

COMPARATIVE LAW IN TIMES OF EMERGENCIES



Giorgio Giannone Codiglione
Leonardo Pierdominici

Studies in Law
and Social Sciences





Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

NELLA STESSA COLLANA

1. G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, 2014
2. F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, 2016
3. C.A. D'ALESSANDRO, C. MARCHESI (a cura di), *Ius dicere in a globalized world. A comparative overview*, 2018
4. A. ZOPPINI, P. SIRENA (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, 2018
5. F. CAGGIA, G. RESTA (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, 2019
6. A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, 2021
7. R. LUPI, *Studi sociali e diritto*, 2022

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza
Collana “Studies in Law and Social Sciences”

8

**Giorgio Giannone Codiglione
Leonardo Pierdominici**

COMPARATIVE LAW IN TIMES OF EMERGENCIES



RomaTre-Press
2022

Questo volume è stato realizzato con il contributo della Associazione Italiana di Diritto Comparato (AIDC).

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*.

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, mosquitoroma.it

Impaginazione: Colitti-Roma colitti.it

Caratteri tipografici utilizzati:
Brandon Grottesque (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond Pro (testo)

Edizioni: Roma TrE-Press ©
Roma, dicembre 2022
ISBN: 979-12-5977-137-7

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma



Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Giurisprudenza

Studies in Law & Social Sciences

La collana è diretta da

GUIDO ALPA • CARLO ANGELICI • ADOLFO DI MAJO • NICOLÒ LIPARI
SALVATORE MAZZAMUTO • PIETRO RESCIGNO

Coordinatore

ANDREA ZOPPINI

Comitato Scientifico

Mads Andenas; William Burke-White; Emanuele Conte; Luca Enriques; Jorg Fedtke; Giuseppe Grisi; Andrea Guaccero; Martijn Hesselink; Francesco Macario; Giulio Napolitano; Antonio Nicita; Giorgio Resta; Giacomo Rojas Elgueta; Pietro Sirena; David A. Skeel; Noah Vardi; Anna Veneziano; Vincenzo Zeno-Zencovich.

La collana *Studies in Law and Social Sciences* intercetta nuove frontiere nello studio del diritto italiano, del diritto di matrice europea e poi del diritto comparato e transnazionale. In questa prospettiva, ospita lavori che propongono una nuova lettura delle fonti del diritto, dei fenomeni giuridici, dei rapporti fra diritto e società, osservati sia con i tradizionali strumenti ermeneutici e sistematici del giurista, sia attraverso il prisma conoscitivo delle scienze sociali. La collana, aperta a lavori redatti anche in lingue straniere, è pubblicata su una piattaforma editoriale digitale *open access*.

The Roma TrE-Press Studies in Law and Social Sciences Series sets itself at the crossroads of research in Italian and European law, and of comparative and transnational legal studies. It publishes groundbreaking work on legal issues, on sources of law and on the interactions between law and society. This perspective is pursued not only by using traditional tools of legal scholarship, but also through the application of the “Law and...” methodology. The series publishes studies in Italian and foreign languages and is hosted on an open access digital platform.

Table of Contents

PRESENTATION	XI
--------------	----

RULE OF LAW

CRISTINA COSTANTINI, <i>Ontologia Dell'emergenza e politica della giurisdizione. crisi estetiche dell'ordine globale e fenomenologia nostalgica del corpo politico</i>	3
--	---

GIOVANNI D'ALESSANDRO, CRISTINA GAZZETTA, <i>Emergenza (sanitaria) e Stato di diritto. Alcune riflessioni in chiave comparata</i>	15
---	----

FRANCESCO DURANTI, <i>Separazione dei poteri e forma di governo nelle esperienze costituzionali nordiche</i>	33
--	----

CONSTITUTIONAL LAW AND FUNDAMENTAL RIGHTS

ANTONIA BARAGGIA, <i>Il ruolo delle istituzioni nazionali per i diritti umani in tempo di crisi</i>	47
---	----

CARLO GARBARINO, <i>Recenti evoluzioni delle politiche fiscali nazionali e sistema delle risorse proprie UE</i>	63
---	----

FEDERICO GIRELLI, FRANCESCO CIRILLO, <i>Bilanciamenti emergenziali e obblighi eccezionali. Libertà personale, privacy e libertà di salute nel corso della pandemia da Covid-19</i>	81
--	----

FRANCESCO BIAGI, <i>Estados de emergencia y crisis pandémica: algunas reflexiones sobre el papel de los Tribunales Constitucionales</i>	97
---	----

LETIZIA PALUMBO, ALESSANDRA PERA, <i>The COVID-19 Crisis, Human Rights and Unfair Models of Production: The Case of Migrant Workers in the Agri-food Sector in European Countries</i>	127
---	-----

GIUSEPPE ROSSI, <i>Keeping the Enemy at Bay: Emergency, Entropy, Time, and the Law</i>	163
--	-----

ANGIOLETTA SPERTI, <i>Institutional and public communication of constitutional courts in times of pandemic</i>	191
--	-----

PRIVATE LAW PERSPECTIVES

MARIASSUNTA IMBRENDA, <i>Debiti pecuniari e nuovi paradigmi tra crisi, emergenze, flessibilità</i>	211
--	-----

LEYSSEER LEON HILARIO, <i>Fortuna e fatalità della imitazione giuridica nei tempi del Coronavirus. I rimedi contrattuali italiani messi alla prova... in terre latinoamericane</i>	231
GIOVANNI SCIANCALEPORE, <i>Covid -19 e alterazione del sinallagma contrattuale: prospettive comparate</i>	247
ANDREY SHIRVINDT, <i>No Ordinary Remedies for Extraordinary Situations? Some Remarks on the Fate of the Hardship Provisions of the Russian Civil Code</i>	269
MARCO TORSSELLO, <i>International Emergencies in Transnational Commercial Law: Synchronicities and Mismatches between Domestic Courts and International Arbitral Tribunals</i>	289
ANTONIO LAS CASAS, <i>Mercati finanziari e transizione ecologica: il modello dei green bonds</i>	313
GIANLUCA SCARCHILLO, <i>Come le pandemie cambiano il diritto attraverso le lenti del comparatista</i>	333
LAURA VAGNI, <i>Forme testamentarie e libertà di testare: emergenza pandemica e transizione digitale</i>	351
NOAH VARDI, <i>Le politiche di accesso al credito nei contesti emergenziali</i>	369
COMMERCIAL AND COMPANY LAW	
SABRINA BRUNO, <i>International Corporate Law and the Emergency of Climate Change</i>	387
BARBARA DE DONNO, LIVIA VENTURA, <i>Verso un nuovo Statuto delle imprese "for benefit" del "Quarto settore" e il new normal post-covid</i>	401
FEDERICO PERNAZZA, DOMENICO BENINCASA, <i>Governance, Emergency Legislation and Insolvency of Enterprises in Times of Pandemic</i>	433
HEALTH CARE	
CLAUDIA MORGANA CASCIONE, <i>The treatment of the elderly in time of Covid-19: attempts at protection or a new form of ageism?</i>	473
DOMITILLA VANNI, <i>Vaccinazione anti COVID-19 e consenso del minore ultrasedicenne</i>	495

ADRIANA CIANCIO, <i>Shaping the Social Dimension of the EU: Lessons from the Pandemic Crisis</i>	519
MARGHERITA COLANGELO, <i>Il settore farmaceutico e la concorrenza ai tempi del Covid-19: brevi riflessioni sulla collaborazione tra imprese durante la pandemia</i>	539
AMALIA DIURNI, <i>Health Impact Assessment: comparison of models</i>	553

PRESENTATION

This volume collects the revised text of most of the papers presented – after a worldwide call-for-papers – at the 26th biennial Colloquium of the Italian Association for Comparative Law (AIDC) which was held, in presence, at Bologna University from October 21 to October 23, 2021.

The general topic – *Comparative Law in Times of Emergencies* – raises a multiplicity of questions which are the consequence of the troubling fact that the first two decades of this century have been starkly marked by all sorts of emergencies, frequent and repeated: terrorism, financial crisis, natural disasters, migrations, climate change, and lastly the Covid-19 pandemic.

As a consequence of globalization and global geo-politics the effects of these emergencies have increased, requiring interventions at different levels, including legal responses. At the same time this global approach is being frequently challenged by a more locally centered approach to economic and social issues.

The rapporteurs were asked to investigate the consequences of such emergencies on comparative law, the first being if one can speak of a “comparative law of emergencies” which takes into account and compares the various approaches of legal systems (including obviously that of international and regional institutions) to the novel and unexpected situations.

They were also put a list of tentative questions for which the reader of the volume will find some answers:

a) Is there a common notion of “emergency laws”? Or are the differences still significant?

b) In democratic countries can one register a significant shift in the constitutional apportionment of powers in order to react effectively to emergencies? Do these changes have a permanent effect on forms of State and of government, and on decentralization (in both directions)?

c) Is it possible to compare “emergency laws” in democratic countries and in countries under a very different constitutional and political regime (e.g. PRC, Russia)? Or at different levels of economic development? Or that have different cultural and religious dimensions?

d) Are fundamental rights the first “victims” of emergencies? Must one reconsider their catalogue and their resilience?

e) How do international and regional organizations deal with emergencies and can they be considered a “melting-pot” of comparative solutions?

f) To what extent have these emergencies limited private autonomy, especially in long term legal relations?

g) The courts and emergencies: what is a “precedent”?

h) Do emergencies bring to forefront new political and institutional actors (scientists, security experts, predictive analysts, etc.). How do they operate? What is their interaction with traditional powers?

i) Private actors in the governance of emergency situations: the role of international finance, “big-tech”, “big-pharma”, etc.

j) External constraints and circulation of models via emergencies

In the background lies a more general issue: if “emergencies” have become a structural feature of our globalized world, should lawyers (and comparative lawyers) – traditionally “path dependent” and used to normalize any occurrence – change their general approach, and get used to rather rapid and widespread modifications of the legal environment, passing from one “emergency” to another.

And, as we have witnessed with dismay, as soon as in Europe we had, with great difficulty, exited the sanitary emergency we have fallen in the dramatic Russian invasion of Ukraine, with a host of old and new problems.

We trust this volume – in open access as the proceedings of the previous two Colloquiums [*Ius Dicere in a Globalized World* [<https://romatpress.uniroma3.it/libro/ius-dicere-in-a-globalized-world-a-comparative-overview-vol-1/> and <https://romatpress.uniroma3.it/libro/ius-dicere-in-a-globalized-world-a-comparative-overview/>] and *Food Law. A Comparative Perspective* [<https://romatpress.uniroma3.it/libro/cibo-e-diritto-una-prospettiva-comparata-volume-1/> and <https://romatpress.uniroma3.it/libro/cibo-e-diritto-una-prospettiva-comparata-volume-2/>] – may contribute to a better understanding of the law in these troubled times.

At the same time, we wish to express our gratitude to Dr. Giorgio Giannone Codiglione (University of Salerno) and Dr. Leonardo Pierdominici (University of Bologna) who not only have edited this volume, but also were the operational organizers of the extremely successful Bologna Colloquium.

Susanna Mancini

Salvatore Sica

Vincenzo Zeno-Zencovich

RULE OF LAW

Cristina Costantini*

*Ontologia dell'emergenza e politica della giurisdizione.
Crisi estetiche dell'ordine globale e fenomenologia nostalgica
del corpo politico*

SOMMARIO: 1. Il palco della rappresentazione. Pandemia e proscenio metaforico – 2. Retrosцена giuspolitico. Tra emergenza ed eccezione – 3. Schermo di proscenio. Orientarsi verso il futuro – 3.1. Ontologia dell'implicato – 3.2 Morfologia malinconica del comune – 3.3 Estetica della mondializzazione.

1. *Il palco della rappresentazione. Pandemia e proscenio metaforico*

«La malattia è il lato notturno della vita, una cittadinanza più gravosa. Ogni nuovo nato detiene una duplice cittadinanza, nel regno dei sani e nel regno degli infermi. E per quanto preferiremmo tutti servirci soltanto del passaporto migliore, prima o poi ciascuno di noi è costretto, almeno per un certo tempo, a riconoscersi cittadino di quell'altro luogo»¹.

Con queste parole Susan Sontag introduce, in *Malattia come metafora*, il proprio itinerario intellettuale di decostruzione del processo di metaforizzazione cui sarebbe abitualmente soggiogata la rappresentazione della malattia.² Ad essere denunciate sono le fantasie punitive o sentimentali impiegate per descrivere figurativamente il passaggio da una comunità

* Professoressa associata di diritto privato comparato. Università di Perugia.

¹ S. SONTAG, *Malattia come metafora* (tr. P. Dileonardo), Nottetempo, Milano, 2020, p. 13.

² La produzione critica sul pensiero di Susan Sontag è copiosa. Di maggiore interesse, nel quadro degli argomenti in questa sede discussi, appaiono A. JURECIC, *Illness as Narrative*, University of Pittsburgh, Pittsburgh, 2012; S. SAYRES, *Susan Sontag. The Elegiac Modernist*, Routledge, New York, 1990; R. FRANKENBERG, *Sickness as Cultural Performance: Drama, Trajectory, and Pilgrimage Root Metaphors and the Making of Social Disease*, in *International Journal of Health Service*, 16(4), 1986, pp. 603-626; L. KENNEDY, *Precocious Archaeology: Susan Sontag and the Criticism of Culture*, in *Journal of American Studies*, 24(1), 1990, pp. 23-29; A. MCROBBIE, *The Modernist Style of Susan Sontag*, in *Feminist Review*, 38(1), 1991, pp. 1-19.

(quella dei sani) ad un'altra (quella dei malati). Pratiche sociali ed esperienze individuali risulterebbero, infatti, dipendere, in larga misura, dalla lotta combattuta per l'appropriazione retorica della malattia; forma e contenuti dei discorsi pubblici apparirebbero dominati da un'inflazione di similitudini e stereotipi, gabbie di sovrasenso in cui un dato biologico viene convertito in dispositivo di responsabilità morale³. Colpa e debito, nella loro reciproca torsione, tornerebbero a giustificare e a dislocare appartenenze ed esclusioni⁴.

Con un linguaggio scarnificato Susan Sontag ha inteso usurare il potere connotativo dei termini metaforici: ha desementizzato la malattia, dissociando la sua comprensione e la sua percezione dallo stigma di referenti nascosti.

Eppure, il ricorso ad un parlare figurato pare irrinunciabile al riaffacciarsi di nuove patologie. Non vi è nulla di neutrale in questo; anzi, dissimulato dalla promessa di una comunicazione più efficace e accessibile, è qui all'opera un potenziale strategico di direzione e conformazione dell'immaginario collettivo.

La proclamazione della pandemia ha riattivato l'impiego di una retorica di stampo bellico/militaresco, già ampiamente collaudata, basata sulla antropomorfizzazione del virus, nemico invisibile della nuova era; sulla definizione di prime linee e fronti comuni; sullo schieramento di armi e armate; sulla quantificazione quotidiana dei caduti⁵. Il corpo dei

³ Motivo di interesse intellettuale, ai fini della comprensione del potere escludente associato alla rappresentazione linguistico-narrativa della malattia, è la lettura congiunta di Susan Sontag, Virginia Woolf (V. WOOLF, *On Being Ill*, in TH. ELIOT, *The New Criterion*, 4(1), 1926, pp. 32-45) e Harriet Martineau (H. MARTINEAU, *Life in the Sick Room: Essays by Harriet Martineau*, William Crosby, Boston, 1845).

⁴ Per un'interpretazione critica ed interdisciplinare del nodo teorico che lega tra loro colpa e debito, istituendo un binomio plurisemantico, E. STIMILLI, *Il debito del vivente. Ascesi e capitalismo*, Quodlibet, Macerata, 2011; ID., *Debito e colpa*, Ediesse, Roma, 2015.

⁵ I contributi che hanno analizzato questa forma comunicativa sono numerosi. Tra i molti, F. PIAZZA, *Metafore di guerra e guerra alle metafore. Sull'uso del lessico militare per parlare della pandemia di Covid-19*, in *DNA – Di Nulla Academia*, 1(2), 2020, pp. 87-96; F. BONI, *Frammenti di un discorso virale. Le cornici del Covid*, in *Mediascapes Journal*, 15, 2020, pp. 3-12; V. GANNUSCIO, *Notizie dal fronte pandemico: metafore belliche nel public discourse*, in G. NOCERA, *Guerre, conflitti e crisi. Confinamenti e contaminazioni al fronte delle culture globali*, Agorà & Co., Sarzana, 2020, pp. 131-156; F. BATTISTELLI - M.G. GALANTINO, *Sociologia e politica del Coronavirus. Tra opinioni e paure*, Franco Angeli, Milano, 2020 (in particolare i primi due capitoli, pp. 15-63); F. MINI, *L'epidemia di metafore nasconde che la guerra al virus è lotta fratricida*, in *Limes*, 4, 2020, pp. 227-249; N. BOBBO - P. RIGONI, *La metafora della guerra nella pandemia da Sars-Covid-2: tra anomia e liberismo in una società che sta perdendo l'ultima occasione per arrabbiarsi*, in *Journal of Health Care Education in*

singoli e dei molti è divenuto un inedito campo di battaglia in cui l'agone biopolitico si è riqualificato in dramma psicopolitico⁶. Risucchiata in una vorticoso vertigine espressiva, la metafora ha ingabbiato non solo la patologia, ma anche la sua potenziale vittima attraverso quella altrettanto nota duplicazione – metaforica, appunto – che fa del corpo politico un meta-aggregato di corpi fisici. Il virus ha attaccato lo Stato (di diritto) – si è detto – , ha contaminato lo spirito della democrazia. Con impeto parossistico, la diffusione di contenuti, metaforicamente qualificati come virali, ha contribuito ad aumentare la tragicità dell'infezione.

2. *Retrosceca giuspolitico. Tra emergenza ed eccezione*

Occorre, allora, ancora una volta, fare dissezione, desamantizzare à la Sontag, per tornare archeologicamente a ciò che resta dopo aver smantellato l'eccezione barocca della rappresentazione.

Ciò appare ancor più significativo da un punto di vista giuridico-politico, nella misura in cui il sovraccarico semantico e figurativo ha interessato la qualificazione stessa dell'evento pandemico oltre che la determinazione dei suoi effetti sull'ordine costituito.

Non si è ancora interrotto (né pare interrompersi, come pure i contributi più recenti sembrano attestare) il dibattito che ha portato al centro dell'indagine la relazione tra stato di eccezione e stato di emergenza, per chiarire quale delle due alterazioni sia conseguita alla propagazione dell'infezione⁷. La riflessione ha, anzi, assunto un certo compiacimento

Practice, 3(2), 2021, pp. 81-90; L. DI PACE - R. PANNAIN, *Sovrapposizioni e confusioni lessicali nella comunicazione sul nuovo coronavirus. Il ruolo delle istituzioni*, in *RTH*, 2021, pp. 138-170. Nell'immediatezza del primo lockdown, il Dipartimento di Psicologia di Milano-Bicocca, in collaborazione con il Laboratorio di Linguaggio e Cognizione dell'Università di Genova, ha condotto uno studio applicato per verificare i potenziali effetti che l'uso del comunicare metaforico ha avuto o può avere sulla determinazione dell'agire dei singoli. In particolare si veda F. PANZERI - S. DI PAOLA - F. DOMANESCHI, *Does the COVID-19 war metaphor influence reasoning?*, in *PLoS One*, 16(4), 2021, pp. 1-20 (doi.org/10.1371/journal.pone.0250651).

⁶ Interprete della traduzione del paradigma biopolitico in progetto psicopolitico è il pensiero di Byung-Chul Han; BYUNG-CHUL HAN, *Psicopolitica*, Nottetempo, Roma, 2016.

⁷ I contributi sono plurimi ed abbracciano diverse prospettive disciplinari. Per queste ragioni essi non possono essere censiti integralmente in questa sede. Per quanto di maggiore interesse, M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del Covid-19*, in *Oss. costituz.*, 3, 2020, pp. 142-173; M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle*

teorico, potendo avvalersi degli argomenti già ampliamenti discussi da quando un altro tipo di crisi, quella terroristica, aveva riportato in auge temi apparentemente sopiti della dottrina pubblicistica, fino a produrre una svolta teologico-politica che ha conquistato anche i riottosi della prim'ora e ha nutrito la fortuna scientifica di molti⁸.

Nonostante l'esercizio compiuto per un ventennio, permangono ombre di ambiguità e segni di disaccordo sulla stessa comprensione ontologica od onto-politica dei due stati, prima ancora che sull'inquadramento in essi di concrete realtà storiche e fenomeniche. Ora se ne predica la totale alternatività perché gli attributi costitutivi sarebbero opposti (conservativa l'emergenza, in quanto volta al più rapido ripristino possibile della normalità; innovativa l'eccezione in quanto diretta all'infrazione della regola e all'imposizione di un nuovo ordine), ora si presenta come declamatorio l'uso stesso del termine emergenza, posto che, dal punto di vista operativo, a prodursi sarebbe pur sempre la sospensione della legge e delle garanzie costituzionali. L'analisi comparatistica ha offerto, come estrinsecazione specifica delle proprie metodologie, articolate tassonomie, assumendo come criterio ora la presenza o l'assenza di una regolazione positiva (costituzionale o legislativa) dei due stati, ora la graduazione quantitativa delle deroghe imposte ad una normale

fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità, in *Oss. costituz.*, 3, 2020, pp. 174-199; A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentali e stato di eccezione*, in *Forum di Quaderni costituz.*, 1, 2020, pp. 491-503; A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia da Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2021, pp. 1-81; I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *Rivista AIC*, 1, 2021, pp. 98-165; M. RAMAJOLI, *La gestione dell'emergenza pandemica tra Schmitt e Kelsen*, in *CERIDAP*, 2, 2021, pp. 98-108; F.S. MARINI - G. SCACCIA, *Emergenza Covid-19 e ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2020; V. ONIDA, *Costituzione e Coronavirus. La democrazia nel tempo dell'emergenza*, Piemme, Milano, 2020; G. AGAMBEN, *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, Quodlibet, Macerata, 2020. In ambito comparatistico, la IV sezione monografica del terzo numero della Rivista DPCE online, pubblicato nel 2020, è stato integralmente dedicato al tema, offrendo un inquadramento puntuale ed articolato (cfr. <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/issue/view/44>). Si veda anche E. CALZOLAIO - M. MECCARELLI - S. POLLASTRELLI, *Il diritto nella pandemia. Temi, problemi, domande*, EUM, Macerata, 2020.

⁸ Un dibattito serrato, in grande parte stimolato dalla diffusione (nella comunità internazionale) del pensiero di Giorgio Agamben; G. AGAMBEN, *Homo sacer*, Einaudi, Torino, 1995; ID., *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003. Per un'interessante riflessione sulla trasformazione o sulla riedizione dei concetti di emergenza e di eccezione nell'arco del ventennio che dal 2001 porta al 2021, C. SBAILÒ, *Dall'11 settembre all'emergenza Covid-19: sicurezza nell'età della bebelarchia (2001-2021)*, ESI, Napoli, 2021.

organizzazione costituzionale, così da scomporre la monolitica ed unitaria idea di stato di eccezione in almeno due determinazioni, l'una forte, l'altra intermedia⁹. Non manca una deriva metonimica che porta a dare, puramente e semplicemente, all'effetto (la produzione dello stato) la stessa denominazione usata genericamente per dire della causa (emergenza), producendo un indebito automatismo riduzionistico.

Nelle crepe di un dibattito pubblico, che, lungi dal comporsi, sempre più si divide e si consegna ad una nuova geografia delle fazioni, si annida un certo senso di sconforto, di disilluso distacco.

Eppure, nella stanchezza forzata in cui la pandemia ha ricondotto l'umanità intera, in quel salvifico indugio già individuato da Byung-Chul Han¹⁰ come impotenza curativa contro le derive parossistiche della frenesia performativa in cui ci ha fatto naufragare la società della prestazione, si potrebbe riaprire lo sguardo per incrociare il futuro con occhi limpidi, come viene suggerito dal 'parlare oltre' di quello 'scrittore necessario'¹¹ che è Peter Handke¹².

In ogni apocalisse, forse, vi è un germe di rivelazione che occorrerebbe responsabilmente assumere per riorientare il senso e la direzione della catastrofe.

3. Schermo di proscenio. Orientarsi verso il futuro

Nel ripensare la crisi inaugurata dalla pandemia, vorrei aprire la riflessione, orientandola lungo tre assi prospettici, che qualifico sinteticamente per mezzo di un dato di pensiero aggregante:

- il primo asse, qualificato in funzione di quella che definisco una ontologia dell'implicato;
- il secondo asse, qualificato in funzione di quella che definisco come

⁹ In questa prospettiva, E.A. IMPARATO, *Lo stato di eccezione e forme normative nell'ordinamento italiano tra stato di diritto e sindacato di legittimità*, in *Consulta online*, 2020, pp. 1-25 (https://www.giurcost.org/contents/giurcost//LIBERAMICORUM/imparato_scrittiCostanzo.pdf).

¹⁰ BYUNG-CHUL HAN, *Il profumo del tempo. L'arte di indugiare sulle cose*, Vita e pensiero, Milano, 2017; ID., *Sano intrattenimento. Una decostruzione della passione al cuore dell'Occidente*, Nottetempo, Milano, 2021.

¹¹ In questo senso si veda l'interessante saggio di Marco Ercolani; M. ERCOLANI, *Peter Handke: un impressionista sonnambulo*, in *Doppiozero*, 17.09.2020, <https://www.doppiozero.com/materiali/peter-handke-un-impressionista-sonnambulo>.

¹² P. HANDKE, *Saggio sulla stanchezza*, Garzanti, Milano, 1991.

- morfologia malinconica del comune;
- il terzo asse, qualificato in funzione di quella che definisco come estetica della mondializzazione.

3.1 *Ontologia dell'implicato*

In ordine al primo piano, mi pare che possa essere portata ad evidenza una relazione di corrispondenza che lega (nelle forme di risposta e resistenza) diritto e vita (tanto biologica, quanto comunitaria e politica) quand'essi impattano con forme specifiche di aggressione.

Lo scontro libera ciò che, dappriocipio, è, nel diritto così come nella vita, implicato.

L'emergenza apre ad una ontologia dell'implicato.

Da un lato, il diritto produce una escissione dalla propria morfologia costituita, che in termini squisitamente etimologici può qualificarsi come eccezione, come corpo (normativo) tratto fuori dall'ordinario¹³. Dall'altro, la vita espone la propria strutturale ed aporetica contaminazione con ciò che la contraddice.

L'implicazione è, perciò, contrastiva e basata su un incrocio antinomico.

Il paradigma immunitario, pensato da Roberto Esposito come sviluppo ed oltrepassamento dell'idea di biopolitica¹⁴ e declinato in prospettiva antropogenetica da Sloterdijk¹⁵, diviene centrale e si offre, in modo ineludibilmente concreto nel tempo attuale, come spiegazione del dinamismo implicato dalla sopravvivenza tanto dell'ordinamento giuridico, quanto della vita biologica e della comunità politica.

Nel contesto pandemico, lungi dal metaforizzare la malattia, una metafora, già storicamente impiegata per spiegare in chiave biologica ed organicista il dato politico, vive oggi de-metaforizzata. Immunità vale quale

¹³ Secondo la forma etimologica che qualifica l'eccezione come una presa fuori, da *ex-capere*. L'etimo è stato ridiscusso e posto a base dei propri argomenti da G. AGAMBEN, *Homo sacer*, op. cit. nt. 8 p., 22.

¹⁴ Sono in questa sede richiamate, in modo particolare, le tesi espone in R. ESPOSITO, *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Einaudi, Torino, 2002.

¹⁵ P. SLOTERDIJK, *Sfere*, Raffaello Cortina, Milano, 2014. Per un interessante contributo che ricostruisce criticamente le interrelazioni tematiche e concettuali tra il pensiero foucaultiano (che nella rottura epistemologica tra sovranità e biopolitica esibisce la consustanzialità tra potere e vita) e le filosofie francesi della differenza espresse da Derrida e Deleuze, P. LEMBO, *Tra beatitudine ed im-potere: note sull'avvenire del biopolitico (Deleuze vs Derrida)*, in *Veritas*, 63(2), 2018, pp. 473-492.

protezione indiretta¹⁶: essa pone il proprio destinatario in uno stato al contempo di negazione e conservazione, facendo scivolare i due poli nella loro indistinzione originaria, in cui l'uno è al contempo la verità e l'eccesso dell'altro.

Ciò che l'emergenza porta in superficie (fa emergere, appunto) è la figura spettrale, ombra e nutrimento di diritto e vita.

Vita biologica e diritto trattengono nel proprio orizzonte di senso la presenza perturbante del proprio opposto: come il prolungamento della vita si dà nel continuo assaggio della morte, così la tenuta del diritto si dà nel continuo assaggio della violenza. Morte e violenza permangono inglobate nell'apparato che vorrebbe reprimerle.

Al pari, vita collettiva e diritto si alimentano ontologicamente della potenzialità o della attualità di una *dispensatio* (per evocare il termine che già in Graziano qualificava l'eccezione¹⁷), che si traduce rispettivamente nello sgravamento dal peso di un obbligo (il *munus* della *communitas*)¹⁸, ovvero, alternativamente, nella sottrazione da un obbligo di osservanza o nella liberazione da una forma di monologismo normativo.

La struttura dello stato di eccezione – deimplicato dalle derive del decisionismo politico e rimesso alla sua qualificazione ontologica – riproduce la figura dialettica che definisce l'immunizzazione, quella di una inclusione escludente o di una esclusione mediante inclusione¹⁹.

¹⁶ Su questo impianto argomentativo si basano integralmente le tesi sviluppate in R. ESPOSITO, *Immunitas*, op. cit. n. 14, *Introduzione*. Qui si sottolinea come il primo elemento contraddistintivo del paradigma immunitario sta nel fatto che esso “si presenta non in termini di azione, bensì di *reazione* – più che di una forza propria, si tratta di un contraccolpo, di una controforza, che impedisce a un'altra forza di manifestarsi. Ciò significa che il meccanismo dell'immunità presuppone la presenza del male che deve contrastare”. Conseguentemente, “il male va contrastato – ma non tenendolo lontano dai propri confini. Al contrario includendolo all'interno di essi”, *ivi*.

