soracœ, vol. V, Firenze, Firenze University Press, 2016, pp. 487-598; F. BELLI, V. SANTORO (a cura di), *La Banca centrale europea*, Milano, Giuffrè, 2003; A. MALATESTA, *La Banca centrale europea. Gli aspetti istituzionali della Banca centrale della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2003; O. ROSELLI (a cura di), *Europa e banche centrali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004; D. HOWARTH, P. LOEDEL, *The European Central Bank: The New European Leviathan?*, New York, Palgrave Macmillan, 2005; C. ZILIOLI, M. SELMAYR, *La Banca Centrale Europea*, Milano, Giuffrè, 2007.

[2] V., *ex multis*, S. CASSESE, *L'autonomia delle banche centrali*, in *È ancora attuale la legge bancaria del 1936?*, Roma, 1987, 83 ss.; C. GOODHART, *L'evoluzione delle banche centrali*, Laterza, Roma-Bari, 1989; D. MASCIANDARO, S. RISTUCCIA (a cura di), *L'autonomia delle banche centrali*, Milano, Edizioni di Comunità, 1998; A. PREDIERI, *Il potere della Banca centrale: isola o modello?*, Firenze, Passigli, 1996;

rilevo anche in tempi recentissimi a seguito di alcuni approdi giurisprudenziali[3]. Particolare oggetto di indagine è il nodo, tuttora irrisolto, della natura tecnica o anche politica del ruolo attualmente esercitato dalla BCE, mediante l'utilizzo di strumenti di politica monetaria non convenzionale quale forma di gestione di situazioni emergenziali. In massima sintesi, tradizionalmente questo dibattito è finalizzato a rivendicare una sorta di "legittimazione democratica" in capo alla Banca Centrale Europea. Più in generale, il fine è quello di verificare se vi sia l'effettiva possibilità di ricondurre l'adozione di politiche non convenzionali al mandato formalmente attribuito alla stessa o se invece essa invada le competenze appartenenti agli organi politici dei singoli Stati membri.

Pur partendo dal medesimo problema, diverso è lo scopo che orienta il presente contributo: l'obiettivo è infatti quello di interpretare il nuovo ruolo assunto dalla Banca Centrale Europea alla luce della recente crisi nell'ottica della tradizionale relazione tra mercato e istituzioni.

Come noto, fin dalla sua istituzione con il Trattato di Maastricht, il mandato primario attribuito alla BCE consiste nel mantenimento della stabilità dei prezzi, al fine di contenere il tasso di inflazione. Pertanto, volendo applicare le categorie dogmatiche tipiche del diritto pubblico dell'economia, forse non è azzardato ritenere che, nel perseguimento della politica monetaria, l'Autorità appaia connotata da una funzione di regolazione squisitamente economica[4]: esercita

---

C. GOODHART, *The Constitutional Position of a Independent Central Bank*, in *Government and Opposition*, vol. XXXVII, fasc. 2, 2002, pp. 190 ss.; G. CAMA, G.B. PITTALUGA, *Indipendenza delle banche centrali e democrazia*, Milano, Hoepli, 2004; AA.VV., *Banche centrali e principio democratico*, *Quaderni del dottorato di ricerca in diritto ed economia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007; F. MOROSINI, *Banche centrali e questione democratica*, Pisa, ETS, 2014; P. CIOCCA, *La banca che ci manca. Le banche centrali, l'Europa, l'instabilità del capitalismo*, Roma, Donzelli, 2014; O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, Jovene, pp. 265 ss.

[3] V. *infra* par. 2.

[4] È noto come la nozione di "regolazione" sia tuttora notevolmente discussa in dottrina a livello nazionale ed europeo, in particolare per ciò che attiene l'ambito di delimitazione della materia rispetto al diritto pubblico dell'economia. In massima sintesi, la disciplina dell'economia viene attuata attraverso l'elaborazione e l'attuazione di politiche pubbliche di natura fiscale, di spesa, di sostegno e incentivo ai diversi settori dell'economia: per mezzo di essa le istituzioni pubbliche mirano a influenzare l'andamento del mercato, e talora anche a sostituirlo con altre forme di organizzazione economica, in vista del raggiungimento di determinati obiettivi. La regolazione ha carattere "condizionale", nel senso che "consiste di prescrizioni non direttive, ma ipotetiche, dal verificarsi delle quali le norme o la regolazione stessa fa discendere conseguenze che sono predeterminate" (Cassese, 2002). Si distingue in regolazione sociale ed economica: la prima prevede interventi diretti a orientare il funzionamento dei mercati, in relazione alla rilevanza dei beni e dei servizi prodotti e scambiati per la realizzazione di interessi pubblici di per sé estranei al mercato; la seconda considera invece come interesse generale da perseguire proprio il corretto funzionamento del mercato: M. BOMBARDELLI, *Le relazioni tra istituzioni pubbliche e mercati*, in ID. (a cura di), *L'intervento amministrativo sui mercati*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 10 ss. Per un approfondimento sul tema, si rinvia in particolare a N. RANGONE, *Regolazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 5057 ss.; assume una posizione parzialmente diversa A. ZITO, *Mercati (Regolazione dei)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali III, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 805 ss.; M. SEPE, *I Mercati*, Bari, Cacucci, 2003; M. PELLEGRINI, *Corso di diritto pubblico*

infatti un'attività di conformazione del mercato secondo regole di natura condizionale, è sottoposta al sindacato giurisdizionale della Corte di Giustizia e può considerarsi una c.d. "*single mission authority*", nel senso che non deve ponderare l'interesse pubblico ad esso affidato con altri interessi pubblici secondari[5]. In effetti, a conferma di tale tesi sembra di potersi citare una recente letteratura economica[6] che ha evidenziato come la Banca Centrale Europea, con le sue misure di politica monetaria, operi in un caso di "fallimento del mercato" che caratterizza la stabilità monetaria e si ripropone di intervenire sui comportamenti dei soggetti operanti nei mercati finanziari, regolando il livello dei prezzi.

È noto infatti come essa agisca secondo regole di natura economica ed incarni la tipica concezione dell'economia monetarista[7]; inoltre, come evidenziato anche di recente dalla dottrina amministrativistica[8], nella sua intrinseca natura di Autorità indipendente essa manifesta in maniera emblematica tutta la sfiducia nell'adeguatezza dell'intervento pubblico nell'economia, cui si contrappone la fede nel mercato e nella sua efficienza[9].

In tal senso, la Banca Centrale Europea si sviluppa in contrapposizione al precedente modello keynesiano, ove la politica monetaria era invece considerata quale parte delle più complessive strategie di politica economica e, dunque, dotata di rilevante connotazione politica, dovendo per l'appunto contemperare finalità ed interessi pubblici diversi ed in parte confliggenti. In questo precedente modello, che ha caratterizzato l'economia quantomeno fino agli anni sessanta del secolo scorso, vi era un forte e connaturale «collegamento tra politica e moneta»[10]: le decisioni di politica monetaria dovevano infatti saper mediare tra interessi in conflitto, per cui le scelte relative alla sua definizione erano rimesse a organi democraticamente eletti, lasciando in sostanza alle banche centrali il mero «potere

---

dell'economia, Milano, Wolters Kluwer, 2016; A. TUCCI, *Il diritto dell'economia nella prospettiva storico-istituzionale*, in *Amministrazione in Cammino*, 2016; V. inoltre S. BREYER, *Regulation and its Reform*, Cambridge, Harvard University Press, 1982; J. TAPIA, D. MANTZARI, *The Regulation/Competition Interaction*, in D. GERARDIN, I. LIANOS (a cura di), *Research Handbook on European Competition Law*, 2014, disponibile all'indirizzo: *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2044722* [ultimo accesso: 20 febbraio 2020]; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 245 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, Giuffrè, 2006.

[5] Cfr. in particolare S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato Concorrenza Regole*, fasc. 2, 2002, pp. 265-276.

[6] Sul punto, cfr. V. VISCO, *Note sulla regolamentazione dei mercati finanziari*, relazione tenuta presso la Scuola Superiore della Magistratura, Milano, 3 marzo 2016, disponibile all'indirizzo: *https://www.nens.it/archivio/documenti/note-sulla-regolamentazione-dei-mercati-finanziari* [ultimo accesso: 15 giugno 2020].

[7] Cfr. in particolare M. FRIEDMAN, *Metodo, consumo e moneta*, Bologna, Il Mulino, 1996.

[8] E.B. LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, Politica, Democrazia*, Torino, Giappichelli, 2019, che dedica autonomo

[9] Cfr. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 9 ss.

[10] M. PELLEGRINI, *Banca Centrale Nazionale e Unione Monetaria Europea. Il caso italiano*, *op. cit.*, p. 19.

di decidere autonomamente le *misure tecniche*[11] più idonee a realizzare tali obiettivi»[12].

In effetti, il ruolo delle banche centrali si è evoluto nel tempo in maniera speculare rispetto al "ritiro" dello Stato dall'economia, divenendo emblematico del prevalere delle forze del mercato sulle istituzioni politicamente rappresentative. Si fa forza l'idea secondo cui la politica monetaria debba essere sottratta alla discrezionalità dei governi per essere affidata in via esclusiva a banche centrali indipendenti, incaricate in via principale di garantire la stabilità dei prezzi sulla base di criteri tecnici, senza tener conto delle considerazioni politiche contingenti.

Eppure, nell'attuale contesto storico, si suole ritenere che si assista ad un massiccio ritorno delle politiche pubbliche e alla sempre più matura consapevolezza per cui il dato economico è inseparabile da quello politico, anche con riferimento alla politica monetaria: quale è allora l'attuale «forma di interazione tra potere politico e potere monetario»[13]? In particolare, può ritenersi che evolva anche il ruolo della Banca Centrale Europea, assumendo una maggiore "politicizzazione" rispetto a quella attribuitale dai Trattati europei, essendo chiamata a svolgere funzioni che vadano oltre la mera integrazione economica e così finalmente ripristinando anche a livello transnazionale il connaturale nesso tra politica e moneta?

2. Banca Centrale Europea e misure di politica monetaria non convenzionale per fronteggiare la crisi in atto

Come anticipato, per cercare di rispondere a questa domanda appare opportuno far riferimento al crescente ricorso alla politica monetaria non convenzionale da parte della BCE. Infatti, nella perdurante incompletezza del disegno europeo, caratterizzato non solo dalla sostanziale assenza di un'unione fiscale e politica ma ancor prima dall'incompiutezza dell'Unione Economica e Monetaria, la Banca Centrale Europea è stata costretta a porre in essere «azioni straordinarie»[14]. In particolare, essa è ricorsa in maniera cospicua alla politica monetaria non convenzionale (c.d. *non standard measures*), inaugurata a seguito della crisi finanziaria del 2007[15], mettendo in atto una serie di interventi urgenti e

[11] Corsivo aggiunto.

[12] C. PANICO, M.O. RIZZA, *Fondamenti dell'indipendenza della banca centrale in una società democratica*, in AA.VV., *Banche centrali e principio democratico*, *Quaderni del dottorato di ricerca in diritto ed economia*, *op. cit.*, p. 49.

[13] F. CAPRIGLIONE, voce *Moneta*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, III, Milano, 1999, p. 747.

[14] Il riferimento è alla nota affermazione con cui la presidente della BCE ha presentato il piano straordinario "*Pandemic Emergency Purchase Programme*" (meglio definito *infra*): «Tempi straordinari richiedono azioni straordinarie. Il nostro impegno per l'euro non ha limiti. Siamo determinati a sfruttare l'intero potenziale dei nostri strumenti, nell'ambito del nostro mandato».

[15] Inoltre, ha adottato misure di vigilanza prudenziale, qui non oggetto di approfondimento.

fuori dal comune al fine di fronteggiare l'emergenza. Così, oltre a mantenere i tassi d'interesse invariati[16], la BCE ha deciso di intervenire con massicce misure di *Quantitative Easing*[17], potenziando temporaneamente il programma di acquisto di *bond* europei (c.d. *Asset Purchase Programme - APP*)[18] avviato nel 2014 al fine di sostenere il meccanismo di trasmissione della politica monetaria e fornire l'importo di adattamento politico necessario per garantire la stabilità dei prezzi, incrementandolo di 120 miliardi di euro netti sino a fine anno[19]. Inoltre, ha stabilito di condurre ulteriori operazioni di rifinanziamento a più lungo termine (c.d. *Long Term Refinancing Operations - LTRO*)[20], introducendo al contempo condizioni più favorevoli per le c.d. "operazioni mirate di rifinanziamento a più lungo termine" (*Targeted Longer-Term Refinancing Operations - TLTRO III*)[21], atte a stimolare i prestiti bancari all'economia reale e in generale migliorare la trasmissione della politica monetaria[22]. Ancora, sempre nell'ambito delle proprie misure di politica monetaria non convenzionale, la BCE ha istituito sette nuovi interventi di supporto alla liquidità, ovvero le c.d. "operazioni di rifinanziamento

[16] Nello specifico, il tasso principale resta fermo a zero, quello sui depositi a -0,50% e quello sui prestiti marginali allo 0,25%.

[17] C.d. "allentamento quantitativo", che consiste sostanzialmente in una strategia della Banca Centrale destinata all'acquisto massiccio di azioni e titoli di stato, con lo scopo di produrre maggiore circolazione di liquidità e riduzione dei tassi di interesse, facilitando così l'accesso al credito. Avviato per la prima volta in Europa nel 2015 come misura straordinaria e temporanea con una scadenza iniziale prevista per settembre 2016, il *Quantitative Easing* è stato continuamente oggetto di proroga.

[18] In particolare, nell'ambito dell'*Asset Purchase Programme* l'Eurosistema conduce quattro programmi di acquisto di titoli pubblici e privati, che hanno per oggetto: obbligazioni bancarie garantite (*Covered Bond Purchase Programme - CBPP3*), titoli emessi in seguito alla cartolarizzazione di prestiti bancari (*Asset-Backed Securities Purchase Programme - ABSPP*), titoli emessi da governi, agenzie pubbliche e istituzioni internazionali situate nell'area dell'euro (*Public Sector Purchase Programme - PSPP*, per cui v. *infra* nel presente paragrafo), e obbligazioni del settore privato (*Corporate Sector Purchase Programme - CSPP*). Con riferimento a queste ultime, il 18 marzo 2020 il Consiglio direttivo della BCE ha deciso di estendere la gamma di attività idonee ai documenti commerciali non finanziari. In generale, questi programmi mirano ad incrementare l'offerta monetaria, a sostenere i consumi e la spesa per gli investimenti nell'area euro nonché a raggiungere un obiettivo di inflazione vicino al 2%.

[19] Che vanno ad aggiungersi ai 20 miliardi di euro mensili previsti dal programma corrente. Si segnala che tra marzo e maggio 2020 l'Eurosistema ha effettuato acquisti netti per 127,8 miliardi di EUR nell'ambito del c.d. *APP*.

[20] Fino al 24 giugno 2020.

[21] Che saranno applicate dal 24 giugno 2020 al 23 giugno 2021. In particolare, il Consiglio direttivo ha deciso di ridurre il tasso di interesse sulle operazioni *TLTRO III* nel periodo da giugno 2020 a giugno 2021 a 50 punti base al di sotto del tasso di interesse medio di deposito prevalente nello stesso periodo. In particolare, tali misure sono volte a sostenere i prestiti bancari nei confronti delle persone maggiormente colpite dalla diffusione del coronavirus, *in primis* le piccole e medie imprese.

[22] Per un approfondimento sul punto, si rinvia alla decisione (UE) 2020/407 della Banca Centrale Europea del 16 marzo 2020, che modifica la decisione (UE) 2019/1311 su una terza serie di operazioni mirate di rifinanziamento a più lungo termine (BCE/2020/13).

a più lungo termine per l'emergenza pandemica" (*Pandemic Emergency Longer-Term Refinancing Operations - PELTRO*)[23], con lo scopo di preservare il normale funzionamento dei mercati finanziari ed evitare una crisi del credito nell'Eurozona determinata dal coronavirus.

Particolarmente significativa è anche la creazione di un nuovo Programma di acquisto per l'emergenza pandemica (*Pandemic Emergency Purchase Programme - PEPP*)[24], rivolto ai titoli del settore sia pubblico che privato, cui è stata attribuita una dotazione finanziaria complessiva di 1.350 miliardi di euro[25] per allentare l'orientamento complessivo della politica monetaria e per contrastare i gravi rischi a cui il meccanismo di trasmissione della politica monetaria e le prospettive per l'area dell'euro sono esposti a causa della pandemia di coronavirus[26]. In effetti, questo nuovo programma appare ancor più radicale delle tanto discusse operazioni monetarie definitive per i Paesi in difficoltà (*Outright Monetary Transactions - OMT*) e del programma di acquisti di titoli pubblici sui mercati secondari (*Public Sector asset Purchase Programme - PSPP*), che sono stati recentemente oggetto di sindacato da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea[27] e su cui è significativamente intervenuta la *Bundesverfassungsgericht*

[23] Avviate nel maggio 2020, tali operazioni avranno scadenze scaglionate tra luglio e settembre 2021, in linea con la durata delle misure di allentamento dei criteri di idoneità applicabili alle garanzie.

[24] Istituito con decisione (UE) 2020/440 della Banca Centrale Europea del 24 marzo 2020 su un programma temporaneo di acquisto per l'emergenza pandemica (BCE/2020/17).

[25] In un primo momento, erano stati attribuiti 750 miliardi di euro. Successivamente, con decisione del 4 giugno 2020 la BCE ha previsto altri 600 miliardi di euro nell'ambito del c.d. *PEPP*.

[26] Per una più approfondita ricostruzione delle molteplici misure poste in essere dalla Banca Centrale Europea al fine di contrastare gli effetti prodotti sull'economia dal Covid-19, si rinvia in particolar modo a G. CLAEYS, *The European Central Bank in the COVID-19 crisis: Whatever it takes, within its mandate*, *Policy Contribution n. 9/2020*, Bruegel, disponibile all'indirizzo: *https://www.bruegel.org/2020/05/the-european-central-bank-in-the-covid-19-crisis-whatever-it-takes-within-its-mandate/*[ultimo accesso: 10 giugno 2020].