¹⁷ Come rilevato da Giorgio Agamben; G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, p. 35.

¹⁸ In questo senso il meccanismo implicato dalla *dispensatio* diventa centrale, in Esposito, per qualificare il paradigma immunitario: “*Dispensatio* è precisamente ciò che sgrava dal *pensum* di un obbligo gravoso, così come l'esonero libera da quell'*onus* cui è dall'origine riconducibile la semantica del *munus* reciproco”; R. ESPOSITO, *Bios. Biopolitica e filosofia*, Einaudi, Torino, 2004, p. 47. In questa sede si chiarisce, infatti, come “ricondotta alla propria radice etimologica *l'immunitas* si rivela la forma negativa, o privativa, della *communitas*: se la *communitas* è quella relazione che, vincolando i suoi membri ad un impegno di donazione reciproca, ne mette a repentaglio l'identità individuale, *l'immunitas* è la condizione di discesa da tale obbligo e dunque di difesa nei confronti dei suoi effetti espropriativi”; R. ESPOSITO, *ivi*.

¹⁹ Si dà perfetta coincidenza tra la struttura che Giorgio Agamben predica all'eccezione e

La pandemia – come emergenza biologica collettiva – ha portato in superficie una legatura sottocutanea, su cui si struttura il derma della microfisica bio-giuridica: la persistenza del negativo (ontologico) nella forma del proprio contenimento.

Se è vero che la salvezza immunitaria è radicata su una ferita insanabile, perché è la ferita stessa a configurarsi come dispositivo ontologico della sopravvivenza, d'altra parte pare opportuno arginare il rischio di ogni forma di ipertrofia immunitaria, nella misura in cui quest'ultima verrebbe a sciogliere l'implicazione, risolvendola nella soppressione di uno dei due poli che la costituiscono. Come noto, occorre dosare la posologia del *pharmakon* perché esso non si trasformi in veleno²⁰.

Ed è su questo piano che le considerazioni d'ordine ontologico si correlano ad inevitabili valutazioni di prassi politica.

Fattualmente l'apertura di uno stato di emergenza è stata giustificata dalla desincronizzazione delle temporalità che ordinariamente scandiscono le dinamiche del processo democratico. L'eterocronia dichiaratamente insuperabile del potere legislativo rispetto alla velocità di azione del potere esecutivo ha portato quest'ultimo a definire gli indirizzi di una economia governamentale attraverso una iperproduzione regolativa²¹, che, come noto, è venuta ad impattare su diritti a copertura costituzionale, prospettandone una possibile gerarchizzazione sostanziale. In questa direzione, la fantasia della storia si è confrontata con la potenza creativa dell'ermeneusi giuridica. L'idea stessa di salute ne è uscita riparametrata e nuovamente ricondotta alla primaria determinazione fisica (come assenza da patologia) dopo che ogni sforzo era stato compiuto per offrire riconoscimento e tutela ad una assai più ampia condizione di benessere che lega il corpo alla psiche in un articolato disegno esistenziale²². La struttura bicefala che qualifica il bene

quella che Roberto Esposito individua come costitutiva dell'immunizzazione; G. AGAMBEN, *Homo sacer*, nt. 8, p. 26 ss.; R. ESPOSITO, *Immunitas, Introduzione*.

²⁰ Per una discussione classica, U. CURI, *Introduzione. Imparare a morire*, in U. CURI - C. ZUCCARO, *Il volto della Gorgone: la morte e i suoi significati*, Mondadori, Milano, 2001, p. 55; J. DERRIDA, *La farmacia di Platone*, Jaca Book, Milano, 2007 (seconda ed.), p. 86 ss.. Per una discussione giuridica, E. RESTA, *Le regole della fiducia*, Laterza, Bari, 2014; ID., *Il diritto fraterno*, Laterza, Bari, 2002, p. 97 ss.

²¹ Per una analisi critica dell'intensificazione del diritto che contraddistinguerebbe l'emergenza e per una definizione stessa dell'emergenza come luogo di emersione del diritto iperbolico, E. SCODITTI, *Il diritto iperbolico dello stato di emergenza*, in *Questione Giustizia*, 2020, pp. 31-36.

²² Secondo la definizione offerta dall'Organizzazione Mondiale della Salute, la salute deve intendersi come «not merely the absence of disease or infirmity», ma anche come «a state of complete physical, mental and social well-being». Per una ricognizione sulla evoluzione

salute giuridificato, la sua bipolare ontologia come diritto individuale e interesse collettivo hanno fatto riemergere questioni e discussioni apparentemente sopite. C'è da chiedersi se in certe intonazioni del dibattito di questi tempi non si possa ritrovare traccia degli argomenti che in passato sono stati utilizzati per bollare la natura tirannica dei valori²³, ossia la loro effettiva propensione al valere, dissimulata da una declamatoria pretesa all'essere. Al netto di ogni deriva riduzionistica o estremista, un'utile logica di contenimento del dispositivo immunitario, per evitarne una torsione sacrificale, può forse essere offerta dalla presa di distanza da una 'tirannia dell'urgenza' che, lungi dall'implementare il dettato costituzionale, se ne servirebbe per legittimare una protrazione (anche se non permanente) indebita dello stato di emergenza. Nelle more, in questo regime sospensivo di certezze più che di norme, si è invocato il ruolo della giurisdizione, riscoperta nella portata dirompente della propria valenza etimologica, come istanza deputata alla pronuncia del diritto, al dire quale sia il diritto applicabile. In certa misura, l'invocata possibilità di un controllo successivo esercitabile sulla decisione emergenziale per il medio di una interpretazione correttiva, vale a ridislocare il momento politico, sopperendo alla carenza democratica con un eccesso di politicizzazione della giurisdizione.

3.2 *Morfologia malinconica del comune*

Il secondo piano della mia riflessione porta a riscoprire quella che vorrei definire come morfologia malinconica del comune. Nel tempo della pandemia la ritrazione del nostro vivere dalla dimensione pubblica ha certamente suscitato un sentimento nostalgico variamente declinato come mancanza di socialità, di convivialità, di contatto che non sia per ciò stesso contagio. Si è sperimentato anche – e così è stato rappresentato come conseguenza diretta degli argomenti critici di cui sopra si è detto – un senso di rimpianto per la plasticità di quel corpo politico che è parso decomporsi, smembrarsi nelle singole individualità un tempo coese nell'unitarietà della sua forma.

del concetto di salute, V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C.M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, I, Giuffrè, Milano, 2011, p. 579; N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione della persona umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità di posizioni*, Giuffrè, Milano, 1995; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002.

²³ C. SCHMITT, *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, Adelphi, Milano 2008.

Eppure, vi è qualcosa di più, oserei dire di abissale, che il ripensamento dell'essere comunitario provocato dalla sua crisi (l'isolamento) può aiutarci a far risalire in superficie.

È quanto si nega ogniqualvolta si voglia fare della comunità ora un soggetto di azione, ora un oggetto di disciplina. È, precisamente, l'ontologia stessa della comunità, che si dà – come puntualmente Roberto Esposito ha argomentato²⁴ – non come ente, bensì, all'opposto, come negazione dell'ente, ossia come pura relazione (il “tra” diverse individualità), e perciò, in quanto tale, è destinata a situarsi nello scarto storico che dissocia il proprio essere dal proprio esserci, la propria essenza dalla propria esistenza. In questa frattura originaria, per cui la comunità può istituirsi solo nella forma difettiva e paradossale della propria assenza, della propria mancanza, si radica la malinconia quale suo formante costitutivo.

Nel recuperare – oltre l'isolamento – coscienza dell'inappartenenza, dell'inappropriabile come qualificazioni essenziali del comune, occorre saper conservare la consapevolezza dell'irriducibilità del limite frapposto tra la comunità nel suo *inter-esse* e la comunità come coincidente con il suo tutto (soggettivizzato o oggettificato). Per ricostituire il Politico nello spazio del comune, occorre lasciare la comunità alla propria malinconia, senza immunizzarla, posto che, in tal caso, la sua guarigione equivarrebbe alla sua soppressione.

3.3 *Estetica della mondializzazione*

Il terzo piano è occupato da quella che qualifico come estetica della mondializzazione.

La dichiarazione di pandemia, associata alle misure di contenimento conseguentemente assunte a livello nazionale e transnazionale, ha inevitabilmente alterato fisionomia e logiche dell'ordine globale.

I confini sono stati reintrodotti; gli spazi sono stati risegmentati in funzione anti-contagio; si è sperimentata una nuova geografia a conformazione variabile. Il limite ha fatto la sua riapparizione sul palco della storia, non solo nella variante materiale, fisica, ma anche nella propria consistenza destinale, venendo progressivamente ad emersione le falle di un disegno progettuale che s'era proposto di colonizzare l'intera umanità.

A crisi aperta, il paradigma della globalizzazione è stato sottoposto,

²⁴ Le riflessioni si basano sugli argomenti sviluppati in R. ESPOSITO, *Communitas. Origine e destino della comunità*, Einaudi, Torino, 2006; Id., *Termini della politica. Comunità, immunità, biopolitica*, Mimesis, Milano, 2018.

più che a una riqualificazione interna, ad una sorta di torsione estetica e fenomenologica, espressa attraverso la sostituzione dell'idea di 'mondo' all'idea di 'globale'. Prima la potenzialità, poi l'attualità di un contagio universale hanno riqualificato il dispositivo aggregante attraverso il quale poter fare delle storie dei molti la storia dell'Uno (del pianeta, dell'umanità), facendolo deviare da una matrice economico-strategica verso una sorgente biologica, naturale.

Si è, così, recuperato un termine che a sua volta contiene un'implicazione potente. Mondo – come dice l'etimo – è quanto risulta dall'atto del mondare, del pulire, del purificare, financo del redimere. Più o meno consapevolmente, dietro il manto di una democratica, in quanto cosmica reinterpretazione delle nostre esistenze, ci siamo affacciati sul prospetto frontale di un ecosistema igienizzato, disinfettato, depurato. Occorre, forse, evitare certe derive che nell'immaginario o nella prassi possono configurare il nostro nuovo abitare in questo mondo. Mi riferisco alle condizioni di accesso e di permanenza in questa realtà depurata che, per senso di responsabilità storica, dovrebbero essere amministrare in modo da non diventare di per sé discriminatoriamente selettive ed escludenti.

L'idea stessa di cittadinanza è in questione: ne andrebbe arginata una automatica medicalizzazione. D'altra parte, prima di diventare cittadini di un mondo nuovo, siamo stati già resi cittadini nel e del perimetro misurato della nostra casa²⁵, tanto da fare impallidire l'oscura fascinazione esotica delle *gated communities*. Il lockdown, come inevitabile misura securitaria, ha inaugurato una sorta di biopolitica della domesticità. La soglia di casa è divenuta realmente (e non solo metaforicamente) la zona di passaggio e di indistinzione tra fuori e dentro, pubblico e privato, sé e altro da sé. La casa è divenuta territorio. Presa nel vortice di una accelerazione storica inattesa, si è pienamente realizzata l'affermazione che ancora Marc Augé aveva mantenuto anni fa in limine al simbolico, per cui Hermes, il dio del limite, dei crocevia, dei mercanti e dell'incontro, ha preso il posto di Hestia, la dea del focolare domestico²⁶. L'*oikos* ha addomesticato la *polis* e la *polis* ha politicizzato l'*oikos*²⁷.

Il giro di vite digitale²⁸ che abbiamo sperimentato e che ha reso possibile

²⁵ È certamente di significativo rilievo, per interrogare la qualificazione dello spazio domestico, il recente saggio filosofico di Emanuele Coccia; E. COCCIA, *Filosofia della casa. Lo spazio domestico e la felicità*, Einaudi, Torino, 2021.

²⁶ M. AUGÉ, *Per una antropologia della mobilità*, Jaca Book, Milano, 2007, p. 78.

²⁷ Il pensiero non può rinviare, per contrasto, alle logiche di separazione tra *oikos* e *polis*, tra spazio privato e pubblico magistralmente delineate da Hannah Arendt; H. ARENDT, *Vita attiva. La condizione umana* (tr. di S. Finzi), Bompiani, Milano, 2017.

²⁸ L'espressione è al contempo una citazione e una ripresa iconica dei sensi custoditi in H.

questa traduzione della casa in mondo, da un lato ci ha portati a tessere un romanzo collettivo a cielo aperto, una forma inedita di letteratura estesa, in cui abbiamo rivestito contemporaneamente il ruolo di autori, protagonisti e spettatori²⁹; dall'altro, come già il racconto di Henry James, ci ha fatto vivere quotidianamente alla presenza di qualcos'altro, dello spettro disturbante di chi a tale 'realizzazione' del virtuale non ha potuto offrire il proprio contributo.

Pare difficile pensare un *Heimat* postpandemico, una patria in cui stare, senza riqualificare una nuova concettualità, una nuova metafisica all'insegna dell'inter-medio, dell'*inter-esse*.

ABSTRACT

The purpose of the essay is to provoke discussion about three thematic poles: the ontology of emergency and exception (with reference both to life and to law); the re-interpretation of the idea of community (morphologically framed by a relationship of inter-being, therefore consigned to a differential swerve between its Being and its concrete existence in world and time); the conceptual and ideological replacement of the notion of 'global' with the idea of 'world' in order to suggest a new aesthetics of worldwide integration.

JAMES, *The Turn of the Screw*, in ID., *The Two Magics*, Heinemann, London, 1898; ID., *Giro di vite*, Einaudi, Torino, 2014.

²⁹ Secondo quanto puntualmente evocato in E. COCCIA, *Filosofia della casa*, op. cit., nt. 25, p. 84.

Cristina Gazzetta e Giovanni D'Alessandro*

*Emergenza (sanitaria) e Stato di diritto.
Alcune riflessioni in chiave comparata¹*

SOMMARIO: 1. Premessa: Stato di eccezione e diritti fondamentali – 2. Costituzioni (democratiche) e anormalità istituzionale: la gestione dell'emergenza – 3. Normativa dell'emergenza (sanitaria) e diritti fondamentali: alcune considerazioni – 4. Un caso di studio: l'ordinamento italiano – 5. In conclusione.

1. *Premessa: Stato di eccezione e diritti fondamentali*

La politica di restrizione dei diritti fondamentali attuata all'interno degli ordinamenti (democratici) a seguito della dichiarazione di pandemia da COVID 19 non sembra essere fenomeno nuovo: se infatti intendiamo con stato di eccezione una sospensione dell'ordine costituzionale vigente o di una parte significativa di esso, effettuata dall'autorità statale che invero in situazioni di normalità dovrebbe essere garante del principio della legalità e del suo rispetto², allora certamente può affermarsi che la rottura della tutela costituzionale dei diritti e delle libertà in nome della sicurezza³ si è verificata,

* Cristina Gazzetta è ricercatrice in Diritto pubblico comparato e Giovanni D'Alessandro è professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico, entrambi nell'Università degli Studi Niccolò Cusano-Roma.

¹ Sebbene il contributo sia il frutto di una comune riflessione dei due Autori la Premessa, i paragrafi 1, 2 e 4 sono da attribuirsi a Cristina Gazzetta e il paragrafo 3 a Giovanni D'Alessandro.

² G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Bollati e Boringhieri, Torino, 2003, in particolare, l'Autore spinge oltre la sua riflessione, affermando che la «creazione volontaria di uno stato di emergenza permanente (...) è divenuta una delle pratiche essenziali degli Stati contemporanei, anche di quelli cosiddetti democratici» (p. 11); «lo stato di eccezione si presenta sempre più come una tecnica di governo e non come una misura eccezionale» (p. 16); «il tratto caratterizzante dello stato d'eccezione è l'abolizione della distinzione tra legislativo, esecutivo, giudiziario» (p. 17).

³ E' stato osservato che occorre prestare grande attenzione quando ci si chiede cosa si intenda per sicurezza se questa inevitabilmente sia posta in relazione alla libertà: i termini di questo binomio risulteranno in evidente contraddizione tra di loro se li si consideri valori oggettivi, ma «se li si materializza in prassi di governo, sarebbe già tranquillizzante

potremmo dire, ovunque e in ogni tempo. Possono infatti ricordarsi, ad esempio di rottura delle garanzie costituzionali, particolari accadimenti della storia costituzionale europea che hanno senza dubbio costituito una reale minaccia all'ordine costituito, con la conseguente reazione degli Stati interessati al fine di proteggere la sicurezza collettiva: la crisi del 1830, i moti del 1848, la Comune di Parigi, i tumulti della fine del XX secolo, la prima guerra mondiale, la rivoluzione bolscevica o l'avvento del fascismo e, ai nostri giorni, il fenomeno del terrorismo internazionale quale minaccia immanente della rottura dell'ordine costituito, con la conseguenza di crisi costituzionali che, nella reazione degli Stati (democratici), troveranno la loro soluzione attraverso la rottura della legalità (intesa come sospensione dei diritti e delle libertà costituzionalmente garantiti).

Appare interessante rilevare che generalmente si parla in maniera non distinta di diritto di necessità, stato di eccezione o emergenza in riferimento ad ipotesi di disordine o di pericolo, nelle quali i pubblici poteri saranno chiamati ad agire in ricorso a poteri straordinari per la tutela e la garanzia di interessi superiori collettivi, ammettendo dunque la possibilità di lesione, da parte di essi, delle regole fondamentali costituzionalmente garantite e che sono a fondamento della vita collettiva. In tal senso, la situazione di emergenza sembra presentarsi strettamente legata alla necessità del suo superamento secondo il fine ultimo del ripristino della situazione *ex ante*, la quale, a sua volta, coinciderà con il mantenimento dell'ordinamento giuridico interessato⁴.

Una ulteriore riflessione deve essere fatta: se può darsi per certo il momento del suo inizio, altrettanto non potrà dirsi del momento della sua fine e, al tempo stesso non potrà prevedersi quale sviluppo avranno gli stessi eventi che la caratterizzeranno; e proprio l'imponderabilità della minaccia all'ordinamento, tipica della situazione di emergenza, legata del resto anche alla difficoltà degli ordinamenti democratici a riconoscere l'esistenza di situazioni che necessitano di una sospensione delle garanzie costituzionali⁵,

poter credere che un certo grado – non sempre particolarmente elevato – di sicurezza può conciliarsi con un certo standard – non sempre particolarmente elevato – di libertà»; cfr. A. DI GIOVINE, *La protezione della democrazia fra libertà e sicurezza*, in A. DI GIOVINE (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 7).

⁴ A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2004, in particolare p. 3; qui l'Autrice afferma che ammettendo l'esistenza di una reale situazione di emergenza, questa «presenta comunque un dilemma, un vero e proprio paradosso secondo il quale si ammette la violazione della costituzione proprio allo scopo di preservarne l'esistenza e la stabilità».

⁵ Si è in presenza di sospensione della costituzione quando l'intera carta costituzionale o determinate disposizioni costituzionali, che in genere interessano la ripartizione dei poteri

ha avuto come conseguenza l'utilizzo di strumenti normativi di normalità, dinanzi ad una situazione invece straordinaria, al posto di regimi derogatori (la deroga è un istituto a carattere generale che pur mantenendo integra la costituzione, permette che una o più disposizioni della carta costituzionale non trovino applicazione in maniera temporanea o definitiva, sottraendo dunque determinate disposizioni al regime costituente ordinario e rinviando invece ad una normativa *ad hoc*⁶, a dimostrazione di una tendenza alla normalizzazione dell'emergenza, con la conseguente difficoltà di distinguere la regola dall'eccezione nel funzionamento di un ordinamento giuridico.

Una definizione univoca e formale della nozione di emergenza appare di non facile soluzione poiché la difficoltà di prevedere la misura dell'eccezionalità delle sue circostanze, che giustificheranno i poteri derogatori adottati e le misure necessarie a porre fine alla crisi, è certamente dato ineliminabile; se però si terranno presenti tutti quegli elementi che insieme costituiscono ogni stato di emergenza si potrà, da un punto di vista giuridico, ottenere una definizione dell'emergenza che risulterà essere funzionale e strettamente legata all'attualità storica che fa da sfondo alla rottura dell'equilibrio tra ordine costituzionalmente garantito e accadimenti eccezionali⁷.

Il problema che si pone agli occhi dello studioso del diritto costituzionale sarà allora cercare di comprendere se, in base alla «teoria della necessità come fonte suprema dell'ordinamento», l'eccezione, che segue alla dichiarazione dello stato di emergenza, sia, da un punto di vista temporale, circoscritta o piuttosto risulti inglobata nella regola senza che sia previsto il suo momento conclusivo. Pertanto, al fine di garantire lo stato di diritto nei casi di emergenza terroristica, appare interessante la riflessione (tra gli altri) di Bruce Ackerman, il quale, ammettendo che il succedersi di più attentati terroristici provochi panico tra la popolazione e la conseguente sfiducia di questa nei confronti delle istituzioni statali nell'affrontare l'emergenza e nel garantire la sopravvivenza della democrazia e la sicurezza collettiva, propone una «Costituzione per l'emergenza che permetta di adottare misure operative efficaci per prevenire un secondo attentato

tra i vari organi o le garanzie delle libertà fondamentali sono provvisoriamente sospese per affrontare situazioni di crisi interna o internazionale; cfr. G. MORBIDELLI, *Costituzione e costituzionalismo*, in G. MORBIDELLI - L. PEGORARO - A. REPOSO - M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 117-120.

⁶ Cfr. G. MORBIDELLI, *ibidem*, p. 116.

⁷ Lo stato di emergenza si configurerà allora composto da elementi costitutivi sempre riconoscibili, a prescindere dai fatti che lo hanno generato: circostanze straordinarie, deroga alle regole del diritto e riferimento ad un fine da perseguire (quest'ultimo riconoscibile quale interesse superiore). Cfr. A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto fra libertà e sicurezza*, cit., in particolare pp. 8-17.

nel breve termine ma che, con fermezza, stabilisca un limite alla loro durata», cosicché le necessarie limitazioni ai diritti fondamentali siano circoscritte nel tempo e non durature, secondo la clausola costituzionale d'emergenza⁸. Ma l'introduzione della clausola di emergenza potrebbe portare con sé, quale fattore di rischio, l'aumento «della frequenza con la quale le autorità utilizzano poteri di emergenza» senza che invece sussistano le condizioni previste. E lo stesso Ackerman, al fine di evitare che si verifichi un abuso del ricorso alla decretazione d'urgenza da parte del potere esecutivo e che comporti a sua volta una alterazione del rapporto tra questo e il potere legislativo, con conseguente probabile stravolgimento della forma di governo vigente, propone un «sistema di maggioranze qualificate crescenti», cosicché la clausola di emergenza dovrà prevedere maggioranze progressivamente più alte per decisioni che riguardino il prolungamento dello stato di emergenza. Al riguardo, appare interessante ricordare che secondo Giuseppe De Vergottini «più è seria e meditata la volontà di proteggere i valori caratterizzanti la Costituzione, più attenta dovrebbe rilevarsi la preoccupazione di predisposizione preventiva di rimedi comportanti, ove ritenuto indispensabile, deroghe alla normalità assistite da idonee forme di controllo parlamentare e giurisdizionale»⁹.

2. Costituzioni (democratiche) e anormalità istituzionale: la gestione dell'emergenza

Nel focalizzare l'attenzione sugli ordinamenti occidentali di tradizione liberale, sembra opportuno iniziare l'indagine richiamando i diversi approcci costituzionali delineati per affrontare eventuali circostanze di emergenza. In quest'ottica e in chiave comparata, si possono individuare almeno due macro-modelli di gestione delle situazioni di pericolo e della conseguente anormalità istituzionale.

Al primo modello, che è può delinarsi come un non modello, vanno ricondotte tutte quelle Costituzioni che, secondo la tradizione liberale ottocentesca, non contengono un'esplicita disciplina del governo

⁸ B. ACKERMAN, *La Costituzione di emergenza, Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, cit., p. 24; l'Autore afferma che «il Governo deve poter utilizzare poteri detentivi straordinari», nel contesto di uno «stato temporaneo di emergenza»

⁹ G. DE VERGOTTINI, *Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, in L. FORNI - T. VETTOR, *Sicurezza e libertà in tempi di terrorismo globale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 43.

dell'emergenza e delle quali un significativo esempio può riscontrarsi nella Costituzione italiana, in cui, accanto all'art. 78, che disciplina sinteticamente l'emergenza bellica, non si rinviene alcuna regolazione sistematica ed articolata delle emergenze altre, siano esse di natura politica (come, ad esempio, gli attentati terroristici) o invece di natura neutra (si pensi alle calamità naturali o alle crisi sanitarie, come quella attualmente in corso, o ancora alle crisi economico-finanziarie). Benché silente, il testo fondamentale italiano non è però muto, giacché la decretazione di urgenza, prevista dall'art. 77 Cost., consente al Governo, inteso nella sua compagine collegiale, di adottare, in circostanze straordinarie di necessità e di urgenza, provvedimenti provvisori aventi la stessa forza della legge. Nella gestione dell'epidemia Covid-19 (evolutasi in pandemia), dopo la deliberazione dello stato d'emergenza *ex d.lgs. 1/2018*, il Consiglio dei Ministri ha, in effetti, adottato una serie di decreti legge, che, hanno rinviato a ulteriori decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al fine di attuare le restrizioni delle libertà personali necessarie a contenere la diffusione del contagio.

Nel secondo macro-modello possono ricomprendersi le Costituzioni che disciplinano esplicitamente le situazioni di emergenza. Più specificatamente, si devono distinguere almeno due sotto-modelli. Il primo, a clausola generale, si caratterizza per un *drafting* costituzionale piuttosto vago e, dunque, aperto all'interpretazione dell'autorità chiamata a gestire l'emergenza. A riguardo pare utile il richiamo alla Costituzione francese del 1958, il cui art. 16¹⁰ regola l'emergenza in termini elastici, senza presupposti espliciti che possano legittimare l'attivazione dello stato di emergenza: infatti, nel rimandare alle misure «richieste dalle circostanze», i poteri che possono essere esercitati in regime d'eccezione non sono chiaramente delineati. Con la conseguenza che al Presidente della Repubblica, in qualità di organo chiamato a decidere durante lo stato di emergenza, seppur egli agisca nel suo ruolo di garante della continuità istituzionale, è riconosciuta un'ampia discrezionalità nella gestione della crisi. Nonostante tale ampio margine interpretativo

¹⁰ Secondo tale articolo (*comma 1*) «Quando le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione, l'integrità del territorio o l'esecuzione degli impegni internazionali sono minacciati in maniera grave ed immediata e il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto, il Presidente della Repubblica adotta le misure richieste dalle circostanze dopo aver ufficialmente consultato il Primo ministro, i Presidenti delle assemblee ed il Presidente del Consiglio costituzionale», ricordando l'art. 48 della Costituzione di Weimar (*comma 2*), secondo il quale «Il Presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli articoli 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153».

e probabilmente in considerazione del fatto che il regime in parola pare configurato per contrastare la destabilizzazione di carattere politico, l'art. 16 non ha trovato applicazione nella gestione dell'emergenza generata dal Covid-19. Né si è fatto ricorso alla *loi n° 55-385 du 3 avril 1955*, che pure permette la dichiarazione dell'*état d'urgence*, qualora pericoli imminenti possano portare a gravi violazioni dell'ordine pubblico. Al contrario, l'ordinamento francese si è mosso secondo una linea diversa ed invero inedita, giacché, dopo una prima fase in cui le misure di contenimento si erano basate *sul Code de la Santé Publique*, ha scelto di adottare una legge *ad hoc*, introdotta al preciso scopo di gestire l'emergenza Covid-19, seppur essa appaia destinata a sopravvivere all'attuale crisi, al fine di mantenere una disciplina per le eventuali future emergenze sanitarie.

Nell'ambito dello stesso macro-modello, a cui vanno ricondotti gli ordinamenti costituzionali che regolano, in termini espliciti, l'emergenza, si può individuare un secondo sotto-modello, c.d. razionalizzato, che si contrappone a quello *à la française*. In particolare, la razionalizzazione che connota il dato costituzionale si presenta in almeno due varianti: quella a livelli paralleli, in cui i diversi regimi di eccezione sono riferiti a differenti fonti di pericolo, non necessariamente in relazione tra di loro, e quella ad intensità crescente, in cui i vari regimi di eccezione sono invece pensati per affrontare stadi progressivi di una medesima situazione di pericolo. Emblematico esempio di questa seconda variante è offerto dalla Costituzione tedesca¹¹, che declina specifici stati emergenziali, in relazione a minacce tanto esterne (si pensi allo stato di tensione, alla clausola di alleanza e allo stato di difesa, che viene assimilato allo stato di guerra), quanto di ordine interno e di natura tecnica, cioè politicamente neutra, come ad esempio le calamità naturali. Le emergenze sanitarie sono invece disciplinate da un'apposita legge federale, che, nel mantenere ferme le competenze dei *Länder*, e il loro reciproco coordinamento, impone un controllo da parte delle autorità federali; proprio questa legge è stata utilizzata per affrontare l'emergenza Covid-19¹².

¹¹ Così come novellata nel 1968, al Governo è consentito, in circostanze del tutto particolari, assumere su di sé la direzione materiale, comunque temporalmente delimitata, del procedimento legislativo, attraverso istituti che alterano il normale corso dell'attività legislativa ordinaria. Si tratta dei casi di ricorso alla dichiarazione dello stato di tensione o di difesa, o allo stato di emergenza legislativa; cfr. R. TARCHI - A. GATTI, *Il potere normativo del governo federale nell'ordinamento costituzionale della Germania*, in Osservatorio sulle fonti, it, fascicolo 3/2018, in particolare p.18.