[27] Ci si riferisce in particolar modo alla sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 2015 sul caso *Peter Gauweiler et al. c. Deutscher Bundestag* (Causa C-62/14), in merito alla validità delle decisioni del Consiglio direttivo della Banca centrale europea del 6 settembre 2012, relative ad una serie di caratteristiche tecniche concernenti le *Outright Monetary Transactions* dell'Eurosistema sui mercati secondari del debito sovrano e sull'interpretazione degli artt. 119 TFUE, 123 TFUE e 127 TFUE, nonché degli articoli da 17 a 24 del Protocollo (n. 4) sullo Statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea, e alla successiva sentenza della Corte (Grande Sezione) del 11 dicembre 2018 sul caso *Weiss* (causa C-493/17), volta a sindacare la validità del programma di acquisto di attività del settore pubblico sui mercati secondario (*PSPP*). In entrambi i casi, la Corte di Giustizia ha riconosciuto la legittimità dell'operato della Banca Centrale Europea. Per un commento in dottrina, cfr. in particolare L. DANIELE, P. SIMONE, R. CISOTTA (a cura di), *Democracy in the EMU in the Aftermath of the Crisis*, Cham, Springer, 2017, con particolare riferimento ai contributi di Susanna Cafaro, Fabio Bassan e Giulio Peroni. Cfr. anche M. BONINI, *La Banca Centrale Europea tra forma di governo parlamentare, democrazia "à la UE" e "costituzionalismi intrecciati"*, in *Rivista AIC*, fasc. 4, 2016, pp. 1-39; R. IBRIDO, *Il controllo democratico della politica monetaria: equilibri costituzionali e integrazione europea dopo le sentenze OMT*, in *Federalismi*, fasc. 5, 2017, pp. 1-29; F.

tedesca[28] proprio all'indomani dell'adozione delle nuove misure di *Quantitative Easing* volte a fronteggiare la crisi sanitaria in atto.

3. Criticità relative agli interventi della Banca Centrale Europea

In effetti, alcuna dottrina[29] ha già contestato la legittimità del nuovo Programma di acquisto per l'emergenza pandemica, a causa della sua enorme

---

MUNARI, *Da Pringle a Gauweiler: i tormentati anni dell'Unione monetaria e i loro effetti sull'ordinamento giuridico europeo*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, fasc. 4, 2015, pp. 723-755.

[28] Ovvero, l'organo di giustizia costituzionale della Repubblica Federale di Germania. Il riferimento è all'ormai nota sentenza del 5 maggio 2020 che, in parte contraddicendo nel merito la sentenza della Corte di Giustizia sul caso *Weiss*, peraltro pronunciata su rinvio pregiudiziale della stessa *Bundesverfassungsgericht*, ha posto nuovamente in dubbio la legittimità dei programmi di *Quantitative Easing* adottati nell'ambito del programma *PSPP*. In massima sintesi, la Banca Centrale Europea avrebbe confuso la politica monetaria, competenza esclusiva dell'Unione, con la politica economica, rimessa agli Stati membri e di cui l'Unione assicura tutt'al più il coordinamento dettandone gli indirizzi di massima. In particolare, essa non avrebbe tenuto in debito conto una serie di effetti distorsivi provocati dalla sua politica monetaria non convenzionale sull'economia reale, necessariamente implicati dalla natura dell'intervento: infatti, non avrebbe sufficientemente considerato gli effetti di politica economica e sociale del programma sul debito pubblico, sul risparmio personale, sui regimi pensionistici e previdenziali, sui prezzi degli immobili e sul mantenimento di imprese economicamente non redditizie (v. par. 139 della sentenza in parola). Inoltre, la Corte di Giustizia nella pronuncia *Weiss* non avrebbe sufficientemente vagliato il rispetto del principio di proporzionalità, imposto dai trattati alla BCE. Per un primo commento in dottrina, si rinvia in particolare a J. ZILLER, *L'insopportabile pesantezza del giudice costituzionale tedesco*, in *I post di AISDUE*, vol. II, fasc. 1, 2020, pp. 1-13; G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco*, in *Il diritto dell'Unione europea - Osservatorio europeo*, maggio 2020, pp. 1-22, disponibile al *link*: *http://www.dirittounioneeuropea.eu/Tool/Evidenza/Single/view_html?id_evidenza=1000* [ultimo accesso: 10 giugno 2020]; D.U. GALETTA, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronunzia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in *Federalismi*, fasc. 14, 2020, pp. 166-178; L.F. PACE, *Il BVerG e la sentenza sul programma PSPP: "c'è della logica in questa follia"? Il prevedibile "rientro" della "crisi istituzionale" annunciata nella sentenza (provvisoria) del 5 maggio 2020*, in *Federalismi*, fasc. 16, 2020, pp. 299-309; B. CARAVITA, M. CONDINANZI, A. MORRONE, A.M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione - Editoriale*, fasc. 14, 2020, pp. ix-xiv; A. CIANCIO, *The 5 May 2020 Bundesverfassungsgericht's Decision on the ECB's public sector purchase program: an attempt to "break the toy" or a new starting point for the Eurozone?*, in *Federalismi*, fasc. 16, 2020, pp. 36-47; M. CLARICH, *La Consulta tedesca e il problema della legittimazione democratica dell'UE*, in *Milano Finanza*, 8 maggio 2020; F. BASSAN, *Il primato del diritto tedesco*, in *Dirittobancario.it*, 7 maggio 2020; S. LOMBARDO, *Quantitative Easing: la sentenza della Corte Costituzionale tedesca*, in *Dirittobancario.it*, 6 maggio 2020.

[29] Cfr. in particolare M. VAN DER SLUIS, *Analysis: "Fighting the fallout: the ECB adopts a purchase programme in response to the coronavirus"*, 24 marzo 2020, disponibile all'indirizzo: *https://eulawlive.com/analysis-fighting-the-fallout-the-ecb-adopts-a-purchase-programme-in-response-to-the-coronavirus-by-marijn-van-der-sluis/* [ultimo accesso: 10 giugno 2020].

flessibilità[30], della pressoché totale assenza di forme di condizionalità[31] e dell'apparente rimozione dei limiti per emissione e per emittente che avevano invece caratterizzato i precedenti programmi[32], sebbene la Banca Centrale Europea abbia giustificato tali innovazioni sulla base delle caratteristiche peculiari che connotano l'attuale crisi rispetto alla precedente[33].

Tuttavia, ci sembra che, nell'ipotesi (alla luce dei precedenti, invero assai probabile) in cui tale programma fosse utilizzato dalla Corte Costituzionale tedesca quale nuovo pretesto per sottoporre a sindacato giurisdizionale le misure di *Quantitative Easing* adottate dalla BCE, la Corte di Giustizia si pronuncerebbe, ancora una volta, nel senso della sua ammissibilità, essendo coerente rispetto agli obiettivi perseguiti e dei mezzi utilizzati per il loro raggiungimento[34]. Infatti, riprendendo le argomentazioni addotte dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Gauweiler*[35], se è pur vero che «il SEBC non può validamente acquistare titoli di Stato sui mercati secondari in presenza di condizioni che conferiscano, in pratica, al suo intervento un effetto equivalente a quello dell'acquisto diretto di titoli del debito pubblico presso le autorità e gli organismi pubblici degli Stati membri, rimettendo così in discussione l'efficacia del divieto enunciato all'articolo 123,

[30] Infatti, ai sensi dell'art. 5, c. 2, della decisione (UE) 2020/440, saranno permesse «fluttuazioni nella distribuzione dei flussi di acquisto nel tempo, fra classi di asset e giurisdizioni».

[31] M. VAN DER SLUIS, *Analysis: "Fighting the fallout: the ECB adopts a purchase programme in response to the coronavirus"*, cit., osserva a tal proposito che «(…) *the accusation is easily made that PEPP is OMT, just without the conditionality*».

[32] Ovvero, il limite del 33% per i titoli di Stato e del 50% per gli emittenti sovranazionali che finora ha vincolato gli acquisti da parte della BCE.

[33] Particolarmente significativo a tal proposito appare il Considerando n. 4 della decisione (UE) 2020/440 della Banca Centrale Europea, con cui si riconosce che «(…) Il *PEPP* è istituito per rispondere a una crisi economica specifica, straordinaria e acuta che potrebbe compromettere l'obiettivo della stabilità dei prezzi e il corretto funzionamento del meccanismo di trasmissione della politica monetaria. A causa di tali circostanze eccezionali, in rapida evoluzione e caratterizzate da incertezza, il *PEPP* richiede un elevato grado di flessibilità nella sua pianificazione e attuazione rispetto al *PAA* e i suoi obiettivi di politica monetaria non sono identici a quelli del *PAA*». Ancora, al Considerando n. 5 si spiega che «(…) Un approccio flessibile alla composizione degli acquisti nell'ambito del *PEPP* è purtuttavia essenziale per impedire che le attuali dislocazioni della curva dei rendimenti dei titoli sovrani aggregata dell'area dell'euro si traducano in ulteriori distorsioni nella curva dei rendimenti privi di rischio dell'area dell'euro, assicurando altresì nel contempo che l'orientamento complessivo del programma comprenda tutte le giurisdizioni dell'area dell'euro. Per rafforzare ulteriormente la flessibilità del *PEPP*, i titoli di debito negoziabili del settore pubblico con scadenze più brevi di quelli acquistati nell'ambito del *PSPP* saranno acquistati anche nell'ambito del *PEPP*».

[34] Infatti, come chiarito dalla sentenza *Gauwelier* al punto 42, «è importante rilevare che il Trattato FUE non contiene alcuna definizione precisa della politica monetaria, ma definisce al tempo stesso gli obiettivi di tale politica e i mezzi di cui dispone il SEBC per attuarla (v., in tal senso, sentenza *Pringle*, C-370/12, EU:C:2012:756, punto 53)».

[35] Meglio definita *supra*, nota 27.

paragrafo 1, TFUE[36]»[37], d'altro canto la rimozione dei limiti per emissione e per emittente da parte del nuovo Programma di acquisto per l'emergenza pandemica non sembra per ciò solo idonea «a sottrarre gli Stati membri di cui trattasi all'incitamento a condurre una sana politica di bilancio»[38], e questo proprio a causa della natura peculiare che connota l'attuale crisi rispetto alle precedenti[39].

A ben vedere, e a prescindere dalle considerazioni di stampo squisitamente costituzionalistico[40], il dibattito sull'effettiva competenza della Banca Centrale Europea in materia di politica monetaria non convenzionale - ormai tranquillamente riconosciuta non solo dalla giurisprudenza[41], ma anche dalla dottrina maggioritaria[42] -, se unito alla crescente adozione di tali misure da parte dell'Autorità monetaria come modalità di intervento essenziale nella gestione della crisi, denuncia, con limpida chiarezza, l'attualità dei pericoli derivanti dalla decisione di «ingabbiare l'unica istituzione in grado di essere lungimirante (…) nella prigione d'oro di un'autonomia ad una sola dimensione, quella del mantenimento della stabilità dei prezzi»[43].

Le recenti crisi hanno infatti chiaramente dimostrato la natura di «Banca centrale imperfetta»[44] della BCE, essendo la stessa priva della funzione di prestatore di ultima istanza che è invece «consustanziale alla sua funzione, e non può che essere nelle mani di chi crea base monetaria, dato l'indissolubile legame

---

[36] Il quale, come noto, impone il divieto di finanziamento monetario degli Stati membri della zona euro, prevedendo che «Sono vietati la concessione di scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia, da parte della Banca centrale europea o da parte delle banche centrali degli Stati membri (…), a istituzioni, organi od organismi dell'Unione, alle amministrazioni statali, agli enti regionali, locali o altri enti pubblici, ad altri organismi di diritto pubblico o a imprese pubbliche degli Stati membri, così come l'acquisto diretto presso di essi di titoli di debito da parte della Banca centrale europea o delle banche centrali nazionali».

[37] V. punto 97 della sentenza in parola.

[38] V. punto 109 ss.

[39] In senso conforme e per ulteriori argomentazioni a favore della legittimità del PEPP, si rinvia in particolar modo a S. GRUND, *Legal, compliant and suitable: The ECB's Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP)*, *Working Paper* del 25 marzo 2020 pubblicato dal *Jacques Delors Centre* e disponibile all'indirizzo:
http://aei.pitt.edu/102668/1/20200325_PEPP_GrundII.pdf [ultimo accesso: 10 giugno 2020].

[40] Per un approfondimento in materia, si rinvia alla dottrina richiamata *supra*, nota 28.

[41] V. *supra*, nota 27.

[42] Cfr., *ex multis*, F. CAPRIGLIONE, A. SACCO GINEVRI, *Politica e finanza nell'Unione Europea. Le ragioni di un difficile incontro*, Padova, Cedam, 2015, pp. 121 ss.; M. SEPE, *A crisis, Public Policies, Banking Governance, Expectations & Rule reforms: when will the horse go back to drink?*, in *Law and Economics Yearly Review*, fasc. 1, 2014, pp. 210 ss. e in particolare pp. 221 ss. (disponibile anche in italiano: ID., *Crisi, politiche pubbliche, governance bancaria, aspettative e riforma delle regole: quando il cavallo tornerà a bere?*, in M. CARTA (a cura di), *Quale futuro per l'Europa tra crisi, rilancio ed utopia*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2016, pp. 183-200).

[43] G. NARDOZZI, *Sul mito dell'autonomia della banca centrale*, in ID. (a cura di), *Il ruolo della banca centrale nella recente evoluzione dell'economia italiana*, Milano, Franco Angeli, 1993, p. 92, richiamato da A. ANTONUCCI, *Il credito di ultima istanza nell'età dell'euro*, Bari, Cacucci, 2003, pp. 91-92.

[44] Il riferimento è a F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 102.

tra impiego degli strumenti ed effetti che essi svolgono sulla quantità di moneta in circolazione»[45]. Proprio a causa dell'incompletezza dei poteri conferiteli, la Banca Centrale Europea si trova costretta a porre in essere strumenti creativi di politica non convenzionale. Questi, uniti alla crescente contrapposizione politica tra Stati del Nord e del Sud Europa - di cui la recente crisi ha fornito una prova evidente, basti pensare alla reviviscenza delle istanze protezioniste e all'aspro dibattito politico europeo sulla creazione dei c.d. *coronabond* o *eurobond* nel momento in cui urgeva invece fornire una risposta immediata all'emergenza[46] -, rende manifesta la fragilità del compromesso su cui si basa la cessione di sovranità monetaria da parte dei singoli Stati membri, che ha imposto alla Banca Centrale Europea di interpretare estensivamente l'ambito delle funzioni ad essa assegnate dai Trattati.

Sembra dunque giunto il momento di operare un esplicito allargamento dei poteri ad essa attribuiti, fino a ricomprendere in via diretta[47] anche quello di "prestatore di ultima istanza", alla luce della sempre crescente interdipendenza[48] tra politica monetaria, vigilanza e stabilità finanziaria[49], riconoscendo alla Banca Centrale Europea una maggiore possibilità di intervento nell'economia reale.

4. Forme innovative di intervento delle Banche Centrali nell'economia reale

In particolare, inizia ad essere sempre più discusso l'utilizzo, da parte delle Banche Centrali, di strumenti del tutto innovativi; inoltre, alcune teorie economiche che, fino a poco tempo fa, venivano considerate del tutto inconsistenti da parte della letteratura prevalente, assumono ora un nuovo vigore.

---

[45] A. ANTONUCCI, *Il credito di ultima istanza nell'età dell'euro*, *op. cit.*, pp. 23-24.

[46] A ben vedere, già la precedente crisi aveva evidenziato tali problematiche. Appare infatti incredibilmente attuale quanto osservato da F. CAPRIGLIONE, A. SACCO GINEVRI, *Politica e finanza nell'Unione Europea. Le ragioni di un difficile incontro*, *op. cit.*, a p. 45: «L'Unione ha mostrato il suo vero volto, autodenunciando la sua configurazione di mero aggregato di Paesi tra loro diversi e, comunque, poco disposti a recedere da posizioni individualistiche (che dovrebbero, tra l'altro, comportare la rinuncia a possibili profitti rivenienti dalle altrui avversità). Sono emerse le contraddizioni di una forzata combinazione tra la "moneta unica" (con le sue logiche di rigore e *austerity*) e l'intesa economica che connota il "mercato comune" (qualificato da *aperture* prevalentemente operative, più che ideologiche). Da qui il venir meno di una visione prospettica e l'insorgere di perplessità talora sfociate nella perdita della *speranza* di poter continuare a credere nel "sogno europeo"».

[47] In effetti, già oggi, sul piano sostanziale, l'intervento della BCE finisce per assumere «una valenza non dissimile da quella a fondamento del credito di ultima istanza»: F. CAPRIGLIONE, A. SACCO GINEVRI, *Politica e finanza nell'Unione Europea. Le ragioni di un difficile incontro*, *op. cit.*, p. 121.

[48] Il riferimento è al c.d. "Teorema dell'interdipendenza", di cui dà conto esaustivamente M. GOLDMANN, *Adjudicating Economics? Central Bank Independence and the Appropriate Standard of Judicial Review*, in *German Law Journal*, vol. XV, fasc. 2, 2014, pp. 265-280 e in particolare p. 271.

[49] Infatti, come osservato da A. ANTONUCCI, *Il credito di ultima istanza nell'età dell'euro*, *op. cit.*, p. 15, il credito di ultima istanza ha un'intrinseca «natura plurale», essendo «strumento che nasce e matura in una terra di mezzo fra politica monetaria e vigilanza».