¹² Occorre tuttavia sottolineare che l'attuale crisi sanitaria ha avuto quale conseguenza una parziale modifica della normativa in parola, rafforzando le prerogative delle competenti autorità federali; cfr. A. GATTI, *L'emergenza COVID-19 in Germania e Austria: un bilancio*

L'altra variante del modello razionalizzato, quella a livelli paralleli, trova un significativo esempio nell'esperienza spagnola. L'art. 116 Cost. elenca tre stati emergenziali: lo stato di allarme (*alarma*), lo stato di eccezione (*excepción*) e lo stato di assedio (*sitio*), dotati ciascuno di una propria autonomia di origine e non invece non delineati per affrontare un pericolo crescente che derivi da uno stesso pericolo¹³. Circa la descrizione dei fatti presupposti all'attivazione dei regimi di emergenza, va precisato che il dato costituzionale, relativo alla gestione procedurale dell'emergenza, rimanda (risultandone integrato) alla *ley organica 4/198134*, la quale prevede espressamente l'epidemia tra i casi che legittimano l'attivazione de l'*estado de alarma*. Pertanto, il 14 marzo 2021, il Governo spagnolo ha dichiarato l'*estado de alarma*, la cui estensione è poi stata, più volte, sottoposta (e sempre con successo) al voto del Congresso dei deputati¹⁴.

Un cenno seppur breve, va fatto, al modello ambiguo statunitense. Negli USA la Costituzione del 1787 non disciplina in modo compiuto l'attivazione e la gestione dell'emergenza, né politica né tecnica. L'art. 1, par. 9, cl. 2, Cost. dispone la sospensione dell'*habeas corpus* in caso di grave pericolo, senza fissarne alcuna proceduralizzazione. Tuttavia, stando alle teorie di Hamilton, la richiamata disposizione costituzionale, letta in combinato disposto con la c.d. *Commander in Chief Clause*, legittima il ricorso, da parte del Presidente, ai c.d. *inherent powers*¹⁵, con la conseguenza che quest'ultimo sarebbe autorizzato, in momenti di grave pericolo per la Nazione, ad emanare *emergency orders*¹⁶ e, quindi, ad agire come

comparato, in R. TARCHI (a cura di), *L'emergenza sanitaria da COVID-19: una prospettiva di diritto comparato*, Quaderno monografico abbinato al fascicolo 2020/2 della Rivista «Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale» Atti del Seminario del Dottorato in Scienze giuridiche, curriculum in Teoria dei diritti fondamentali, Giustizia costituzionale, Comparazione giuridica – 8 maggio 2020 – Università di Pisa, p. 51 ss.

¹³ Sembrerebbe piuttosto la disciplina costituzionalmente fissata ad evidenziare una differenza di spessore politico tra i diversi regimi, parallelamente e simmetricamente riflessa dall'articolazione decisionale-procedurale che precede l'attivazione dei singoli stati di eccezione; cfr. F. SPAGNOLI, *L'emergenza COVID-19 in Spagna e negli Stati Uniti: un bilancio comparato*, in R. TARCHI (a cura di), *L'emergenza sanitaria da COVID-19: una prospettiva di diritto comparato*, cit. p. 22 ss.

¹⁴ Paradossalmente, parte della dottrina spagnola ha pesantemente criticato la scelta del Governo di applicare lo stato di allarme sottolineando che la sospensione, anziché la mera limitazione, dell'esercizio di molte libertà personali non rientra tra le conseguenze previste dal regime in parola, ma implicherebbe il ricorso allo stato di *excepción*, che però non prevede tra i presupposti di fatto l'emergenza sanitaria, quanto invece stati di crisi politica piuttosto che neutra.

¹⁵ Cfr. F. SPAGNOLI, cit.

¹⁶ *Ibidem*.

decisore politico nel frangente dell'emergenza. Una diversa interpretazione ricondurrebbe gli *emergency powers* alla c.d. *stewardship theory*¹⁷, elaborata da Roosevelt, secondo cui il Presidente, in quanto supremo servitore degli interessi del popolo, potrebbe adottare, nell'interesse della Federazione, qualsiasi atto ritenuto necessario, con il solo limite di un esplicito divieto fissato dalla Costituzione o dalla legge. A prescindere dall'interpretazione che si ritiene preferibile, il quadro costituzionale non sembra essere stato attivato per reagire all'emergenza Covid19. Il livello federale di governo si è mosso sul piano legislativo, ricorrendo a specifici atti. Tra questi, va anzi tutto menzionato il *Public Health Service Act*, sulla cui base, il 31 gennaio 2020, il *Secretary of Health and Human Services* ha dichiarato lo stato di allerta sanitaria¹⁸. Parallelamente alle competenze federali, il sistema statunitense riconosce ai singoli Stati federati essenziali funzioni di prevenzione e di contenimento della diffusione di malattie infettive, tant'è che tutti gli Stati hanno attivato i propri regimi emergenziali, predisposti dalle rispettive leggi statali, e, benché con diverso rigore, hanno progressivamente introdotto le necessarie misure restrittive tese al contenimento dell'epidemia. L'opposta reazione, che ha caratterizzato tanto la fase iniziale quanto quella successiva dell'allentamento delle misure, degli enti federati rispetto alla Federazione ha evidenziato una netta dicotomia tra i due piani di governo, che appare di difficile ricomposizione, poiché l'assenza di un armonico coordinamento federale sembra avere incoraggiato iniziative statali finalizzate a concertare una comune strategia a livello federato.

Solo l'ordinamento giuridico spagnolo ha visto, nell'immediatezza della crisi sanitaria, l'applicazione della prescritta costituzione dell'emergenza, con l'attivazione dello stato di allarme. Alcuni costituzionalisti, nel ritenere le misure contenitive del contagio sostanzialmente sospensive e non meramente limitative delle libertà personali, hanno sostenuto che il regime emergenziale più consono alla gravità del contesto epidemico fosse l'*estado de excepción*, seppure tale regime non annoveri l'emergenza neutra (sotto il profilo politico) tra le cause della sua attivazione. Dunque, traslando su un

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Il 13 marzo 2020, in applicazione del National Emergencies Act, il Presidente Trump ha, poi, preso atto dell'emergenza sanitaria federale, con un indubbio ritardo rispetto alla diffusione del contagio negli States ed invero con un intervento minimale, al punto che la dottrina gli ha rimproverato di non avere esercitato tutti i poteri a lui concessi dalla legislazione appena richiamata. Cfr. E. MOSTACCI, *COVID vs. Trump, ovvero dell'orchestra che suona da sola*, in L. CUOCOLO (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, Osservatorio emergenza Covid-19 aggiornato al 31 marzo 2020, in *Federalismi.it*, pp. 95-120.

piano astratto le riserve espresse, la dottrina in parola sembrerebbe sostenere che il regime adatto ad affrontare una situazione di crisi verrebbe chiamato dalle conseguenze piuttosto che dalla causa legittimante la sua attivazione. Quest'approccio sembra seguire una logica rivoluzionaria, giacché capovolge il classico paradigma decisionale, nell'affermare che si dovrebbe decidere il regime da attivare nel frangente dell'emergenza in ragione delle misure che si vogliono adottare (cioè, per quello che si vuole fare *ex post*) e non stando alla situazione prevista e, invero nel caso di specie, chiaramente disciplinata *ex ante*. Tali considerazioni non sembrano poter essere condivise almeno per due ordini di considerazioni: anzi tutto, inevitabilmente si forzerebbe, in entrata, ossia al momento dell'attivazione del regime, non solo la lettera ma anche il senso di una precisa declinazione della costituzione dell'emergenza; ancora, sul piano sostanziale degli effetti dell'attivazione del regime in parola, quindi in uscita, e con specifico riferimento ai controlli, non si può fare a meno di rilevare che, in vigenza dello stato di allarme, il sistema ordinario delle garanzie giurisdizionali resta attivo e pienamente operativo; diversamente in vigenza dell'*estado de excepción*, allorquando le misure introdotte comportino la sospensione e non la mera limitazione dei diritti, con conseguente inoperatività della competente autorità giurisdizionale, data l'inesigibilità del diritto sospeso. Alla luce anche di questa non marginale considerazione sembra, dunque, preferibile l'interpretazione governativa, aderente alla lettera e, soprattutto, allo spirito del regime pensato per l'emergenza sanitaria, oltretutto maggiormente garantista sotto il profilo dei controlli giurisdizionali. Ferme queste osservazioni, da una prospettiva più generale, va però sottolineato che finanche in un ordinamento definito fortemente razionalizzato con riguardo alla costituzione dell'emergenza, peraltro con l'esplicita menzione della causa che le circostanze hanno, di fatto, palesato, cioè l'epidemia, il regime d'eccezione attivato non è sembrato appropriato al bisogno. Anzi, le richiamate critiche espresse dalla dottrina spagnola sono state raccolte dall'opposizione politica e poi sfociate in una serie di ricorsi, persino davanti al Tribunale costituzionale.

3. *Normativa dell'emergenza (sanitaria) e diritti fondamentali: alcune considerazioni*

In un'ottica comparata e in termini riepilogativi, accanto alla (isolata) scelta spagnola, che avrebbe dovuto essere la regola, almeno in un quadro

costituzionale non silente, si possono osservare almeno due tendenze nella gestione dell'emergenza sanitaria.

Quella tracciata dalla Francia, che – nonostante l'elastica e generica formulazione dell'art. 16 Cost., peraltro non nuovo ad interpretazioni oltremodo estensive e forse proposte in frangenti ben più problematici di quello neutro della crisi sanitaria, – ha adottato una normativa *ad hoc*, ovvero sia approvata appositamente per gestire l'emergenza Covid-19. Si tratta della *loi n° 2020-290 du 23 mars 2020*, che introduce una nuova fattispecie di stato d'emergenza, l'*état d'urgence sanitaire*.

Ancorché modellata sulla *loi n° 55-385 du 3 avril 1955*, la *loi n° 2020-290* non offre garanzie altrettanto forti in merito alla gestione dell'eccezione, quantomeno prima del necessario intervento del Parlamento, chiamato ad autorizzare l'eventuale proroga. Preme rimarcare che la scelta francese non resta isolata.

Anzi, per rimanere tra le democrazie europee di tradizione liberale, anche il Regno Unito, sebbene disponesse di un quadro legislativo emergenziale, peraltro piuttosto recente e pure curvato sulle emergenze neutre, ha preferito non farvi ricorso per approvare il *Coronavirus Act 2020*, caratterizzato da un *oversight* parlamentare piuttosto debole rispetto a quello assicurato dal vigente *Civil Contingencies Act*.

Accanto a questa inclinazione ad adottare regimi inediti, introdotti da leggi *ad hoc*, frettolosamente approvate durante l'emergenza, va segnalata una seconda tendenza – forse meno evidente, ma di sicuro interesse, che parrebbe confermare le scelte più comuni nella gestione dell'emergenza (sanitaria, appunto), adottata dalla Germania e dall'Austria, che hanno predisposto interventi legislativi di carattere emendativo e fortemente integrativo rispetto alla normativa vigente, proprio in ragione dell'attuale emergenza sanitaria.

In Germania, sono stati introdotti poteri straordinari in capo al Ministro della Salute federale, garantendo così una strategia comune, comunque senza impedire ai *Länder* di continuare a svolgere un ruolo chiave nell'adozione delle necessarie misure tese al contenimento del contagio.

Pare di un certo interesse un ulteriore tratto comune e caratterizzante, gli ordinamenti oggetto di questa analisi, ovvero da un lato la scelta di rafforzare il ruolo dell'esecutivo (o del ministro competente, di regola quello della salute) e, parallelamente, alleggerire i controlli parlamentari, soprattutto se confrontati con quelli previsti dalle precedenti normative (il riferimento è tanto all'esempio inglese quanto a quello francese).

Negli ordinamenti decentrati, l'attività emendativa ha offerto pure

l'occasione, almeno in Europa, per ricentralizzare le decisioni a livello federale, ancorché nella mera forma del coordinamento c.d. forte, come nel caso tedesco.

La Costituzione austriaca non disciplina in alcun modo gli stati di crisi e le situazioni di emergenza, limitandosi a prevedere (art. 18 comma 3 B-VG) che il Presidente federale, su proposta del Governo federale (che se ne assume la responsabilità), possa adottare ordinanze provvisorie in deroga alla legge, al fine di evitare un danno evidente e irreparabile alla popolazione. Si è ritenuto tuttavia di non ricorrere a questi strumenti¹⁹ in virtù di un preciso accordo politico tra maggioranza e opposizione parlamentare, secondo il quale l'opposizione rinunciava ad ogni tipo di ostruzionismo; con la conseguenza che si è riusciti a mantenere, in capo al Parlamento, almeno formalmente, e in ossequio alla sua ribadita centralità, la composizione del quadro normativo necessario per fronteggiare la pandemia; questo atteggiamento ha consentito una rapida (e molto spesso unanime) approvazione della gran parte dei provvedimenti legislativi. In particolare, si è fatto ricorso ad una legge ordinaria del 1950 (*Epidemiegesetz*), cui si sono aggiunte cinque Leggi anti-Covid approvate tra marzo e aprile 2020, che hanno introdotto modifiche temporanee all'ordinamento giuridico, con riguardo, tra l'altro, alla disciplina dei diritti di libertà, dell'organizzazione scolastica e di quella della giustizia, alle regole su ingresso e soggiorno nel territorio dello Stato, oltre che in materia economica e fiscale. Anche qui, come nel Regno Unito, la permanenza in vigore delle norme emergenziali è stata protratta fino al 31 dicembre 2021. Questa scelta ha consentito di circoscrivere l'impatto delle fonti secondarie, cui è tuttavia consentito precisare più in dettaglio l'estensione delle misure adottate. A questo fine sono autorizzati ad intervenire i regolamenti del ministro federale della Salute e dei presidenti dei *Länder* in base ai rispettivi ambiti di competenza; la discrezionalità dei legislatori regionali è stata, peraltro, fortemente indirizzata dai criteri prefissata nella legislazione nazionale. In Austria, nonostante le difficoltà e le incertezze iniziali, il sistema delle fonti sembra aver mantenuto e garantito il primato della fonte legislativa.

Alla luce del quadro delineato, pare emergere il tentativo, peraltro riuscito in più di un caso, degli ordinamenti democratici di fuggire dalla disciplina predeterminata per la gestione dello stato di emergenza, costituzionale o legislativa.

¹⁹ Qui le ordinanze provvisorie appaiono in qualche misura simili ai nostri decreti-legge, ma diversamente da questi, quasi mai utilizzati soprattutto per i rigidi presupposti richiesti, riconducibili all'impossibilità di riunire tempestivamente il Consiglio nazionale; cfr. A. GATTI, *L'emergenza COVID-19 in Germania e Austria: un bilancio comparato*, cit.

Da questo punto di vista, appare logico chiedersi in che modo decide chi decide di cambiare il regime di emergenza in corso di emergenza, cioè quando la crisi è in atto, fermo il presupposto che il perché della nuova disciplina sia dovuto all'inadeguatezza o all'incompiutezza di quella in vigore.

L'anomala dinamica in atto sposta, in primo luogo, l'attenzione sul tipo di fonte, di fatto utilizzata e, soprattutto, porta ad interrogarsi sulla tenuta del sistema dei controlli giurisdizionali, sia sotto il profilo della loro accessibilità e, dunque, dell'effettiva operatività, sia sotto quello del merito delle decisioni prese, nel senso che non sembra irrilevante l'atteggiamento (eccessivamente) deferente delle corti nei confronti del potere politico.

La sfida appare dunque quella di assicurare sempre e comunque la tenuta democratica degli ordinamenti, anche e soprattutto, nel frangente dell'emergenza, salvaguardando la separazione dei poteri, tanto sull'asse verticale, quanto su quello orizzontale, così da garantire l'operatività dei controlli, parlamentari e giurisdizionali, che quantomeno *ex post* consentano la riaffermazione dei diritti, eventualmente compressi nel loro esercizio in maniera illegittima.

In quest'ottica, sarebbe interessante un'indagine sull'eventuale (eccesso di) deferenza dei giudici verso l'esecutivo, portato in alcuni casi a cedere all'urgenza (*rectius*, emergenza) dell'esigenza del momento: al il potere giudiziario spetta comunque il difficile compito del proporzionale bilanciamento tra interessi contrapposti.

4. *Un caso di studio: l'ordinamento italiano*

È ragionevole ritenere che, a fronte dell'emergenza pandemica, le misure e gli strumenti adottati nell'ordinamento italiano non abbiano violato la legalità costituzionale, nonostante sia stato inciso in maniera sensibile l'intero patrimonio dei diritti costituzionali: non vi è stato alcuno stravolgimento dell'ordinamento costituzionale poiché non vi è stata sospensione dei diritti, ma una loro precauzionale limitazione al fine di garantire la salute collettiva e, quindi, la vita di ciascuno; non vi è stata alcuna eclatante violazione delle riserve di legge previste dalla Costituzione, ma un discutibile connubio di previsioni di rango primario con atti amministrativi di varia natura; non vi è stato alcun abuso di potere da parte del Governo nei suoi rapporti con il Parlamento e gli altri organi della forma di governo, ma una

conferma di censurabili tendenze ormai da anni in atto; non vi è stato alcun disconoscimento della forma di Stato regionalista, ma un suo sconsiderato improvvido cattivo funzionamento.

Le retoriche dello stato di eccezione e dello stato di necessità, perciò, appaiono del tutto forvianti nel caso di specie, seppure l'essere rimasti dentro il perimetro dell'ordinamento costituzionale, e dunque né fuori di esso né prima di un altro e nuovo ordine, non implichi necessariamente che tutto e sempre sia avvenuto nei suoi limiti²⁰.

Com'è ampiamente noto, i *framers* della Costituzione italiana non vollero inserire nel testo alcuna *clausola generale* sulle emergenze, in ragione di quanto accaduto con la previsione dell'art. 48 della *Weimarer Reichsverfassung* del 1919, recante la c.d. *Notstandsartikel*.

Tale articolo, infatti, se per un verso prevedeva che il presidente del *Reich* potesse prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica quando essi fossero turbati o minacciati in modo rilevante e, se necessario, intervenire con la forza armata, e che a tale scopo potesse sospendere in tutto o in parte l'efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli artt. 114 (libertà personale), 115 (libertà di domicilio), 117 (libertà e segretezza della corrispondenza), 118 (libertà di espressione), 123 (diritto di riunione), 124 (diritto di associazione) e 153 (diritto di proprietà), per altro disponeva pure che di tali misure prese il presidente dovesse senza indugio dare notizia al *Reichstag* e che, ove quest'ultimo lo richiedesse, dovevano essere revocate. Infine, era stabilito che norme più particolari sarebbero state introdotte con legge parlamentare.

Dunque, l'art. 48 istituiva formalmente un potere di ordinanza non assoluto in capo al *Reichspräsident*, prevedendo la competenza di assumere le «misure necessarie» («*nötigen Maßnahmen*») e non i pieni poteri, limitato dalle situazioni straordinarie di notevole turbamento o pericolo per la sicurezza pubblica e l'ordine del *Reich* («*wenn im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird*»), con gli obblighi di dare notizia del suo esercizio al *Reichstag*, che poteva chiedere la revoca delle misure («*Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichstags außer Kraft zu setzen*»). Inoltre, era richiesto comunque l'intervento del *Reichstag* per approvare una legge che determinasse i dettagli di tale potere («*Das Nähere bestimmt ein Reichsgesetz*»). Ciò nonostante, com'è tristemente noto, un'interpretazione estensiva dei poteri conferiti dall'art. 48 al *Reichspräsident* ha accompagnato l'ascesa del regime dittatoriale nazista.

²⁰ Sul punto sia consentito il rinvio a G. D'ALESSANDRO, *Legalità costituzionale ed emergenza sanitaria*, in P. ACOCELLA (a cura di), *Materiali per una cultura della legalità 2021*, Giappichelli, Torino 2021, p. 19 ss. ed ivi ulteriori indicazioni di dottrina.

Questi accadimenti storici avevano determinato i nostri Costituenti a non prevedere, appunto, alcuna clausola generale sugli stati di emergenza, ma di disciplinare soltanto, nella parte dedicata alla «formazione delle leggi», la deliberazione da parte delle Camere dello stato di guerra con il conferimento al Governo dei «poteri necessari» (art. 78) e l'adozione da parte del Governo, sotto la propria responsabilità, in casi straordinari di necessità e urgenza, di provvedimenti provvisori con forza di legge che devono essere convertiti in legge dalle Camere entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione (art. 77). Inoltre, nella parte dedicata agli enti territoriali, era stato disposto il potere di scioglimento dei consigli regionali «per ragioni di sicurezza nazionale» (art. 126, terzo comma del testo originario e comma primo del testo sostituito dalla legge cost. n. 1/1999. Infine, quanto alla disciplina dei diritti costituzionali, è stata prevista la possibilità di limitazioni della libertà di domicilio, che ammette «gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica» (art. 14), della libertà di circolazione e soggiorno «in via generale per motivi di sanità e sicurezza» (art. 16), del diritto di riunirsi in luogo pubblico «soltanto per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica» (art. 17), dell'iniziativa economica privata, che non può svolgersi «in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (art. 41), introducendo numerose riserve di legge.

Da tale corredo testuale evocato, la mancanza di una clausola generale non impedisce, dunque, di rinvenire riferimenti costituzionali utili a dare una copertura legittimante *in apicibus* a misure di contenimento limitative di diritti di fronte a un'emergenza sanitaria come quella relativa alla diffusione del Covid-19.

La prima previsione rilevante è certamente quella dell'art. 77, introdotta originariamente proprio per dare la possibilità al Governo, sotto lo stretto controllo del Parlamento (ma anche del Presidente della Repubblica e della Corte costituzionale *ex* artt. 87 e 134), di provvedere in situazioni straordinarie di necessità e urgenza. Ma non è totalmente da escludere neppure il riferimento al dettato dell'art. 78, non perché si possa o si debba equiparare un'emergenza sanitaria a una guerra ovvero effettuare operazioni ermeneutiche iperboliche che facciano rientrare nell'area semantica della guerra anche un'emergenza sanitaria, ma perché si potrebbe applicare per analogia la *ratio* garantista della disposizione, non diversa da quella dell'art. 77, che attribuisce un ruolo centrale al Parlamento nella decisione di adottare misure straordinarie e necessarie, nelle forme e nei limiti della Costituzione, ai sensi dell'art. 1, secondo comma, Cost. In tal modo, gli

artt. 77 e 78, letti in combinato disposto, si rafforzerebbero reciprocamente nell'imporre di riconoscere al Parlamento un suo ruolo decisivo e ineludibile nella gestione dell'emergenza.

Tale sussumibilità delle misure di emergenza sanitaria in specifiche previsioni costituzionali, peraltro, non può escludere neppure il riferimento a discipline di rango primario degli stati emergenziali. Tanto più che, nell'esperienza comparata di contrasto al Covid-19, vi sono stati casi di ordinamenti che, pur prevedendo espresse disposizioni costituzionali per le emergenze, hanno, ciò nonostante, ritenuto di adottare norme ordinarie *ad hoc* (si pensi, ad esempio, alla Francia).

Nell'ordinamento italiano esistono numerose disposizioni di rango legislativo riguardanti poteri di ordinanza da esercitare in occasione di emergenze di tipo sanitario, ma nessuna di queste è risultata adeguata a fronteggiare un'emergenza pandemica del tipo di quella del Covid-19. Questa è la ragione per cui il Governo, dopo essere intervenuto in una primissima fase con gli strumenti normativi già in vigore, ha fatto ripetuto ricorso alla decretazione di urgenza ai sensi dell'art. 77 Cost. Decretazione che è stata accompagnata dall'utilizzo degli ormai famigerati decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (in seguito DPCM) contenenti disposizioni attuative per evitare i problemi che sarebbero insorti dalla ripetuta modifica di decreti-legge (in seguito DL) ancora non convertiti.

La Corte costituzionale italiana, con la sentenza n. 198 del 2021 ha ritenuto non illegittime le misure adottate dal Governo sulla base dei DL n. 6 e n. 19 del 2020 dal punto di vista della struttura del sistema delle fonti. In particolare, ha affermato che la disciplina contenuta in tali DL «lungi dal dare luogo a un conferimento di potestà legislativa al Presidente del Consiglio dei ministri in violazione degli artt. 76 e 77 Cost., si limita ad autorizzarlo a dare esecuzione alle misure tipiche previste» (cfr. § 6.3. *Cons. dir.*). In tal senso, «il contenuto tipizzato del DPCM smentisce l'ipotesi del [...] conferimento di potestà legislativa da parte del DL. Risulta in tal modo rispettato quanto [dalla medesima Corte costituzionale] affermato a proposito dell'individuazione delle fonti primarie, e cioè che, in considerazione della particolare efficacia delle fonti legislative, delle rilevanti materie ad esse riservate, della loro incidenza su molteplici situazioni soggettive, nonché del loro raccordo con il sistema rappresentativo, una siffatta individuazione può essere disposta solo da fonti di livello costituzionale» (*ibidem*).

Per la Corte, «quali atti a contenuto tipizzato, le misure attuative del DL n. 19 del 2020 si distaccano concettualmente dal modello delle ordinanze contingibili e urgenti, che viceversa rappresentano il paradigma

delle ordinanze necessitate (a contenuto libero), seguito dal codice della protezione civile» (§ 8.1. Cons. dir.); «d'altronde, come rilevato anche dal Consiglio di Stato in sede consultiva su ricorso straordinario al Presidente della Repubblica per l'annullamento di alcuni DPCM attuativi del DL n. 19 del 2020 (parere 13 maggio 2021, n. 850), la legislazione sulle ordinanze contingibili e urgenti e lo stesso codice della protezione civile non assurgono al rango di leggi rinforzate, sicché il Parlamento ben ha potuto coniare un modello alternativo per il tramite della conversione in legge di DL che hanno rinviato la propria esecuzione ad atti amministrativi tipizzati» (§ 8.1.2. Cons. dir.).

5. *In conclusione*

Le brevi considerazioni svolte sembrano dimostrare come non esista una regolarità costituzionale nella disciplina degli stati di eccezione, che ricorre solo in alcuni ordinamenti (Germania, Francia, Spagna), con presupposti legittimanti, contenuti e procedure solo parzialmente coincidenti tra loro; non solo, nel loro complesso, con l'eccezione della Spagna, queste clausole costituzionali fanno riferimento prevalentemente a circostanze classiche (come gli stati d'assedio).

Non è forse un caso, allora, che in occasione di questa pandemia si sia quasi ovunque deciso di eludere queste previsioni, così come quelle di rango legislativo, che disciplinano gli stati di emergenza in via generale.

Se si esclude, quindi, la Spagna (ove il combinato disposto delle disposizioni costituzionali e di quelle organiche è stato considerato esaustivo ed è stato applicato in concreto), in tutti gli altri ordinamenti si è rapidamente proceduto alla modifica di leggi esistenti (come in Germania) per adattare alle nuove esigenze sopravvenute, o all'approvazione di nuovi atti legislativi appositamente elaborati (come nel Regno Unito o in Francia dove le riforme hanno assunto una portata generale, anche se esistevano già strumenti utilizzabili; come negli USA ed in Austria, ove, peraltro, le novelle legislative sono intervenute su ambiti settoriali).

Parrebbe dunque trattarsi di una tendenza generale, che può essere riassunta nella forma ad ogni emergenza la propria disciplina.

Non deve sorprendere, invece, eccezion fatta per l'Austria, la concentrazione dei poteri normativi nelle mani del potere esecutivo, ben oltre l'espansione (già notevole) consueta. La necessaria tempestività dei

tempi di decisione può giustificare, almeno in parte, questo massiccio spostamento di competenze (che non è, quindi, una prerogativa solo italiana), purché sia mantenuto un certo equilibrio tra i poteri costituzionali e sia garantito il rispetto di quei principi atti a garantire la temporaneità delle attribuzioni aggiuntive e straordinarie, che devono essere strettamente legate al perdurare di accertate situazioni di emergenza. Particolarmente utile, a questo riguardo, sembrerebbe l'istituto anglosassone delle *sunset laws*, la cui caratteristica è quella della decadenza automatica allo scadere del termine fissato per la loro vigenza. Ancora, le misure adottate devono, in ogni caso, ottemperare al principio di proporzionalità, così da risultare sindacabili ed eventualmente dichiarabili illegittime se sproporzionate rispetto alle necessità materiali che ne costituiscono la base legittimante. Quanto all'equilibrio tra i poteri costituzionali, appare fondamentale mantenere almeno la possibilità dell'esercizio di un controllo effettivo da parte delle assemblee parlamentari. A tal riguardo, tuttavia, solo l'esperienza del Regno Unito sembra rispettare questa esigenza, non invece in Spagna o in Francia (sino al caso dell'Italia, dove le Camere non hanno la possibilità di controllare i regolamenti governativi e l'attività di conversione di decreti-legge appare non sempre immediata, date le frequenti complessità ed eterogeneità del loro contenuto).

Certamente una delle conseguenze più rilevanti prodotte dalla gestione dell'emergenza è stata quella della limitazione di gran parte delle libertà fondamentali. Nel bilanciamento che si è effettuato, almeno in una prima fase, la tutela della salute (e di conseguenza della vita) ha determinato, in misura più o meno accentuata, la compressione di tutti gli altri; le soluzioni adottate sono state molto simili in tutti gli ordinamenti considerati, così come il catalogo dei diritti assoggettati a limitazioni più penetranti (circolazione, riunione, libertà di culto, diritti economici ecc., ma anche i diritti politici, con un rinvio delle scadenze elettorali, in particolare di tipo amministrativo, secondo quanto si è stabilito anche in Italia). Parrebbe semmai più interessante verificare sulle tutele giurisdizionali che sono state assicurate nei diversi contesti, anche se, al momento possono essere svolte valutazioni solo sommarie, in considerazione del limitato numero di casi finora approdato dinanzi alle corti di giustizia.