È il caso ad esempio della c.d. teoria del c.d. *helicopter money*[50], che consiste in una sorta di finanziamento diretto dei cittadini da parte della banca centrale ed è sostanzialmente volta a fornire uno stimolo monetario di ultima istanza all'economia reale. Questa forma di intervento trova oggi il sostegno di alcuni autorevoli economisti[51] ed è attualmente considerata dalla Banca Centrale degli Stati Uniti (ovvero, la *FED*) tra le modalità di intervento per affrontare la crisi generata dal Covid-19. Fin dal primo dibattito in seno al Congresso degli Stati Uniti sulle misure da porre in essere per fronteggiare la pandemia, si è discussa la creazione di un dollaro digitale - inquadrabile all'interno delle c.d. Valute Digitali della Banca Centrale (*Central Bank Digital Currency - CBDC*)[52] - che fosse regolato dalla *Federal Reserve* e finalizzato a fornire un finanziamento rapido e diretto alle famiglie statunitensi[53]. Ancora più significativa in tal senso è la circostanza per cui, a pandemia ormai dilagata, la *People's Bank of China*, la Banca Centrale francese e la *Bank of England* hanno avviato alcune sperimentazioni riguardanti la nuova valuta, mentre un recente studio della *Bank for International Settlements*[54] incoraggia l'emissione delle *Central Bank Digital Currency*, anche alla luce dei rischi di propagazione del virus connessi alla circolazione dei contanti.

---

[50] Trattasi di uno strumento di politica monetaria non convenzionale, elaborato nel 1969 dal Premio Nobel per l'economia Milton Friedman, che configura una misura sostanzialmente di *quantitative easing* nelle situazioni in cui l'economia si trova in una c.d. "trappola della liquidità". Anche in questo caso, ci si riferisce ad un tipo di strategia volta a fornire uno stimolo monetario di ultima istanza.

[51] Per un approfondimento sul punto, si rinvia a P. DE GRAUWE, *The Need for Monetary Financing of Corona Budget Deficits*, in *Intereconomics - Review of European Economic Policy*, vol. LV, fasc. 3, 2020, pp. 133-134; D. MASCIANDARO, *COVID-19 Helicopter Money, Monetary Policy and Central Bank Independence: Economics and Politics*, *Bocconi University Working Paper n. 137*, 2020, disponibile su *SSRN* al *link*: *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3583466* [ultimo accesso: 10 giugno 2020]; A. CUKIERMAN, *Covid 19: Helicopter Money & the Fiscal Monetary Nexus*, *CEPR Discussion Paper n. 14734*, maggio 2020, disponibile su *SSRN* al *link*: *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3603965* [ultimo accesso: 10 giugno 2020]; B.S. BERNANKE, *The New Tools of Monetary Policy*, in *American Economic Review*, vol. CX, fasc. 4, 2020, pp. 943-983; T.J. CARTER, R.R. MENDES, *The Power of Helicopter Money Revisited: A New Keynesian Perspective*, *Discussion Paper* n. 1 del 2020, pp. 1-28, pubblicato dalla *Bank of Canada* e disponibile all'indirizzo: *https://www.bankofcanada.ca/wp-content/uploads/2020/02/sdp2020-1.pdf* [ultimo accesso: 10 giugno 2020]; M. MINENNA, *Perché l'idea dell'«Helicopter Money» è sempre meno estrema*, in *Il Sole 24ore*, 16 settembre 2019 (ma l'idea è stata sostenuta dallo stesso A. anche in alcune recenti dichiarazioni).

[52] Per un approfondimento sul punto, sia concesso il rinvio a T. FAVARO, *La valuta digitale della Banca Centrale tra funzione monetaria e tutela del risparmio*, *in Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, fasc. 2, 2020, pp. 330-364. Cfr. anche G. BOSI, *Taking CBDC Seriously*, in *Banca Impresa Società*, fasc. 1, 2020, pp. 67-92.

[53] La possibile emissione di *Central Bank Digital Currency* era stata prevista anche in diverse proposte legislative precedenti al c.d. *CARES ACT* (*The Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security Act*), poi definitivamente approvato il 27 marzo 2020 quale "pacchetto emergenziale" per fronteggiare la pandemia.

[54] V. lo studio pubblicato da R. AUER, G. CORNELLI, J. FROST, *Covid-19, cash, and the future of payments*, 3 aprile 2020.

Al di là della concreta opportunità insita nell'adozione o comunque nella sperimentazione di strumenti di tal guisa, appare evidente che, come sostenuto anche da autorevole dottrina italiana nel proporre ulteriori strumenti innovativi[55], «per contrastare l'effetto domino sull'economia reale del coronavirus non sono sufficienti e neppure appropriati gli strumenti monetari e finanziari messi in campo per disinnescare la crisi finanziaria del 2009. (…) Bisogna far fronte con urgenza ad una crisi che si è generata nell'economia reale per impedire che avvitandosi in una spirale economica recessiva determini la caduta verticale delle attività economiche, dei redditi da lavoro, dell'occupazione e del PIL con tutto quello che questa caduta comporterebbe anche sulla finanza pubblica»[56].

Se queste sono alcune delle misure attualmente auspicate quale forma di intervento maggiormente diretto da parte della Banca Centrale nell'economia reale, vi sono anche alcuni interventi già concretamente in atto che manifestano tale tendenza.

L'esempio più evidente è forse rappresentato, ancora una volta, dalla *FED*. Infatti, se è vero che la *Federal Reserve* è abituata ormai da anni a sostenere l'economia reale[57], è anche vero che attualmente la sua azione è ben più espansiva rispetto al passato. Si noti infatti che, per la prima volta, la *FED* sta erogando prestiti direttamente alle autorità municipali attraverso lo strumento della c.d. *Municipal Liquidity Facility*[58], approvato il 9 aprile scorso e modificato in senso

[55] Si fa riferimento in particolare a G. Di Gaspare, *Coronavirus, come la BCE può trasferire subito la liquidità necessaria all'economia reale*, in *Amministrazione in Cammino*, 17 marzo 2020, p. 1. L'Autore suggerisce in particolare due strumenti. Con riferimento al primo, la BCE dovrebbe accettare come garanzia titoli derivanti dalla cartolarizzazione delle sofferenze bancarie per crediti all'economia reale (ovvero, i c.d. *Non Performing Loans*); il secondo strumento è invece costituito dall'«apertura di un canale di credito tramite le banche le quali "scontino" con liquidità messa a disposizione della BCE, titoli di imposta, cioè il debito verso il fisco delle imprese nei settori in crisi». I due strumenti sono meglio approfonditi in G. Di Gaspare, S. Crosetti, *Covid-19: come trasferire liquidità alle imprese con due strumenti innovativi in linea con le misure non convenzionali della BCE*, in *Amministrazione in Cammino*, 3 giugno 2020, pp. 1-10.

[56] G. Di Gaspare, *Coronavirus, come la BCE può trasferire subito la liquidità necessaria all'economia reale*, cit., p. 2. Significativamente, l'A. osserva come, nonostante i circa 10.000 miliardi di euro «immessi dalla BCE nell'Eurosistema dal 2012 ad oggi, acquistando titoli di agenzia e del debito pubblico, ben poca di questa potenziale alluvione monetaria si è in effetti riversata nell'economia reale». Il rischio di una mancata trasmissione all'economia reale è evidenziato anche da M. Sepe, *A crisis, Public Policies, Banking Governance, Expectations & Rule reforms: when will the horse go back to drink?*, cit., p. 228, ove si osserva come «*a coordinated and coherent combination of public policies, albeit an essential condition for overcoming the crisis, could not be pointed out as enough where the drive belts and, in particular, the banking system (which in Europe intermediate still 80% of capital), will not transfer the incentives put in place by public policies properly and efficiently to businesses and households*».

[57] Per un approfondimento sul punto, cfr. G. Di Gaspare, S. Crosetti, *Covid-19: come trasferire liquidità alle imprese con due strumenti innovativi in linea con le misure non convenzionali della BCE*, cit., p. 2.

[58] Per maggiori informazioni si rimanda al sito ufficiale della *FED* di New York e alle *FAQ* ivi pubblicate: *https://www.newyorkfed.org/markets/municipal-liquidity-facility/municipal-liquidity-facility-faq* [ultimo accesso: 10 giugno 2020].

estensivo con decisioni successive. Si tratta di una sorta di «*Quantitative easing* di comunità»[59] che non ha precedenti nella storia.

Più in generale, la Banca Centrale sostiene direttamente l'economia reale erogando credito anche a istituzioni non finanziarie: a seguito dell'approvazione del *CARES ACT*[60], in risposta alla diffusione del Covid-19, ha infatti istituito 14 strutture *ad hoc* atte ad erogare prestiti a società (finanziarie e non), a banche centrali straniere e a governi statali e locali[61], ponendo dubbi sulla compatibilità di tali misure rispetto al *Federal Reserve Act* e al *Gold Reserve Act*.

Insomma, essa esercita sempre più attività che nulla hanno a che vedere con le responsabilità proprie di una Banca centrale, essendo totalmente avulse dalle tipiche funzioni monetarie. In particolare, è stato recentemente osservato[62] come la *FED* sembra assumere sempre più la natura di «Autorità nazionale di investimento», necessariamente politica e non neutrale, il che ha portato alcuna dottrina[63] a proporre l'istituzione di una nuova agenzia governativa, sulla falsariga della ormai dismessa *Reconstruction Finance Corporation*[64] che operava nel periodo della Grande Depressione come strumento di politica industriale a livello nazionale, e ciò al fine di restituire alla *FED* il proprio ruolo.

Pertanto, dal quadro qui succintamente esposto appare evidente che la politica monetaria non convenzionale è divenuta ormai una radicata prassi delle banche centrali a livello globale, assumendo forme sempre più innovative. Ma ancor prima, emerge una crescente tendenza al finanziamento della spesa pubblica da parte della Banca Centrale, che, nella storia italiana, riecheggia il rapporto tra Banca d'Italia e Ministero del Tesoro prima del "divorzio storico" avvenuto nel 1981[65] e che appare quale "spia" di un progressivo condizionamento reciproco tra

---

[59] Così definito da R.C. HOCKETT, C*ommunity QE2: New Key Provisions and an Updated 'Game Plan' for State and Municipal Action*, 3 maggio 2020, attualmente disponibile su *SSRN*: *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3589851* [ultimo accesso: 10 giugno 2020].

[60] Già richiamato *supra*, nota 53. Si rinvia in particolar modo alla Sezione 4003(*b*).

[61] Il riferimento è a H.S. SCOTT, *An Essay on the Fed and the U.S. Treasury: Lender of Last Resort and Fiscal Policy*, 27 maggio 2020, attualmente disponibile su *SSRN* al *link*: *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3607192* [ultimo accesso: 10 giugno 2020].

[62] R.C. HOCKETT, *Spread the Fed. Distributed Central Banking in Pandemic and Beyond,* maggio 2020, *passim*, disponibile all'indirizzo: *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3597724* [ultimo accesso: 10 giugno 2020].

[63] Cfr. S.T. OMAROVA, *Why We Need a National Investment Authority*, 1 aprile 2020, disponibile su *SSRN* al *link*: *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3566462* [ultimo accesso: 10 giugno 2020]; R.C. HOCKETT, S.T. OMAROVA, *Private Wealth and Public Goods: A Case for a National Investment Authority*, in *The Journal of Corporation Law*, fasc. 43, 2018, pp. 437 ss.

[64] Si tratta di un'agenzia federale volta all'erogazione di credito ed istituita negli Stati Uniti al fine di ridurre al minimo gli effetti della Grande Depressione nei primi anni Trenta. Nel corso degli anni ha finanziato attività agricole, commerciali e industriali erogando loro miliardi di dollari in prestiti, fino a quando non è stata sciolta nel 1957. Appare significativo evidenziare come essa abbia svolto un ruolo significativo nel finanziamento di programmi del *New Deal.*

[65] Per un approfondimento della nota vicenda nazionale, si rinvia in particolar modo a F. MERUSI, *Per uno studio sui poteri della banca centrale nel governo della moneta*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1972, pp. 1425 ss. Cfr. anche F. ZATTI, *Il ruolo della Banca d'Italia tra Sebc, Bce ed*

Governi nazionali (se non addirittura locali, come sembra dimostrare il caso della *Municipal Liquidity Facility*) e Banche Centrali, che, nell'ottica della concorrenza a livello globale tra queste ultime, sembra suggerire un possibile scardinamento del dogma dell'indipendenza anche con riferimento alla BCE.

5. Un possibile ritorno alla "politica" da parte della Banca Centrale?

La pandemia ha dimostrato le vulnerabilità intrinseche al processo di globalizzazione. Sebbene sia ancora presto per trarre un giudizio conclusivo, la virulenza della crisi sembra aver determinato il ritorno alla politica, all'interventismo pubblico; più in particolare ha reso manifeste tutte le fragilità insite in un'Unione europea ancora incompleta, mentre gli Stati membri hanno iniziato a rivendicare la propria sovranità, che si riflette in un maggiore interventismo nel mercato.

L'attuale crisi costituisce dunque l'occasione per un generale ripensamento del ruolo della BCE[66], che si è dimostrata essenziale non solo alla sopravvivenza dell'Unione monetaria, ma anche al processo di integrazione politica europea. Al contempo ed *ex adverso*, se è vero che storicamente l'evoluzione della natura indipendente della Banca Centrale è avvenuta in maniera parallela rispetto al ritiro dello Stato dall'economia, proprio il crescente utilizzo da parte della Banca Centrale Europea di strumenti di politica monetaria non convenzionale sembra manifestare la volontà di un ritorno ad un più incisivo intervento pubblico nel mercato.

Si fa sempre più attuale il tema della c.d. «politicizzazione della Banca Centrale Europea»[67], reso evidente dall'utilizzo degli strumenti non

---

istituzioni politiche nazionali, in O. ROSELLI (a cura di), *Europa e Banche centrali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, pp. 196-197, che ricorda come «Nell'evoluzione storica della Banca d'Italia si è passati da un assetto istituzionale 'orientato al Tesoro' ad uno 'orientato alla banca centrale'. In questo processo evolutivo si possono individuare schematicamente sei periodi significativi, scanditi dalle riforme della posizione della Banca d'Italia nei confronti del Tesoro, alle modalità del suo finanziamento: 1) la fase dell'accondiscendenza monetaria (…); 2) la fase del processo di c.d. divorzio della Banca d'Italia dal Tesoro (dal 1981 in poi); 3) la fase dell'autonomia apparente, caratterizzata da un graduale ritorno agli strumenti indiretti di politica monetaria; 4) la fase del riconoscimento normativo dell'indipendenza e dell'autonomia della Banca d'Italia dal Tesoro (Trattato di Maastricht, 1992-1998); 5) la fase di transizione finale verso l'Unione monetaria europea (1999-2002); 6) la fase dell'appartenenza al Sebc».

[66] Per un approfondimento sul nuovo ruolo che connota la Banca Centrale Europea fin dalla crisi del 2007, si rinvia in particolare a F. CAPRIGLIONE, *Mercato regole democrazia - L'UEM tra euro-scetticismo e identità nazionali*, Torino, Utet Giuridica, 2012, con particolare riferimento al Cap. III (pp. 71 ss.).

[67] Cfr. *ex multis* P.D. TORTOLA, *The Politicization of the European Central Bank: What Is It, and How to Study It?*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. LVIII, fasc. 3, 2020, pp. 501-513. Con riferimento alla dottrina italiana, di recente cfr. E.B. LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, Politica, Democrazia*, *op. cit.*, pp. 137 ss.

convenzionali al fine di risolvere i problemi legati all'emergenza, non unicamente nel mercato finanziario ma più in generale nel settore pubblico. Come si è già rilevato, nella perdurante assenza di un'unione politica e fiscale, la BCE ha dovuto porre in essere nuove misure per tentare di arginare gli effetti dirompenti della crisi. In particolare, essa è stata chiamata a garantire la sopravvivenza della moneta unica prima ancora della regolare gestione della politica monetaria, così perseguendo obiettivi assai più ambiziosi rispetto al corretto funzionamento del meccanismo di trasmissione monetaria. Se ciò è vero, ritornando alla questione posta *supra*, par. 1, diventa assolutamente attuale l'esigenza di riconoscere in capo ad essa la possibilità di svolgere funzioni che vadano oltre la mera integrazione economica, così finalmente ripristinando anche a livello transnazionale il connaturale nesso tra politica e moneta. Bisognerebbe allora prendere atto anche a livello istituzionale della circostanza per cui la più profonda *raison d'etre* della Banca Centrale Europea è proprio questa: essa è anzitutto un *mezzo*, prima ancora che un fine, volto a «contribuire al consolidamento ed all'estensione del processo di unificazione (politica) europea»[68].

È per tale motivo che, nel contesto attuale e più in generale nelle situazioni di dissesto che imperversano l'economia, il mandato della BCE in materia di "stabilità dei prezzi" viene interpretato in maniera estensiva dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, quale salvaguardia della moneta unica: ciò sebbene l'art. 282 del TFUE, nel circoscrivere la sua funzione alla conduzione della politica monetaria dell'Unione, parrebbe opporsi ad un sindacato giurisdizionale debole nel confronti della BCE, mentre l'art. 5 del Trattato sull'Unione europea, nel sancire il principio di sussidiarietà e proporzionalità, sembrerebbe imporre un'interpretazione restrittiva dei Trattati stessi[69].

Ancora una volta, la crisi sembra averci colto del tutto impreparati, sia sul piano giuridico che economico. Si è rivelata essa stessa occasione per porre in essere una tumultuosa *débâcle* tra gli organi politici, mentre sarebbe stato necessario avere a disposizione un armamentario giuridico già ben definito per intervenire quanto prima a dar sollievo all'economia. Questo anche perché, come ha reso evidente la costante proroga delle misure di politica monetaria non convenzionale poste in essere dalla crisi del 2008[70], tali strumenti hanno in realtà una natura solo formalmente temporanea. A ciò si aggiunge la circostanza, resa palese dall'attuale crisi, per cui vi è il rischio di una sovrapposizione di funzioni tra la BCE e il MES, il quale, costituendo un'organizzazione intergovernativa, è invece pienamente giustificato ad occuparsi delle questioni in materia di politica economica[71].

---

[68] O. ROSSELLI, *Profili costituzionali dell'integrazione monetaria europea*, in ID. (a cura di) *Europa e Banche centrali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, p. 18.

[69] Cfr. M. CLARICH, *La Consulta tedesca e il problema della legittimazione democratica dell'UE*, cit.

[70] V. *supra*, nota 17.

[71] Possono a tal proposito richiamarsi i punti n. 56 e 57 della già richiamata sentenza *Pringle*, ove si definisce l'obiettivo del MES come quello di salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo

In effetti, è la nuova dinamica di interventismo pubblico nel mercato a imporre un effettivo riconoscimento normativo dell'innovativo ruolo della Banca Centrale Europea, che nel lungo periodo appare difficilmente giustificabile per mera via interpretativa. Il caso in esame sembra rappresentare un esempio concreto della "porosità del diritto"[72], modellato non più sulla legge, ma su un mercato dai confini incerti, messo alla prova dalle più recenti crisi.

In via più generale, il riconoscimento di questo nuovo ruolo corrisponde al necessario recupero di una posizione di primazia, da parte del diritto[73] e della politica[74], nei confronti dell'economia. È stato infatti già evidenziato[75] come il processo politico sia stato «messo "a "rimorchio" della forza propulsiva dell'economia", finendo col perdere la prerogativa, sua propria, di tracciare (quanto meno) il percorso che si deve seguire (…)», dando così vita ad una «"crisi esistenziale" del processo politico sotteso al progetto di integrazione»[76].

Allora, se l'intento è effettivamente quello di trasformare la Banca Centrale Europea da mera autorità indipendente di regolazione[77], intesa quale organismo tecnico sottratto al circuito della rappresentanza democratica, a vera protagonista del processo di integrazione politica europea, appare necessario garantire alla stessa un più diretto potere di intervento - e, dunque, di governo - dell'economia, ridefinendo in maniera espressa il suo mandato.

Ovviamente è ancora presto per comprendere come la dinamica Stato/Mercato verrà concretamente impattata dalla pandemia. Ad ogni modo, qualora le attuali avvisaglie di un maggior interventismo pubblico nell'economia trovino effettivamente conferma, sarà anche il rapporto tra Stati membri e Istituzioni europee a necessitare di una compiuta ed espressa rimodulazione. Senza contare che la scelta, operata dal Trattato di Maastricht, di attribuire alla BCE il fine primario del mantenimento della stabilità dei prezzi, è figlia di quella visione ordoliberale[78] che viene oggi messa in discussione: un radicale

---

complesso. Inoltre, viene chiarito come «esso si distingue chiaramente dall'obiettivo di mantenere la stabilità dei prezzi, che costituisce l'obiettivo principale della politica monetaria dell'Unione» e che «la concessione di un'assistenza finanziaria ad uno Stato membro non rientra manifestamente nella sfera di politica monetaria»: proprio sulla base di questa interpretazione restrittiva la Corte tedesca ha criticato il programma OMT.

[72] A.L. SIBONY, *La porosité du droit: à propos du relations du droit avec d'autres disciplines*, in *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liege*, fasc. 2, 2010, pp. 271-278.

[73] Sul punto, il riferimento è a N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 10 ss.

[74] Cfr. F. CAPRIGLIONE, A. SACCO GINEVRI, *Politica e finanza nell'Unione Europea. Le ragioni di un difficile incontro*, *op. cit.*, p. 27, ove si evidenzia la necessità che «la politica identifichi un *prius* rispetto all'economia».

[75] *Ivi*, p. 39.

[76] *Ivi*, p. 40.

[77] Per un approfondimento sul punto, cfr. S. ANTONIAZZI, *La Banca Centrale Europea, tra Politica Monetaria e Vigilanza Bancaria*, *op. cit.*, *passim*; E.B. LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, Politica, Democrazia*, *op. cit.*, 2019, pp. 137 ss.

[78] Cfr. L.F. PACE, *Il principio dell'indipendenza della banca centrale e la stabilità dei prezzi come obiettivo*

ripensamento dei modelli dogmatici di riferimento necessiterebbe allora di essere recepito e cristallizzato all'interno del Trattato di Lisbona. Pertanto, se nell'istituzione della Banca Centrale Europea si è presa a riferimento la *Bundesbank* tedesca[79] che, per note ragioni storiche, fin dalla sua istituzione incarnava il principio d'indipendenza e di stabilità dei prezzi, nel contesto attuale il modello di Banca Centrale auspicato è maggiormente assimilabile a quello che ha caratterizzato la Banca Centrale italiana in epoca precedente allo storico "divorzio" rispetto al Ministero del Tesoro. Si assiste dunque ad una sostanziale "riscoperta" della politica della monetizzazione, la quale, se confermata, dovrebbe concretizzarsi anzitutto nel riconoscimento in capo alla BCE di quella funzione di credito di ultima istanza che è ormai da tempo auspicata dalla dottrina giuridica maggioritaria nonché da parte della letteratura economica[80].

Ad ogni buon conto, questa sorta di "ritorno al passato" potrebbe a sua volta assumere delle connotazioni del tutto nuove, realizzando finalmente un compiuto «collegamento etico»[81] tra politica monetaria ed economica. A tal proposito, si consideri quanto segue. Come noto, l'attuale formulazione dell'art. 127 del TFUE permette sì al Sistema europeo di banche centrali di sostenere le politiche economiche generali nell'Unione al fine di contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione definiti nell'articolo 3 del Trattato sull'Unione europea[82], ma solo «fatto salvo l'obiettivo della stabilità dei prezzi».

Pertanto, si ritiene che la Banca Centrale Europea, nei propri margini di sostegno alle politiche economiche generali nell'Unione, sia vincolata ad un principio di «*market neutrality*» derivante dall'unico vero fine che può legittimamente orientare il suo agire, ovvero l'obiettivo di stabilità dei prezzi[83].

---

della politica monetaria: quale influenza dell'ordoliberalismo in Germania e nell'Unione Europea? in *Moneta e Credito*, vol. LXXII, fasc. 288, 2019, pp. 349-364; F. ZATTI, *Il controllo della BCE sulle economie nazionali*, cit.

[79] V., *ex multis*, M. PELLEGRINI, *Banca Centrale Nazionale e Unione Monetaria Europea. Il caso italiano*, *op. cit.* p. 74.

[80] V. *supra*, par. 2.

[81] Il riferimento è a M. SEPE, *Impresa e finanza tra Etica e profitto*, in F. CAPRIGLIONE, A. ANTONUCCI (a cura di), *Finanza, Impresa e nuovo Umanesimo*, Bari, Cacucci, 2007, p. 49.

[82] A sua volta, l'art. 3, par. 3 del TUE prevede che «L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico».

[83] Per un approfondimento sul punto, v. in particolare M. MINENNA, *Ambiente e Finanza, la svolta green delle banche centrali*, in *Il Sole 24ore*, 23 dicembre 2019. Si tenga inoltre presente che il Presidente della Banca Centrale Europea Christine Lagarde, nel corso di un'audizione al Parlamento europeo svoltasi nel febbraio 2020, ha chiarito che gli obiettivi sottesi al c.d. *Green Deal* e più in generale riconducibili alla sostenibilità ambientale non diventeranno nuovi obiettivi della BCE: il mandato dell'Istituzione è e resterà quello di garantire la stabilità dei prezzi, e la sostenibilità viene tenuta in considerazione dalla stessa solo nelle decisioni di politica monetaria volte ad assicurare una corretta valutazione dell'inflazione.

Allora, l'espresso riconoscimento di una *valenza politica* e non più meramente economica delle scelte che la stessa può porre in essere, conferirebbe alla BCE anche una piena legittimazione a intervenire *direttamente* a sostegno delle politiche europee, non limitandosi a sollecitare i governi nazionali e le singole banche[84] (come accade oggi)[85] a favorire la finanza sostenibile per realizzare la trasformazione digitale e la transizione energetica[86] quali obiettivi primari della ripartenza dell'economia europea, ma operando essa stessa in tal senso, anche nell'esercizio delle sue tradizionali attività di politica monetaria. In tale contesto, la già richiamata necessità di dar vita ad un compiuto «collegamento etico» tra politica monetaria ed economica offrirebbe non solo nuovi strumenti di intervento alla BCE, ma imporrebbe alla stessa una nuova forma di responsabilità nel conseguimento degli obiettivi primari dell'Unione.

In conclusione, se la crisi finanziaria ha determinato in capo alla Banca Centrale Europea la creazione di nuovi oneri di supervisione, l'attuale crisi, originata da uno *shock* di natura reale, potrebbe comportare la previsione di nuove competenze da esercitarsi direttamente nell'economia reale.

(08-07-2020)

[84] Si pensi a tal proposito alla Consultazione pubblica recentemente avviata dalla BCE nella sua attività di supervisione bancaria sul progetto di guida sui rischi climatici e ambientali. Per un approfondimento sul punto, si rinvia all'indirizzo: *https://www.bankingsupervision.europa.eu/legalframework/publiccons/html/climate-related_risks.it.html* [ultimo accesso: 10 giugno 2020].

[85] Appaiono a tal proposito significative le parole dalla Presidente della BCE rilasciate nel corso di un'intervista del 13 giugno 2020: «La politica monetaria da sola non basta per far fronte alle domande più profonde su come sarà l'economia in futuro. L'esperienza storica suggerisce che i grandi cambiamenti economici come quello che stiamo attraversando oggi richiedono un'azione del governo per favorire il cambiamento e facilitare il ritorno alla normalità».

[86] Per un approfondimento in materia, sia consentito il rinvio a T. FAVARO, *Regolare la «transizione energetica»: Stato, Mercato, Innovazione*, Padova, Cedam, 2020.

LIBERTÀ E COVID-19. RIFLESSIONI GIUSFILOSOFICHE

Alessandro Attilio Negroni

Cultore della materia in Filosofia del Diritto,
Università degli Studi di Genova

Le misure anti Covid-19 contenute negli atti di carattere normativo adottati in Italia per fronteggiare la pandemia sottendono una logica che viene chiarita e esaminata sulla scorta della prospettiva di Carl Schmitt circa la tirannia dei valori.

Underneath the anti Covid-19 measures contained in the regulatory acts adopted in Italy to deal with the pandemic, there is a logic that is explained and examined through Carl Schmitt's perspective on tyranny of values.

1. Osservazioni introduttive

"Covid-19" (forma abbreviata di *Coronavirus disease 2019*) è la denominazione che l'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) nel febbraio del 2020 ha attribuito a una malattia respiratoria provocata da un nuovo ceppo di coronavirus; il nuovo coronavirus (in precedenza denominato "2019-nCoV"[1]) prende il nome di "SARS-CoV-2" (*Severe Acute Respiratory Syndrome - Coronavirus - 2*) in base alle indicazioni dell'International Committee on Taxonomy of Viruses.

Il nuovo agente patogeno, identificato nel gennaio del 2020, già a partire dal dicembre del 2019 causava focolai di casi di polmonite nella città cinese di Wuhan, per poi diffondersi successivamente in vari paesi del mondo con una tale ampiezza da indurre l'Organizzazione mondiale della sanità a caratterizzare l'11 marzo del 2020 il Covid-19 come "pandemia" corrispondendo ai tre criteri di elevata contagiosità, tasso di mortalità significativo e diffusione su scala mondiale in assenza di immunizzazione specifica nell'uomo[2]; in precedenza, il 30 gennaio 2020, l'Organizzazione mondiale della sanità aveva dichiarato il focolaio internazionale di

[1] Il virus è stato anche denominato temporaneamente "ncp" (*Novel coronavirus pneumonia*) dalla National Health Commission della Cina.

[2] Al seguente link la dichiarazione dell'11 marzo 2020 in cui il direttore generale dell'OMS Tedros Adhanom caratterizza il Covid-19 come pandemia: https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--11-march-2020 [ultimo accesso 28 luglio 2020].

Covid-19 una emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale (*Public Health Emergency of International Concern* - PHEIC), come sancito nel Regolamento sanitario internazionale (*International Health Regulations* - IHR, 2005)[3].

Nel presente scritto intendo svolgere alcune riflessioni di carattere giusfilosofico tese a mettere in luce e a discutere la "logica" sottesa alle misure direttamente finalizzate a contenere la diffusione del Covid-19 (e superare la relativa emergenza epidemiologica) contenute negli atti di carattere *lato sensu* normativo adottati in Italia per fronteggiare la pandemia, misure alle quali per brevità nel proseguo mi riferirò con l'espressione "misure anti Covid-19" e la cui conoscenza (almeno nei tratti essenziali) verrà data per scontata[4].

Svolgerò le riflessioni in parola a partire e attraverso alcuni elementi del saggio *Die Tyrannei der Werte* (1960) di Carl Schmitt e una semplice domanda intorno alle misure anti Covid-19 complessivamente considerate: che ne è della libertà?

Preciso che le misure anti Covid-19 delle quali si discuterà nel presente scritto sono principalmente quelle che hanno imposto e disciplinato il c.d. "lockdown", tuttavia il discorso è più in generale relativo all'insieme delle misure anti Covid-19, ivi comprese quelle rimaste in vigore o introdotte successivamente al periodo di lockdown.

La pandemia di Covid-19 ha investito sostanzialmente tutte le dimensioni della vita delle società occidentali e sta determinando e determinerà significative conseguenze di natura storico-sociale su tali società e più in generale a livello globale: per tale ragione la pandemia di Covid-19 è un fenomeno storico-sociale.

Quando affermo che la pandemia di Covid-19 sia un fenomeno storico-sociale non intendo semplicemente evidenziare come la pandemia possieda delle indubbie e ampie conseguenze di natura storico-sociale, ma sottolineare anche come la pandemia stessa sia determinata e resa possibile da fattori di natura storico-sociale.

Non è al momento chiara l'origine del SARS-CoV-2, ma una delle ipotesi più accreditate afferma che il nuovo coronavirus sia passato dagli animali all'uomo al mercato della carne di Wuhan: si tratta allora di un virus determinato da un certo tipo di rapporto tra "uomo" e "animale" in cui l'animale non è considerato un essere senziente, ma un mero "prodotto" alimentare, oltre che da specifiche scelte alimentari e modalità di commercializzazione dell'animale-merce; se poi il

[3] Al seguente link lo *statement* dell'OMS del 30 gennaio 2020: https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov) [ultimo accesso 28 luglio 2020]. Il testo del Regolamento sanitario internazionale è disponibile al seguente link: https://www.who.int/ihr/about/en [ultimo accesso 28 luglio 2020].

[4] Preciso che nell'espressione "misure anti Covid-19", per come intesa e utilizzata nel presente scritto, non rientrano a rigore tutte le misure adottate per fronteggiare la pandemia: così, per esempio, il contributo a fondo perduto a favore di lavoratori autonomi e imprese (previsto dall'art. 25 del decreto legge n. 34/2020) non rientra tra le "misure anti Covid-19" in quanto pur essendo una misura che intende fronteggiare la pandemia (e precisamente le sue conseguenze economiche) non rappresenta però una misura adottata con la diretta finalità di contenere la diffusione del Covid-19.

virus SARS-CoV-2 fosse accidentalmente sfuggito dal laboratorio di biosicurezza presente a Wuhan, come alcuni hanno sostenuto, sarebbe allora ancora più evidente il carattere di prodotto dell'attività umana, socio-storicamente collocata, del virus stesso.

Quale che sia l'origine del virus, la pandemia di Covid-19 è anche l'effetto di fattori storico-sociali quali la globalizzazione e il fatto che gli esseri umani vivano in grandi agglomerati ad elevata densità di popolazione: in assenza di globalizzazione e se gli esseri umani vivessero isolati in comunità ristrette, la pandemia di Covid-19 non si sarebbe forse sviluppata o comunque non avrebbe assunto la forma che conosciamo[5].

In estrema sintesi, si può affermare che la pandemia di Covid-19 sia un fenomeno storico-sociale non solo in quanto "causa" di eventi di natura storico-sociale, ma anche in quanto "effetto" di fattori di natura storico-sociale[6].

Le misure anti Covid-19, sia per la finalità delle stesse, sia in quanto contenute in atti di carattere normativo che definiscono lo specifico quadro giuridico di riferimento in tempo di pandemia, rappresentano un elemento costitutivo e rilevante di quel fenomeno storico-sociale che è la pandemia di Covid-19; per tale ragione svolgere alcune riflessioni di carattere giusfilosofico tese a mettere in luce e a discutere la "logica" sottesa alle misure anti Covid-19, che è poi la finalità del presente scritto, significa anche offrire degli elementi di riflessione e di comprensione di tale complesso fenomeno storico-sociale.

---

[5] Non è un caso che le aree dove il nuovo coronavirus ha evidenziato l'impatto più elevato (come la Lombardia) siano caratterizzate, oltre che da una elevata densità di popolazione, anche da una elevatissima presenza di aziende (la più elevata in Italia nel caso della Lombardia) con vocazione internazionale e continui e frequenti rapporti con paesi stranieri tra cui la Cina (numerosi studi epidemiologici hanno evidenziato l'importanza dei rapporti di lavoro internazionali, con conseguente contagio diretto tra persone, nella penetrazione e diffusione del virus), e a ciò si aggiunga come le aree in parola siano anche caratterizzate da un elevato inquinamento atmosferico (frutto delle attività umane e di un certo modello di sviluppo) che secondo diversi studi potrebbe aver giocato un ruolo nella diffusione del virus e/o nel determinare gravità dei sintomi e prognosi della malattia. Si veda, sul sito dell'Istituto superiore della sanità, la pagina dedicata a *Inquinamento atmosferico e diffusione del virus SARS-CoV-2* al seguente link: https://www.epicentro.iss.it/coronavirus/sars-cov-2-inquinamento-atmosferico [ultimo accesso 11 ottobre 2020]. Si veda anche l'articolo *Inquinamento e COVID-19: cosa sappiamo*, sul sito dell'Ospedale San Raffaele di Milano, al seguente link: https://www.hsr.it/news/2020/maggio/inquinamento-coronavirus [ultimo accesso 11 ottobre 2020]. Per comprendere la natura del legame tra inquinamento atmosferico e Covid-19 è nato anche un gruppo di ricerca internazionale, Research Group on COVID-19 and Particulate matter (RESCOP), task force internazionale costituita su proposta della Società Italiana di Medicina Ambientale (SIMA).