L'insieme degli ordinamenti presi qui in considerazione, se comparati anche con l'Italia, dimostra come la possibilità di una risposta immediata o, comunque, rapida alle asserite violazioni dei diritti di libertà, anche in situazioni emergenziali, dipenda in larga parte dagli strumenti processuali disponibili. La possibilità di adire le corti ordinarie (come negli USA), o

di attivare ricorsi diretti al tribunale costituzionale (come in Germania, Austria e Spagna) o ai giudici amministrativi (come in Francia), consente lo svolgimento di un controllo giurisdizionale pressoché immediato sulle decisioni dei soggetti politici ed una revisione in termini di proporzionalità e ragionevolezza delle misure limitative adottate. La maggiore o minore propensione dei giudici ad intervenire dipende da altri fattori di sistema e dalla cultura giuridica dominante, come confermato dal diverso atteggiamento tenuto, anche in questo caso, dalle corti tedesche rispetto a quelle austriache o spagnole, queste ultime ispirate ad un maggiore *self restraint*.

ABSTRACT

In democratic systems, the current health emergency has had the (almost) generalized consequence of institutional responses of an exceptional nature, attributable to constitutional principles or sources of primary rank that allow exceptions to ordinary decision-making processes.

From the point of view of comparative law, the investigation to be carried out examines some constitutional experiences that have or have not resorted to exceptional emergency (health) tools. In particular, after having outlined the (legal) category of the emergency, the attention will be turned to France, Great Britain, Spain, Austria and Italy, in order to verify whether the tools adopted by these regulations for the management of the emergency (health care) respect the constitutionally guaranteed democratic values which are the basis of fundamental rights.

Francesco Duranti*

*Emergenza, separazione dei poteri e forma di governo
nelle esperienze costituzionali nordiche*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il costituzionalismo nordico. Profili di sintesi comparativa – 3. Emergenza pandemica e forma di governo – 4. Conclusioni.

1. *Premessa*

Nel diritto comparato generale sono, come noto, da tempo consolidate classificazioni sistemologiche che tendono a considerare autonomamente gli ordinamenti giuridici nordici – ovvero gli ordinamenti di Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia e Svezia – nell’ambito della tradizione giuridica occidentale, a causa dei più rilevanti tratti distintivi di tali ordinamenti rispetto alle tradizionali famiglie giuridiche di *common law* e di *civil law*¹.

Ciò vale anche in relazione all’assetto costituzionale dei poteri, sì che è ora possibile individuare, a livello classificatorio, una autonoma «Nordic Family of Constitutional Law»², senza, in ogni caso, dimenticare che, pur in presenza di forti elementi di convergenza tra i vari sistemi costituzionali considerati, esistono anche significativi tratti distintivi tra gli stessi³.

In questo ambito, l’analisi delle esperienze costituzionali nordiche a seguito dell’emergenza pandemica offre notevoli spunti di interesse al comparatista.

In primo luogo, in ordine alla forma di governo, le Costituzioni più recenti (come quella della Finlandia), dedicano una esplicita disciplina

* Professore associato di Diritto pubblico comparato, Università per Stranieri di Perugia.

¹ Cfr., per tutti, A. SIMONI - F. VALGUARNERA, *La tradizione giuridica dei Paesi nordici*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 3 ss.

² J. HUSA, *Nordic Reflections on Constitutional Law. A Comparative Nordic Perspective*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2002, p. 168.

³ Per più ampi svolgimenti, sia consentito il rinvio a F. DURANTI, *Gli ordinamenti costituzionali nordici. Profili di diritto pubblico comparato*, Torino, Giappichelli, 2009.

costituzionale ai casi di emergenza – anche non derivante da questioni politiche o militari, ivi comprese quelle di natura sanitaria – preoccupandosi di predisporre solidi argini ai poteri speciali dell'esecutivo, coinvolgendo a vario titolo il Capo dello Stato (nella decretazione dello stato di emergenza) ed il Parlamento (nel controllo successivo) a fini di esplicita garanzia costituzionale.

Tutto questo non avviene nella stessa misura in altre esperienze costituzionali nordiche, sì che i tentativi di ottenere poteri speciali da parte degli esecutivi hanno provocato in taluni ordinamenti (ad esempio in Norvegia) forti resistenze e contestazioni da parte delle minoranze parlamentari, con la conseguenza di non lasciare completamente sguarnito l'arsenale ispettivo delle Assemblee sulla speciale normativa emergenziale.

In secondo luogo, in relazione alla separazione tra i poteri, è di rilievo analizzare la questione della compatibilità dello speciale regime emergenziale con i principi di necessità, proporzionalità e limitazione della durata temporale delle varie misure apprestate dagli esecutivi dopo la pandemia, allo scopo di verificare se ed in quale misura è avvenuto il controllo successivo dei Parlamenti in sede di esame dei decreti governativi, oltre che il sindacato giudiziario attribuito alle Corti, competenti a scrutinare la normativa eventualmente in contrasto con le pertinenti disposizioni costituzionali ed europee/internazionali in materia.

Infine, sempre in relazione al bilanciamento tra i poteri, è di particolare interesse approfondire il differente ruolo svolto dalle Assemblee a seguito dell'emergenza sanitaria, le quali godono, in taluni casi, di rilevanti prerogative di controllo e sindacato sulla normazione emergenziale adottata dall'esecutivo (ad esempio in Finlandia, grazie al penetrante controllo di costituzionalità riservato all'autorevole Commissione affari costituzionali dell'*Eduskunta*, o in Norvegia, in virtù dello speciale potere di veto concesso alla qualificata minoranza parlamentare di un terzo dei membri dello *Storting*).

Sì che ad una analisi comparativa più approfondita, le numerose affinità costituzionali pur esistenti tra gli ordinamenti in questione non possono certo oscurare – anche in relazione alle delicate questioni sollevate dall'emergenza sanitaria – alcuni elementi strutturali di distinzione tra gli stessi⁴.

⁴ Per un'accurata disamina in materia, cfr. i vari saggi raccolti in H. KRUNKE - B. THORARENSEN (eds.), *The Nordic Constitutions. A Comparative and Contextual Study*, Oxford, Hart, 2018.

2. *Il costituzionalismo nordico: profili di sintesi comparativa*

Nel costituzionalismo nordico contemporaneo emergono numerosi profili comuni alle varie esperienze, tra i quali possono indicarsi – in sintesi comparativa – perlomeno i seguenti principali elementi.

Emerge, in primo luogo, in tutta la sua speciale rilevanza, il ruolo fondamentale del Parlamento nel sistema costituzionale, che appare di assoluta centralità e primazia istituzionale, come risulta confermato dal modello di giustizia costituzionale concretamente accolto negli ordinamenti in questione, dalla particolare configurazione del sistema di tutela dei diritti fondamentali, dalla natura del procedimento di revisione costituzionale, dalla presenza di *referendum* di carattere (quasi esclusivamente) consultivo e dallo stesso speciale valore, a fini interpretativi, assegnato ai lavori preparatori delle leggi⁵.

Appare di particolare interesse, poi, la realizzazione di un controllo di costituzionalità delle leggi – consolidatosi in via di consuetudine costituzionale (Norvegia, Danimarca, Islanda) o espressamente previsto, di recente, in Costituzione (Finlandia, Svezia)⁶ – certamente peculiare nella panoramica dei modelli di giustizia costituzionale, in quanto caratterizzato dalla sua natura di controllo diffuso in ordinamenti di *civil law*, oltre che dalla concreta prassi del sindacato di costituzionalità (ampio grado di *self-restraint* da parte degli organi giudiziari incaricati del controllo; sporadici casi di disapplicazione di legge per incostituzionalità; largo uso dell'interpretazione conforme a Costituzione), anche in conseguenza della stretta osservanza del richiamato principio di supremazia parlamentare⁷.

In ordine alla forma di governo, poi, è dato assistere ad un equilibrio dinamico nell'assetto costituzionale dei poteri, risultando tali esperienze connotate dalla loro configurazione quali democrazie consensuali piuttosto che maggioritarie, laddove le forme di governo parlamentari (Danimarca, Norvegia e Svezia) e quelle semipresidenziali a prevalenza della componente parlamentare (Finlandia e Islanda), mostrano di frequente il ricorso alla

⁵ «The Nordic conception of democracy is of utmost importance in this context. In effect, Nordic judicial systems hold great respect for their national parliaments as democratically chosen legislators», come rileva, di recente, J. HUSA, *Constitutional Mentality*, in P. LETTO-VANAMO - D. TAMM - B.O. GRAM MORTENSEN (eds.), *Nordic Law in European Context*, Berlin, Springer, 2019, p. 43.

⁶ J. HUSA, *Locking in Constitutionality Control in Finland*, in *European Constitutional Law Review*, 2020, 16(2), p. 249 ss.

⁷ Cfr., sul punto, I. NGUYỄN DUY, *New Trends in Scandinavian Constitutional Review*, in *Scandinavian Studies in Law*, vol. 61, *Comparative Law*, 2015, p. 11 ss.

ricerca di accordi politico-istituzionali tra forze di maggioranza e quelle di opposizione, tutto ciò risultando in qualche misura incentivato sia dalla natura spesso minoritaria degli esecutivi di coalizione (i quali, di frequente, non dispongono di una maggioranza stabile a loro sostegno in Parlamento), che dall'esistenza di una serie di istituti costituzionali che tendono a favorire la logica dell'accordo piuttosto che quella della contrapposizione tra le forze parlamentari⁸.

Infine, la peculiare configurazione dei diritti fondamentali nell'assetto costituzionale, la cui tutela è rimasta per lungo tempo affidata quasi esclusivamente al processo decisionale democratico garantito dalle procedure parlamentari piuttosto che alla protezione giudiziaria assicurata dalle Corti⁹.

Ne risulta, nella prospettiva comparata, un modello singolare di costituzionalismo nordico, il quale, pur caratterizzato dall'esistenza di numerosi e rilevanti profili istituzionali comuni e dall'identità dei valori costituzionali di fondo tra i cinque ordinamenti considerati, offre, in ogni caso, anche vari elementi di distinzione tra le varie esperienze, tra i quali possono quantomeno ricordarsi:

a) l'intensità del controllo di costituzionalità effettivamente praticato nell'ordinamento, con l'esperienza norvegese alla quale spetta una posizione del tutto particolare nell'ambito del modello nordico, sia per ciò che concerne la risalente origine del sindacato (di poco successiva alla stessa genesi del sistema nordamericano), sia per quanto riguarda il ruolo complessivo (non certo marginale) della giustizia costituzionale in relazione agli altri poteri dello Stato¹⁰;

b) la natura e il rendimento degli istituti di democrazia diretta nell'assetto costituzionale, laddove l'esperienza danese mostra significativi elementi di differenziazione rispetto agli altri ordinamenti, attesa la considerevole quanto rilevante serie di ipotesi (anche relative alla revisione costituzionale) nelle quali è attivabile – ed effettivamente attivato nella prassi costituzionale – l'istituto del *referendum*;

c) la presenza di speciali entità autonome nelle sole forme di Stato di Finlandia e Danimarca¹¹;

⁸ B. THORARENSEN, *Mechanisms for Parliamentary Control of the Executive*, in H. KRUNKE - B. THORARENSEN (eds.), *The Nordic Constitutions. A Comparative and Contextual Study*, cit., p. 67 ss.

⁹ R. HIRSCHL, *The Nordic counternarrative: Democracy, human development, and judicial review*, in *International Journal of Constitutional Law* (I-CON), vol. 9, 2, 2011, p. 454.

¹⁰ E. SMITH, *Judicial Review of Legislation*, in H. KRUNKE - B. THORARENSEN (eds.), *The Nordic Constitutions. A Comparative and Contextual Study*, cit., p. 107 ss.

¹¹ Cfr., volendo, F. DURANTI, *Asimmetrie e differenziazioni costituzionali negli ordinamenti*

d) l'appartenenza all'ordinamento comunitario di tre ordinamenti su cinque (Danimarca, Finlandia e Svezia), con le conseguenti questioni costituzionali che per gli stessi si evidenziano in tema di limitazioni di sovranità e di rapporti tra fonti normative e, più in generale, tra ordinamenti nazionali ed ordinamento sovranazionale¹².

In prospettiva diacronica, appare poi singolare la traiettoria del percorso evolutivo del costituzionalismo nordico, che è rimasto per lungo tempo caratterizzato da forti elementi di differenziazione rispetto al costituzionalismo continentale e a quello americano, soprattutto per ciò che concerne il modello di giustizia costituzionale concretamente accolto ed effettivamente praticato e, ancor più, per la specifica e singolare configurazione della tutela dei diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento.

Negli ultimi anni si assiste, però, ad una rapida (ed in parte inattesa) ampia evoluzione degli ordinamenti costituzionali nordici, che ha avuto ad oggetto principalmente una nuova dimensione per la giustizia costituzionale nell'assetto costituzionale ed un ruolo certamente più incisivo per le Corti in materia di protezione e tutela dei diritti fondamentali.

Questi elementi, assieme al sempre più intenso 'dialogo' che va emergendo tra le giurisdizioni nazionali nordiche e quelle europee in tema di rapporti tra ordinamenti e di tutela dei diritti, rappresenta oggi una nuova traiettoria per il costituzionalismo nordico, che sembra avviato lungo un percorso connotato dall'esistenza di maggiori elementi di convergenza con il patrimonio costituzionale comune in ambito europeo: «however, only time will tell how this pressures will transform the parliament-oriented Nordic constitutions (...) resilience has always been an underlying feature of Nordic constitutions. It is safe to assume that parliamentary focus will not concede with haste»¹³.

3. *Emergenza pandemica e forma di governo*

L'emergenza sanitaria di natura pandemica sviluppatasi nel corso del 2020 ha avuto, come noto, un impatto di grande rilievo sui diritti

nordici, in *Federalismi.it*, n. 8/2020.

¹² H. KRUNKE, *Impact of the EU/EEA on the Nordic Constitutional Systems*, in H. KRUNKE - B. THORARENSEN (eds.), *The Nordic Constitutions. A Comparative and Contextual Study*, cit., p. 167 ss.

¹³ J. HUSA, *Constitutional Mentality*, cit., 60.

fondamentali e sulla forma di governo di numerosi paesi europei¹⁴.

Nell'ambito delle esperienze nordiche si segnalano, a questo proposito, le diverse soluzioni sperimentate in Finlandia e Norvegia, anche a causa del diverso assetto previsto per la disciplina costituzionale dello stato di emergenza, regolamentata esplicitamente in Finlandia e non disciplinata, invece, in Norvegia¹⁵.

Ciò ha, innanzitutto, comportato uno specifico coinvolgimento del Presidente della Repubblica in Finlandia, il quale, congiuntamente al Governo, ha proceduto, ai sensi della Costituzione (art. 23) e dell'*Emergency Powers Act*, alla dichiarazione dello stato di emergenza – il quale comporta, secondo la medesima disposizione costituzionale, una possibile limitazione dei diritti fondamentali, circoscritta dalle garanzie ivi previste – riconoscendone, per la prima volta nella storia costituzionale del paese, l'effettiva sussistenza.

Senza che, tuttavia, questo abbia determinato alcuna ingerenza (o sovraesposizione) del Presidente della Repubblica nella gestione concreta dell'emergenza sanitaria, affidata alla esclusiva responsabilità politica del Governo: tutto questo, del resto, conformemente alla stessa natura della forma di governo finlandese, che – soprattutto dopo la revisione costituzionale del 2012 – ha fortemente ridimensionato i poteri del Capo dello Stato a vantaggio del Governo, determinando, così, una più corretta classificazione della forma di governo semipresidenziale della Finlandia nell'ambito del sottotipo a prevalenza della componente parlamentare¹⁶.

Quanto all'equilibrio complessivo tra i poteri costituzionali, non può certo sottovalutarsi il ruolo del Parlamento nella complessiva gestione dell'emergenza sanitaria.

In Finlandia, sebbene il Parlamento (*Eduskunta*) non si veda riconosciuta la prerogativa di sindacare la proclamazione dello stato di emergenza – riservata al Governo congiuntamente al Presidente della Repubblica – l'Assemblea, soprattutto grazie al controllo preventivo di costituzionalità assegnato alla Commissione affari costituzionali ed alla possibilità di sindacato successivo sui decreti governativi, ha svolto un ruolo significativo

¹⁴ Per un'ampia disamina comparativa in materia, vd. i saggi relativi a numerosi ordinamenti di varie aree del mondo in J. M. SERNA DE LA GARZA (ed.), *Covid-19 and Constitutional Law. Covid-19 et droit constitutionnel*, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6310-covid-19-and-constitutional-law-covid-19-et-droit-constitutionnel>, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, Mexico City, 2020; e la speciale sezione monografica a cura di A. VEDASCHI - L. CUOCOLO, *L'emergenza sanitaria nel diritto comparato: il caso del Covid-19*, in *DPCE online*, n. 2/2020, p. 1449 ss.

¹⁵ F. DURANTI, *L'esperienza di Finlandia e Norvegia*, in *DPCE online*, n. 2/2020, p. 1831 ss.

¹⁶ Cfr. anche M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, VII ed., Torino, Giappichelli, 2018, p. 178 ss.

sulle concrete misure di gestione dell'emergenza, con la stessa possibilità di adottare direttamente (come pure ha fatto) leggi straordinarie limitative dei diritti fondamentali, o di decidere sulla legittimità dei decreti emergenziali adottati dall'esecutivo (*ex art. 23 Cost.*)¹⁷.

In Norvegia, il Parlamento (*Storting*) ha approvato con legge ordinaria – modificando in profondità l'originario (e fortemente contestato) disegno di legge governativo – lo speciale *Corona Act 2020* destinato a fronteggiare la straordinaria emergenza sanitaria, introducendo un penetrante potere di veto a favore di una qualificata minoranza parlamentare (un terzo dei deputati), in grado di far decadere le speciali misure emergenziali adottate con decreto del Governo sulla base di una semplice notifica per iscritto (anche in via telematica) al Presidente del Parlamento in ordine alla contrarietà della minoranza a dette misure¹⁸.

Entrambi i Parlamenti hanno, poi – sebbene a ranghi ridotti e con differenti, innovative, modalità operative e procedurali imposte dalla pandemia – continuato regolarmente a riunirsi e a deliberare nel corso dell'emergenza, assicurando così un efficace forma di controllo nei confronti di possibili eccessi di potere da parte dei rispettivi esecutivi¹⁹.

Anche in Danimarca il controllo del Parlamento (*Folketing*) sulle misure del Governo è stato, in ogni caso, costante e può ben affermarsi che «il sistema delle fonti del diritto ha resistito alla 'prova' rappresentata dalla situazione emergenziale determinata dal Coronavirus»²⁰.

In Svezia, pur in assenza di una esplicita regolamentazione costituzionale dello stato di emergenza, il Governo ha presentato in Parlamento (*Riksdag*) un apposito disegno di legge per ottenere l'autorizzazione parlamentare

¹⁷ M. SCHEININ, *Finland: Soft measures, respect for the rule of law, and plenty of good luck: Overview of Legal and Political Response and Adaptation to COVID-19*, VerfBlog, 2021/2/23, <https://verfassungsblog.de/finland-soft-measures-respect-for-the-rule-of-law-and-plenty-of-good-luck/>.

¹⁸ H.P. GRAVER, *The Norwegian Pandemic Response: Legality, Parliamentary Control and Deliberative Democracy Revisited*, VerfBlog, 2021/4/16, <https://verfassungsblog.de/the-norwegian-pandemic-response/>.

¹⁹ A differenza di quanto, invece, avvenuto in altre esperienze costituzionali europee: cfr., in particolare, A. VEDASCHI, *COVID-19 and Emergency Powers in Western European Democracies: Trends and Issues*, VerfBlog, 2021/5/05, <https://verfassungsblog.de/covid-19-and-emergency-powers-in-western-european-democracies-trends-and-issues/>.

²⁰ Così M. MAZZA, *Alcune osservazioni su diritto costituzionale, fonti primarie e contrasto al Coronavirus nell'esperienza danese*, in DPCE online, n. 2/2020, p. 1852. Sull'esperienza danese, cfr. anche S. KLINGE - H. KRUNKE - A. FALLENTIN NYBORG - J.E. RYTTER, *Covid-19 and Constitutional Law in Denmark*, in J.M. SERNA DE LA GARZA (ed.), *Covid-19 and Constitutional Law. Covid-19 et droit constitutionnel*, cit., p. 131 ss.

a disporre transitorie misure di contenimento epidemiologico²¹, con lo scopo di vedere sottoposte – conformemente alla tradizione costituzionale svedese – al controllo del legislatore le varie misure dell'esecutivo, adottate in tempi ristrettissimi di fronte all'emergenza sanitaria, evitando così di farle autonomamente svolgere «in un'area grigia del sistema delle fonti, con possibili violazioni delle riserve di legge»²².

Sul piano del procedimento legislativo svedese, è poi di interesse notare come seppure l'emergenza sanitaria abbia causato una forte compressione temporale delle consuete procedure parlamentari, le stesse sono state in ogni caso sostanzialmente osservate, nel pieno rispetto «di un modello di stato di diritto certamente caratterizzato da un elevato 'positivismo legislativo', ma compensato da precise garanzie circa il carattere partecipativo e trasparente del *lawmaking process*»²³.

Il *Riksdag* ha, poi, istituito una apposita Commissione d'inchiesta parlamentare, composta dai membri di tutti i gruppi parlamentari e presieduta dall'ex *Speaker* del Parlamento, con il compito di sottoporre ad attento esame la funzionalità dei lavori parlamentari e del corretto esercizio delle prerogative dell'Assemblea nel corso dell'emergenza pandemica: la Commissione ha presentato la sua relazione finale nel mese di dicembre 2021, con l'indicazione di possibili misure da implementare – anche sulla base dell'osservazione di esperienze comparate – per la più efficace gestione delle procedure e delle funzioni parlamentari in tempo di emergenza²⁴.

²¹ Come sottolinea H. WENANDER, *Sweden: Non-binding Rules against the Pandemic – Formalism, Pragmatism and Some Legal Realism*, in *European Journal of Risk Regulation*, vol. 12, 1, 2021, p. 133, «the Riksdag further decided on a broad temporary delegation of norm-making powers to the Government in order to limit the spread of the virus. This amendment was adopted via a quick procedure in the Riksdag and featured difficult political negotiations with opposition parties, given that the Government only has the support of a parliamentary minority. This measure filled a gap in Swedish legislation to some degree, as neither the Constitution nor ordinary legislation provides for any norms on declaring a state of emergency or similar, except for situations of war».

²² A. SIMONI, *L'emergenza Covid-19 in Svezia: le basi giuridiche di un approccio pragmatico*, in *DPCE online*, n. 2/2020, p. 1869, laddove si rileva anche che l'attribuzione all'esecutivo di poteri temporanei per la gestione dell'emergenza sanitaria ha comunque riservato al *Riksdag* il controllo parlamentare successivo sulla legittimità delle varie misure adottate.

²³ Ancora A. SIMONI, *L'emergenza Covid-19 in Svezia: le basi giuridiche di un approccio pragmatico*, cit., p. 1870, il quale ricorda anche come sia stata osservata la tradizionale procedura di *remiss*, che prevede l'invio in consultazione del progetto di legge a soggetti qualificati (ad es. facoltà di giurisprudenza) e portatori di interessi collettivi (come i sindacati), sebbene chiamati ad esprimersi in tempi molto più ridotti rispetto a quelli ordinari.

²⁴ Cfr. *Final report from the Inquiry on the Riksdag during the COVID-19 pandemic 2020*

L'osservazione delle esperienze emergenziali in atto nei paesi nordici offre, in definitiva, sicuri spunti di interesse al comparatista.

In primo luogo, in ordine alla separazione dei poteri, la Costituzione più recente (quella della Finlandia, entrata in vigore nel 2000), che contiene una espressa normativa in tema di disciplina dei casi di emergenza – anche non derivante da questioni politiche o militari – si preoccupa di stabilire solidi argini ai poteri speciali dell'esecutivo, coinvolgendo a vario titolo il Presidente della Repubblica (nella decretazione dello stato di emergenza) ed il Parlamento (nel controllo successivo) a fini di esplicita garanzia costituzionale.

Ciò non è avvenuto nella stessa maniera in Norvegia – laddove, come si è visto, la Costituzione del 1814 è silente sul punto – sì che l'iniziale richiesta di poteri speciali da parte dell'esecutivo ha provocato forti resistenze e contestazioni per il tentativo di affievolire, secondo il disegno originario del Governo, il sindacato parlamentare sulla speciale normativa emergenziale.

In secondo luogo, la disciplina costituzionale finlandese sullo stato di emergenza contiene esplicite condizioni di compatibilità del regime di deroga con i principi di necessità, proporzionalità e limitazione della durata temporale delle speciali misure emergenziali, oltre che con gli impegni internazionali stipulati dal paese in materia di diritti umani: ciò comporta evidenti garanzie, sia per il controllo successivo del Parlamento sulla legittimità dei decreti emanati dal Governo, sia per il sindacato giudiziario attribuito alle Corti, competenti a scrutinare la normativa eventualmente in contrasto con le disposizioni europee od internazionali pertinenti.

Tutto questo non può analogamente rilevarsi per l'esperienza norvegese, mancando la richiamata esplicita copertura costituzionale, anche se, perverso, la speciale normativa emergenziale del *Corona Act* prevede una sua durata temporale molto limitata ed è stata espressamente stabilita la riserva di giurisdizione sulle misure adottate.

In terzo luogo – in relazione al regime dei controlli e delle garanzie – in tutte le esperienze analizzate deve apprezzarsi il ruolo non certo marginale dei Parlamenti a seguito dell'emergenza sanitaria.

Sia perché i Parlamenti hanno continuato a riunirsi e a svolgere le funzioni loro assegnate dalle rispettive Costituzioni: «Parliament is not suspended, but very much involved in day-to-day management of the emergency, even if not in the form of full legislative procedure. Its ability to

<https://www.riksdagen.se/en/news/2021/dec/3/final-report-from-the-inquiry-on-the-riksdag-during-the-covid-19-pandemic-2020/>.

operate is secured through internal measures adopted by Parliament itself»²⁵.

Sia, infine, perché le Assemblee godono di rilevanti prerogative di controllo e sindacato sulla normazione emergenziale adottata dall'esecutivo: in Finlandia, grazie al penetrante controllo di costituzionalità riservato all'autorevole Commissione affari costituzionali (*Perustuslakivaliokunta*); in Norvegia, in virtù dello speciale potere di veto concesso alla qualificata minoranza parlamentare di un terzo dei membri dello *Storting*; in Svezia e Danimarca grazie al costante coinvolgimento dei rispettivi Parlamenti (anche per il tramite di apposite Commissioni parlamentari) in relazione alla complessiva gestione – non solo normativa²⁶ – dell'emergenza sanitaria²⁷.

4. Conclusioni

La forma di governo degli ordinamenti nordici non sembra aver subito mutamenti significativi in conseguenza della pandemia, né gli esecutivi – che pur hanno visto accresciuto, dalla gestione quotidiana dell'emergenza sanitaria, l'arsenale degli strumenti e delle prerogative a loro complessiva disposizione – possono dirsi aver prevaricato i rispettivi Parlamenti²⁸, i

²⁵ Come rileva, per l'esperienza finlandese, M. SCHEININ, *The COVID-19 Emergency in Finland: Best Practice and Problems*, *VerfBlog*, 2020/4/16, <https://verfassungsblog.de/the-covid-19-emergency-in-finland-best-practice-and-problems/>. Considerazioni analoghe valgono per le esperienze di Danimarca, Svezia e Norvegia.

²⁶ Cfr. H. WENANDER, *Sweden: Non-binding Rules against the Pandemic – Formalism, Pragmatism and Some Legal Realism*, cit., p. 131 ss.

²⁷ Si consideri, al proposito, che l'approccio svedese alla gestione dell'emergenza pandemica è stato, in ogni caso, parzialmente differente da quello degli altri ordinamenti nordici, dal momento che si è incentrato principalmente sulla adozione di misure di *soft law*, in quanto «the main Swedish policy response was to rely upon recommendations and voluntary measures on the basis that these are in general more effective in changing behaviour and hence more sustainable»: così I. CAMERON - A. JONSSON CORNELL, *Countering the Spread of COVID-19 by means of Recommendations*, in *IACL-AIDC Blog* (14 September 2021), <https://blog-iacl-aidc.org/covid19-future-constitutionalism/2021/9/14/countering-the-spread-of-covid-19-by-means-of-recommendations-and-its-constitutional-implications>.

²⁸ Per l'esperienza norvegese, cfr. H.P. GRAVER, *The Norwegian Pandemic Response: Legality, Parliamentary Control and Deliberative Democracy Revisited*, *VerfBlog*, 2021/4/16, <https://verfassungsblog.de/the-norwegian-pandemic-response/>; per quella svedese, I. CAMERON - A. JONSSON-CORNELL, *COVID-19 in Sweden: A Soft Power Approach*, *VerfBlog*, 2021/2/24, <https://verfassungsblog.de/covid-19-in-sweden-a-soft-power-approach/>; sulla Finlandia, M. SCHEININ, *Finland: Soft measures, respect for the rule of law, and plenty of good luck: Overview of Legal and Political Response and Adaptation to COVID-19*, *VerfBlog*, 2021/2/23, <https://verfassungsblog.de/finland-soft-measures-respect-for-the-rule-of-law-and-plenty-of-good->

quali hanno così mantenuto quella posizione di centralità che appare ancor oggi marcare in senso fortemente caratterizzante il costituzionalismo degli ordinamenti nordici²⁹, risultando, di conseguenza, non smentita – anche a seguito dell'emergenza pandemica – quella osservazione in virtù della quale «there is a trend in all the Nordic countries to take steps to strengthen the position of parliament vis-à-vis the executive»³⁰.

Pare, in conclusione, di poter rilevare che neppure la complessa, difficile, emergenza sanitaria di natura pandemica ha provocato un effettivo stravolgimento dell'equilibrato assetto costituzionale così consolidatosi nel corso del tempo nelle esperienze nordiche.