[6] In realtà tutte le pandemie (ma anche le epidemie) che si sono susseguite nella storia sono da considerarsi fenomeni storico-sociali sia per il rilevante impatto di esse sulla società e per le importanti conseguenze che determinano sul piano storico e sociale, sia anche in quanto influenzate da fattori di natura storico-sociale. Al riguardo si osservi come gli storici analizzino le pandemie non solo guardando agli aspetti più strettamente medici ed epidemiologici, ma guardando anche alla reazione sociale alla pandemia, una reazione che comprende una pluralità di aspetti relativi alla società e alla sua organizzazione, ivi compresa la reazione psicologica individuale e di massa di fronte al dilagare della malattia.

2. Breve nota sulla "tirannia dei valori"

Punto di partenza delle riflessioni che intendo condurre è un breve saggio di Carl Schmitt, *Die Tyrannei der Werte* (1960), che raccoglie le riflessioni svolte da Schmitt in occasione di un seminario organizzato da un suo allievo, il giurista Ernst Forsthoff, a Ebrach nel 1959[7].

Il saggio ha come principale obbiettivo polemico la critica a quella interpretazione della costituzione della Repubblica federale tedesca come ordinamento di valori che ne giustificava l'applicazione diretta da parte dei giudici ed è per raggiungere tale obbiettivo (di tipo giuridico-politico e non filosofico) che Schmitt si confronta criticamente con la "filosofia dei valori", sviluppando considerazioni di carattere teorico sulla "logica del valore", le sue origini e i suoi sviluppi[8].

E proprio alcune delle considerazioni teoriche svolte dal giurista tedesco intorno alla logica del valore sono di interesse in questa sede in quanto ritengo che la formula della tirannia dei valori ci consegni la chiave per comprendere la logica sottesa alle misure anti Covid-19 e agli eventi che stiamo vivendo in questi mesi di pandemia.

Nel saggio Schmitt constata come caratteristica del valore non sia quella di essere, bensì quella di valere, e che, in quanto tale, il valore tenda a volersi concretizzare nel reale: «Il valore non è, ma vale. C'è chi parla di un essere ideale dei valori, ma non occorre approfondire simili sfumature, giacché il valore in quanto tale comunque non è, bensì, appunto, vale. Questo valere implica ovviamente […] un impulso tanto più forte alla realizzazione. Il valore aspira apertamente a essere posto in atto. Non è reale, ma è senza dubbio riferito alla realtà, e attende con impazienza di essere attuato ed eseguito»[9].

Il valore, proprio in virtù del fatto di possedere soltanto una validità, trova la sua concreta attuazione *imponendosi*: «Il carattere specifico del valore risiede infatti nell'avere non già un essere, ma soltanto una validità. Ne consegue che la posizione non è nulla se non si impone; la validità dev'essere continuamente

---

[7] Il saggio viene stampato originariamente nel 1960 in un'edizione fuori commercio di duecento copie dedicata "ai convenuti di Ebrach del 1959" (C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte. Überlegungen eines Juristen zur Wert-Philosophie (Den Ebrachern des Jahres 1959 gewidmet von Carl Schmitt)*, Stuttgart, 1960), per poi essere pubblicato nel 1967, con un'ampia introduzione in cui l'autore stesso precisa le circostanze e il senso dello scritto, in un volume di scritti in onore di Forsthoff (C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*, in *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, W. 1967, 37-62). Per le traduzioni in italiano: C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, a cura di G. GURISATTI, con un saggio di F. VOLPI, Milano, 2008; e inoltre C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, traduzione e prefazione di P. Becchi, Brescia, 2008.

[8] In argomento P. BECCHI, *La critica schmittiana alla filosofia dei valori e il dibattito giusfilosofico italiano nell'immediato dopoguerra*, in *Filosofia politica*, 2, 2009, 253 ss., ma anche ID., *Prefazione*, in C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Brescia, cit., 5 ss.; si veda inoltre F. VOLPI, *Anatomia dei valori*, in C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, cit., 69 ss.

[9] C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, cit., 46-47.

attualizzata, cioè fatta valere, se non vuole dissolversi in mera parvenza. Chi dice valore vuole far valere e imporre. Le virtù si esercitano; le norme si applicano; gli ordini si eseguono; ma i valori vengono posti e imposti. Chi ne sostiene la validità deve farli valere. Chi dice che valgono senza che vi sia nessuno che li fa valere è un impostore»[10].

Nella tendenza del valore a concretizzarsi nel reale e a imporsi sui non-valori si svela l'immanente aggressività dei valori: «Chi pone i valori si è in tal modo già contrapposto ai non-valori. Non appena l'imporre e il far valere diventano davvero una cosa seria, la tolleranza e la neutralità illimitate dei punti di vista e dei punti di osservazione intercambiali a piacere si ribaltano subito nel loro opposto, cioè in ostilità»[11].

Una aggressività che si dispiega pienamente in quella "tirannia dei valori" che consiste in ciò: «Il valore superiore ha il diritto e il dovere di sottomettere a sé il valore inferiore, e il valore in quanto tale annienta giustamente il non-valore in quanto tale»[12].

Il "non-valore" (*Unwert*), ma meglio dovrebbe tradursi "disvalore" per sottolineare il fatto di rappresentare un valore negativo, è reputato tale per l'affermarsi del valore superiore e proprio in quanto disvalore merita di essere annullato[13].

Torneremo nel proseguo dello scritto sulla formula della tirannia dei valori, per approfondirne alcuni aspetti e soprattutto per intrecciare tale formula con la pandemia di Covid-19, ma prima è necessario fornire un chiarimento del concetto di "salute".

3. Breve nota sul concetto di "salute"

L'Organizzazione mondiale della sanità (Oms), nel preambolo del proprio atto costitutivo del 1946 (entrato in vigore nel 1948), definisce la salute come «uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non la mera assenza di malattia o di infermità»[14].

La definizione di salute offerta dall'Oms può ritenersi problematica e presentare diversi limiti, tra i quali il fatto di essere generica, di rinviare a uno stato (quello di "*completo* benessere fisico, mentale e sociale") che appare impossibile da raggiungere e di promuovere la medicalizzazione di ogni aspetto dell'esistenza[15]; non solo, la definizione di salute in parola può anche essere letta

[10] C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, cit., 52-53.

[11] C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, cit., 59.

[12] C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, cit., 60.

[13] La traduzione con "disvalore" è di P. Becchi (C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Brescia, cit., 61).

[14] «Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity». La *Constitution of the World Health Organization* è disponibile al seguente indirizzo internet: http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1 [ultimo accesso 10 agosto 2020].

[15] Per alcune critiche alla definizione di salute dell'Oms, cfr. D. CALLAHAN, *The WHO Definition of "Health"*, in *The Hastings Center Studies*, vol. 1, n. 3, 1973, 77 ss.

come il tentativo della burocrazia sanitaria internazionale di estendere la propria influenza e di giustificare il proprio intervento in qualsiasi settore della vita e negli affari interni di qualsiasi Stato sovrano[16].

Tuttavia la definizione di salute offerta dall'Oms ha anche il merito di evidenziare la dimensione sociale e olistica della salute, una dimensione che appare ormai caratterizzare, pur con sfumature ed enfasi diverse, le definizioni di salute che si possono incontrare in ambito medico, sociologico, psicologico, filosofico, giuridico e bioetico.

In Italia, per quello che interessa, nel discorso giuridico di livello costituzionale e anche nel discorso biogiuridico si è da tempo affermato un concetto di "salute" che vede in tale concetto qualcosa di diverso e di più ampio rispetto alla mera assenza di malattia e che riprende e si riallaccia proprio alla definizione di salute offerta dall'Oms[17].

La definizione dell'Oms può peraltro considerarsi essere stata formalmente recepita dall'ordinamento giuridico italiano con il decreto legislativo Capo provvisorio Stato 4 marzo 1947, n. 1068 rubricato "Approvazione del protocollo concernente la costituzione dell'Organizzazione mondiale della sanità stipulato a New York il 22.7.1946"; resta inteso come tale formale recezione non abbia implicato una immediata recezione sostanziale ed effettiva della definizione di salute dell'Oms, recezione effettiva e sostanziale che si sarebbe gradualmente realizzata solo molto tempo dopo, a partire dagli anni Settanta[18].

La Corte costituzionale, in riferimento alla nozione di salute propria dell'articolo 32 della Costituzione e del diritto alla salute per come interpretato

---

[16] Cfr, in senso analogo, D. VON ENGELHARDT, *Health and Disease. I. History of the Concepts*, in S.G. POST (a cura di), *Encyclopedia of Bioethics, 3rd edition*, New York, 2004, 1063.

[17] Sul concetto di "salute" vedi almeno: M.C. D'ARRIGO, *Salute (diritto alla)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento V, Milano, 2001, 1009 ss.; R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5393 ss.; A. SIMONCINI - E. LONGO, *Art. 32*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 658 ss.; C. TRIPODINA, *Art. 32*, in S. BARTOLE - R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Padova, 2008, 321 ss.

[18] È a partire dagli Settanta che si assiste al graduale superamento di una concezione della salute come "assenza di malattia" (concezione per lungo tempo esclusiva e dominante, che peraltro inizialmente faceva riferimento solo alle malattie fisiche e solo in seguito anche psichiche) a favore di una concezione della salute considerata come uno stato di benessere complessivo. Così già a metà degli anni Settanta la Corte costituzionale iniziò ad accogliere l'idea di salute come "benessere fisico" e "equilibrio psichico" in una importante sentenza in materia di interruzione di gravidanza (Corte cost., sentenza n. 27/1975), idea che appare superare la visione della malattia come assenza di malattia o come stato di mera integrità fisica, e che condurrà, non senza qualche battuta di arresto (si veda Corte cost., sentenza n. 202/1981 e la sua lettura riduttiva del concetto di "salute"), all'affermarsi dell'attuale concezione della salute come stato di benessere derivante dall'equilibrio tra soma e psiche, concezione che si troverà esplicitamente affermata dalla Corte costituzionale a metà degli anni Ottanta in una sentenza sulla legge in materia di rettificazione di sesso (Corte cost., sentenza n. 161/1985). E per la Corte la dimensione psichica della salute non è secondaria rispetto alla dimensione fisica: il concetto di "salute" comprende anche la salute psichica «la cui tutela deve essere di grado pari a quello della salute fisica» (Corte cost., sentenza n. 167/1999).

secondo la costante giurisprudenza costituzionale, non ha mancato di rilevare come «questa nozione corrisponde a quella sancita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, secondo la quale "Il possesso del migliore stato di sanità possibile costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano" (Atto di costituzione dell'OMS, firmato a New York il 22 luglio 1946)» (Corte cost., sentenza n. 162/2014)[19].

Il termine "salute" è testualmente presente nella Costituzione italiana e precisamente in quell'articolo 32 che al primo comma riconosce un "diritto alla salute" con la seguente formula: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività» (art. 32 Cost.); e ciò spiega la ragione per cui il discorso giuridico di livello costituzionale (ma ciò vale anche per il discorso biogiuridico) abbia chiarito il significato del termine "salute" proprio a partire e in riferimento all'articolo 32 della Costituzione.

Riguardo a cosa si debba intendere per "salute", l'oggetto della tutela di cui all'articolo 32 della Costituzione non si considera essere la semplice assenza di malattia o una condizione di integrità meramente fisica (assenza di lesioni nel fisico), ma una complessiva situazione di integrità psico-fisica o, meglio, una dimensione di benessere complessivo derivante dall'equilibrio tra soma e psiche, si potrebbe dire un "pieno benessere psico-fisico" (così Corte cost., sentenza n. 221/2015)[20].

Il concetto di "salute" come completo benessere psicofisico valorizza la percezione che il soggetto possiede intorno al proprio stato di salute in quanto anche tale percezione costituisce un elemento che condiziona quel benessere psicofisico in cui consiste appunto la salute: non è allora solo il sapere tecnico della medicina a definire in via esclusiva lo stato di salute di un determinato individuo, ma anche ciò che tale individuo avverte in relazione al proprio stato di salute.

La Cassazione, nella fondamentale sentenza sul caso di Eluana Englaro, sottolinea la nuova dimensione assunta dalla salute, «non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza» (Cassazione civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748).

E in dottrina osserva Gilda Ferrando: «La salute ormai da tempo […] non viene più intesa esclusivamente in termini oggettivi, come assenza di malattia, ma deve essere considerata in relazione alla percezione che il soggetto ha di sé, del proprio stato fisico e mentale, perché lo star bene coinvolge gli aspetti interiori

[19] E della definizione di salute dell'Oms si trova peraltro traccia anche nella legislazione: il decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 ("Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro") utilizza proprio la definizione di salute in parola, fornendo la seguente definizione: «"salute": stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità» (art. 2, lett. o), decreto legislativo n. 81/2008).

[20] Cfr. Corte costituzionale, sentenze nn. 161/1985; 167/1999; 251/2008; 162/2014; 180/2017.

della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto stesso. Si assiste a un passaggio dell'idea di salute come standard (l'uomo sano) al vissuto. Non c'è più (soltanto) un metro oggettivo su cui misurare, con gli strumenti della scienza, la salute, ma occorre tenere conto dell'esperienza individuale, dell'universo di valori culturali, religiosi, familiari, con i quali la salute deve armonizzarsi»[21].

4. La salute di Stato come valore tirannico

La formula della tirannia dei valori ci consegna la chiave per comprendere la logica sottesa alle misure anti Covid-19 e agli eventi che stiamo vivendo in questi mesi di pandemia in quanto tali misure e tali eventi procedono dall'emergere di un valore tirannico: la salute di Stato.

Utilizzo l'espressione "salute di Stato" in quanto ad essere diventato valore tirannico non è propriamente la "salute" nel significato che oggi ordinariamente si attribuisce a tale termine, ma una concezione di salute plasmata e definita dallo Stato che non rinvia a una condizione di benessere della persona nelle sue diverse funzioni (fisiche, mentali, sociali, affettive), ma che interpreta la salute in senso strettamente fisico e la identifica sostanzialmente con la negatività al nuovo coronavirus, una negatività che rappresenta l'assenza di malattia (assenza di Covid-19) e che garantisce (*rectius* garantirebbe) la "vita", il mantenimento in vita, la mera vita.

L'espressione "salute di Stato" non vuole avere una connotazione negativa, ma semplicemente evidenziare come ad essere diventato valore tirannico sia qualcosa di diverso da quella "salute" che si identifica con l'idea di benessere della persona nella sua globalità.

Le misure anti Covid-19 sono contenute negli atti di carattere normativo adottati a partire dal gennaio del 2020, mese in cui il governo italiano ha dichiarato formalmente lo "stato di emergenza", per la durata di sei mesi, attraverso la delibera del consiglio dei ministri 31 gennaio 2020 rubricata "Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili" (stato di emergenza prorogato sino al 15 ottobre 2020 con delibera del consiglio dei ministri 29 luglio 2020 e ulteriormente prorogato sino al 31 gennaio 2021 con delibera del consiglio dei ministri 7 ottobre 2020).

Gli atti di carattere normativo ai quali ci si riferisce costituiscono un insieme che in pochissimi mesi è giunto ad essere non solo particolarmente ampio, ma anche eterogeneo, comprendendo: leggi, decreti legge, decreti del presidente del consiglio dei ministri, delibere del consiglio dei ministri, ordinanze e circolari ministeriali, ordinanze del capo del dipartimento della protezione civile,

[21] G. FERRANDO, *Stato vegetativo permanente e sospensione dei trattamenti medici*, in U. VERONESI (a cura di), *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, 143-144.

ordinanze del commissario straordinario per l'emergenza Covid-19; inoltre, a livello locale, rientrano nell'insieme in parola le numerose ordinanze regionali e le numerose ordinanze sindacali adottate, rispettivamente, dai presidenti di regione e dai sindaci[22].

Le misure anti Covid-19 sono state in particolare adottate attraverso una serie di decreti del presidente del consiglio dei ministri del marzo e dell'aprile del 2020 che trovano la propria fonte giuridica nella delega conferita dal parlamento all'esecutivo in un atto avente forza di legge, e precisamente dapprima nell'art. 3 del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni con legge 5 marzo 2020, n. 13 (recante "Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19") e, poi, nell'art. 2 del decreto legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito con modificazioni con legge 22 maggio 2020, n. 35 (recante "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19"), decreto legge n. 19 del 2020 che peraltro abroga in larga parte il precedente decreto n. 6 del 2020.

Oltre ai menzionati decreti legge, si osservi come tra il marzo e l'ottobre del 2020 siano stati approvati numerosi decreti legge e decreti del presidente del consiglio dei ministri per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19 o comunque connessi a tale emergenza; da ultimo si può ricordare l'approvazione del decreto legge 7 ottobre 2020, n. 125, recante "Misure urgenti connesse con la proroga della dichiarazione dello stato di emergenza epidemiologica da Covid-19 e per la continuità operativa del sistema di allerta COVID, nonché per l'attuazione della direttiva (UE) 2020/739 del 3 giugno 2020".

Le misure anti Covid-19 nel loro complesso, coerentemente con la logica aggressiva e violenta del valore tirannico, hanno teso a sottomettere alla salute di Stato qualsiasi altro valore, tra i quali la libertà personale, la libertà di circolazione, la libertà di riunione, la libertà di culto, la libertà d'impresa e il diritto al lavoro.

Dall'alto della salute di Stato, assurta a valore tirannico, diventa possibile imporre un generale confinamento dei cittadini nelle proprie abitazioni azzerando la possibilità per gli stessi di decidere della propria esistenza, diventa normale vietare il contatto tra persone e viene considerato benigno obbligare (di diritto o di fatto) i cittadini a sottoporsi a trattamenti sanitari a prescindere dalla volontà degli interessati.

A quest'ultimo proposito Maurizio Mori, in un articolo apparso all'inizio di maggio del 2020, osservava: «Il problema è questo: da fine febbraio 2020, soprattutto nelle zone più colpite dall'onda pandemica, si è registrata una sorta di

[22] Per le misure adottate dal governo a partire dal 30 gennaio 2020 si può vedere, sul sito della presidenza del consiglio dei ministri, il seguente link: http://www.governo.it/it/iorestoacasa-misure-governo [ultimo accesso 18 ottobre 2020]. Sul sito della protezione civile vi è una pagina dedicata alla normativa relativa all'emergenza Covid-19: http://www.protezionecivile.it/attivita-rischi/rischio-sanitario/emergenze/coronavirus/normativa-emergenza-coronavirus (vi sono escluse le ordinanze sindacali) [ultimo accesso 18 ottobre 2020].

azzeramento del consenso informato circa il trattamento sanitario»[23]. L'osservazione di Mori, che coglie un aspetto centrale di ciò che sta accadendo in questi mesi di pandemia, appare in particolare riferirsi ai trattamenti sanitari ospedalieri su pazienti affetti da Covid-19, ma l'obbligo di sottoporsi a trattamenti sanitari ai quali ho fatto pocanzi riferimento si riferisce anche, più in generale e per esempio, all'obbligo di portare una mascherina all'aperto (o, più precisamente, all'obbligo di usare protezioni delle vie respiratorie) e all'obbligo di sottoporsi a test per individuare la positività al nuovo coronavirus.

Già nel dpcm 1° marzo 2020 troviamo traccia della scarsa considerazione per il diritto al consenso informato che caratterizza i tempi che stiamo vivendo, vi si prevede infatti che in caso di comparsa dei sintomi la persona in sorveglianza sanitaria e isolamento domiciliare fiduciario debba «rimanere nella sua stanza con la porta chiusa garantendo un'adeguata ventilazione naturale, in attesa del trasferimento in ospedale, ove necessario» (art. 3, comma 5, dpcm 1° marzo 2020), cosa che lascia intendere che il "trasferimento in ospedale" prescinda dalla volontà del diretto interessato e sia piuttosto collegato alla necessità clinica valutata da personale medico (si tratta peraltro di una previsione che si ritrova anche all'art. 6, comma 5, del recentissimo dpcm 13 ottobre 2020).

E su tale linea si arriva nel luglio del 2020, in un momento in cui peraltro i "positivi" al coronavirus non sono ordinariamente "malati" e possono scoprire di essere positivi esclusivamente sottoponendosi a un test diagnostico, a una ordinanza come quella del presidente della regione Toscana che prevede, in estrema sintesi, l'obbligo per i positivi di trasferimento in alberghi sanitari quando l'autorità sanitaria ritenga non sia possibile l'isolamento presso il domicilio dell'interessato[24].

Anche nel linguaggio delle autorità il diritto al consenso informato non trova spazio, né esplicitamente, né implicitamente: "testare, tracciare, trattare" viene presentata come la "strategia delle tre T" e diventa una sorta di "mantra" (variamente declinato e rilanciato da esponenti del governo, presidenti di regione, mass media, ecc.) in cui lo spazio per il paziente come portatore di diritti appare marginale, se non inesistente.

Imporre e far valere un valore come valore tirannico significa, per riprendere ancora le parole di Schmitt, che «il valore superiore ha il diritto e il dovere di sottomettere a sé il valore inferiore, e il valore in quanto tale annienta giustamente il non-valore in quanto tale»[25]; e per il giurista tedesco «secondo la logica del valore deve sempre valere il principio che per il valore supremo il prezzo supremo non è mai troppo alto, e va pagato»[26] o, in altre parole: «Il non-valore non gode di

[23] M. MORI, *Come mai l'emergenza pandemica ha azzerato il consenso informato?*, in *Quotidiano sanità*, 9 maggio 2020.

[24] Cfr. ordinanza del presidente della giunta regionale della Toscana n. 71 del 4 luglio 2020.

[25] C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, cit., 60.

[26] C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, cit., 63.

alcun diritto di fronte al valore, e quando si tratta di imporre il valore supremo nessun prezzo è troppo alto»[27].

La libertà diventa un non-valore, anzi precisamente un disvalore, quando la salute di Stato diventa valore tirannico, e non c'è pertanto limite al suo annientamento: ecco allora che è stato possibile rispondere al rischio epidemico con la decisione più radicale, ossia con il confinamento di tutta la popolazione, e che le misure anti Covid-19 hanno potuto realizzare una sospensione su scala mai vista, per intensità ed estensione, nelle moderne società occidentali dell'esercizio di numerosi diritti e libertà.

Non solo, la salute di Stato assurta a valore supremo ha potuto isolare delle persone anziane dalla propria famiglia, sottrarre a delle persone morenti la vicinanza e il conforto dei propri cari e impedire a questi ultimi di praticare i riti di separazione con i propri morti; al riguardo vi è anche chi si è chiesto: «Come abbiamo potuto accettare, soltanto in nome di un *rischio* che non era possibile precisare, che le persone che ci sono care e degli esseri umani in generale non soltanto morissero da soli, ma che - cosa che non era mai avvenuta prima nella storia, da Antigone a oggi - che i loro cadaveri fossero bruciati senza un funerale?»[28].

Non si tratta in questa sede di rispondere a tale domanda, ma piuttosto di constatare come, in linea con quanto osservato da Schmitt, nessun prezzo sia troppo alto quando si tratta di far valere e imporre il valore supremo, neppure la violazione del rispetto della persona umana.

Il superamento del confinamento generalizzato sull'intero territorio nazionale è stato peraltro accompagnato dall'introduzione (o dal mantenimento in vigore) di misure restrittive delle libertà costituzionalmente garantite e mentre scrivo, nell'ottobre del 2020, si registra anzi l'introduzione di nuove misure particolarmente restrittive, sempre nel contesto del dichiarato stato di emergenza epidemiologico da Covid-19.

Così, a titolo esemplificativo, il dpcm 13 ottobre 2020 prevede un obbligo generalizzato di indossare protezioni delle vie respiratorie nei luoghi all'aperto (sia pur al ricorrere di alcune condizioni e con eccezioni), arrivando a raccomandare l'utilizzo di tali protezioni anche all'interno delle abitazioni private in presenza di persone non conviventi; il dpcm 18 ottobre 2020 prevede che si possa disporre la chiusura al pubblico dopo le ore 21.00 di vie o piazze nei centri urbani, dove si possono creare situazioni di assembramento (consentendo comunque l'accesso ai residenti e a chi vi svolge attività professionali); in alcune regioni, come la Lombardia (con ordinanza datata 21 ottobre 2020 del ministro della salute d'intesa con il presidente della Regione Lombardia), si è arrivati a introdurre un "coprifuoco" dalle ore 23.00 alle ore 5.00 che prevede siano consentiti solo gli spostamenti motivati da comprovate esigenze (lavorative,

[27] C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, cit., 65.

[28] G. AGAMBEN, "Una domanda", in *www.quodlibet.it*, 13 aprile 2020 (ora anche in ID., *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, Macerata, 2020).

necessità, urgenza, motivi di salute), altrove, come in Liguria (con ordinanza n. 72/2020 datata 20 ottobre 2020 del presidente della giunta regionale), si è stabilito un "divieto assoluto di assembramento"; si aggiunga che da ultimo è stato adottato il dpcm 24 ottobre 2020 che, tra l'altro, "raccomanda fortemente" ai cittadini di non spostarsi (salvo per giustificati motivi indicati nel medesimo dpcm), sospende una serie di attività (come attività di piscine e palestre, convegni, spettacoli teatrali, ecc.), consente manifestazioni pubbliche solo in forma statica e nel rispetto delle misure di contenimento, consente le attività di ristorazione solo dalle 5.00 alle 18.00.

Non è neppure un caso, ma anzi esprime la riduzione della libertà a disvalore, che nella gestione del rischio epidemico si sia potuto guardare alla Cina come modello, ossia a un paese che è uno Stato autoritario, e che ciò sia avvenuto in un diffuso silenzio, quasi come se nulla fosse; a ben vedere, sotto un certo profilo, il governo italiano, *rectius* il presidente del consiglio dei ministri italiano, è andato anche oltre la gestione cinese della pandemia: la Cina ha calibrato geograficamente il lockdown, sottoponendovi solo una provincia (con sessanta milioni di abitanti pari al 4 percento della popolazione cinese), laddove il presidente del consiglio dei ministri italiano ha adottato il lockdown per l'intero territorio dello Stato e per tutta la popolazione, peraltro senza neppure che ciò fosse consigliato dai consulenti governativi del comitato tecnico scientifico, come oggi sappiamo a seguito della pubblicazione di alcuni verbali di tale comitato[29].

La riduzione della libertà a disvalore trova espressione anche nel fatto che in questi mesi di pandemia la più estrema sospensione dei diritti di libertà garantiti dalla Costituzione sia potuta avvenire non attraverso atti del parlamento e neppure del governo, ma attraverso ordinanze sindacali, ossia attraverso atti amministrativi di autorità di basso livello quali sono i sindaci; è così che diversi sindaci, ritenendo evidentemente di poter disporre *ad libitum* di libertà costituzionalmente garantite e andando ben oltre quanto previsto a livello nazionale, sono giunti a disporre a mezzo ordinanza un divieto assoluto di svolgere attività motorie (comprese le passeggiate) e sportive all'aperto[30].

5. La creazione di un clima intimidatorio

Il confinamento della popolazione non è stato solo il prodotto di misure adottate attraverso atti di carattere normativo (in particolare decreti del presidente del consiglio dei ministri e ordinanze del ministro della salute), a cominciare da una misura come quella contenuta nel dpcm 8 marzo 2020 che impone di «evitare

[29] I verbali sono reperibili al seguente link: https://www.fondazioneluigieinaudi.it/i-verbali-del-comitato-tecnico-scientifico [ultimo accesso 22 agosto 2020].

[30] Così, per esempio, è accaduto a Pescara (ordinanza sindacale n. 43 del 19 marzo 2020), Verona (ordinanza sindacale n. 18 del 20 marzo 2020), Catanzaro (ordinanza sindacale n. 485 del 20 marzo 2020).

ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori […] nonché all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute» (misura relativa alla Lombardia e ad alcune province, poi estesa all'intero territorio nazionale dal dpcm 9 marzo 2020), e tenendo in considerazione anche le misure che hanno indirettamente favorito il confinamento, come, a titolo esemplificativo, il divieto di assembramento, la chiusura dei servizi per l'infanzia, delle scuole e delle università, la chiusura delle attività commerciali, lo smart working fatto diventare la modalità ordinaria di prestazione lavorativa nella pubblica amministrazione, ecc.

Il confinamento della popolazione è stato anche il prodotto di atti, iniziative e comportamenti di natura intimidatoria nei confronti dei cittadini posti in essere da diversi soggetti (tra i quali sindaci, presidenti di regione, prefetti, forze di polizia) e di regola ampiamente rilanciati dai mass media: si tratta di atti, iniziative e comportamenti che non solo hanno favorito il realizzarsi del confinamento per come previsto dagli atti di carattere normativo, ma che in qualche misura hanno favorito il realizzarsi di un confinamento ancora più ferreo.

Più in generale, della sottomissione e dell'annientamento della libertà in quanto disvalore fanno parte non solo le misure anti Covid-19 astrattamente intese, ma anche il clima intimidatorio in cui tali misure accadono e dispiegano i propri effetti: misure anti Covid-19 e clima intimidatorio che si palesano unitariamente come strumenti attraverso il quale il valore supremo viene fatto valere e imposto.

La creazione di un siffatto clima non deve sorprendere: nel movimento che porta il valore (tirannico) a sottomettere ed annientare il disvalore vi è una dimensione di aggressività e violenza, dimensione che peraltro per Schmitt, come già si è osservato, è immanente a ogni posizione di valore.

Accenno qui di seguito, solo per inciso, ad alcuni atti di natura intimidatoria che il paese ha conosciuto in questi mesi di pandemia (e in particolare durante il lockdown): utilizzo di elicotteri e di droni per pattugliamenti sui civili (con sorvoli a bassa o bassissima quota) finalizzati a far rispettare i divieti di spostamento e di assembramento, rilanciati dalla stampa con titoli del tipo: *Coronavirus, controlli anche con l'elicottero: allontanati bagnanti mentre prendono il sole* (Il Mattino), *Coronavirus, vietato riunirsi e uscire di casa. A Brescia ora ci controllano pure i droni* (Il Giorno), *Controlli a tappeto. Schierati i droni e l'elicottero* (L'Arena)[31]; circolazione nelle città di veicoli delle forze dell'ordine, della polizia locale, della protezione civile e dei vigili del fuoco, talvolta addirittura di elicotteri, che attraverso

[31] Gli articoli ricordati nel testo si possono leggere, nell'ordine, ai seguenti link: https://www.ilmattino.it/salerno/coronavirus_controlli_con_1_elicottero_a_salerno-5120851.html (Il Mattino, ed. Salerno, 19 marzo 2020); https://www.ilgiorno.it/brescia/cronaca/coronavirus-droni-1.5083578 (Il Giorno, ed. Brescia, 27 marzo 2020); https://www.larena.it/territori/citt%C3%A0/fine-settimana-di-controlli-schierati-elicottero-e-droni-1.8053780 (L'Arena, 25 aprile 2020) [ultimo accesso, per tutti i link, 16 agosto 2020].

altoparlanti rivolgono in modo continuo alla cittadinanza messaggi come: "Non uscite di casa", "Non uscite, tutelate la salute vostra e degli altri", "State a casa"[32]; perlustrazioni da parte di sindaci nelle città amministrate per controllare i cittadini e intimare a quelli intercettati fuori casa di tornare presso il proprio domicilio (peraltro senza neppure sapere se tali cittadini avessero dei legittimi motivi per essere fuori casa e senza neppure avere titolo ad effettuare siffatte perlustrazioni)[33]; appelli (spesso video appelli) dai toni aggressivi a "stare a casa" lanciati da sindaci ai cittadini accusati di non avere capito l'emergenza e di fare i "furbi" uscendo di casa con le più diverse "scuse" come "fare due passi", portare fuori il cane o fare la spesa acquistando pochi generi alimentari (in tali appelli non mancano neppure casi di insulti rivolti ai cittadini "rei" di fare una passeggiata fuori casa)[34].

Non bisogna poi dimenticare certe "immagini" che, impresse attraverso i mass media nell'immaginario collettivo, contribuiscono a creare un clima intimidatorio: un elicottero della polizia di Stato che "contrasta" un grigliata volteggiando a pochi metri dal tetto di un palazzo di Palermo[35]; un cittadino che passeggia isolato su una spiaggia veneta che viene intercettato in diretta tv da un elicottero della guardia di finanza (con a bordo una troupe televisiva di Mediaset) che a sua volta fa intervenire un'unità navale da cui sbarcano due finanzieri per

[32] Di tale "prassi", di cui peraltro chi scrive è stato a più riprese testimone diretto a Genova, danno notizia diversi articoli, tra i quali: *Lodi, Polizia locale con gli altoparlanti: "Emergenza coronavirus: restate in casa"*, Il Giorno, ed. Lodi, 13 marzo 2020 (https://www.ilgiorno.it/lodi/cronaca/coronavirus-1.5067085); *Coronavirus, a Ostia avvisi dall'elicottero: "Restate in casa" e sulla Colombo arrivano i vigili*, Il Messaggero, 28 marzo 2020 (https://www.ilmessaggero.it/roma/news/coronavirus_ostia_controlli_ultime_notizie-5138398.html) [ultimo accesso, per tutti i link, 22 agosto 2020].

[33] Cfr., per esempio: *Coronavirus, sindaco Decaro "caccia" chi è in giro per Bari: "Andate a casa! Qui ci vuole la mazza"*, Repubblica, 19 marzo 2020 (https://video.repubblica.it/dossier/coronavirus-wuhan-2020/coronavirus-il-sindaco-decaro-caccia-chi-e-in-giro-per-bari-dovete-andare-a-casa-qui-ci-vuole-la-mazza/356272/356839) [ultimo accesso 22 agosto 2020].

[34] Si veda, per esempio: *Coronavirus, sindaco di Boves choc: "Non state a casa? Dal piano A (avviso) passiamo al B (bara)"*, La Stampa, 18 marzo 2020 (https://www.lastampa.it/cuneo/2020/03/18/news/provocatoria-presa-di-posizione-del-sindaco-di-boves-visto-che-la-gente-non-sta-a-casa-dal-piano-a-avviso-passiamo-al-b-bara-1.38608116); *Appello del sindaco [di San Severino]: "Basta con i furbetti della passeggiata, dovete rimanere a casa"*, Cronache maceratesi, 19 marzo 2020 (https://www.cronachemaceratesi.it/2020/03/19/appello-del-sindaco-basta-con-i-furbetti-della-passeggiata-dovete-rimanere-a-casa/1377970); *Coronavirus, il sindaco di Sonnino è una furia...in dialetto*, Il Messaggero, 19 marzo 2020 (https://www.ilmessaggero.it/video/cronaca/coronavirus_sonnino_sindaco_dialetto-5122966.html); *La rabbia del sindaco [di Guado Tadino]: "Di coronavirus si muore! Ma i furbetti vanno a spasso: siete delle teste di cazzo"*, Perugia Today, 20 marzo 2020 (https://www.perugiatoday.it/video/il-video-la-rabbia-del-sindaco-di-coronavirus-si-muore-ma-i-furbetto-vanno-a-spasso-siete-delle-teste-di-cazzo.html) [ultimo accesso, per tutti i link, 22 agosto 2020].

[35] Video al seguente link: https://www.ilgiornale.it/news/palermo/grigliata-pasqua-sui-tetti-interviene-elicottero-polizia-1853329.html (12 aprile 2020) [ultimo accesso 22 agosto 2020].

inseguire il cittadino[36]; un anziano intercettato in un grande parco di Roma da un drone, inseguito e fermato da agenti della polizia locale e il cui video viene proposto da una trasmissione Rai con in sottofondo la cavalcata delle valchirie di Wagner, probabile omaggio alla famosa scena di *Apocalypse Now* (1979) di Francis Ford Coppola[37]; un cittadino circondato da quad e un suv della polizia locale mentre prende il sole isolato in una spiaggia di Rimini, ripreso e fotografato da un drone della polizia stessa, con immagini (diffuse dal comune di Rimini) rilanciate anche dall'emittente inglese Bcc[38].