ABSTRACT

The paper offers a comparative constitutional perspective on separation of powers and form of governments in time of emergencies in the Nordic Countries.

Many delicate issues of constitutional balancing between the powers of the State arises after pandemic Covid-19, such as the requirements of a declaration of state of emergency, the constitutional competences to make such declaration, the oversight of the declaration and the prolongation of the state of emergency, the eventual limits on the scope and, finally, on the duration of emergency measures.

Despite some general constitutional features can be identified, a further comparative studies in emergencies regimes uncovers significant differences in the Nordic constitutional systems.

luck/; per l'esperienza danese, vd. K.C. LAUTA, *The Eternal Emergency? Denmark's Legal Response to COVID-19 in Review*, VerfBlog, 2021/3/22, <https://verfassungsblog.de/the-eternal-emergency-denmarks-legal-response-to-covid-19-in-review/>.

²⁹ Alcuni autori parlano, a questo proposito, di «national parliamentary oriented constitutionalism»: cfr. J. HUSA, *Nordic Constitutionalism and European Human Rights – Mixing Oil and Water?*, in *Scandinavian Studies in Law*, vol. 55, *Human Rights*, 2010, p. 124.

³⁰ Come del resto osservava, subito prima della pandemia, B. THORARENSEN, *Mechanisms for Parliamentary Control of the Executive*, cit., p. 104.

CONSTITUTIONAL LAW AND
FUNDAMENTAL RIGHTS

Antonia Baraggia*

Il ruolo delle istituzioni nazionali per i diritti umani in tempo di crisi

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Una panoramica generale sulle NHRI(s) – 3. Il ruolo delle NHRI(s) durante l'emergenza COVID-19 – 4. Il ruolo delle NHRI(s) nella protezione dei valori dell'Unione Europea – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La pandemia ha rappresentato un banco di prova per i sistemi costituzionali a livello globale: due dei pilastri del moderno costituzionalismo, la protezione dei diritti fondamentali e la separazione dei poteri sono stati, infatti, sottoposti a tensioni e torsioni durante l'emergenza sanitaria¹.

Per quanto riguarda i diritti fondamentali, abbiamo assistito a restrizioni e limitazioni senza precedenti - con particolare riguardo, tra gli altri, alla libertà di movimento, alla libertà di associazione, al diritto all'istruzione - nel nome della protezione della salute pubblica.

Spesso tali limitazioni sono state introdotte da norme adottate a seguito di procedure di emergenza, che hanno conferito agli esecutivi e agli organi tecnici un ruolo di primo piano, con una generale emarginazione dei legislatori. Ciò si è rivelato ancora più problematico in un contesto caratterizzato dal fenomeno, sperimentato da molti ordinamenti contemporanei, di erosione democratica e da una generale crisi degli ordinamenti costituzionali, anche nelle democrazie cosiddette consolidate².

L'Europa, in particolare, accanto alla crisi sanitaria, è stata sfidata dalla crisi dello Stato di diritto e dall'imporsi di regimi a tendenza autocratica, su

* Professoressa associata di Diritto comparato – Università degli Studi di Milano.

¹ Tra la copiosa letteratura che si è occupata del tema si rimanda a M.P. MADURO - P. W. KAHN (ed.), *Democracy in Times of Pandemic*, Cambridge 2021; T.G. DALY, *Democracy and the Global Pandemic: Reshuffled Reputations and the Future of the 'Free World'*, Verfblog, 2021/5/01; M. SCHEININ - H. MOLBÆK-STEENSIG, *Pandemics and Human Rights: Three perspectives on human rights assessment of strategies against COVID-19*, EUI WP, 2021/01.

² M.A. GRABER - S. LEVINSON - M. TUSHNET, *Constitutional Democracy in Crisis?* OUP, 2018.

tutti Ungheria e Polonia, che mettono in discussione i valori fondamentali su cui si basa l'Unione Europea quale ordinamento sovranazionale.

In contesti di crisi, come noto, i tradizionali meccanismi di separazione dei poteri e di pesi e contrappesi vengono sovvertiti e persino ignorati: le situazioni di emergenza fungono, solitamente, da catalizzatori del potere nelle mani dell'esecutivo. Il ruolo del legislatore è spesso marginalizzato in nome della necessità di agire tempestivamente ed efficacemente per fronteggiare l'emergenza; il potere giudiziario, dal canto suo, è tendenzialmente cauto nell'intervenire in circostanze straordinarie e ad assumersi la responsabilità di invalidare i provvedimenti adottati dall'esecutivo.

In momenti di emergenza, la classica triade della separazione dei poteri appare, dunque, inefficace a tutelare i diritti fondamentali da potenziali abusi da parte di uno dei rami del potere e, in particolare, da parte degli esecutivi. Più in generale, nelle democrazie contemporanee, come afferma Tushnet, "the Montesqueian tradition cannot provide sufficient guarantees for constitutional democracy in a political world where political parties play central roles"³.

È per questo che, in particolare in contesti segnati da eventi di "disturbo" dell'equilibrio tra i poteri, è sempre più necessario esplorare il ruolo di nuove istituzioni che sfuggono alla versione triadica della separazione dei poteri e che svolgono una funzione di garanzia e di protezione democratica. Queste istituzioni sono ad oggi oggetto di tentativi di sistematizzazione da parte della dottrina, che le considera, variamente come "guarantor institutions"⁴, "fourth branch institutions"⁵, "integrity institutions"⁶, "independent regulatory commissions", o, rifacendosi alla tradizione greca, le definisce come "new ephorate"⁷.

³ M. TUSHNET, *The New Fourth Branch Institutions for Protecting Constitutional Democracy*, Cambridge, 2021, p. 3.

⁴ T. KHAITAN, *Guarantor Institutions*, *Asian Journal of Comparative Law*, 1-20, (2021).

⁵ M. TUSHNET, *The New Fourth Branch Institutions for Protecting Constitutional Democracy*, cit.

⁶ B. ACKERMAN, *The new separation of powers*, in 113, *Harvard Law Review*, 2000. Di "integrity institutions" parla anche Brown in riferimento al caso australiano: "The integrity branch of government consists of those permanent institutions, established with a degree of political independence under a Constitution or by statute, whose function is solely or primarily to ensure that other governmental institutions and officials exercise the powers conferred on them for the purposes for which they were conferred, and in the manner expected of them, consistent with ... the legal and wider precepts of integrity and accountability...", A.J. BROWN, *The Integrity Branch: A 'System', An 'Industry', Or a Sensible Emerging Fourth Arm of Government?* in M. GROVES (ed), *Modern Administrative Law in Australia: Concepts and Context*, Cambridge University Press, 2014.

⁷ M. LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, 2010, p. 448. Afferma

Queste istituzioni non sono certo una novità nel panorama comparato. E tuttavia hanno assunto una loro rilevanza soprattutto grazie al processo di costituzionalizzazione che le ha interessate (e le ha preservate dall'influenza delle dinamiche politiche) in contesti come il Sudafrica, il Kenya, il Nepal e lo Sri Lanka, lo Zimbabwe.

Il Sudafrica, con le istituzioni previste al Capitolo 9 della Costituzione, rappresenta il caso prototipico: la Costituzione del 1996 prevede un elenco di “State Institutions Supporting Constitutional Democracy⁸”, tra cui sono annoverati, tra gli altri, la Commissione sudafricana per i diritti umani, la Commissione per la Promozione e la Tutela dei Diritti della Cultura, Comunità religiose e linguistiche, la Commissione per la Parità di Genere, la Commissione elettorale.

Non è possibile in questa sede soffermarsi sul caso sudafricano che costituisce il modello per quanto riguarda la costituzionalizzazione delle istituzioni di garanzia. Pare interessante sottolineare però che, dal punto di vista comparatistico, esso rappresenta un interessante e al tempo stesso singolare esempio di “legal transplant”: il modello delle “Chapter 9 institutions” si è infatti diffuso in numerose costituzioni africane, ma a differenza dei tradizionali *legal transplants* di matrice coloniale, esso rappresenta un caso di “*intra-Africa borrowing*”, reso particolarmente efficace dalla condivisione di alcuni elementi storici e sociali comuni ai paesi africani, come il passato coloniale, la diversità etnica, religiosa e culturale, le sfide alla protezione dei diritti umani, la lotta alla corruzione e lo sviluppo dello stato di diritto¹⁰.

l'autore “one consequence of institutional differentiation in government is that many governmental tasks are now being undertaken by agencies that operate at a considerable distance from the main institutions of democratic legitimation. (...). These bodies (...) owe their authority and legitimacy to sources other than delegation of public power from legislature. This point, together with a growing recognition that these bodies now form a new branch of government, presents significant conceptual challenges. The branch that is coming into existence forms what might be called a new ephorate”, p. 448.

⁸ Chapter 9 Costituzione del Sudafrica.

⁹ C. FOMBAD, *The Diffusion of the South African-style Institutions? A Study in Comparative Constitutionalism*, in R. DIXON - T. ROUX (ed), *Constitutional Triumphs, Constitutional Disappointments*, Cambridge, 2018, p. 385.

¹⁰ Come ha osservato Fombad, “what makes these institutions unique and of critical importance to Africa’s democratic project is that they are often more effective through their easier accessibility, especially to the most vulnerable and indigent members of society, and their ability to be both reactive and proactive. For example, the Human Rights Commissions, which are decentralized and accessible at no cost to a complainant, will not only investigate complaints of human rights abuse and provide appropriate redress (quasi-judicial functions) but often also provide advice”, *ibidem*, p. 378.

Tuttavia, sebbene costituzionalizzate nel particolare contesto africano e migrate in altri contesti limitrofi, oggi le istituzioni di garanzia – pur se estremamente diversificate e difficilmente riconducibili a una categorizzazione sistematica – sono presenti in molti ordinamenti, dall’Europa, all’Asia, all’America Latina.

Tra le molteplici istituzioni che tradizionalmente sono considerate appartenenti a questa nuova branca del potere, vi sono le commissioni anti-corrruzione, le banche centrali e le istituzioni nazionali per i diritti umani¹¹(NHRIs), organi indipendenti che svolgono una funzione di monitoraggio della protezione dei diritti umani, della legittimità e della proporzionalità delle misure adottate in materia di diritti fondamentali e, in alcuni casi, possono anche avere una funzione para-giudiziaria.

Il presente contributo, pur muovendosi nello sfondo più ampio della letteratura sulla “*new fourth branch*”, intende focalizzarsi proprio sulle NHRI(s), istituzioni particolari sia per la loro natura giuridica che per le loro funzioni. Le NHRI(s) possono definirsi, in via generale, organismi indipendenti dal governo, con un ampio mandato costituzionale o legislativo per proteggere e promuovere i diritti umani a livello nazionale. Le NHRI(s) sono inoltre istituzioni “generaliste”, che si occupano sia dei diritti civili e politici che dei diritti economici, sociali e culturali.

Come vedremo, le NHRI(s) rivestono, in particolare, un ruolo sempre più significativo in contesti segnati da crisi ed emergenze: a causa della loro specifica funzione, del loro status e della loro struttura, durante i periodi di crisi, esse possono fungere da elementi di collegamento tra la società civile e lo stato, possono entrare in rapporto con i parlamenti e gli esecutivi nell’elaborazione di atti normativi e possono altresì intervenire in caso di violazione dei diritti umani e delle libertà fondamentali avverso azioni concrete (o inazioni) da parte delle autorità statali, al fine di garantire che lo stato di diritto sia preservato.

Alla luce di questo contesto, il presente contributo intende esplorare il ruolo delle istituzioni nazionali per i diritti umani in Europa in tempi di crisi, con particolare riferimento alla pandemia e alla crisi dello stato di diritto. Come è stato efficacemente osservato, esse “*may contribute crucially to flag[ging] human rights issues during emergency times and assist*

¹¹ K MEUWISSEN, *NHRIs and the State: New and Independent Actors in the Multi-layered Human Rights System?* (2015) 15 *Human Rights Law Review*, p. 441, p. 443; J. WOUTERS - K. MEUWISSEN (eds.), *National Human Rights Institutions in Europe: Comparative, European and International perspectives*, Cambridge - Antwerp - Portland: Intersentia, 2013; S. CARDENAS, *Chains of Justice. The Global Rise of State Institutions for Human Rights*, University of Pennsylvania Press, 2014.

citizens affected by emergency measures. They may therefore effectively complement parliamentary and judicial control¹²”.

Il presente contributo si articola come segue: la parte 2 esplorerà la natura delle NHRI(s) ed evidenzierà le ragioni del loro ruolo cruciale durante l'emergenza; la parte 3 analizzerà il contributo delle diverse NHRI(s) in tempo di pandemia; la parte 4 affronterà il ruolo delle NHRI(s) nella crisi dello Stato di diritto in Europa.

3. Una panoramica generale sulle NHRI(s)

Le NHRI(s) trovano la loro base giuridica nella risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite no. 48/13 sui “Principi relativi allo status delle istituzioni nazionali”¹³, i cosiddetti Principi di Parigi.

Secondo i Principi di Parigi, le NHRI(s), introdotte a livello costituzionale oppure a livello legislativo, devono essere investite della competenza per promuovere e proteggere i diritti umani¹⁴ e devono essere dotate di un mandato il più ampio possibile. Tra le altre competenze, essere dovrebbero essere in grado di presentare al governo, su richiesta o in modo indipendente, opinioni, raccomandazioni, proposte e rapporti su qualsiasi questione riguardante i diritti umani. Inoltre, le NHRI(s) dovrebbero stimolare la ratifica degli strumenti internazionali e formulare programmi per aumentare la consapevolezza pubblica in tema di tutela dei diritti umani. Per quanto riguarda le NHRI(s) incaricate di competenze quasi giudiziarie, sono definiti principi precisi: esse dovrebbero essere in grado di accogliere denunce e petizioni e trasmetterle ad altre autorità competenti e, soprattutto, dovrebbero essere in grado di “make recommendations to the competent authorities, especially by proposing amendments or reforms of laws, regulations and administrative practices, especially if they have created the difficulties encountered by the persons filing petitions to assert their rights¹⁵”.

Il mandato di una NHRI comprende in genere funzioni di ricerca e

¹² European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission). Report Study N° 987/2020, *Respect For Democracy, Human Rights And The Rule Of Law During States Of Emergency: Reflections*, 2020, p. 19.

¹³ UN General Assembly resolution 48/13, *Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles)*, 20 December 1993.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

consulenza, istruzione e promozione, monitoraggio e segnalazione, indagine e conciliazione e cooperazione con organizzazioni nazionali e internazionali.

Come è stato sottolineato, “the Paris Principles emphasize the role of NHRIs to monitor and report on the human rights situation across their country rather than to focus on handling individual human rights complaints. An especially relevant characteristic of NHRIs is their close engagement with human rights actors of a state and non-state nature, leading to descriptions of NHRIs as ‘bridge-builders’ across the multi-layered human rights regime”¹⁶.

Tali funzioni istituzionali sono garantite da uno specifico insieme di principi sulla composizione dell’ente e sulla nomina dei suoi membri, al fine di garantirne l’indipendenza, caratteristica fondamentale delle NHRI(s) sia a livello nazionale che internazionale.

In particolare, l’indipendenza è uno dei requisiti necessari affinché le NHRI(s) siano accreditate dal Comitato di coordinamento internazionale per le istituzioni nazionali per i diritti umani (ICC)¹⁷. L’indipendenza delle NHRI(s) viene enucleata dai Principi di Parigi in una serie di condizioni, tra cui:

- a) la composizione dell’istituzione deve essere stabilita mediante una procedura che offra tutte le garanzie necessarie per assicurare la rappresentanza pluralista delle forze istituzionali e della società civile coinvolte nella protezione e nella promozione dei diritti umani con la presenza di rappresentanti delle ONG responsabili dei diritti umani, dei sindacati, delle organizzazioni sociali e professionali, delle università, del parlamento, delle amministrazioni locali, regionali e nazionali (queste ultime solo con funzioni consultive);
- b) l’istituzione deve disporre di “an infrastructure which is suited to the smooth conduct of its activities, in particular, adequate funding”¹⁸ che consentano “to have its staff and premises, to be independent of the Government and not be subject to financial control”¹⁹;

¹⁶ K. MEUWISSEN, *Fundamental Rights Protection Beyond Individual Complaints: the potential of national human rights institutions in Europe*, in L. VIOLINI - A. BARAGGIA (ed.), *The Fragmented Landscape of Fundamental Rights Protection in Europe*, Elgar, 2018.

¹⁷ Per garantire la messa in rete delle NHRI, nel 1993 è stato istituito un Comitato di coordinamento internazionale per le istituzioni nazionali per i diritti umani (ICC) incaricato, tra le altre cose, dell’accreditamento delle istituzioni nazionali.

¹⁸ UN General Assembly resolution 48/13, *Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles)*, 20 December 1993.

¹⁹ *Ibidem*.

- c) la nomina dei membri dovrebbe essere determinata da un atto ufficiale che stabilisca la durata del mandato (che può essere rinnovabile).

Pertanto, secondo i Principi di Parigi, l'indipendenza si declina, da un lato, rispetto alle qualità personali dei membri dell'istituzione, che dovrebbero rappresentare la pluralità di interessi presenti nelle società, e, dall'altro, rispetto all'organizzazione e all'autonomia finanziaria dell'istituzione stessa.

Accanto all'indipendenza, le NRHI(s) presentano un'altra caratteristica del tutto peculiare rispetto al potere giudiziario, caratteristica che è relativa al loro ampio mandato:

“they are specifically designed to guarantee human rights norms in a manner that is distinct from generalist constitutional courts (that are concerned with all constitutional violations, and not just breaches of human rights). Alongside determining breaches like courts, human rights guarantors may also undertake investigating, monitoring, advising, advocating, educating, and training in relation to human rights—functions that constitutional courts typically do not or cannot effectively perform. Human Rights institutions typically need not only human rights lawyers, but also personnel with other set of skills and expertise, if they are to effectively discharge their (specific but broad) guarantor role”²⁰.

Vi è infine una ulteriore specificità delle NHRI(s), che è data dalla loro ibrida collocazione tra il livello nazionale e internazionale: esse rappresentano una sorta di istituzione-ponte tra il livello nazionale – dove esse trovano la loro attuazione e definizione normativa - e il livello internazionale, essendo la loro istituzione promossa dell'ONU e guidata dai cosiddetti Principi di Parigi. Tale posizione intermedia emerge anche guardando al contesto europeo: l'Agenzia Europea per i diritti fondamentali (FRA) è da tempo impegnata nella promozione delle NHRI(s) a livello nazionale, sia che si tratti di sollecitarne la creazione *ex novo*, come nel caso italiano (ad oggi senza successo), sia che si tratti di migliorarne le caratteristiche in tema di indipendenza e responsabilità alla luce dei Principi di Parigi.

Gli aspetti caratteristici delle NHRI(s) fin qui evidenziati emergono in maniera ancor più rilevante in tempi di emergenza e di alterazione delle dinamiche di separazione dei poteri e dei rapporti tra libertà e autorità. Durante la pandemia, le NHRI(s) in tutta Europa hanno svolto un ruolo fondamentale nel promuovere nei cittadini la consapevolezza della natura

²⁰ T. KHAYTAN, *Guarantor Institutions*, cit.

delle disposizioni di emergenza limitative dei diritti fondamentali e nel controbilanciare, interagendo tanto con i parlamenti che con gli esecutivi, gli squilibri di potere portati dall'emergenza²¹. Anche guardando alla crisi dello stato di diritto e alla protezione della *rule of law*, le NHRI(s) come si vedrà stanno emergendo quali preziosi interlocutori, sia a livello nazionale che sovranazionale.

4. *Il ruolo delle NHRI(s) durante l'emergenza COVID-19*

La letteratura che si è occupata degli stati di emergenza ha da tempo evidenziato la correlazione tra situazioni “*extra-ordinem*” e il ruolo predominante dell'esecutivo a discapito di altre branche del potere: l'esecutivo presenta, infatti, caratteristiche di reattività e tempestività che sfuggono invece al legislativo e al giudiziario: “*emergencies often require national executives to act quickly and forcefully to stave off threats. But emergencies also give national executives the opportunity to consolidate power, just when parliaments and courts are least keen to take responsibility*”²².

Da questo punto di vista, la pandemia non costituisce un'eccezione: il fenomeno “*dell'esecutive overreach*”²³ è stato infatti osservato in diversi ordinamenti, con maggior o minore intensità, durante la gestione della pandemia.

Tuttavia, come sostengono Ginsburg e Versteeg²⁴, la crisi del Covid-19 presenta elementi di unicità rispetto alle tradizionali crisi relative alla sicurezza nazionale tanto che “*it is far from clear that crisis governance should be the same in a pandemic as in a national security crisis*”²⁵.

A questo proposito gli autori hanno evidenziato che “*in many countries, checks and balances have remained robustly in place during the current health crisis, and that government has been decidedly Madisonian*”²⁶.

Anche in ottica comparata, durante la pandemia, legislatori, giudici e

²¹ Si veda <https://ennhri.org/our-work/covid-19/>

²² K.L. SCHEPPELE - D. POZEN, *Executive Overreach and Underreach in the Pandemic*, in M.P. MADURO - P. W. KAHN (ed.), *Democracy in Times of Pandemic*, Cambridge 2020, p. 38.

²³ *Ibidem*.

²⁴ T. GINSBURG - M. VERSTEEG, *The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic*, International Journal of Public Law, 2021.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

governi locali hanno svolto un ruolo attento e cruciale nel monitoraggio dell'azione dell'esecutivo, nell'approvazione di nuove leggi e nella definizione di politiche pubbliche in risposta alla crisi epidemica.

A ben vedere però, il panorama delle istituzioni coinvolte nel controllo delle azioni di governo, non si esaurisce nei tradizionali *checks and balances*: la crisi ha offerto una straordinaria occasione per l'affermazione di meno note e più recenti istituzioni a protezione della democrazia, che hanno svolto un ruolo chiave nel contrastare i rischi connessi ad una eccessiva concentrazione del potere in capo all'esecutivo a scapito della protezione dei diritti, della separazione dei poteri e della democrazia. Questo esito sembra costituire il naturale approdo di un trend che ha visto i sistemi costituzionali – in primis i sistemi del c.d. Global South – sviluppare, nel tempo, nuove strategie e nuovi soggetti per “co-stringere” l'esecutivo quando, come accade in tempi di crisi, i tradizionali meccanismi di controllo ed equilibrio potrebbero non essere pienamente efficaci. Secondo le più recenti elaborazioni teoriche di Tarunabh Khaitan, queste istituzioni possono essere definite istituzioni di garanzia²⁷. Ed è in questa categoria che si possono annoverare le NHRI(s) che, come si è visto nei paragrafi precedenti, per la loro natura e le loro funzioni, svolgono un ruolo cruciale a protezione dei diritti fondamentali e si collocano al di fuori della triadica ripartizione dei poteri, in posizione di indipendenza.

La letteratura, soprattutto internazionalistica, ha già affrontato le funzioni delle NHRI(s), soprattutto in caso di conflitti armati²⁸ o in contesti di transizione segnati dal decadimento degli standard democratici; meno esplorato è, invece, il ruolo delle NHRI(s) in tempi di emergenza sanitaria globale, che pone nuove e inaspettate sfide alla protezione dei diritti.

Esaminando in prospettiva comparativa il ruolo delle NHRI(s) durante la pandemia, possiamo identificare diversi profili di intervento: 1) consulenza alle autorità pubbliche competenti (governi e parlamenti) e persino partecipazione attiva al processo legislativo; 2) monitoraggio della protezione dei diritti umani, specialmente in caso di gruppi vulnerabili; 3) sensibilizzazione dell'opinione pubblica sulla natura delle misure adottate per affrontare la crisi e sul loro impatto sui diritti umani.

Nell'ambito della prima funzione, le NHRI(s) in diversi Paesi hanno rilasciato dichiarazioni chiedendo ai governi di proteggere i gruppi più

²⁷ T. KHAITAN, *Guarantor Institutions*, cit.

²⁸ S. MOLLOY, *National Human Rights Institutions in Post-Conflict Settings: An Evolving Research Agenda?*, in *Journal of Human Rights Practice*, 12 (2020).

vulnerabili: ad esempio, l'ufficio per il Difensore civico della Croazia ha pubblicato diverse note sulle implicazioni delle misure di contrasto alla pandemia sulle persone senza fissa dimora, sulle persone anziane, sui rifugiati e richiedenti asilo²⁹; nella Repubblica Ceca il difensore civico si è concentrato sull'impatto delle misure restrittive sulle persone con disabilità, sui giovani e sulle famiglie vulnerabili³⁰; ancora, l'Istituto Tedesco per i Diritti Umani ha pubblicato diversi comunicati stampa sulla protezione dei diritti dei bambini, degli anziani e dei rifugiati in tempo di pandemia.

Le NHRI(s) rilasciano spesso dichiarazioni e raccomandazioni sui principi che le autorità pubbliche devono seguire allorché limitano i diritti umani in nome di situazioni straordinarie: ad esempio la NHRI danese (l'Istituto danese per i diritti umani) ha pubblicato una nota in cui si ricorda che le misure di emergenza devono essere temporanee, avere una chiara base giuridica e devono essere proporzionate; l'Ufficio del difensore civico bulgaro ha rilasciato una dichiarazione in cui sottolinea che, anche nel contesto della necessaria limitazione dei diritti fondamentali, le garanzie costituzionali di tutela dei diritti non possono essere derogate; la NHRI norvegese ha fornito un contributo alla commissione parlamentare sul progetto di legge chiamato "Corona Act" (che ha introdotto nuove restrizioni e definito nuove regole in materia di quarantena e isolamento), sottolineando la necessità di trasparenza e l'uso di processi consultivi nello sviluppo di misure in risposta al COVID-19; la Commissione per i diritti umani irlandese e la Commissione per l'uguaglianza ha indirizzato una lettera al Primo Ministro sostenendo che le azioni legislative intraprese per affrontare l'emergenza devono sempre essere proporzionate, necessarie e non discriminatorie; in Francia, la Commissione consultiva nazionale per i diritti umani (CNCDH) ha sollevato al Primo Ministro e ai parlamentari serie preoccupazioni per le violazioni dei diritti umani causate dalle misure di emergenza adottate³¹.

Inoltre, alcune NHRI(s) svolgono funzioni quasi-giudiziarie: esse possono avviare procedimenti dinanzi alle corti costituzionali per sottoporre a giudizio di costituzionalità le norme adottate suscettibili di incidere sulla protezione dei diritti umani. È questo il caso dell'Ombudsman sloveno, il quale ha ricevuto diverse richieste che lo sollecitavano ad adire la Corte costituzionale della Repubblica di Slovenia, per chiedere

²⁹ OHCHR- National Institutions and Regional Mechanisms Section, *National Human Rights Institutions: Response To The Novel Covid -19 Virus*, 13 May 2020.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

che si pronunciasse sulla costituzionalità di diverse misure adottate per affrontare l'emergenza. Tuttavia, l'Ombudsman ha deciso di non avviare tale procedimento e ha indirizzato le sue considerazioni e raccomandazioni all'esecutivo, intraprendendo così una via dialogica, prima di adire quella giudiziaria. L'Ombudsman spagnolo ha intrapreso una strada simile: esso non ha dato seguito a diversi ricorsi di costituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale contro il regio decreto 463/2020 del 14 marzo, che aveva dichiarato lo stato di allarme ai sensi della Costituzione spagnola.

Ultimo, ma non meno importante, è il ruolo delle NHRI(s) nella promozione della consapevolezza dei cittadini circa le implicazioni delle misure di emergenza sui diritti fondamentali: un esempio di tale attività è offerto dalla NHRI francese che ha pubblicato un articolo di giornale su "*Le Monde*" sulla necessità di proteggere i diritti fondamentali, soprattutto in caso di categorie vulnerabili. Non dissimilmente, in Norvegia, la NHRI ha rilasciato diverse interviste e lanciato una serie di seminari al fine di rendere accessibili le implicazioni per i diritti umani delle misure relative al Covid-19³².

L'ampia panoramica comparativa che si è proposta ha inteso mostrare il crescente ruolo delle NHRI(s), che sono state istituzioni attive, sia per quanto riguarda il loro impegno rispetto agli altri poteri dello stato, sia rispetto alla società civile e ai soggetti interessati dalle misure di emergenza.

E tuttavia, analizzando in profondità il ruolo delle NHRI(s) e la loro effettività emerge ancora una strutturale debolezza di queste istituzioni rispetto ai tradizionali poteri dello stato ed una certa residualità delle loro attività.

5. Il ruolo delle NHRI(s) nella protezione dei valori dell'Unione Europea

Le NHRI(s) svolgono un ruolo sempre più importante anche all'interno del quadro giuridico europeo. Un recente report³³ pubblicato dalla FRA ha evidenziato il ruolo centrale delle NHRI(s) nell'architettura dei diritti fondamentali dell'Unione e nella protezione dello Stato di diritto e dei valori dell'UE.

L'esistenza stessa in un determinato paese di una NHRI indipendente può essere considerata come un indicatore dell'impegno dello Stato per lo

³² *Ibidem.*

³³ Fundamental Rights Agency, *Strong and effective national human rights institutions – challenges, promising practices and opportunities*, 1 September 2020.

stato di diritto e la protezione dei diritti umani.

Le NHRI(s), in particolare, possono svolgere un ruolo fondamentale in diverse procedure del diritto europeo che riguardano lo Stato di diritto e la tutela dei diritti umani³⁴. Come sottolinea il report della FRA, le NHRI(s) potrebbero contribuire alle procedure di cui all'articolo 7 TUE, che mira a determinare se esiste un evidente rischio di violazione grave da parte degli Stati membri dei valori di cui all'articolo 2 TUE. Le NHRI(s) potrebbero anche fornire contributi e osservazioni nelle procedure di infrazione avviate dalla Commissione europea contro gli Stati membri che non rispettano lo stato di diritto. Le NHRI(s) possono anche contribuire³⁵ alla relazione annuale della Commissione sullo stato di diritto³⁶ con la loro attività di monitoraggio.

Un'altra interessante area di intervento per le NHRI(s) è il regime di condizionalità per l'accesso ai fondi dell'UE (condizionalità di spesa), che collega l'erogazione dei fondi della maggior parte dei programmi di finanziamento europei al rispetto di determinati standard e condizioni. I primi meccanismi di condizionalità di spesa sono stati introdotti nel 1990, in particolare nella politica agricola comune (PAC), allorquando l'Unione ha collegato l'erogazione dei finanziamenti al soddisfacimento di determinati obiettivi ambientali. Da allora, i meccanismi di condizionalità di spesa sono cresciuti in modo significativo sia in termini di ambito di applicazione, nel senso che si applicano a più programmi di finanziamento, sia in termini di contenuto sostanziale, poiché sempre più sono le condizioni poste ai fini dell'effettiva erogazione dei finanziamenti.

Il Regolamento sulle disposizioni comuni applicabili ai diversi fondi europei per il periodo 2014-2020 aveva per esempio introdotto diverse forme di condizionalità³⁷ *ex ante* che gli Stati membri dovevano soddisfare per accedere ai finanziamenti europei³⁸. Anche il nuovo Regolamento

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ Si veda per il 2021 il Report a questo link: https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/rule-law-mechanism/2021-rule-law-report_it.

³⁷ Cfr. regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, recante disposizioni comuni sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione, sul Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca e disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, il Fondo sociale europeo, il Fondo di coesione e il Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca e che abroga il regolamento (CE) n. 1083/2006 del Consiglio.

³⁸ Si veda ad esempio, il rilievo dell'uguaglianza di genere nel sistema di finanziamento: V.

sulle disposizioni comuni³⁹ relativo al 2021-2027 si pone sulla stessa scia del precedente ed anzi sembra ulteriormente rafforzare l'impiego della condizionalità. Esso, infatti, trasforma il regime di condizionalità⁴⁰ ex ante in un sistema di "condizioni abilitanti", con quattro set di condizioni orizzontali e sedici tematiche da monitorare durante l'intero periodo di bilancio e la possibilità di sospendere i finanziamenti in qualsiasi fase del processo. Il regolamento in oggetto rafforza, inoltre, le condizioni relative al rispetto dei diritti fondamentali nell'uso dei fondi dell'UE.

A ciò si aggiunga che la recente comunicazione sulla "Strategia per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali nell'UE"⁴¹ ha collegato l'attuazione dei programmi finanziati dall'UE al rispetto delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali. In particolare, il già citato Regolamento sulle disposizioni comuni contiene una "condizione abilitante" relativa alla Carta: ciò significa che per tutti i programmi sostenuti dai fondi europei coperti dal regolamento, devono essere predisposti meccanismi efficaci per garantirne la conformità alle disposizioni della Carta. Sebbene l'ambito di applicazione di questa condizionalità della Carta sia più ristretto rispetto alla clausola orizzontale di condizionalità dello Stato di diritto introdotta dal Regolamento 2020/2092⁴², è un ulteriore segno di come la

VITĀ, *Mainstreaming Equality in European Structural and Investment Funds: Introducing the Novel Conditionality Approach of the 2014–2020 Financial Framework*, 18 *German Law Journal* 4, 2019.

³⁹ Regolamento (UE) 2021/1060 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 Giugno 2021, Recante le disposizioni comuni applicabili al Fondo europeo di sviluppo regionale, al Fondo sociale europeo Plus, al Fondo di coesione, al Fondo per una transizione giusta, al Fondo europeo per gli affari marittimi, la pesca e l'acquacoltura, e le regole finanziarie applicabili a tali fondi e al Fondo Asilo, migrazione e integrazione, al Fondo Sicurezza interna e allo Strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti.

⁴⁰ Regolamento (UE) 2021/1060 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 Giugno 2021, recante le disposizioni comuni applicabili al Fondo Europeo di sviluppo Regionale, al Fondo sociale europeo plus, al Fondo di coesione, al Fondo per una transizione giusta, al Fondo europeo per gli affari marittimi, la pesca e l'acquacoltura, e le regole finanziarie applicabili a tali fondi e al Fondo Asilo, migrazione e integrazione, al Fondo Sicurezza interna e allo Strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti.

⁴¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Strategia per rafforzare l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Bruxelles, 2.12.2020 COM(2020) 711.

⁴² Ci si riferisce qui al noto Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 Dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione.

condizionalità possa essere utilizzata come strumento disciplinare e come strumento per la protezione e la promozione dei valori fondamentali dell'UE.

In questo contesto, come il report della FRA sottolinea, il monitoraggio efficace del rispetto delle condizioni abilitanti per l'accesso ai fondi europei riflette la necessità di garantire che i fondi stessi siano spesi in conformità con il quadro giuridico, le priorità e gli obiettivi politici dell'UE.

Dal punto di vista delle NHRI(s), il nuovo regolamento sulle disposizioni comuni introduce due previsioni interessanti: da un lato l'art. 2 prevede che gli Stati membri includano nei partenariati nazionali "organismi pertinenti che rappresentano la società civile, quali i partner ambientali, le organizzazioni non governative e gli organismi incaricati di promuovere l'inclusione sociale, i diritti fondamentali, i diritti delle persone con disabilità, la parità di genere e la non discriminazione"; e dall'altro, prevede, in ciascuno Stato membro, l'istituzione di un comitato di sorveglianza, composto dalle autorità competenti e dagli organismi intermedi dello Stato membro, come anche dei rappresentanti dei partner di cui all'articolo 8, paragrafo 1, a cui viene affidato il monitoraggio dell'erogazione dei fondi.

Queste disposizioni aprono nuove opportunità per le NHRI(s), che possono essere coinvolte non solo come organi consultivi, ma potrebbero influenzare il processo decisionale. Come sottolinea la FRA, "the potential role of NHRIs in contributing to monitoring Charter compliance of EU-funded programmes – and in preparing Charter-compliant EU-funded national programmes – is an opportunity for NHRIs to promote and realize fundamental rights in the EU and in the individual Member States. At the same time, involving the NHRIs in this process would increase their visibility and importance among national stakeholders and in wider society and increase their tangible impact on the human rights situation in their countries. In other words, such involvement has the potential to strengthen the capacity of NHRIs to meet the needs on the ground and strengthen their effectiveness in carrying out their core mandate to promote and protect fundamental human rights⁴³".

Finora, il ruolo delle NHRI(s) nei comitati nazionali per la valutazione dei fondi dell'UE è stato relativamente limitato: solo le NHRI(s) di Croazia, Svezia e Cipro sono state coinvolte nel monitoraggio dell'attuazione dei fondi europei a livello nazionale.

Tuttavia, l'apertura che sembra leggersi dal nuovo Regolamento sulle

⁴³ Fundamental Rights Agency, *Strong and effective national human rights institutions – challenges, promising practices and opportunities*, cit.

previsioni comuni e la sempre più pressante crisi dello stato di diritto nell'Unione, fanno prospettare un possibile potenziamento del loro ruolo nel contesto europeo.

6. Conclusioni

Il presente contributo ha cercato di mettere in luce il ruolo delle NHRI(s) in tempi di crisi, con particolare riguardo al contesto europeo.

Le NHRI(s) sono istituzioni indipendenti, al crocevia tra diritto costituzionale e diritto internazionale, che possono essere etichettate sotto la categoria di istituzione di garanzia: in quanto tali, sono “tailor-made constitutional institutions, vested with material as well as expressive capacities,” whose function is to provide a credible, enduring guarantee to “specific constitutional norms, or even particular aspects of specific constitutional norms.”⁴⁴

Nonostante la varietà nelle funzioni e nella composizione delle NHRI(s), l'analisi comparata ha dimostrato la crescente rilevanza di tali istituzioni nel contesto europeo con particolare riguardo a due momenti di crisi: la pandemia e la crisi dello stato di diritto.

In riferimento alla pandemia, esse hanno svolto un ruolo significativo in materia di implicazioni per i diritti fondamentali delle misure d'emergenza, con particolare riguardo all'impatto sui gruppi vulnerabili, come bambini, anziani, persone con disabilità, rifugiati e carcerati.

Inoltre, nelle loro attività di monitoraggio, sono state un solido interlocutore per esecutivi e legislatori, promuovendo la responsabilità e la trasparenza del processo decisionale ed esaminando la proporzionalità e la legittimità delle misure adottate. Le aree di intervento delle NHRI(s) durante l'emergenza Covid-19 si sono ampliate: insieme alla più classica tutela dei diritti civili e politici, le NHRI(s) hanno preso in considerazione la violazione dei diritti socio-economici, facendo luce sull'impatto sociale della pandemia in termini di aumento delle disuguaglianze e di esacerbazione dei conflitti sociali.

Nonostante il loro emergere come attori chiave nella governance della pandemia, con funzioni di supervisione sui diversi poteri dello stato, le NHRI(s) presentano potenzialità non ancora del tutto espresse, come per esempio la possibilità di partecipare a procedimenti giudiziari come *amicus*

⁴⁴ T. KHAYTAN, *Guarantor Institutions*, cit., p. 542.

curiae, fornendo dati e informazioni su determinate questioni riguardanti la protezione dei diritti fondamentali.

La pandemia non solo ha dato l'occasione di mettere in luce il ruolo delle NHRI(s) ma ha anche favorito il dibattito sulla creazione di NHRI(s) in quei paesi, come l'Italia, che sono ancora prive di una commissione per i diritti umani.

Lo stesso si può dire per quanto riguarda il ruolo delle NHRI(s) in merito alla crisi dello stato di diritto: esse sono sempre più interlocutrici della Commissione e delle istituzioni europee nell'implementazione del cosiddetto "*rule of law toolbox*".

In definitiva, l'emergenza Covid-19 e la crisi dello stato di diritto in Europa hanno aperto un "vaso di Pandora" per le NHRI(s), la cui natura, legittimità e funzioni meritano di essere poste al centro di una profonda riflessione costituzionale circa le trasformazioni contemporanee della separazione dei poteri.

ABSTRACT

Across the globe, public power is experiencing a period of deeply rooted change. The most recent development of constitutional systems has stretched the original triad of the separation of powers to the point of creating new powers, among which we can identify the so-called "fourth branch institutions" (Tushnet 2020). They encompass public bodies, such as Electoral commissions, minorities commissions, Anti-corruption commissions, National Human Rights Institutions (NHRIs), which are independent from the three main branches, and whose purpose is to protect democratic governance and promote human rights. NHRIs, in particular, play a pivotal role in promoting and monitoring the effective implementation of human rights at the national level, a role which is even more important in times of emergency.

The paper explores in comparative perspective the nature and the powers of NHRI(s) across Europe in times of emergency, and it investigates the function of NHRI(s) vis à vis the executive, the judiciary, and the legislator.

After a theoretical introduction about the "fourth branch" nature of these institutions, the paper analyses the role of NHRI(s) in monitoring fundamental rights protection, in advising authorities and policy-makers on the human rights impact of emergency provisions. The paper focuses on two main case studies: the role of NHRI(s) during the pandemic and with regard to the rule of law crisis in Europe.

Carlo Garbarino*

*Recenti evoluzioni delle politiche fiscali nazionali
e sistema delle risorse proprie UE*

SOMMARIO: 1. La dinamica delle misure fiscali durante la crisi Covid – 2. Le cause della convergenza – 3. Una possibile spiegazione della evoluzione fiscale UE.

1. *La dinamica delle misure fiscali durante la crisi Covid*

Il panorama regolamentare di come gli Stati hanno reagito alla diffusione del COVID-19 (d'ora innanzi in breve "Covid") ricomprende interventi che variano dalle misure sanitarie in senso stretto alle più disparate misure socio-economiche. In questo contributo farò riferimento alle misure fiscali come *proxy*, cioè come campione approssimativamente indicativo, di un più ampio quadro regolamentare al fine di prospettare talune ipotesi circa possibili spiegazioni di evoluzioni istituzionali relative in senso ampio all'architettura fiscale UE che si è recentemente determinata.

Poiché le misure fiscali sono state tra le prime e principali ad intervenire sui primari effetti economici della crisi, è ragionevole ritenere che la dinamica evolutiva che le ha caratterizzate in qualche modo rappresenti linee di tendenza capaci di spiegare momenti di sintesi a livello UE avvenuti a dispetto del vincolo dell'unanimità che in passato aveva sempre bloccato progressi in questo campo.

Vi sono evidenze abbastanza chiare che le misure fiscali hanno mostrato una tendenza a convergere, cosicché si formula qui l'ipotesi che siffatta convergenza era un effetto a valle di un quadro politico comune basato su peculiari dinamiche che si sono attivate, su cui più ampiamente nel prosieguo. Questa convergenza non solo confligge con le iniziali aspettative che si sarebbero determinate forme di competizione regolamentare, ma anche propone interessanti prospettive di riflessione critica circa i generali assetti istituzionali.

* Bocconi University e Hauser Global Visiting Faculty, NYU Law School.

Nel presente paragrafo svilupperò un sintetico resoconto delle dinamiche di politica fiscale che si sono dipanate durante la crisi Covid, nel paragrafo 2 introdurrò i concetti di biopotere e biopolitica come cause della convergenza fiscale, ed infine nel paragrafo 3 utilizzerò questa prospettiva come una possibile spiegazione della evoluzione fiscale in senso lato a livello dell'UE, evoluzione intesa come mutamento della gestione sia delle risorse proprie UE che degli impieghi delle stesse in termini di investimenti.

Sin dall'inizio gli Stati non hanno reagito in modo coordinato alla crisi Covid e la risposta immediata è apparsa essere di tipo "nazionalistico" ed è quindi stato proposto il termine di "*Coronationalism*".¹ In disparati paesi sono state introdotte misure regolamentari relative al Covid che presentano similitudini, ma ciò non indica che siano effettivamente avvenuti trapianti giuridici intesi come forme di trasferimento di politiche ovvero di soluzioni operative da un sistema giuridico ad un altro.

Formulo quindi l'ipotesi che i paesi coinvolti nella crisi possano avere adottato misure regolamentari relative al Covid senza avere deliberatamente trasferito o trapiantato normative o prassi le politiche specificamente adottate da altri paesi. Questa situazione è definita in questo contributo come "convergenza spontanea", cioè una situazione nella quale due o più paesi sviluppano misure regolamentari che hanno funzioni identiche o simili ma nella quale idiosincratici fattori interni o locali sono determinanti per la adozione di specifiche misure, mentre al contempo non vi è esplicita evidenza che vi sia stato *tout court* un trasferimento di politiche od un trapianto giuridico.²

Questa convergenza spontanea è evidente in relazione alle misure fiscali relative al Covid: la politica fiscale ha svolto un ruolo centrale sia nel circoscrivere l'impatto economico della crisi Covid che nell'alleviare le conseguenze negative delle misure di emergenza e delle altre restrizioni. Tuttavia i dati circa le misure fiscali adottate dagli Stati all'interno dell'UE sono estremamente complessi e l'analisi descrittiva dovrebbe scendere in un dettaglio estremo e non è questa la sede per siffatta analisi. L'ipotesi della convergenza spontanea non ha quindi la pretesa di evidenziare tassonomie specifiche di misure *ad hoc*, ma evidenzia che le misure nazionali hanno costituito una combinazione di *contenimento*, *mitigazione* ed *incentivi per la ripresa* che hanno in sostanza richiesto una particolare attenzione alla liquidità, alle forme di solvenza di famiglie ed imprese ed anche a forme di sostegno dei redditi.

¹ Vedasi G. BOUCKAERT ET AL., *European Coronationalism? A Hotspot Governing a Pandemic Crisis*, in *Public Administration Review*, Online Version of Record (2020).

² D. STONE, *Learning Lesson and Transferring Policy Across Time, Space, and Disciplines*, in *19 Politics* 1, 1999.

In sintesi, senza entrare nei dettagli, i sistemi fiscali nazionali si sono trasformati temporaneamente da meccanismi per la raccolta del gettito a *sistemi temporanei di mitigazione della raccolta del gettito*. Nella maggior parte dei paesi sono state infatti introdotte misure di sospensione della riscossione dirette ad alleviare i rischi di breve termine della liquidità. Si è verificata anche una tendenza comune a ridurre il carico fiscale sia sulle famiglie che sulle imprese.³

Nella miriade di interventi fiscali si possono individuare essenzialmente tre tipologie di misure che sono dirette a perseguire tre distinti obiettivi:⁴ (i) *incrementare il flusso di cassa delle famiglie e delle imprese*, (ii) *ridurre il carico fiscale ed influenzare il comportamento*, e (iii) *provvedere certezza legale*.⁵

L'approccio a livello di UE è stato più proattivo ed omogeneo ove lo si contrapponga al modo disordinato con cui i singoli Stati membri hanno affrontato la crisi Covid. Già il 19 marzo 2020 la Commissione aveva adottato un *Temporary Framework* per consentire agli Stati membri ad adottare la massima flessibilità possibile in relazione alle regole sugli aiuti di Stato al fine di sostenere l'economia nel contesto della crisi Covid.⁶ Questo *Temporary Framework* è stato successivamente modificato diverse volte ma costituisce certamente uno degli interventi più significativi.

Parallelamente già nell'aprile 2020 la Commissione ha approvato misure relative agli aiuti di Stato dirette a sostenere le attività commerciali e a proteggere le famiglie. È stata inoltre attivata la clausola generale di salvaguardia del Patto di Crescita e Stabilità, consentendo così agli Stati membri di adottare misure adeguate ad affrontare la crisi pur discostandosi

³ Vedasi *OECD Centre for Tax Policy Administration. Tax and Fiscal Policy in Response to the Coronavirus Crisis: Strengthening Confidence and Resilience* (OECD Publishing, 2020).

⁴ È possibile anche utilizzare altri criteri per verificare le risposte breve termine alla crisi. Vedasi, ad esempio, classificazioni cinque categorie utilizzata dall'OECD (*OECD Centre for Tax Policy and Administration. Tax and Fiscal Policy in Response to the Coronavirus Crisis: Strengthening Confidence and Resilience* (OECD Publishing, 2020) (accessed 3 December 2020), at p. 12 ss. L'IMF distingue tra "spending-side measures", "revenue-side measures" e "government-supported liquidity measures": *IMF, Fiscal Monitor: Policies to Support People During the COVID-10 Pandemic*, (April 2020) (accessed 9 September 2020), pp. 17-18.

⁵ Vedasi *OECD Centre for Tax Policy and Administration. Tax and Fiscal Policy in Response to the Coronavirus Crisis: Strengthening Confidence and Resilience* (OECD Publishing, 2020); A. PIRLOT - J. VELLA - R. COLLIER, *Tax Policy and the COVID-19*, in *Crisis 48 Intertax* 8/9, (June 2020); M. DEVEREUX ET AL., *Discretionary Fiscal Responses to the Covid-19 Pandemic*, in *Oxford Review of Economic Policy*, graa019, (June 2, 2020).

⁶ European Commission. Commission Communication (EU) C/2020/1863 of 19 March 2020 on Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 Outbreak (O J C 91I, 20 March 2020).

dai requisiti di bilancio che sarebbero stati applicati normalmente sotto il regime fiscale dell'UE.

I ministri dell'economia e delle finanze dell'UE hanno poi approvato diverse tipologie di reti di sicurezza a livello regionale, per un ammontare di 540 milioni di euro, per i lavoratori di imprese e gli Stati. Siffatte misure includono il programma *SURE della Commissione Europea* per sostenere i lavoratori,⁷ l'*European Investment Bank's Guarantee Fund* per mobilitare forme di sostegno finanziario a piccole e medie imprese, ed l'*European Stability Mechanism's Pandemic Crisis Support* per aiutare gli Stati membri della zona euro ad affrontare un incremento della spesa pubblica sanitaria. La Commissione ha infatti ulteriormente rafforzato la sua risposta proponendo il 2 aprile 2020 di stabilire uno strumento di solidarietà dell'ammontare di 100 milioni di euro per aiutare i lavoratori a mantenere i loro redditi ed aiutare le imprese a rimanere operative.⁸ La Commissione aveva anche proposto di direzionare tutti i fondi strutturali disponibili verso gli interventi alla crisi Covid.

In secondo luogo la Banca europea degli investimenti ha offerto liquidità per sostenere le piccole e medie imprese che erano state colpite in misura maggiore con un pacchetto di sostegno di emergenza che ammontava a circa 200 milioni di euro. Infine l'ESM è stato reso disponibile a tutti gli Stati membri della zona euro, predisponendo condizioni standardizzate di accesso tramite gli organi di governo dell'ESM, riflettendo così le sfide che venivano ad emergere sulla base di verifiche preliminari da parte di siffatte istituzioni dell'UE. L'unico requisito per accedere alle linee di credito era che gli Stati membri della zona euro che richiedessero sostegno si impegnassero ad utilizzare le linee di credito per sostenere forme di finanziamento interno, sia in via diretta che indiretta, a trattamenti sanitari, cura e prevenzione in relazione alla crisi Covid. Il 3 aprile 2020 la Commissione ha approvato richieste degli Stati membri e del Regno Unito di sospendere temporaneamente i dazi doganali e l'Iva sulle importazioni di dispositivi medici e di equipaggiamento di protezione da paesi terzi.

Il 27 maggio 2020 la Commissione ha poi presentato un *Recovery Plan* diretto ad assicurare che la ripresa fosse sostenibile, inclusiva ed equa per tutti gli Stati membri. Più specificamente la Commissione ha proposto

⁷ Council Regulation (EU) 2020/672 of 19 May 2020 on the establishment of a European instrument for temporary support to mitigate unemployment risks in an emergency (SURE) following the COVID-19 outbreak (OJ L 159, 20 May 2020).

⁸ F. VANDENBROUCKE ET AL., *The European Commission's SURE initiative and euro area unemployment re-insurance*, in A. BÉNASSY-QUÉRÉ - B. WEDER DI MAURO (cur.), *Europe in the Time of Covid-19*, London: CEPR Press, 2020.

di creare un nuovo strumento di ripresa denominato *Next Generation EU* (“NGEU”)⁹ collocato all’interno di una rimodulazione di lungo termine del bilancio dell’UE.¹⁰

La Commissione ha anche comunicato il suo programma di lavoro che ha dato priorità alle azioni necessarie per sostenere la ripresa e la resilienza dell’Europa. Inizialmente il NGEU ammontava a circa 750 miliardi di euro. Una nuova *Recovery and Resilience Facility* (inizialmente fissata nell’ammontare di 560 miliardi di euro) offre sostegno finanziario per investimenti e riforme, in particolare quelle in relazione alla transizione ecologica e dalla transizione digitale, nonché in relazione alla resilienza delle economie nazionali, collegando queste alle priorità a livello di UE. Successivamente questi stanziamenti sono stati rimodulati nell’ammontare ai prezzi correnti di 723,8 miliardi di euro. La Commissione è stata autorizzata fino al 2026 a ricorrere al debito sui mercati di capitale a nome della UE: 385,8 miliardi di questi fondi dovranno essere restituiti da parte degli Stati membri, mentre 338 miliardi costituiscono contributi che non devono essere restituiti.

Questo sostegno finanziario di base, abbinato a misure mirate e relative al bilancio dell’UE per il periodo 2021-2027, aveva portato al totale ammontare di sostegno finanziario all’interno del bilancio europeo a 1.85 trilioni di euro. Già nel 2020 era stato anche previsto un intervento aggiuntivo dell’ammontare di 55 miliardi di euro che si veniva a raggiungere agli programmi di coesione per il periodo 2020-2022 sotto la denominazione di REACT-EU, destinato ad essere allocato sulla base della gravità degli impatti socioeconomici della crisi, incluso il livello di disoccupazione giovanile e il livello relativo di prosperità. È stato anche introdotto un rafforzamento dell’ammontare di circa 40 miliardi di euro del *Just Transition Fund*.

2. *Le cause della convergenza*

È necessario chiarire che la congettura di questo contributo è che le misure fiscali nazionali relative al Covid che sono state succintamente descritte nel precedente paragrafo sono state introdotte senza che si sia

⁹ European Commission. Communication from the Commission (EU) COM/2020/456 final of 27 May 2020. Repair and Prepare for the Next Generation. COM (2020) 456 final.

¹⁰ M. MOTTA - M. PEITZ, *The EU recovery fund: An opportunity for change*, in A. BÉNASSY-QUÉRÉ - B. WEDER DI MAURO (cur.), *Europe in the Time of Covid-19*, London: CEPR Press, 2020.

verificato un effettivo ricorso a trapianti di politiche estere in quanto fattori strutturali sovrachianti hanno livellato le tipiche modalità della competizione regolamentare, generalmente basata sulla prevalenza di misure ritenute più affidabili od efficaci.

La conseguenza è stata che da un lato le misure fiscali nazionali hanno teso a convergere spontaneamente, e dall'altro lato, le politiche UE hanno trovato un momento unitario ed unificante nel NGEU. E' utile analizzare questa convergenza partendo "dal basso" cioè delle politiche nazionali e spesso "*coronationalist*". Queste politiche nazionali, osservate ad un elevato livello di granularità, appaiono frammentate e talvolta caotiche, ma viste in un quadro generale, dimostrano una convergenza strutturale. Questa convergenza è uno degli effetti di un quadro politico che è mutato radicalmente e che è stato caratterizzato dalla transizione da politiche fiscali tradizionali a forme di politiche fiscali essenzialmente ispirate da istanze di tipo sanitario.

Formulo quindi l'ipotesi che le misure regolamentari nella congiuntura Covid, includendo anche quelle fiscali, sono state invece determinate a livello nazionale da una nuova dinamica che si sostanzia in forme di "*biopotere*" e "*biopolitica*". Questi due termini devono essere definiti con precisione ed al riguardo è fondamentale il contributo di Michel Foucault, i cui scritti, che pur pre-datano la crisi Covid di svariati decenni, appaiono di estrema attualità, fornendo un formidabile sostegno alla comprensione della convergenza determinata da tale crisi Covid che ha impatti rilevanti anche sulle politiche fiscali.

Queste nozioni si rinvencono in lavori degli anni 70. Il termine "biopotere" si riferisce a un potere disciplinare che ha ad oggetto i corpi biologici degli individui. Foucault afferma che il biopotere è emerso come una forma di razionalità del potere che si distingue dal potere sovrano in quanto esso colloca il nuovo soggetto politico della *popolazione*, piuttosto che i cittadini come individui, al centro delle politiche di governo nei termini di sostegno della vita.

Foucault ha sostenuto che la emergenza della "vita "come un oggetto della politica alla fine del XVIII secolo segnò una transizione definitiva nella razionalità politica in quanto si venne a contrapporre al tradizionale – e spesso brutale - potere sovrano "di vita e morte" che aveva caratterizzato il potere politico fino a quel momento. Egli infatti ha argomentato che il potere sovrano prima di questi significativi cambiamenti nel XVIII secolo aveva tradizionalmente operato come un "meccanismo di sottrazione", nel senso che esso "consisteva essenzialmente in un diritto di espropriare: beni, tempo, corpi, in senso ultimo persino la vita, cosicché esso culminò nel

privilegio di appropriarsi della vita al fine di sopprimerla”. Con la graduale introduzione del biopotere questo diritto di vita e di morte del sovrano si trasformò in un nuovo tipo di potere che “si andò a coordinare con le esigenze di un potere di amministrazione della vita”. Foucault sostiene che “l’antico potere di prendere la vita e di consentire la vita fu sostituito da un potere di sostenere la vita o di non consentirla fino al punto della morte”.¹¹

Foucault ha chiarito che il biopotere opera al livello della popolazione ed è diretto a controllare i fenomeni della massa, come ad esempio i tassi di natalità, di mortalità e di morbidità in relazione alla popolazione in generale. È così che la fine del secolo XVIII e l’inizio del secolo XIX videro emergenza di politiche relative a fattori ordinari e permanenti della sanità della popolazione, determinando la creazione di istituzioni pubbliche di igiene e salute dirette a “coordinare la cura medica, centralizzare potere e normalizzare la conoscenza”.¹²

L’altro termine fondamentale coniato da Foucault - “biopolitica” - riguarda specificamente il nuovo soggetto politico della popolazione, piuttosto che l’aspetto disciplinare del biopotere. E così la biopolitica denota l’emergenza dei fenomeni vitali ed in generale della salute della popolazione come oggetto principale della politica e del dibattito ad essa relativo. In Foucault la biopolitica opera sia “per facilitare la vita o per impedirle” (Foucault 1990, 138) e quindi la sua manifestazione non è di per sé negativa.

Secondo Foucault il biopotere la biopolitica possono essere compresi considerando il loro sviluppo storico. La prima di queste forme - il biopotere - emerse alla fine del XVIII secolo come “anatomopolitica” attraverso discipline che trattavano il corpo umano come una macchina la fine di ottimizzare controllare le sue capacità.¹³ La seconda di queste forme - la biopolitica della popolazione - emerse più tardi e ebbe ad oggetto le caratteristiche biologiche della mortalità, natalità morbidità ai fini di introdurre queste variabili nel processo politico. Nel corso del tempo il biopotere la biopolitica sono poi diventati coesistenti all’interno dell’ordinamento: mentre il biopotere si è accentrato sui corpi al fine di disciplinarli entro determinate variabili, la biopolitica è stata invece “centrata non sul corpo ma sulla vita” nel senso che “i corpi vennero sostituiti da processi biologici generali”, cosicché la biopolitica si focalizzò su dinamiche

¹¹ M. FOUCAULT, *The History of Sexuality: An Introduction, Volume 1*. Trans. Hurley, R. New York, Vintage Books, 1990, pp. 136-138.

¹² M. FOUCAULT, *Society Must Be Defended: Lectures at the Collège De France, 1975-6*, Palgrave Macmillan, 2003, p. 244.