Alla creazione di un clima intimidatorio contribuisce peraltro l'ampio utilizzo di un linguaggio violento e militaristico in riferimento alla pandemia e ai comportamenti dei cittadini da parte di rappresentanti delle istituzioni, medici, mass media, ecc.[39]; si pensi, a titolo esemplificativo, al presidente delle regione Campania Vincenzo De Luca che evoca l'utilizzo di lanciafiamme da parte dei carabinieri su cittadini "rei" di organizzare una eventuale festa di laurea, o anche al presidente della regione Emilia-Romagna Stefano Bonaccini che dichiara di voler "scovare i contagiati casa per casa" per isolarli, ove necessario in base alla situazione abitativa dei contagiati, in appositi luoghi già disponibili (alberghi e strutture private), e si intuisce a prescindere dalla volontà dei diretti interessati[40]; ma si pensi anche alle recenti affermazioni del vice ministro della salute Pierpaolo Sileri, rilanciate dalle agenzie di stampa: «La nostra guerra si vince attraverso delle battaglie continue, ogni focolaio è una battaglia più o meno impegnativa a seconda della grandezza del focolaio. Vinciamo le battaglie controllando i focolai»[41].

Della creazione di un clima intimidatorio può anche ritenersi parte l'organizzazione e la pubblicizzazione, a opera di diversi comuni tra cui quello di Roma, di programmi informatici o app che permettono ai cittadini di segnalare in tempo reale (vere o presunte) violazioni delle misure anti Covid-19: l'idea è

---

[36] Video al seguente link: https://www.mediasetplay.mediaset.it/video/pomeriggiocinque/trasgressore-individuato-in-diretta-dallelicottero_F309938901145C13 (13 aprile 2020) [ultimo accesso 20 agosto].

[37] Video al seguente link: https://www.blitzquotidiano.it/tv/coronavirus-drone-calvalcata-valchirie-agora-3174432 (14 aprile 2020) [ultimo accesso 22 agosto 2020].

[38] Video al seguente link: https://www.ilrestodelcarlino.it/rimini/cronaca/spiaggia-rimini-bbc-1.5114315 (19 aprile 2020) [ultimo accesso 22 agosto 2020].

[39] In argomento A. SOLIDORO, *Guerra alle metafore di guerra sul coronavirus*, in *Il Manifesto*, 2 aprile 2020, al link: https://ilmanifesto.it/guerra-alle-metafore-di-guerra-sul-coronavirus [ultimo accesso 22 agosto 2020].

[40] Ai seguenti link le dichiarazioni, rispettivamente, di Vincenzo De Luca e di Stefano Bonaccini: https://video.corriere.it/cronaca/de-luca-feste-laurea-vi-mandiamo-carabinieri-col-lanciafiamme/7d82e1ea-6acd-11ea-b40a-2e7c2eee59c6 (20 marzo 2020); https://www.la7.it/content/bonaccini-luoghi-per-la-quarantena-mille-nuovi-posti-tra-alberghi-e-strutture-private (14 maggio 2020) [ultimo accesso, per tutti i link, 22 agosto 2020].

[41] Così Pierpaolo Sileri nel corso di un'intervista a Sky Tg24 (4 luglio 2020). Al seguente link l'intervista: https://tg24.sky.it/politica/2020/07/04/coronavirus-sileri-sky-tg24-focolai [ultimo accesso 22 agosto 2020].

quella di realizzare una sorta di capillare controllo sulla cittadinanza attraverso la stessa cittadinanza; in linea con lo spirito di tali iniziative, nonché influenzati dal generale clima intimidatorio e verosimilmente dagli atteggiamenti di presidenti di regione e sindaci, diversi normali cittadini hanno anche ritenuto di essere legittimati a intimare ad altri cittadini di tornare a casa, di indossare una mascherina all'aperto o addirittura, in alcuni casi, di aggredirli verbalmente e/o fisicamente perché "rei" di svolgere attività motoria all'aperto[42].

L'idea di realizzare una capillare controllo sulla cittadinanza attraverso la stessa cittadinanza è peraltro emersa con evidenza in una recentissima intervista del ministro della salute Roberto Speranza in cui, discutendo la sua proposta di vietare le feste private, ha affermato che per la verifica del rispetto dell'ipotetico divieto si sarebbe fatto affidamento alle "segnalazioni" dei cittadini[43]; ma l'idea è emersa con chiarezza anche nelle recentissime parole del direttore aggiunto dell'Oms Ranieri Guerra, quando nel corso di un intervento televisivo e in riferimento alle misure anti Covid-19 ha sostenuto che «non basta che ciascuno si disciplini, ciascuno deve diventare anche il controller degli altri»[44].

A prescindere dalla effettiva realizzazione di ciò che è auspicato da Speranza e da Guerra, è interessante osservare come le loro affermazioni, ampiamente rilanciate dai mass media, contribuiscano, e forse mirino consapevolmente, alla creazione di un clima intimidatorio in cui il cittadino si senta e si percepisca come controllato ovunque, per strada dal passante, in casa dal vicino, al lavoro dal collega.

Il problema politico e giuridico di tutto ciò è che l'idea di utilizzare su larga scala i normali cittadini come strumenti di controllo capillare e pervasivo della cittadinanza appartenga storicamente alle prassi di regimi autoritari e totalitari, e non alle prassi di Stati di diritto di matrice liberale.

Concludendo sul tema, si osservi del tutto incidentalmente come alcuni degli atti e delle iniziative cui si è fatto cenno nel presente paragrafo manifestino una certa somiglianza con le tecniche di guerra psicologica, e più precisamente con quelle "operazioni psicologiche" militari ("psychological operation", "PSYOP") che consistono in attività di natura psicologica, condotte in tempo di pace o in guerra, che attraverso comunicazioni, informazioni e messaggi selezionati indirizzati a un determinato individuo o gruppo (nemico, amico o neutrale) mirano a influenzarne e determinarne attitudini, emozioni, atteggiamenti e

---

[42] Rileva criticamente il fenomeno di quelli che definisce "cittadini guardiani dei comportamenti altrui" T. GROPPI, *Le sfide del coronavirus alla democrazia costituzionale*, in *ConsultaOnLine*, 1, 2020 (30 marzo 2020).

[43] Al seguente link il video con le parole del ministro Speranza: https://www.open.online/2020/10/12/coronavirus-speranza-divieto-feste-private-polemiche-social-video (12 ottobre 2020) [ultimo accesso 18 ottobre 2020].

[44] Si veda *Covid, Guerra: "Ogni cittadino deve diventare controller degli altri"*, Adnkronos, 19 ottobre 2020, al seguente link: https://www.adnkronos.com/fatti/cronaca/2020/10/19/covid-guerra-ogni-cittadino-deve-diventare-controller-degli-altri_xdojBMKNEdeJo5qrC4bOxM.html?refresh_ce [ultimo accesso 22 ottobre 2020].

comportamenti in modo da permettere il raggiungimento di obbiettivi politici e militari[45]; così il ripetuto sorvolo a bassa o bassissima quota con elicotteri militari o delle forze dell'ordine sulla popolazione civile con finalità di controllo generalizzato (e il rilancio dell'operazione attraverso i mass media) può essere assimilabile a una tipica operazione psicologica militare di esibizione di una forza che deve apparire soverchiante[46].

6. La salute e le opinioni come disvalori

Non solo la libertà, ma anche la stessa salute intesa in senso ampio, ossia intesa come benessere della persona nella sua globalità, viene trasformata in un disvalore che può essere annientato in quanto tale.

Così, per esempio, diventa accettabile ledere la salute (intesa in senso ampio) dei bambini che vivono nelle grandi città, lasciandoli rinchiusi in piccoli appartamenti attorniati da strade e grandi palazzi (come è la norma in città come Milano o Roma), proibendo l'accesso a parchi, ville, aree gioco e giardini pubblici e vietando di svolgere attività ludico o ricreativa all'aperto[47].

Poco importa dell'esigenza psicofisica dei bambini di passeggiare, correre e giocare all'aperto, poco importa degli effetti psicologici della segregazione in casa, poco importa di quanto sia importante per i bambini sintetizzare la vitamina D attraverso l'esposizione alla luce solare, financo poco importa che il nuovo coronavirus sia sostanzialmente innocuo per i bambini: la salute dei bambini diventa un disvalore e non rappresenta un prezzo troppo alto da pagare per imporre la salute di Stato in quanto valore supremo.

In tema di salute dei bambini, si può ricordare come una recente indagine sull'impatto psicologico della pandemia Covid-19, condotta dall'Istituto Gaslini di Genova in collaborazione con l'Università di Genova, evidenzi «come la

---

[45] Cfr. U.S. Department of Defense, *Dictionary of Military and Associated Terms*, Joint Pub 1-02, 2010 (che utilizza l'espressione "military information support operations" in luogo di "psychological operation", ma vedi anche l'edizione del 2001); North Atlantic Treaty Organization, *Nato glossary of terms and definitions (english and french)*, AAP-06, 2019; e anche L. Fontana, *Le operazioni psicologiche militari (PsyOp). La "conquista" delle menti*, in *Informazioni della Difesa*, 6, 2003, 41 ss.; S. Narula, *Psychological operations (PSYOPs): A conceptual overview*, in *Strategic Analysis*, 28:1, 2004, 177 ss.

[46] Per alcuni esempi del tipo di sorvolo di cui nel testo: *Elicottero dei carabinieri in volo sulla città, ecco perché*, Il Giornale di Brescia, 21 marzo 2020 (https://www.giornaledibrescia.it/brescia-e-hinterland/elicottero-dei-carabinieri-in-volo-sulla-citt%C3%A0-ecco-perch%C3%A9-1.3468417); *Coronavirus, in volo sull'elicottero della polizia a caccia di disobbedienti*, Agrigento oggi, 3 maggio 2020, (https://www.agrigentooggi.it/coronavirus-in-volo-sullelicottero-della-polizia-a-caccia-di-disobbedienti-video) [ultimo accesso, per tutti i link, 22 agosto 2020].

[47] Misure, quelle relative all'accesso ai parchi e al divieto di svolgere attività ludico o ricreativa all'aperto, che inizialmente stabilite con ordinanza del ministro della salute 20 marzo 2020, i cui termini di efficacia sono prorogati da successivi dpcm, vengono poi anche recepite dal dpcm 26 aprile 2020.

situazione di confinamento abbia determinato una condizione di stress notevolmente diffusa con ripercussioni significative a livello non solo della salute fisica, ma anche di quella emozionale-psichica dei genitori e dei bambini»[48].

A ben vedere anche la salute intesa in senso stretto (al limite come assenza di malattia), nella misura in cui rappresenta ed esprime un valore diverso e alternativo al valore tirannico della "salute di Stato", diventa qualcosa di secondario, di sacrificabile, al limite un disvalore.

Così, per esempio, la salute dei nascituri diventa qualcosa di secondario come attesta il notevole aumento dei nati morti in diversi paesi durante i mesi di lockdown, aumento che appare collegato alla significativa riduzione, determinatasi proprio a causa dei lockdown, dell'accesso delle donne in gravidanza alle strutture ospedaliere e ai controlli di routine che riducono la mortalità neonatale[49].

E non è solo la salute dei nascituri a diventare qualcosa di secondario: in Lombardia, secondo un recentissimo studio, dei ventiquattromila decessi in eccesso rispetto alla media registrati tra il gennaio e l'aprile del 2020, ben diecimila non sono correlati al Covid-19, ma sono piuttosto da ritenersi per lo più provocati dalla mancanza di cure per problemi di salute diversi dal Covid-19[50].

Senza poi dimenticare la salute mentale: una misura come il lockdown, in Italia ma anche negli altri paesi in cui è stata adottata, ha determinato in una parte consistente della popolazione problemi psichici, come stress, ansia, depressione, e si palesa come una grave minaccia per la salute mentale e il benessere delle persone[51].

L'imporsi della salute di Stato come valore tirannico conduce anche a trattare come abietti e deteriori i valori inferiori (reputati tali), fatto peraltro rilevato esplicitamente da Schmitt quando afferma che le relazioni che vigono nella gerarchia dei valori giustifichino «che il valore superiore tratti come abietto il valore inferiore»[52], e a squalificare di conseguenza coloro che, sulla base di tali valori inferiori, mettano in discussione il valore supremo in quanto tale; a quest'ultimo proposito si osservi che chi pone e impone il valore supremo rimane

---

[48] Come osserva Lino Nobili, direttore del dipartimento di Neuropsichiatria infantile, che ha guidato la ricerca. Informazioni e risultati dell'indagine sono disponibili sul sito dell'Istituto Gaslini al seguente link: https://www.gaslini.org/comunicati-stampa/bambini-e-covid-19-come-hanno-reagito-e-come-aiutarli [ultimo accesso 22 agosto 2020].

[49] In argomento C. WATSON, *Stillbirth rate rises during coronavirus pandemic*, in *Nature*, 585, 01 Sep 2020, 490-491.

[50] Cfr. M. BLANGIARDO - M. CAMELETTI - M. PIRANI, ET AL., *Estimating weekly excess mortality at sub-national level in Italy during the COVID-19 pandemic*, in *PLoS One*, 2020. I dati per la Lombardia sono precisamente i seguenti: 23.946 (total excess deaths); 13.749 (COVID-19 deaths); 10.197 (non-COVID-19 excess deaths).

[51] Cfr. A. FIORILLO - G. SAMPOGNA - V. GIALLONARDO, ET AL., *Effects of the lockdown on the mental health of the general population during the COVID-19 pandemic in Italy: Results from the COMET collaborative network*, in *European Psychiatry*, 63 (1), 2020, 1 ss.

[52] C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, cit., 64.

sempre, per usare le parole di Schmitt, «nella condizione di accusare l'avversario di non vedere valori evidenti, in altre parole di squalificarlo come cieco di fronte ai valori»[53].

Vediamo all'opera tale meccanismo, per cui il valore inferiore viene trattato come abietto e vengono altresì squalificati coloro che pretendono di far valere il valore inferiore, in un recente ed emblematico caso.

Il caso riguarda un incontro organizzato da un parlamentare e noto critico d'arte, Vittorio Sgarbi, dedicato a "Covid-19 in Italia: tra informazione, scienza e diritti" (27 luglio 2020), al quale partecipano giuristi come Sabino Cassese, Michele Ainis e Paolo Becchi, medici come Alberto Zangrillo e Maria Rita Gismondo, e vi è anche l'intervento di un filosofo come Bernard-Henri Lévy, nomi che fanno intuire il livello della discussione che si tiene all'incontro[54].

L'incontro viene tuttavia squalificato apponendovi l'etichetta di "negazionista": si tratterebbe, come lo definisce Repubblica ma anche altri quotidiani nazionali, di un "convegno dei negazionisti" o "convegno dei negazionisti del Covid"[55]; il termine "negazionismo" è un termine carico di una connotazione estremamente negativa essendo ordinariamente riferito a una forma di revisionismo storico che giunge a negare l'esistenza dei campi di sterminio nella Germania nazista: applicare l'etichetta di "negazionista" a un convegno e ai suoi partecipanti significa solo volerli squalificare.

In realtà i "negazionisti" presenti al convegno non hanno negato nulla, tantomeno l'esistenza del Covid-19 e del relativo virus, ma la "colpa", per così dire, dei partecipanti al convegno consiste nel non riconoscere il valore supremo e nel non sottomettersi a esso, volendo piuttosto cercare di far valere dei valori diversi rispetto al valore supremo.

Così nel corso del convegno viene criticata, richiamandosi a principi, diritti e valori costituzionali che si vogliono far valere, la gestione della pandemia di Covid-19, cosa che implicitamente rappresenta una opposizione a quel valore supremo in nome del quale tale gestione è stata realizzata; e ancora, nel corso del convegno il valore supremo viene messo radicalmente in discussione quando Zangrillo osserva come dal 31 maggio 2020 il nuovo coronavirus sia da ritenersi clinicamente morto e quando Sgarbi, in linea con la posizione di Zangrillo e di altri medici, osserva come i positivi al virus non siano propriamente dei "malati": ma se il virus è clinicamente morto e i positivi al virus non sono malati allora la salute di Stato diventa un concetto tendenzialmente privo di *valore*.

In generale qualsiasi individuo metta in qualche modo in discussione la supremazia della salute di Stato e più in generale la narrazione ufficiale e

[53] C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Brescia, cit., 63.

[54] Il convegno si può ascoltare al seguente link: http://www.radioradicale.it/scheda/612093/covid-19-in-italia-tra-informazione-scienza-e-diritti#!slide (27 luglio 2020) [ultimo accesso 22 agosto 2020].

[55] *Coronavirus, al Senato il convegno dei "negazionisti"*, Repubblica, 27 luglio 2020, al link: https://www.repubblica.it/politica/2020/07/27/news/cornavirus_sgarbi_insiste_in_italia_non_c_e_piu_il_governo_ci_ascolti_-262991120 [ultimo accesso 22 agosto 2020].

dominante della pandemia di Covid-19 viene *ipso facto* squalificato e considerato "cieco" di fronte al valore supremo, a prescindere dalle ragioni che vengono addotte dallo stesso e anche se si tratta di un importante filosofo, di un autorevole giurista o di un medico di chiara fama; e ciò non deve sorprendere, essendo semplicemente un'espressione dell'imporsi di un valore tirannico e precisamente dell'imporsi della salute di Stato come valore tirannico, un imporsi che nel suo attuarsi non può che travolgere anche la libertà di manifestazione del pensiero, una libertà che, non dimentichiamolo, è un valore centrale e caratterizzante dell'ordinamento costituzionale di uno Stato di diritto e di cui la Corte costituzionale ha affermato: «La libertà di manifestazione del pensiero è tra le libertà fondamentali proclamate e protette dalla nostra Costituzione, una di quelle anzi che meglio caratterizzano il regime vigente nello Stato» (Corte cost., sentenza n. 9/1965)[56].