¹³ M. FOUCAULT, *The History*, cit., p.139.

statistiche della popolazione.¹⁴

In conclusione nel coniare le nozioni di biopotere e biopolitica Foucault pose in evidenza il concetto di “*seuil de modernité biologique*” (“soglia della modernità biologica”). La nostra società ha attraversato questa soglia quando i processi biologici che caratterizzano la vita degli umani intesi come specie divennero uno dei temi cruciali per il processo politico decisionale, un nuovo “problema” che doveva essere affrontato dai governi non solo in circostanze “eccezionali (come ad esempio quelle di un’epidemia)”, ma anche in circostanze “normali”. Questo problema divenne in via graduale una preoccupazione permanente, ciò che Foucault chiama “*étatisation du biologique*” (“nazionalizzazione del biologico”).

Questi contributi di Foucault già trent’anni orsono costituivano un cambio di paradigma che mostrava come in concreto le popolazioni fossero governate, sia negli esiti positivi che in quelli negativi. Questo mutamento di paradigma è diventato di lampante evidenza in questi tempi in cui i disallineamenti degli ecosistemi creano minacce planetarie esistenziali - ed una di esse è la crisi Covid - minacce che pongono una sfida critica: si sono infatti verificate espansioni problematiche del biopotere in quanto, alla luce di sovrastanti minacce vitali determinate dalla crisi Covid, gli individui vanno a formare collettivamente una massa globale che viene identificata da indicatori complessi relativi alla diffusione del contagio (come ad esempio tassi di contagio, tassi di occupazione delle terapie intensive così via) e sono quindi governati nella loro aggregazione epidemiologica come manifestazioni di processi biologici, non più come primariamente soggetti politici della legge. Ciò ha realmente determinato fenomeni di massa che hanno avuto evidenti effetti economico-sociali, affrontati da diverse prospettive, inclusa quella delle misure fiscali succintamente descritte nel precedente paragrafo.

Va chiarito che il biopotere è un ambito specifico dell’esercizio del potere che ovviamente riguarda differenziati aspetti della vita economico-sociale, cosicché il biopotere coesiste con altre forme di potere di vario tipo (economico, sociale, civile e così via). La caratteristica pervasiva che contraddistingue il biopotere è tuttavia che esso propriamente riguarda i corpi biologici degli individui assommandoli nella massa della popolazione, acquisendo così particolare pregnanza.

Quindi ai tempi del Covid gli individui - potenziali destinatari di varie forme di potere - quando entrano nel campo di azione del biopotere appaiono essere governati soltanto come entità biologiche che,

¹⁴ M. FOUCAULT, *The History*, cit., p. 249.

collettivamente formano una massa globale - la "popolazione" - che deve rispettare certe "norme", piuttosto che essere primariamente soggetti politici della legge.

In questo contesto il termine "norma" non denota prescrizioni legislative o regolamentari nel senso tradizionale, bensì denota "un tracciamento del normale e dell'anormale, di curve differenti di normalità, e la operazione della normalizzazione consiste nello stabilire una interconnessione tra queste differenti distribuzioni di normalità e nell'agire per portare le distribuzioni che si rivelano più sfavorevoli in linea a quelle che invece sono favorevoli".¹⁵ Accade così che la preminenza delle istanze del biopotere Covid, particolarmente in crisi sanitarie congiunturali, attribuisce ad esso una particolare pervasività.

Alla luce di queste illuminanti anticipazioni di Foucault è allora possibile, seppure in via provvisoria, definire nell'attuale congiuntura il "*biopotere Covid*" specificamente come il potere disciplinare utilizzato durante la crisi Covid ed avente ad oggetto i corpi individuali della massa della popolazione attraverso una vasta gamma di regolazioni e restrizioni, che si articolano da forme di cosiddetto "distanziamento sociale" a forme pervasive di controllo attraverso nuove tecnologie o trattamenti sanitari, regolazioni e restrizioni che inevitabilmente hanno condotto a comportamenti normalizzati di massa con rilevanti effetti economico-sociali.

Possiamo anche definire come "*biopolitica Covid*" specificamente la preminenza nell'agenda politica di siffatti effetti economico-sociali generalmente connessi alla salute della popolazione, con la conseguenza che i comportamenti normalizzati di massa sono divenuti il prevalente oggetto dei processi politici, se non altro a livello temporaneo e congiunturale.

La narrativa prevalente è quella di una "emergenza" della crisi Covid e si è anche sviluppato un dibattito sulla legittimità ed i limiti dei poteri di emergenza in tale contesto, ma il punto che intendo evidenziare in questa sede è che biopotere e biopolitica hanno caratteristiche strutturali in quanto hanno costituito la modalità basilica di operazione del sistema politico, andando a modificare il *social ordering* delle tematiche rendendo prioritaria la questione della normalizzazione.

L'attraversamento della soglia della modernità biologica e la nazionalizzazione del biologico menzionati da Foucault riguardo alla *fin de siècle* si sono certamente verificati in modo macroscopico nelle circostanze della crisi Covid sia per quanto attiene l'esercizio del biopotere, che per

¹⁵ M. FOUCAULT, *Security, Territory, Population: Lectures at the Collège de France, 1977-8*, Palgrave Macmillan, 2007, p. 63.

quanto attiene lo svolgimento della biopolitica.

Al fine di comprendere il biopotere Covid è inoltre necessario contrapporlo alla nozione tradizionale di potere politico in termini di *sovranità*, adottando un approccio che concepisce il potere come un insieme mobile di relazioni che assumono diverse configurazioni. Il biopotere Covid è infatti un potere che è diverso dalla concezione del potere-come-sovrani ta che nella dottrina giuridica tradizionale si caratterizza per alcuni aspetti principali.

In primo luogo, nella concezione tradizionale il potere-come-sovrani ta   configurato come imposto dall'alto ai soggetti; questa visione tipicamente presuppone che l'individuo esista indipendentemente e prima dell'insorgere potere e che quindi   susseguentemente assoggettato agli effetti del potere che si manifesta in forma di limitazioni. In secondo luogo, nella concezione tradizionale il potere-come-sovrani ta si assume che il potere sia al tempo stesso totalizzante ed uniforme, nel senso che esso opera in modo uguale in tutti gli aspetti del campo sociale, manifestando il principio di eguaglianza di trattamento. In terzo luogo, nella concezione tradizionale si presuppone che il principale strumento dell'operare del potere-come-sovrani ta sia il diritto, cosicch  la caratteristica di esso   l'uso legale della forza e la distinzione tra ci  che   categorizzato come lecito e ci  categorizzato come illecito.

In contrapposizione a questo scenario concettuale Foucault propone ci  che egli denomina come una "impostazione analitica" per la comprensione del potere che   di notevole utilit  nella comprensione delle pi  recenti trasformazioni potere durante la crisi Covid.¹⁶

Vi   un passaggio di un testo di Foucault del 1976 che   premonitore alla luce della crisi Covid:

"E' un errore pensare che l'individuo sia una sorta di nucleo elementare, un atomo primitivo o qualche forma multipla di materia inerte alla quale si applica il potere, ovvero che sia colpito da un potere che subordina o distrugge gli individui. In realt  uno dei primi effetti del potere   che esso consente che i corpi, i gesti, i discorsi ed i desideri siano identificati e costituiti come qualcosa di individuale. Individuo non  , in altre parole, la cifra opposta al potere; *l'individuo   uno dei primi effetti del potere* (corsivo aggiunto). L'individuo   infatti un effetto-del-potere, e allo stesso tempo l'individuo   un nesso trasmettitore nella misura in cui   anche un effetto del potere: il potere passa attraverso gli individui che ha costituito."¹⁷

Usando la terminologia di Foucault uno dei primi effetti strutturali

¹⁶ M. FOUCAULT, *The History*, cit., p. 90.

¹⁷ M. FOUCAULT, *Society Must Be Defended*, cit., pp. 29–30.

e non emergenziali del biopotere Covid è dunque che esso consente che i corpi, i gesti, i discorsi ed i desideri siano identificati e costituiti come qualcosa di individuale nell'ambito dei citati processi di normalizzazione (...): quindi l'individuo è divenuto uno degli effetti del biopotere Covid che è passato attraverso gli individui che ha costituito, cosicché l'individuo si è dovuto conformare alla norma intesa come la normalità statistica della popolazione nella sua integrità.

Ne deriva che l'esercizio del biopotere Covid ha determinato nei diversi paesi, pur in presenza di differenti a variabili contesti, comportamenti normalizzati di massa. I comportamenti normalizzati di massa hanno implicato alterazioni di processi di mercato e quindi rilevanti effetti economico-sociali, ma ciò che ha contato è stata *la mobilitazione permanente della priorità politica delle normalizzazioni, divenute elementi prioritari delle agende politiche*.

Questi effetti costitutivi del biopotere Covid con normalizzazioni di massa sono stati di palese evidenza durante la crisi nella quale il comportamento corporeo è risultato essere un effetto diretto del biopotere Covid, dai *lockdowns* al distanziamento sociale, a tutte le forme di comportamento normalizzato. Il tracciamento della diffusione del Covid-19 ed i comportamenti richiesti dal distanziamento sociale del pubblico hanno anche generato nuove opportunità per forme ancora più intense di sorveglianza e controllo in base al biopotere Covid.

Foucault nei suoi scritti ha spesso posto l'attenzione su una molteplicità di relazioni di forze e di tecniche applicate nei diversi campi di azione del biopotere, campi che non costituiscono necessariamente un'unità. Ad esempio egli ha argomentato che il potere è sempre relazionale, cosicché il termine "potere" è soltanto "una denominazione che viene attribuita ad una situazione strategica complessa in una società specifica."¹⁸ In alternativa secondo Foucault il termine "potere" è un modo abbreviato per denotare relazioni di rete che promanano da un centro e che non sono organizzate in base a una singola strategia predominante.¹⁹ Da ciò deriva che le modalità con cui il potere opera in differenti campi, quali ad esempio economico, domestico e così via, variano a livello locale/contestuale e dovrebbero essere analizzate a quel livello.

Da quanto sopra si desume che il meccanismo principale del biopotere Covid ha natura strutturale: non è il diritto formalmente inteso, ma un

¹⁸ M. FOUCAULT, *The History*, cit., p. 93.

¹⁹ M. FOUCAULT, *The Ethics of Concern of the Self as a Practice of Freedom. Ethics: Subjectivity and Truth, The Essential Works of Michel Foucault, 1954, Volume 1* 84, London, Penguin, 1997, pp. 281–302, p. 291.

concetto relazionale di “ norma “ intesa come la normalità statistica della popolazione integralmente considerata e di ogni individuo al suo interno, e l’elemento che contraddistingue il biopotere Covid è la normalizzazione di massa piuttosto che l’interdizione intesa come obbligo o divieto giuridicamente imposto in casi specifici ed al ricorrere di requisiti specifici: come affermato da Foucault “una società normalizzante è l’esito storico di una tecnologia di potere incentrata sulla vita” quale appunto il biopotere Covid.²⁰

Si può così affermare che la normalizzazione indotta dalle politiche Covid è appropriatamente il risultato di una nuova tecnologia del potere centrato sui fenomeni biologici a livello della popolazione – la “vita” - piuttosto che sui soggetti politici in quanto tali cosicché spesso si sono alterate le dinamiche ordinari di un mercato basato su assunti liberistici. Conseguentemente il biopotere e la biopolitica Covid hanno operato nei diversi paesi, a dispetto delle peculiarità geopolitiche, simultaneamente a livello dei corpi individuali e del soggetto politico emergente delle popolazioni integralmente considerate. Tale potere si è rapportato sia alla singolarità (imponendo restrizioni e limitazioni) che al gruppo sociale (determinando comportamenti omologati con rilevanti effetti economico-sociali).

La normalizzazione si è rilevata essere nei diversi paesi una tecnica strutturata del biopotere Covid che è interconnessa alle istituzioni e alla forza della legge nazionale in ogni singolo caso applicata, ma che non è ridicibile ad esse. All’interno di società normalizzanti in base questi parametri Covid gli apparati giuridici sono apparsi essere “sempre di più incorporati in un *continuum* di istituzioni (mediche, amministrative e così via)”, la cui funzione è stata per gran parte regolamentare. Il risultato nei diversi paesi è che la modalità con cui i diritti nazionali hanno operato è stata sempre di più quella della norma intesa come la normalità statistica delle diverse popolazioni integralmente considerate e di ogni individuo al loro interno.²¹ Essere al di fuori della “norma” nella congiuntura Covid ha equivalso ad essere il destinatario di misure di controllo dirette a far rientrare il soggetto all’interno di siffatta “norma”.

Quanto sopra chiaramente non implica che il diritto stesso sia stato prevaricato nei diversi ordinamenti giuridici; piuttosto i diritti nazionali, in guisa di apparati regolamentari, hanno continuato ad operare all’interno del biopotere Covid per quanto attiene i comportamenti oggetto di esso,

²⁰ M. FOUCAULT, *The History*, cit., p. 144.

²¹ *Ibidem*.

ma in un modo diverso rispetto ad una situazione precedente. Le norme intese come normalità statistiche della popolazione sono diventate infatti la condizione operativa del diritto in quanto esse hanno consentito che le disposizioni della legge formalmente emanate nei diversi paesi si applicassero in congiunzione con altri apparati, quali ad esempio gli apparati medici. Tali apparati non tecnicamente prescrittivi sono divenuti, a loro volta, sempre di più istituzioni di regolamentazione.

Nella crisi Covid la normalità statistica della popolazione che è stata richiesta ha attribuito al diritto accesso al corpo in un modo che non ha precedenti, vale a dire come una forza regolativa che dura nel tempo senza soluzione di continuità, piuttosto che come uno strumento di sovranità repressiva o vincolante che opera soltanto al verificarsi di requisiti specifici.

E così la gestione della vita commisurata alla regolazione dei corpi individuali della disciplina del benessere collettivo a livello della popolazione in un contesto più ampio di biopolitica Covid ha determinato le relazioni di potere in modo fondamentale. Ciò ha avuto due implicazioni di ampia portata. In primo luogo, questa evoluzione ha reso necessaria una riconsiderazione della modalità di esercizio del potere: in questo contesto il potere *sub specie* di biopotere non stato più primariamente esercitato attraverso il meccanismo gerarchico della sovranità, ma attraverso reti che hanno incluso anche istituzioni non statali o comunque soggetti non tecnicamente dotati di poteri normativi, come ad esempio gli apparati medico-sanitari. In secondo luogo, in questo contesto il soggetto libero non si è contrapposto al sovrano, ma è stato piuttosto “costituito” nelle diverse forme di normalizzazione dalla operazione del biopotere Covid.

3. *Una possibile spiegazione della evoluzione fiscale UE*

L'osservazione delle dinamiche durante la crisi Covid del biopotere e della biopolitica - descritte nel precedente paragrafo in termini molto generali - evidenzia una convergenza determinata da comportamenti omologhi dei governi che hanno generato effetti riscontrabili nella evoluzione istituzionale al livello della architettura dell'UE. Questo è un tema molto generale che implicherebbe una complessa analisi che non si intende svolgere in questa sede, ma come accennato all'inizio ove ci si concentri sulle misure fiscali, esse possono costituire una *proxy* di un più ampio quadro regolamentare e consentire di prospettare talune ipotesi circa linee evolutive che possono

essersi verificate anche in un quadro più ampio.

La mia tesi è che *il biopotere e la biopolitica Covid che hanno operato in maniera strutturale nei tessuti nazionali mediante normalizzazione con effetti economico-sociali sulla massa della popolazione hanno costituito la causa determinante per la subitanea adozione del NGEU*. Biopotere e biopolitica hanno costituito la modalità di operazione dei sistemi politici degli Stati membri che ha modificato il *social ordering* determinando la mobilitazione permanente che ha reso prioritaria la questione della normalizzazione di massa e questa dinamica si è riversata *tout court* a livello del Consiglio UE provocando l'adozione all'unanimità del NGEU.

Questo nesso causale immediato si può comprendere in termini controfattuali: in assenza della trasformazione a livello nazionale della politica in biopolitica, e di ampi parti del potere dello Stato amministrativo in biopotere, non vi sarebbe stato il NGEU a livello comunitario, bensì una continuazione delle politiche di austerità fiscale basate su valutazioni di spesa nei bilanci nazionali.

Ove però si guardi agli effetti di medio-lungo termine l'NGEU in realtà determina in via diretta investimenti infrastrutturali - peraltro assai opportuni indipendentemente dalla crisi Covid - ben più ampi di quanto necessario a mitigare gli effetti del Covid ed ha quindi caratteristica essenziale di costituire un punto di svolta nella architettura fiscale comune a livello UE con le modalità che vengono descritte qui di seguito.

Il piano del NGEU inizialmente ammontava in totale a 750 miliardi di euro destinati ad essere finanziati attraverso una emissione di debito di importanza senza precedenti. Il Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020 approvò l'accordo dei governi nazionali circa questa struttura ed affermò che la Commissione avrà i poteri di prestito i fondi dai mercati di capitale a nome dell'UE fino appunto all'ammontare totale che è stato poi rideterminato in 723,8 miliardi di euro. Come si è detto la Commissione è autorizzata fino al 2026 a ricorrere al debito sui mercati di capitale a nome della UE: 385,8 miliardi di questi fondi dovranno essere restituiti da parte degli Stati membri, mentre 338 miliardi costituiscono contributi che non devono essere restituiti.

Il Consiglio Europeo del 17-21 luglio 2020 affermò inoltre che sarebbe stato successivamente chiarito in relazione al finanziamento del NGEU in che misura la Commissione potrà in via provvisoria richiedere risorse aggiuntive dagli Stati membri, prevedendo anche che tali contribuzioni saranno ripianati in base al regime applicabile al bilancio UE e senza recare pregiudizio alle risorse proprie o ad altre forme di gettito. E' stato inoltre

deciso che la restituzione dei finanziamenti sarà programmata in base a principi di corretta gestione finanziaria al fine di assicurare una stabile e prevedibile riduzione del debito entro il 31 dicembre 2058.

Il NGEU ha preso forma in Italia di Piano nazionale di Ripresa e resilienza (“PNRR”). Il PNRR è stato autorizzato dalla Commissione e quindi nel corso del 2022 sono stati resi disponibili i primi finanziamenti per l’Italia.

Taluni commentatori hanno definito l’adozione dell’NGEU come un momento hamiltoniano per l’UE simile a quello che avvenne al momento della costituzione degli Stati Uniti. Tuttavia non vi sono prospettive chiare di una completa forma di coordinamento fiscale, alla luce del fatto che per le materie di gettito a livello europeo è richiesta l’unanimità.

Il NGEU è debito nella sua struttura, ma si tenga conto che la restituzione dovrà essere completata soltanto nel 2058 e che i contributi (338 miliardi) non dovranno essere restituiti dagli Stati membri. Ciò significa che siffatti contributi sono di fatto creati direttamente a livello dell’UE e resi immediatamente disponibili agli Stati membri. Nel NGEU le spese - in particolare i contributi non restituibili pari a 338 miliardi - sono quindi erogati ben prima della raccolta del gettito. Questa dinamica confuta i principi della “austerità fiscale” secondo cui le spese pubbliche devono essere finanziate dal gettito fiscale onde non creare debito. Prima della crisi Covid sarebbe stato inconcepibile un programma di questo tipo sia a livello dell’UE che a livello dei singoli Stati membri. Ora invece questo programma è in corso di attuazione.

Quindi è necessario comprendere la collocazione di questo “cigno nero” nella dinamica istituzionale UE. Che il NGEU sia la risposta UE alla crisi determinata dal Covid è noto, ma è più preciso affermare che esso è il risultato di una svolta epocale della politica europea che è definibile come la interdipendenza con effetti sinergici di biopotere esercitato dai governi e biopolitica esercitata da tutti i soggetti dell’agone politico, in un ambito senza precedenti perché determinato dalla prima crisi socio-ecosistemica che impatta tutto il pianeta, piuttosto che da congiunture economiche.

Questa singolare interdipendenza aveva condotto già nel luglio del 2020 gli Stati membri a raggiungere l’unanimità nell’approvazione del NGEU. Essi però al contempo avevano rimarcato peculiari prerogative nazionali-sovrane sviluppando misure generali di contenimento e fiscali che avevano condotto ad un aumento della spesa e ad una riduzione del gettito destinata a durare anche il medio termine. Ne consegue che il “cigno nero” del luglio 2020 rappresentò la soluzione del problema, acquisendo una forma ibrida di

un debito a lungo termine largamente destinato a contributi non restituibili. Il differenziale tra l'ammontare del debito che l'UE dovrà restituire entro il 2058 ai mercati e l'ammontare delle quote che saranno ripagate all'UE da parte di Stati (al netto quindi dei contributi non restituibili) dovrà dunque essere necessariamente essere finanziato da "risorse fiscali proprie" dell'UE. Si tratta in sostanza dei 338 miliardi dei contributi non restituibili, al netto di talune risorse già disponibili.

Come spiegare allora questa anomalia in cui a livello europeo i finanziamenti arrivano prima del gettito fiscale? La risposta risiede nel considerare il NGEU una cripto-misura fiscale cioè una misura che inizialmente si presenta come di spesa che in seguito assume natura fiscale. Ed infatti quando i finanziamenti saranno completati nei prossimi anni la funzione del NGEU cesserà di esistere ed esso andrà gradualmente ad adempiere una diversa funzione, costituendo la ragione diretta della necessaria formazione di un primo nucleo di risorse tributarie dell'UE non rivenienti dalla fiscalità degli Stati membri.

È ben vero che si preconizza un aumento dei contributi degli Stati membri al bilancio UE, ma questi contributi non copriranno interamente il differenziale. La Commissione con un documento pubblicato il 18 maggio 2021, aveva già individuato prelievi fiscali UE, vale a dire una *digital tax*, una *plastic tax*, un *carbon adjustment mechanism*, un *emission trading system*, una *financial transaction tax* ed un prelievo riveniente della base imponibile societaria comune europea.

Più recentemente il 22 dicembre 2021 della Commissione ha avanzato una proposta relativa alla ricomposizione delle risorse proprie includendovi gli introiti del cd. "*Carbon Border Adjustment Mechanism*" e dell'*EU Emissions Trading System*, nonché una quota del gettito degli Stati membri rivenienti dalla tassazione delle multinazionali che verrà introdotta a seguito dell'accordo *OECD/G20 Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting to address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*.

La Commissione ha affermato che per il periodo 2026-2030 il gettito del bilancio europeo è stimato raggiungere l'ammontare di 17 miliardi di euro per anno, e questo gettito sarà utilizzato per il pagamento del debito del NGEU che si svolgerà nei prossimi tre decenni per concludersi nel 2058. Secondo le previsioni della Commissione un ammontare di circa 15-16 miliardi di euro ai prezzi correnti dovrebbe corrispondere ad un piano di ammortamento lineare per il pagamento del debito relativa alla parte dei contributi a fondo perduto, cosicché il rimborso del debito che va a finanziare contributi non restituibili sarà in senso ultimo finanziato dalle

risorse proprie UE.

Questo prefigurato percorso è differente da quello che viene di solito discusso in materia di costituzionalismo fiscale europeo: piuttosto che approntare misure per creare in una prima fase le risorse fiscali comuni per finanziare investimenti strutturali (un compito che è oggettivamente impedito dalla regola dell'umanità materia fiscale), la UE ha prima raggiunto l'unanimità in materia non-fiscale (il NGEU) ed ha erogato a breve termine i fondi per gli investimenti, e procederà successivamente a creare le risorse fiscali proprie.

Immaginiamo ora di collocarci nel 2059, anno in cui il pagamento del debito del NGEU sarà completato. Forse gli storici in quell'anno affermeranno che il NGEU venne inizialmente creato per affrontare la crisi Covid, ma constateranno che successivamente esso si era adattato a creare risorse proprie dell'UE, considerandolo evidenza dell'evoluzione della UE nella direzione di un sistema fiscale comune. Un processo quindi totalmente diverso dalle dinamiche costituzionali che implicano la previa creazione di strutture fiscali comuni, ed un'altra delle possibili innovazioni istituzionali dell'UE.

ABSTRACT

In the last two year tax policies of Member States morphed into forms of tax mitigation and fiscal measures were used as incentives rather than revenue raisers. This has unfolded as a bottom-up alignment whose causal factors are not traditionally found in Member States' search for so called "fiscal austerity," or in terms of balancing of national revenues and expenditures, but rather in an unprecedented connection between a radically changed social health framework at the level of the Member States and their common fiscal approach. The EU has emerged as a central decision-maker and an uncommon EU top-down process of public investments has been initiated in which the EU own resources system is bound to change significantly in the next years.

Federico Girelli*, Francesco Cirillo**

*Bilanciamenti emergenziali e obblighi eccezionali.
Libertà personale, privacy e libertà di salute
nel corso della pandemia da Covid-19*

SOMMARIO: 1. Bilanciamento e pandemia – 2. Il caso dell'*app* Immuni – 3. Il principio di proporzionalità – 4. Il bilanciamento nel *green pass*.

1. *Bilanciamento e pandemia*

La pandemia da Covid-19 ha messo obiettivamente alla prova la nostra democrazia.

Nella situazione di emergenza i valori della libertà e della sicurezza sanitaria sono entrati in conflitto e si è quindi imposta la necessità di bilanciarli.

Si pensi, in particolare, a quando si sono dovuti bilanciare il diritto alla libera circolazione od anche il diritto alla *privacy* con la tutela della salute pubblica.

Per meglio interpretare il quadro attuale occorre allora interrogarsi su che cosa debba intendersi per bilanciamento; su che cosa significhi in concreto bilanciare due diritti.

L'opera delicata di bilanciamento si compie quando occorre fare una scelta che investe due valori¹. Uno dei due valori sarà necessariamente preferito all'altro ed un corretto bilanciamento esige che la scelta effettuata tenga comunque conto anche dell'altro valore, che non deve

* Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi Niccolò Cusano – Roma.

** Dottorando di ricerca in Law and Cognitive Neuroscience nell'Università degli Studi Niccolò Cusano – Roma.

*** Il presente contributo è frutto di una comune riflessione: il paragrafo 1 è stato redatto da Federico Girelli ed i restanti da Francesco Cirillo.

¹ Sul concetto di valore vedi A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Jovene, Napoli, 2007.

essere totalmente sacrificato. Non deve darsi, dunque, la «negazione della struttura di valore [...] propria del singolo diritto», in quanto nel «bilanciamento esso potrà essere limitato, in ragione della salvaguardia dei valori con esso confliggenti [...] fino al punto di estrema tensione che non produca il suo totale sacrificio, che non pregiudichi cioè la sua ineliminabile ragion d'essere»².

Di recente, anzi, la Corte costituzionale nella sentenza n. 33/2021 ha riaffermato esplicitamente che nessun diritto fondamentale deve essere «tiranno» rispetto agli altri: a nessun diritto può essere riconosciuta una «illimitata espansione» con totale sacrificio degli altri.

L'opera di bilanciamento spetta *in primis* al legislatore; la Corte costituzionale interviene successivamente per controllare il bilanciamento fatto appunto dal legislatore.

In Italia, nell'urgenza di intervenire per far fronte alla pandemia³, si è costruita una complessa «catena normativa dell'emergenza» che ha (e deve avere) il suo primo anello nella Costituzione per poi svolgersi in fonti primarie, nei numerosi decreti del presidente del consiglio dei ministri, che nel tempo sono stati adottati, nonché in provvedimenti ministeriali o di autorità locali⁴.

Sulla legittimità del ricorso a questi decreti del presidente del consiglio, comunque soggetti al sindacato del giudice amministrativo (come peraltro ribadito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 37/2021), in effetti molto si è discusso; nondimeno, la Consulta, nel pronunciarsi sul decreto legge n. 19/2020, ha statuito che le disposizioni censurate «non hanno conferito al Presidente del Consiglio dei ministri una funzione legislativa in violazione degli artt. 76 e 77 Cost., né tantomeno poteri straordinari da stato di guerra in violazione dell'art. 78 Cost., ma hanno ad esso attribuito unicamente il compito di dare esecuzione alla norma primaria mediante atti amministrativi sufficientemente tipizzati» (sentenza n. 198/2021).

Quel che è fuori di dubbio è che si debba restare ancorati alla Costituzione.

Lo stato di emergenza in atto non è, e non deve essere, lo «stato di eccezione», di schmittiana memoria, ove in buona sostanza si ha la sospensione dell'intero ordinamento e la decisione politica è sciolta da

² Così F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 101.

³ Per la nozione di urgenza vedi, da ultimo, GIU. SERGES, *La dimensione costituzionale dell'urgenza. Studio su di una nozione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

⁴ Cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, p. 111 ss.

ogni vincolo normativo: il sovrano ha addirittura «la competenza di decidere se la costituzione *in toto* possa essere sospesa»⁵. Fra lo stato di emergenza, funzionale a contrastare la pandemia da Covid-19, e lo stato di eccezione «la soluzione di continuità non può essere più netta», in quanto il primo «è dominato fino all'estremo dal diritto»⁶.

L'emergenza sanitaria certamente esige difficili bilanciamenti, ma l'ordinamento costituzionale, proprio perché tale, non deve cedere alla pandemia, deve semmai governarla e continuare a salvaguardare i diritti fondamentali.

Non può sottacersi, infatti, che obiettivamente sussiste il rischio che le misure destinate all'emergenza, per definizione temporanee, restino in qualche modo a presidiare le nostre vite anche quando si tornerà alla normalità; che si produca «un consolidamento dello stato di prevenzione»⁷.

Eppure reali pericoli di tenuta del complessivo assetto democratico non paiono intravedersi all'orizzonte. Il punto è che fare valutazioni prognostiche sul destino della democrazia non è cimento da poco, solo se si pone mente al fatto che lo stesso Norberto Bobbio all'inizio del suo noto lavoro «Il futuro della democrazia» così apriva la sua riflessione: «se mi chiedete se la democrazia abbia un'avvenire e quale sia, posto che l'abbia, vi rispondo tranquillamente non lo so»⁸.

Di certo nulla impedisce ad ognuno di dare in concreto il proprio contributo personale al corretto funzionamento della vita sociale e democratica (anche sul piano strettamente economico): occorre continuare a lavarsi spesso le mani, indossare la mascherina, mantenere la distanza, nonché completare il proprio ciclo vaccinale, a meno che non si soffra di patologie che impediscono di farlo.