E tutto ciò non manca di condurre anche a esiti grotteschi, come accade in una scuola pubblica di Roma, l'istituto di istruzione superiore Donato Bramante, in cui nel "regolamento disciplinare Covid-19" è stata introdotto, per così dire, un "reato di opinione" per quegli studenti che sostengano posizioni tese a sminuire l'emergenza sanitaria; per la precisione il regolamento in parola prevede siano disciplinarmente punite a opera del consiglio di classe e del dirigente scolastico «dichiarazioni pubbliche e reiterate di negazione dell'emergenza medico-sanitaria Covid 19» da parte degli studenti, e Agamben fossero studenti di tale scuola sarebbero sanzionati disciplinarmente dalla preside per le loro dichiarazioni pubbliche[57].

7. Che ne è della libertà?

Si tratta ora, di fronte alle misure anti Covid-19 complessivamente considerate e al fine di svolgere qualche ulteriore riflessione attorno ad esse, di porsi la domanda: che ne è della libertà?

La domanda "che ne è della libertà" a rigore non si pone neppure in un paese autoritario e dispotico come la Cina contemporanea, e neppure si porrebbe nella Germania nazista; la domanda si pone e prende corpo all'interno di uno Stato di diritto di matrice liberale, ossia in un contesto politico-giuridico plasmato dalla dottrina liberale.

---

[56] In argomento almeno P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Milano 1974, 424 ss.; A. VALASTRO, *Art. 21*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 451 ss.

[57] Il regolamento disciplinare del Donato Bramante di Roma è disponibile, sul sito della scuola, al seguente link: https://www.iisviasarandi.it/site/component/phocadownload/category/86-regolamenti.html [ultimo accesso 24 ottobre 2020].

Affrontiamo allora la domanda in parola *in una prospettiva liberale* e con ciò si intende nella prospettiva e nell'ambito di una dottrina morale che assegni alla libertà un ruolo centrale e di una correlativa dottrina politica che affermi che la ragion d'essere e il ruolo dello Stato consistano nella tutela e nella promozione delle libertà individuali.

Ora, lo Stato di diritto liberale e democratico è quello Stato il cui fine istitutivo consiste nel rispettare, proteggere e promuovere i diritti fondamentali degli individui, anche nel senso di permettere la massima espansione possibile di tali diritti, ed è altresì quello Stato in cui la proporzionalità (nei suoi tre elementi di adeguatezza, proporzionalità in senso stretto e necessità) è principio che deve sempre governare l'azione dei poteri pubblici e segnatamente la limitazione dei diritti fondamentali dei cittadini[58].

Le misure anti Covid-19 complessivamente considerate non appaiono aver garantito la maggior sfera di libertà possibile ai cittadini, ma al contrario sono giunte a forme di annichilimento della libertà, e neppure possono considerarsi dotate di una reale "proporzionalità" se si pensa che sono state e vengono tuttora adottate comprimendo gravemente le libertà costituzionali per rispondere a una malattia che appare essere un reale pericolo solo per le persone più fragili (in particolare a causa dell'età avanzata e della presenza di patologie pregresse) e che possiede inoltre un *infection fatality rate* (IFR) estremamente basso, indicato in un recentissimo studio come pari da 0,00 a 0,31 percento con una mediana di 0,05 percento per la popolazione di età inferiore ai 70 anni[59].

---

[58] In argomento G. ZAGREBELSKI, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 20 ss.; A. PINTORE, *Diritto e Stato*, in M. JORI - A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1995, 89 ss. (in part. 93 ss.); E. CHELI, *I fondamenti dello "Stato costituzionale"*, in *www.astrid-online.it*, 2005; B. CELANO, *Stato di diritto*, in G. PINO - A. SCHIAVELLO - V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, 401 ss.; M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Torino, 2017, 21 ss. In relazione alla proporzionalità si deve ricordare che «ogni contrazione di diritti fondamentali soggiace […] all'osservanza del parametro di proporzionalità *in senso lato*, intesa cioè come *adeguatezza* (rispetto allo scopo), *essenzialità* della misura (nel senso del suo contenimento entro i termini essenziali a garantire la realizzazione dell'interesse pubblico perseguito) e sua *necessarietà* (proporzionalità in senso stretto, vale a dire, l'impossibilità del ricorso a provvedimenti meno limitativi della libertà)» (V. BALDINI, *Emergenza sanitaria e Stato di prevenzione*, in *Diritti fondamentali*, 1, 2020 (27 febbraio 2020), 563); per alcune considerazioni critiche sulla proporzionalità delle misure anti Covid-19, vedi V. BALDINI, *Prendere sul serio il diritto costituzionale…anche in periodo di emergenza sanitaria*, in *Diritti fondamentali*, 1, 2020 (15 aprile 2020).

[59] Cfr. J.P.A. IOANNIDIS, *Infection fatality rate of COVID-19 inferred from seroprevalence data*, in *Bulletin of the World Health Organization* [online first version - published online: 14 October 2020]. Tra i primi ad aver ridimensionato la pericolosità e la mortalità del Covid-19 deve essere ricordato Didier Raoult, tra i più influenti epidemiologi del mondo (Cfr. D. RAOULT, *Epidémies: vrais dangers et fausses alertes*, Neuilly-sur-Seine, 2020 [26 marzo], in part. il capitolo 8). Un interessante studio condotto dal Kobe City Medical Center General Hospital su mille campioni di sangue appare addirittura suggerire che l'IFR del Covid-19 (almeno a Kobe) sia inferiore a quello della normale influenza. Cfr. A. DOI - K. IWATA - H. KURODA, ET AL., *Estimation of seroprevalence of novel coronavirus disease (COVID-19) using preserved serum at an outpatient setting in Kobe, Japan: A cross-sectional study* (5 maggio 2020), versione preprint disponibile al seguente link: https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.04.26.20079822v2 [ultimo accesso 25 ottobre 2020].

Una risposta alla pandemia di Covid-19 in grado di garantire la maggior sfera di libertà possibile ai cittadini e di palesarsi come risposta proporzionata avrebbe dovuto innanzitutto non guardare alla Cina come modello, ma piuttosto alla Svezia che, senza particolari e pervasive restrizioni imposte ai suoi cittadini, sta affrontando la pandemia con risultati che appaiono buoni e comunque con un numero di morti per Covid-19 per milione di abitanti in linea (attualmente inferiore) con quello italiano[60].

Vero è che la densità di popolazione della Svezia è inferiore a quella dell'Italia, ma è anche vero che Stoccolma ha una densità abitativa assai elevata, superiore a quella di grandi città italiane, e tuttavia nella capitale svedese l'IFR del Covid-19 è pari a 0,01 percento per la fascia di età 0-49 anni e a 0,27 percento per la fascia di età 50-59 anni, ossia è estremamente basso; l'IFR del Covid-19 a Stoccolma (come altrove invero) è decisamente elevato solo per le persone più anziane, dai 70 anni in poi, mantenendosi infatti relativamente moderato e pari a 0,45 percento per la fascia di età 60-69 anni, per poi salire nettamente con l'aumentare dell'età a 1,92 percento per la fascia di età 70-79 anni, a 7,20 percento per la fascia di età 80-89 anni e a 16,21 percento per la fascia di età dai 90 anni in poi[61].

Una risposta alla pandemia attenta alla libertà dei cittadini e proporzionata avrebbe inoltre dovuto consistere prevalentemente in misure rivolte non indistintamente alla popolazione generale, ma rivolte e circoscritte piuttosto alla popolazione vulnerabile al Covid-19 al fine di permettere a tale fascia di popolazione vulnerabile di tutelare la propria salute senza tuttavia sospendere o comprimere le libertà costituzionali della restante parte della popolazione[62]; al

---

[60] Sul modello svedese di risposta alla pandemia di Covid-19 si veda almeno la recentissima intervista all'epidemiologo Anders Tegnell, tra gli ideatori di tale modello e direttore dell'Agenzia di sanità pubblica svedese, al link: https://video.corriere.it/esteri/coronavirus-svezia-parla-regista-strategia-stoccolma-da-noi-niente-lockdown-ora-non-c-seconda-ondata/93329cfc-1080-11eb-bf58-6564bb782bca (18 ottobre 2020). Ma si vedano anche le seguenti recenti notizie: *L'Oms promuove il padre della strategia svedese dell'immunità di gregge: per lui un ruolo chiave*, Europa Today, 3 settembre 2020 (https://europa.today.it/attualita/coronavirus-immunita-gregge-oms.html); *In Svezia non c'è la seconda ondata, l'epidemiologo di Stato: "La nostra strategia è sostenibile"*, Europa Today, 16 settembre 2020 (https://europa.today.it/attualita/seconda-ondata-strategia-sostenibile-svezia.html); *Svezia sicura della sua strategia, elimina anche le restrizioni per anziani e vulnerabili*, Europa Today, 22 ottobre 2020 (https://europa.today.it/attualita/coronavirus-svezia-restrizioni-anziani.html) [ultimo accesso, per tutti i link, 25 ottobre 2020].

[61] Cfr. Public Health Agency of Sweden, *The infection fatality rate of COVID-19 in Stockholm - Technical report* (2020) (https://www.folkhalsomyndigheten.se/contentassets/53c0dc391be54f5d959ead9131edb771/infection-fatality-rate-covid-19-stockholm-technical-report.pdf [ultimo accesso 25 ottobre 2020]).

[62] Si osservi che fin da subito pare fosse chiaro al governo che il Covid-19 esponesse a un reale pericolo solo una determinata fascia della popolazione, altrimenti non si spiega la seguente previsione contenuta nel dpcm 4 marzo 2020: «È fatta espressa raccomandazione a tutte le persone anziane o affette da patologie croniche o con multimorbilità ovvero con stati di immunodepressione congenita o acquisita, di evitare di uscire dalla propria abitazione o dimora fuori dai casi di stretta

riguardo la recentissima *Great Barrington Declaration* (4 ottobre 2020), documento promosso e sottoscritto da autorevoli scienziati, raccomanda esattamente una risposta alla pandemia consistente nell'adozione di misure per proteggere le persone vulnerabili, ma che permettano a tutte le altre persone di vivere normalmente, tanto più che, si osserva sempre nel documento, le politiche di lockdown sono gravemente dannose per la salute fisica e mentale[63].

E ancora la risposta alla pandemia, sempre per garantire la massima libertà possibile ai cittadini ed essere proporzionata, avrebbe necessariamente dovuto bilanciare i diversi valori costituzionali in gioco, tanto più in uno Stato costituzionale pluralista come il nostro che non prevede una gerarchia di diritti e valori costituzionali, mentre ciò non appare nel complesso essere accaduto; in un articolo di qualche mese fa, ma è osservazione tuttora valida, Vincenzo Baldini rilevava condivisibilmente «come nonostante i dd.ll. emanati a fondamento della gestione dell'emergenza sanitaria richiamassero espressamente i parametri della proporzionalità e adeguatezza, [ne]gli atti consequenziali adottati dal governo nazionale e dalle istituzioni di governo territoriale, è mancata ogni forma di bilanciamento di interessi concorrenti. La strategia di prevenzione intrapresa dal governo è apparsa infatti del tutto sbilanciata nell'obiettivo di una tutela assoluta della vita e della salute»[64].

A tal riguardo appare interessante osservare come nell'adottare le misure anti Covid-19 governo, regioni e comuni non abbiano neppure tenuto realmente in considerazione il diritto alla salute di cui all'articolo 32 della Costituzione, per quanto, almeno a parole, molti rappresentanti delle istituzioni abbiano affermato di operare e di adottare le diverse misure anti Covid-19 proprio con la specifica finalità di tutelare tale diritto.

Il diritto alla salute non è stato tenuto in considerazione sotto due diversi profili: in primo luogo in quanto le misure anti Covid-19 hanno determinato effetti dannosi sulla salute, effetti ai quali si è fatto qualche cenno in precedenza e ai quali fa peraltro riferimento anche la *Great Barrington Declaration*; in secondo luogo in quanto la risposta data alla pandemia ha obliterato il fatto che il diritto alla salute sia (anche) un diritto di libertà avente ad oggetto la non ingerenza da parte dell'autorità pubblica e dei privati nella sfera della salute individuale e che, come tutti i diritti di libertà, implichi la tutela del suo risvolto negativo, ossia il

necessità e di evitare comunque luoghi affollati nei quali non sia possibile mantenere la distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro» (art. 2, comma 1, lett. b, dpcm 4 marzo 2020).

[63] La *Great Barrington Declaration* (4 ottobre 2020) è stata promossa da Martin Kulldorff (professore di medicina all'Università di Harvard, biostatistico ed epidemiologo), Sunetra Gupta (professore all'Università di Oxford, epidemiologo) e Jay Bhattacharya (professore alla Stanford University Medical School, medico, epidemiologo). Il testo della dichiarazione si può leggere al seguente link: https://gbdeclaration.org/dichiarazione-di-great-barrington [ultimo accesso 25 ottobre 2020].

[64] V. BALDINI, *Dignità umana e normativa emergenziale: (in)osservanza di un paradigma formale o (colpevole…) elusione di un parametro (anche) sostanziale? Aspetti problematici di un difficile equilibrio*, in *Diritti fondamentali*, 2, 2020 (6 maggio 2020), 170-171.

"diritto di ammalarsi" (o di rischiare di ammalarsi), come peraltro messo in evidenza dalla miglior dottrina costituzionalistica sin dagli anni Settanta[65].

Che ne è allora della libertà? La semplice risposta che possiamo fornire è che ai tempi del Covid-19 in Italia la libertà sia stata relegata in secondo piano, marginalizzata e a tratti travolta dalle misure anti Covid-19.

8. Conclusioni

La logica sottesa alle misure anti Covid-19 è quella della tirannia dei valori, ove a essere diventato tirannico è il valore della salute di Stato; attraverso la formula della tirannia dei valori siamo in grado di ricondurre a unità e di svelare il *senso* della massa caotica di misure anti Covid-19 adottate in Italia e di numerosi accadimenti che accompagnano quelle misure e caratterizzano i mesi di pandemia nel nostro paese.

Peraltro guardando più da vicino al valore che è diventato tirannico, ossia la salute di Stato, non si può non osservare come i presupposti stessi sulla cui base è stato concettualmente plasmato dai pubblici poteri tale valore tirannico appaiano erronei o quanto meno assai discutibili, presupposti che consistono nell'identificare e associare la "salute/assenza di malattia" e la "vita" (mantenimento in vita) con la "negatività al nuovo coronavirus" e la "assenza di salute/malattia" e la "morte" con la "positività al nuovo coronavirus": in realtà la "positività" non significa assenza di salute, non implica ordinariamente uno stato di malattia e tantomeno conduce ordinariamente al decesso.

A quest'ultimo riguardo un virologo di chiara fama come Giorgio Palù, tra l'altro past-president della Società italiana ed europea di virologia, nel corso di una recentissima intervista ha affermato che pur di fronte al notevole aumento dei casi di persone positive al tampone non ci si debba allarmare per almeno tre ragioni: i) in quanto il 95 percento di positivi al tampone non ha sintomi e quindi non può definirsi malato; ii) in quanto non è detto che tali persone positive siano contagiose; iii) in quanto il virus ha una letalità relativamente bassa[66]; e qualche

[65] Sul diritto alla salute (anche per ulteriore bibliografia) sia consentito rinviare a A.A. NEGRONI, *Il diritto al consenso informato nella Costituzione*, in ID. (a cura di), *Il consenso informato tra bioetica e diritto*, Tortona, 2020, 97 ss. Sul diritto di ammalarsi, in dottrina, S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Diritto e società*, 1979, 904; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1982, 312 (anche per ulteriori riferimenti bibliografici).

[66] Inoltre Palù di fronte all'ipotesi di un nuovo lockdown ha affermato: «Sono contrario come cittadino perché sarebbe un suicidio per la nostra economia; come scienziato perché penalizzerebbe l'educazione dei giovani, che sono il nostro futuro, e come medico perché vorrebbe dire che malati, affetti da altre patologie, specialmente tumori, non avrebbero accesso alle cure. Tutto questo a fronte di una malattia, la Covid-19, che, tutto sommato ha una bassa letalità. Cioè non è così mortale. Dobbiamo porre un freno a questa isteria». (*Coronavirus, il virologo Palù: «Il 95 % dei positivi è asintomatico. Chiudere tutto? No, basta con l'isteria»*, Il Corriere della sera, 23 ottobre 2020,

settimana prima l'autorevole immunologo Francesco Le Foche aveva chiarito nel corso di un'intervista televisiva: «Abbiamo il controllo clinico assoluto della situazione. Il 95 percento delle persone contagiate non sviluppa sintomi, non sviluppa la malattia. Il 5 percento può sviluppare la malattia e di questo 5 percento soltanto una percentuale infinitesimale oserei dire e soprattutto [persone] di una certa età potrebbe andare anche in rianimazione. Siamo in assoluta tranquillità. Gli ospedali prendono pazienti ma dimettono anche pazienti»[67].

Il punto che comunque preme maggiormente sottolineare nelle presenti conclusioni è come nella prospettiva di uno Stato di diritto liberale e democratico, prospettiva in cui la libertà rappresenta un principio o valore fondamentale, non sia accettabile l'imporsi di un valore tirannico (da cui peraltro non possono che scaturire misure prive di proporzionalità) e di una logica che renda la libertà un disvalore; tuttavia se per rispondere a una malattia come il Covid-19, che come già osservato appare essere un reale pericolo solo per le persone più fragili (in particolare a causa dell'età avanzata e della presenza di patologie pregresse), usciamo da quella dottrina politico-morale liberale che caratterizza le nostre società occidentali e guardiamo alla Cina come modello da imitare, allora tutto diventa potenzialmente possibile e accettabile.

(30-10-2020)

https://www.corriere.it/cronache/20_ottobre_23/coronavirus-virologo-giorgio-palu-il-95percento-positivi-asintomatico-chiudere-tutto-no-basta-l-isteria-40778a62-156d-11eb-b371-ea3047c1855f.shtml [ultimo accesso 25 ottobre 2020]).

[67] L'intervista a Le Foche si può ascoltare al seguente link: https://www.youtube.com/watch?v=5AZ5CMTw9es (4 ottobre 2020) [ultimo accesso 25 ottobre 2020]).

Ianus - Diritto e finanza
Rivista semestrale di studi giuridici
IANUS: Diritto e Finanza - Quaderni 2020
Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena
Direttore responsabile: Angelo Barba
https://www.rivistaianus.it

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805