Una diffusa vaccinazione tutela la salute dei singoli, della comunità ed anche di chi per problemi di salute non può vaccinarsi. Va altresì tenuto in considerazione il risparmio di risorse per il servizio sanitario nazionale (costa molto meno una dose di vaccino delle cure per una persona che necessita del ricovero in ospedale), che ben potrebbero essere destinate alle esigenze di pazienti colpiti da malattie (anche gravi) diverse dalla infezione

⁵ C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* [1922], in *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, il Mulino, Bologna, 1972 (ristampa 2020), p. 34.

⁶ Vedi E. SCODITTI, *Il diritto iperbolico dello stato di emergenza*, in *Questione Giustizia*, 2/2020, pp. 31-32.

⁷ Sul punto V. BALDINI, *IL POLITICO NELL'EMERGENZA (SANITARIA): Divagazioni minime su un tema classico*, in *Dirittifondamentali.it*, 3/2021, p. 101.

⁸ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1991, p. 4.

da Covid-19, che il sovraccarico delle strutture sanitarie (cui già abbiamo assistito) non consente di assistere.

Proprio in un'ottica di bilanciamento, allora, il fatto che allo stato non sia in vigore un obbligo generalizzato di vaccinarsi non esime dall'interrogarsi comunque, in quanto comunità nazionale, su quale sia la scelta di condotta (costituzionalmente) preferibile, considerato anche che la Repubblica «richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» (art. 2 Cost.). I ripetuti moniti del capo dello Stato danno un'indicazione ben precisa.

Quel che serve, pare, è solo un po' di repubblicano buon senso.

2. Il caso dell'app Immuni

Quando nel gennaio 2020 abbiamo deciso di sottomettere un *abstract* sul bilanciamento tra libertà e salute nel corso dell'emergenza era allora il momento di trarre le somme da una vicenda che aveva interessato la letteratura sin dalla primavera precedente e sulla quale finalmente si poteva compiere un'analisi più distaccata: la questione dell'app Immuni⁹.

⁹ Si adotta la terminologia inglese ('app') per identificare i *software* ideati per dispositivi *mobile*. Infatti, per applicazione in generale, spesso, s'intende «[i]n informatica, programma *software*, destinato a un utente finale, così chiamato perché possiede appunto un'applicazione pratica per chi lo utilizza», mentre lo stesso *software* è, «spec. con riferimento a terminali mobili (*smartphone* e *tablet*), denominato anche con il termine inglese *app*» ("Applicazione", in *Vocabolario on line*, Treccani).

¹⁰ Con riferimento alla dottrina italiana apparsa nella primavera e nell'estate 2020, basti ora il richiamo a C. BERGONZINI, *Non solo privacy. Pandemia, contact tracing e diritti fondamentali*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, pp. 704-730; C. BLENGINO, *Tecnologie di sorveglianza e contenimento della pandemia*, in *Questione Giustizia*, 2/2020, pp. 21-30; M. S. BONOMI, *L'app Immuni: tra tutela della salute e protezione dei dati personali*, in *Federalismi. Osservatorio di diritto sanitario*, Paper 24 giugno 2020, pp. 1-7; M. CARDONE - M. CECILI, *Osservazioni sulla disciplina in materia di tutela dei dati personali in tempi di Covid-19. L'Italia e i modelli sudcoreano, israeliano e cinese: opzioni a confronto*, in *Nomos*, n. 2/2020, pp. 1-15; C. COLAPIETRO - A. IANNUZZI, *App di contact tracing e trattamento dei dati con algoritmi: la falsa alternativa fra tutela del diritto alla salute e protezione dei dati personali*, in *Dirittifondamentali.it* n. 2/2020, pp. 772-803; S. CRESPI, *Applicazione di tracciamento Immuni tra normativa nazionale e diritto UE in materia di protezione dei dati personali*, in *Freedom, Security & Justice*, n. 3/2020, pp. 49-73; V. D'ANTONIO - L. SAPORITO, *Modelli normativi di contact tracing tra ragione e volontà*, in *DPCEOnline.it*, n. 2/2020, pp. 1-29; G. DELLA MORTE, *Quanto Immuni? Luci, ombre e penombre dell'app selezionata dal Governo italiano*, in *Diritti umani e diritto internazionale* n. 2/2020, pp. 303-35; G. DE MINICO, *Virus e algoritmi. Impariamo da un'esperienza dolorosa*, in *LaCostituzione.info* 1° aprile

Oggi, a un anno da quella prima sottomissione, una diversa declinazione della stessa questione o, se vogliamo, un problema analogo alle *app* di *contact tracing* è rappresentato dal *green pass*. Sarebbe allora impossibile affrontare il tema del bilanciamento tra diritti e interessi nel corso della pandemia senza far riferimento a questo nuovo versante; ma è tuttora utile servirsi del caso dell'*app* Immuni, che ci consente di compiere una valutazione *ex post* delle strategie di bilanciamento attuate allora.

Nel caso di Immuni, in breve, le esigenze di protezione dei dati (soprattutto di quelli sanitari) dovevano essere bilanciate con quelle del tracciamento dell'infezione; e nemmeno allora mancavano proposte tese a condizionare l'esercizio di altri diritti, se non addirittura della libera circolazione, all'uso di *app* di tracciamento. Nel caso attuale, invece, come è noto, l'esercizio di alcune libertà è subordinato all'esibizione della certificazione digitale di avvenuta vaccinazione, di recente guarigione o comunque dell'esito negativo di un recente *test* diagnostico. Fin qui, le differenze tra le due misure.

Dunque, il bilanciamento dei diritti è un'operazione naturalmente demandata al legislatore, sulla cui scelta può intervenire il controllo della Corte costituzionale in sede di metabilanciamento¹⁰. In questi casi, però, il bilanciamento, avvenendo nell'ambiente digitale, è stato affidato, almeno in parte, alla progettazione di un dispositivo che raggiungesse il miglior equilibrio tra diritti e interessi coinvolti. In altre parole, bisognava trovare un meccanismo efficace, proteggere i dati degli utenti ed evitare

2020; F. FILOSA, *Il diritto alla privacy nello stato di emergenza. Riflessioni sull'applicazione della telemedicina quale possibile tecnologia per contrastare la diffusione del Covid-19*, in *Dirittifondamentali.it* n. 2/2020, pp. 847-869; V. PAGANELLI, *Immuni: spunti per una riflessione privacy-oriented*, in *Questione Giustizia* 11 maggio 2020; M. PLUTINO, "Immuni". Un'exposure notification app alla prova del bilanciamento tra tutela dei diritti e degli interessi pubblici, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, pp. 553-580; G. RESTA, *La protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza Covid-19*, in *Giustiziacivile.com* 5 maggio 2020, 1-18; G. RUGANI, *Le condizioni ricavabili dal Regolamento generale sulla protezione dei dati per le applicazioni nazionali di tracciamento dei contatti: alcune considerazioni*, in *European Papers*, 5/2020, 633-644; G. TROPEA, *Il contact tracing digitale e l'epidemia: sindrome cinese?*, in *LaCostituzione.info* 9 aprile 2020; V. ZENO-ZENCOVICH, *I limiti delle discussioni sulle "app" di tracciamento anti-Covid e il futuro della medicina digitale*, in *Medialaws.eu* 26 maggio 2020.

¹⁰ G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion Pratica*, 2/2014, 546: «alcuni bilanciamenti tra principi fondamentali sono già palesemente presenti nel testo costituzionale; altri sono demandati al legislatore ordinario; altri ancora saranno effettuati in sede giudiziale, o nella forma di un bilanciamento diretto tra principi in conflitto, senza la mediazione di una previa regola legislativa, o nella forma di un meta-bilanciamento [...]. E quest'ultimo è, evidentemente, il terreno di elezione specifico del test di proporzionalità».

di condizionare negativamente i diritti fondamentali. Però, l'esigenza di tutela dei diritti non poteva giungere a comprimere e, meno che mai, ad annientare le esigenze sanitarie. Per trovare un simile equilibrio nel campo digitale, allora, gli attori istituzionali coinvolti hanno dovuto demandare l'opera di bilanciamento al *design* del *software*¹¹. Solo in questa sede, infatti, gli sviluppatori possono optare per l'una o l'altra soluzione tecnica al fine di tutelare questo o quel diritto, nel caso inventando nuove soluzioni, laddove la tecnologia lo consenta¹².

Nel caso dell'*app* Immuni e, più in generale, delle *app* di tracciamento le opzioni erano variegate: intanto, si dubitava dell'opportunità di un'adozione di un simile sistema di tracciamento; poi, si discuteva dell'adozione di tecnologie di tracciamento tramite la geolocalizzazione (GPS) o il ricorso al tracciamento dei dati di prossimità (ovvero, grazie al *Bluetooth*)¹³; alcuni paesi hanno scelto sistemi di archiviazione centralizzata, altri sistemi decentralizzati che salvavano i dati sui soli dispositivi degli utenti¹⁴; ci si interrogava sull'eventuale obbligatorietà delle *app*; sul problema del *digital divide*¹⁵; sulle possibili conseguenze "sanzionatorie"; sull'eventuale distribuzione di dispositivi *hardware* (*ad hoc*) in modo da consentire la più larga diffusione della tecnologia¹⁶.

¹¹ Sul punto, sia concesso un breve richiamo a F. CIRILLO, *Corpo e riservatezza*, in C. MORONI - A. STERPA (a cura di), *Corpo e Società. Trasformazioni del convivere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, pp. 67-69.

¹² Cfr. A. IANNUZZI - C. COLAPIETRO, *App di contact tracing*, cit., 799, o M. FERRAZZANO, *Contact Tracing Via App: The Italian Experience and Privacy Issue*, in *Humanidades & Tecnologia*, 25/2020, p. 124.

¹³ Basti il richiamo ad alcune posizioni assunte nel dibattito pubblico: l'intervista a G. Comandé di C. ADINOLFI, *Pisa*. "Ecco perché la app Immuni non mette a rischio la privacy", ne *La Repubblica* 4 giugno 2020; L. CAVALLARO, *Appunti sul lockdown prossimo venturo*, in *Micromega* 27 ottobre 2020; A. CELOTTO, *Coronavirus, davvero l'app Immuni mette a rischio la nostra privacy?*, ne *La Stampa* 27.04.2020; M. IENCA - O. POLLICINO, *Decalogo per l'utilizzo responsabile delle app di tracciamento del virus*, ne *Il Sole 24 Ore* 24 giugno 2020; M. PENNISI, *App Immuni, quali dati usa e come tutela la privacy*, in *Corriere della sera* 8 giugno 2020; G. PITRUZZELLA - O. POLLICINO, *La via europea tra libertà e solidarietà*, ne *Il Sole 24 Ore* 28 aprile 2020; O. POLLICINO - F. RESTA, *Data tracing, no a deleghe in bianco all'algoritmo*, in *Corrierecomunicazioni.it* 24 marzo 2020; M. PROVERBIO, *Bilanciare privacy, economia e salute*, ne *Il Sole 24 Ore* 5 aprile 2020

¹⁴ Sulla «centralizzazione (sostanzialmente privata) del *know how* tecnologico» e il problema della sovranità digitale, si rinvia alle conclusioni di G. DELLA MORTE, *Quanto Immuni?*, cit., pp. 334-335.

¹⁵ Per esempio, così, C. BERGONZINI, *Non solo privacy*, cit., pp. 711-712.

¹⁶ Come invece è accaduto a Singapore, con la diffusione da parte delle autorità di un *token* capace di scambiare segnali Bluetooth: cfr. F. A. BELLA, *L'accesso alle tecnologie innovative nel settore salute tra universalità e limiti organizzativi (con una postilla sull'emergenza sanitaria)*,

Una parte della letteratura, forse opportunamente preoccupata dalla novità rappresentata da un simile dispositivo, evidenziò rischi significativi, giungendo sino a paventare l'instaurazione di una sorta di dittatura digitale¹⁷, dove le macchine inverano un sistema di controllo pervasivo. Intanto, soprattutto sui quotidiani nazionali, si apprendeva di sistemi di controllo sociale "asiatici" sempre più spaventosi, agli occhi della stampa, appunto, e persino della letteratura scientifica¹⁸. Va detto, alcuni governi, già tendenzialmente inclini a privilegiare le esigenze di sicurezza a scapito dei diritti dei singoli, hanno subito colto l'occasione per attuare strategie di controllo non adeguatamente regolamentate¹⁹.

In ogni caso, in questo clima, le istituzioni europee hanno tracciato una *road map*²⁰, all'interno della quale i singoli Stati membri hanno tutti

in *Persona e Amministrazione*, 1/20201, 226 e, in particolare, n. 22. Proposte di introdurre braccialetti indossabili sono apparse anche nel dibattito pubblico italiano (v. l'intervista a G. Metta di A. LARIZZA, *Premi e bonus per stare distanti: la mia tecnologia soft per la Fase 2*, ne *Il Sole 24 Ore* 11 maggio 2020. Quanto all'ipotesi dell'obbligatorietà di simili *token* (o braccialetti) BERGONZINI valuta tale «scenario giuridicamente terrificante ma tecnicamente banale» (il giudizio condiviso è sempre di C. BERGONZINI, *Non solo privacy*, cit., 715).

¹⁷ P. e. V. SAPORITO – L. D'ANTONIO, *Modelli normativi*, cit., p. 13 ss.

¹⁸ Si pensi al caso cinese cinese, e agli asseriti impieghi del dispositivo a scopi di sorveglianza: tra i tanti, S. McDONELL, *China Social Media: WeChat and the Surveillance State*, in *BBC News* 7 giugno 2019. In questo contesto si è anche evidenziata la singolare sinergia tra attori privati e istituzioni locali e centrali cinesi, v. ampiamente in C. G. REDDICK - Y. ZHENG, *Determinants of Citizens' Mobile Apps Future Use in Chinese Local Governments*, in *Transforming Government: People, Process and Policy*, 11/2017, p. 213 ss. e T. LIU - Y. XUEMIN - Y. ZHENG, *Understanding the Evolution of Public-Private Partnerships in Chinese e-Government: Four Stages of Development*, in *Asia Pacific Journal of Public Administration*, 4/2020, p. 222 ss., che illustrano come tali forme di collaborazione pubblico-privato siano state sperimentate anche per contribuire alla fornitura di servizi pubblici, *i. e.* trasporti, assistenza sociale, sicurezza e istruzione. Una prospettiva critica dell'ancoramento del tracciamento alle nuove piattaforme digitali del *Social Credit System*, il sistema di misure implementato dal Governo cinese al fine di aumentare la fiducia nel relativo mercato, si rinviene in V. D'ANTONIO - L. SAPORITO, *Modelli normativi di contact tracing*, op. cit., pp. 17 ss.

¹⁹ Si pensi, oltre al caso cinese, ad Israele. Il giudizio dell'allora Garante *privacy* fu, infatti, lapidario: «Il modello cinese, con la sua sorveglianza totale, figlia di una sorta di imperialismo digitale, non può essere un nostro riferimento. Neppure quello coreano perché in Corea c'è una cultura di fondo, sociale e giuridica, molto distante dalla nostra». E ancora: «Non conosco nel dettaglio ciò che sta facendo Israele. Dico che in ogni caso non è compatibile con il nostro sistema se realizza una sorveglianza di massa. E in ogni caso, noi abbiamo un sistema costituzionale assai diverso» (intervista ad A. Soro di C. FASANI, *In uno stato di eccezione è lecito rinunciare a qualche libertà. Ma il nostro modello non potrà mai essere la Cina*, in *Tiscali News* 19 aprile 2020).

²⁰ Definita in un documento che riassumeva le linee generali di intervento dell'Unione (Commissione europea – Consiglio europeo, *Joint European Roadmap Towards Lifting*

quanti sviluppato delle *app* di tracciamento, pressoché identiche, se non anche interoperabili²¹.

In Italia, ciò è avvenuto per l'*app* Immuni, nella quale, in breve, si era optato per il tracciamento via Bluetooth, un sistema il più possibile decentralizzato, privo di conseguenze sanzionatorie per l'utente, il cui utilizzo era meramente facoltativo, come facoltativa era la scelta di introdurre la notizia di un eventuale positività alla malattia; e il tutto senza provvedere alla distribuzione di dispositivi *hardware ad hoc* che consentissero di superare il problema del *digital divide*. Ciononostante, cioè, anche se ciascuna delle scelte aveva seguito la via dei diritti e non già quella dell'efficacia del sistema, una parte della letteratura e dell'opinione pubblica ha considerato troppo pervasivo tale dispositivo²². Pochi, però, hanno saputo osservare – tra questi una parte della nostra letteratura lo ha fatto²³ – che il rischio principale di un simile sistema così garantista non fosse quello della dittatura dei *robot*.

Infatti, Immuni ha ottenuto circa 18 milioni di *download*; circa 42.000 utenti positivi hanno segnalato il proprio *status* e sono state inviate circa 140.000 notifiche di contatto²⁴. E ciò considerando che negli ultimi mesi si è avuta un'impennata dei *download*, perché intanto l'*app* è diventata un utile "porta *green pass*". Si consideri che in Italia gli infetti ufficiali sono stati circa 6 milioni (forse il doppio quelli effettivi), e che l'*app* abbia avuto notizia dello 0,7% di questi, informando poco più che 3 contatti per ogni infetto noto (nessuno sa se, poi, le notifiche abbiano raggiunto destinatari

COVID-19 Containment Measures 17 aprile 2020).

²¹ Sul protocolli sviluppati a tal fine v. G. DELLA MORTE, *Quanto Immuni?*, cit., p. 311 ss. Più nello specifico, sull'interoperabilità dei dispositivi, M. VUKOLIC, *On the Interoperability of Decentralized Exposure Notification Systems*, in *arXiv preprint* 2020, 2006.13087. Ne evidenziava il rischio latente di centralizzazione delle informazioni, abusi e *function creep* (i. e. incontrollata aggiunta di funzionalità in un prodotto informatico), J.-H. HOEPMAN, *A Critique of the Google Apple Exposure Notification (GAEN) Framework*, in *arXiv preprint* 2020, 2012.05097.

²² In relazione a tal genere di criticità, BOLOGNINI evidenzia persino l'ipotesi di legittimare l'autorità di controllo, il Garante *privacy*, al ricorso diretto alla Corte costituzionale, emendando la l. cost. 1/1948, «almeno con riferimento all'impugnazione della legislazione di emergenza, ove irragionevolmente e sproporzionatamente compressiva dei diritti fondamentali alla protezione della sfera privata, della riservatezza e dei dati persona» (L. BOLOGNINI, *Il bilanciamento tra diritti, libertà e interessi pubblici nel contact tracing è questione di alta politica*, 21 maggio 2020).

²³ Si pensi ancora a A. IANNUZZI, C. COLAPIETRO, *App di contact tracing*, cit., o M. FERRAZZANO, *Contact Tracing Via App*, cit., p. 24 ss.

²⁴ Le statistiche sono fornite sul sito dell'*app*: <https://www.immuni.italia.it/dashboard.html> [ult. cons. 31 dicembre 2021).

che erano stati realmente in contatto con un positivo e per quanti di questi una simile notizia di contatto abbia avuto un effetto utile ai fini sanitari). Il rischio, allora, non era la dittatura digitale o il controllo sociale, ma probabilmente l'inutilità del sistema. Molto rumore per nulla? In parte, forse sì, a meno di non voler considerare l'utilità dell'insegnamento: la misura che realizza il bilanciamento tra diritti e interessi deve comunque essere idonea a perseguire gli scopi che si propone, deve innanzitutto "servire". Questa valutazione, tuttavia, nei contesti ad alta complessità tecnologica, impone un rinvio ai saperi scientifici interessati²⁵.

3. *Il principio di proporzionalità*

L'idoneità della misura adottata a perseguire gli scopi prefissati è uno degli elementi che concorrono alla definizione del principio di proporzionalità²⁶, che prescrive l'adeguatezza dei mezzi impiegati al fine voluto. Un principio, questo, – o forse più principi, ma sul punto non intendiamo ora prendere posizione – dentro cui iscrivere ogni bilanciamento tra diritti; principio che troviamo diffusamente negli ordinamenti.

Il principio di proporzionalità nasce nella giurisprudenza costituzionale tedesca²⁷ ed è stato, successivamente, adottato dalla Corte di Giustizia soprattutto in materia di sanzioni, aiuti di Stato, e concorrenza²⁸; quindi, è confluito nei trattati istitutivi dell'Unione europea²⁹. Il principio implica,

²⁵ Sul rinvio alla scienza, v. ampiamente G. FONTANA, *Ricerca scientifica e libertà di cura. Scientismo ed antiscientismo nella prospettiva costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

²⁶ Su cui, tra i tanti, si rinnova il richiamo a G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, cit., p. 541 ss.

²⁷ Si può far riferimento a una recente applicazione del principio nel contesto emergenziale, in relazione al coprifuoco disposto nel *Infektionsschutzgesetz*; la misura è stata giudicata costituzionalmente legittima dalla corte tedesca, «[d]a der Gesetzgeber die Wirkungen der mit der Ausgangsbeschränkung verbundenen Freiheitsbeeinträchtigungen zudem über Ausnahmestände abgemildert hat und die Geltungsdauer der angegriffenen Regelung nach derzeitiger Rechtslage zeitlich relativ eng begrenzt ist, überwiegen die Nachteile für die Betroffenen ungeachtet der erheblichen Eingriffsintensität der Ausgangsbeschränkung nicht gegenüber den Nachteilen für einen wirksamen Infektionsschutz bei Aussetzen der Regelung in § 28b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG» (BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 05. Mai 2021 - 1 BvR 781/21 -, Rn. 1-56).

²⁸ G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in S. MANGIAMELI, *L'ordinamento europeo. II. L'esercizio delle competenze*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 225-274.

²⁹ Si tratta del principio di proporzionalità inteso come principio che informa il modo di esercizio dei poteri delle istituzioni comunitarie, prevedendo che, per raggiungere i propri scopi, l'UE debba intraprendere esclusivamente le azioni necessarie a seconda dei casi (cfr. art. 5, co. IV TUE).

come detto, l'idoneità del mezzo prescelto rispetto al fine perseguito, ma anche la necessità del mezzo stesso, e, ancora, la adeguatezza del medesimo riguardo al sacrificio imposto ai singoli.

In Italia è stato adottato dalla giurisprudenza amministrativa³⁰ ed è stato fatto proprio anche dalla Corte costituzionale³¹, che recentemente ha ribadito (nella sent. n. 20/2019, in materia di pubblicazioni *online* di dati dei titolari di incarichi dirigenziali) che «*il giudizio di ragionevolezza sulle scelte legislative si avvale del cosiddetto test di proporzionalità, che "richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio [...] sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi"*». Proprio in quest'occasione, la Corte ha affermato che i «*diritti alla riservatezza e alla trasparenza si fronteggiano soprattutto nel nuovo scenario digitale: un ambito nel quale, da un lato, i diritti personali possono essere posti in pericolo dalla indiscriminata circolazione delle informazioni, e, dall'altro, proprio la più ampia circolazione dei dati può meglio consentire a ciascuno di informarsi e comunicare*».

È solo il caso, tra l'altro, di evidenziare quale peso abbiano gli argomenti comparativi nella giurisprudenza della Corte di giustizia, della Corte costituzionale italiana, della giurisprudenza civile e amministrativa, sino al punto di poter affermare che tali argomenti orientino la formazione di un diritto comune europeo o, quantomeno, di forti comunanze nei diritti degli Stati membri³².

È così che il *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* avrebbe già potuto ispirare la soluzione del problema di Immuni, anche proprio secondo il test della Corte tedesca³³: (1) sotto il profilo del *legitimer Zweck* (è legittimo lo scopo del legislatore?); (2) dunque, la *Geeignetheit* (la misura idonea è a

³⁰ Con riferimento al contesto della pandemia, cfr. I. ROMANO, *Spunti di riflessione sull'applicazione del principio di proporzionalità ai tempi del Covid-19: considerazioni a margine dei decreti del TAR Campania aventi ad oggetto la sospensione delle attività educative e didattiche in presenza ad opera dell'ordinanza del Presidente della Giunta regionale n. 79/2020*, in *Persona e Amministrazione*, 2/2020, pp. 499-519.

³¹ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, 2013.

³² Sul punto ampiamente, G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, Jovene, 2011.

³³ Applicando il medesimo test di proporzionalità, con riferimento al tracciamento via *app*, giungono a conclusioni opposte, M. CARDONE - M. CECILI, *Osservazioni sulla disciplina in materia di tutela dei dati personali in tempi di Covid-19*, cit., p. 3 ss.

raggiungere lo scopo o quantomeno a contribuire al suo raggiungimento?); (3) poi, l'*Erforderlichkeit* (la misura è davvero necessaria, o è possibile adottare un intervento più mite?); (4) infine, l'*Angemessenheit*, la proporzionalità *im engeren Sinn*, in senso stretto (il punto di equilibrio raggiunto compromette del tutto i diritti coinvolti, o li preserva?).

All'interno di queste coordinate teoriche, parrebbe, occorre collocare la questione del bilanciamento tra diritti e interessi coinvolti nelle misure di contrasto alla pandemia, ivi compreso per quanto concerne l'ambiente digitale e il rapporto tra protezione dei dati e altri diritti fondamentali³⁴.

Di fronte a domande del genere, quanto all'Italia, considerato il problema del *digital divide*, il bassissimo tasso di alfabetizzazione digitale, se non anche una bassa propensione a condotte spontaneamente cooperative, si sarebbe potuto osservare che lo scopo del tracciamento digitale fosse legittimo, l'equilibrio raggiunto tra diritti e interessi ben proporzionato, che il mezzo fosse il meno invasivo tra quelli tecnologicamente disponibili, ma che – infine – la misura non fosse idonea a contribuire al suo stesso scopo. Basti pensare che solo la metà degli italiani usa *app* di messaggistica *online*³⁵, e che difficilmente Immuni avrebbe potuto superare quella soglia (sarebbe stata ben lontana, quindi, dalle alte percentuali che ne avrebbero assicurato il funzionamento). Si è trattato allora di una misura illegittima? Probabilmente, no. Soprattutto se si considera che non si sono registrati i particolari rischi per i diritti degli utenti. Si osservi, fra l'altro, che il tracciamento “analogico”³⁶ dei contatti, quello da parte delle autorità sanitarie, si sia realizzato in un contesto molto meno regolamentato, con frequenti e rischiose diffusioni di notizie su cittadini infetti identificati. Allora, per concentrarsi troppo sui rischi delle nuove tecnologie, si è perso di vista che anche le “vecchie tecnologie” possono minacciare la riservatezza e gli altri diritti fondamentali.

³⁴ In questo senso, la proporzionalità “eurounitaria” trova una sua declinazione specifica: S. GUIDA - D. TOZZI, *The Assessment of the Proportionality of the Measures that Limit the Privacy Fundamental Rights in the New Guidelines of the European Data Protection Supervisor*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 1/2020, p. 195 ss.

³⁵ Anche «per le competenze che mancano a 24 milioni di cittadini», osserva F. CELLA, *Italiani e digitale: oltre 90% connessi, ma in 9 milioni non sanno usare WhatsApp*, nel *Corriere della Sera* 20 ottobre 2021.

³⁶ Attuato, comunque, con ricorso a tecnologie digitali. Si sottovaluta, infatti, che il tracciamento ordinario (il meccanismo di cooperazione tra privati e pubblica amministrazione) si avvalga parimenti di strumenti digitali di comunicazione informativa; e che tale tracciamento si sia svolto e si svolga in un contesto molto meno regolamentato e presidiato da garanzie giuridiche e tecnologiche se confrontato con l'ambiente del *digital contact tracing*.

4. *Il bilanciamento nel green pass*

In tema di *green pass*, infine, con forza ancora maggiore si sono sollevate forti polemiche, sempre evocando lo spettro della “dittatura sanitaria”³⁷ se non anche di una nuova forma di *apartheid*³⁸. In questa sede, lungi dall’aderire a visioni marcatamente catastrofiste, se non anche distopiche, occorre ricondurre la questione della legittimità delle misure relative al *green pass*, alla sua introduzione – o meglio – al diverso uso che il governo italiano ha proposto del dispositivo. È, infatti, su questi profili che si concentrano le critiche più autorevoli: «sulla differente natura giuridica del Green pass europeo da quello italiano», sull’«imposizione surrettizia e indiretta di un obbligo vaccinale» e, più in generale, sulla misura che «apparirebbe sproporzionata rispetto alle esigenze»³⁹.

Sia chiaro, il tema della proporzionalità e della ragionevolezza delle misure adottate può essere affrontato in senso generale e con riferimento ad elementi di dettaglio: in senso generale, la questione consiste nell’interrogarsi sulla legittimità costituzionale del condizionamento di libertà fondamentali al possesso della certificazione digitale; quanto agli elementi di dettaglio, non possono negarsi disarmonie nel tessuto legislativo e regolamentare, tali da generare diffuse reazioni negative ma – non necessariamente – percepibili sul terreno della legittimità costituzionale (sono da ricondurre a tale alveo le scelte di subordinare talune libertà o attività al possesso della certificazione, escludendone l’applicazione in altri contesti analoghi, con una discrezionalità che oscilla tra la tecnica e l’arbitrio)⁴⁰. Questo intervento si può concentrare solo sulla questione generale, che appare in ogni caso dirimente.

Circa la valutazione di legittimità costituzionale in termini di proporzionalità delle misure adottate con riferimento al *green pass*, possiamo affidarci allo stesso metodo adoperato per la valutazione del tracciamento digitale dei contatti e, dunque, eventualmente ricorrendo al test di

³⁷ E. LALUMERA, *Ricostruire la fiducia nel dibattito pubblico in materia di sanità*, in *Rivista trimestrale di cultura e di politica*, 4/2021, 79, osserva che la reazione dei pochi intellettuali che paventano una dittatura sanitaria sarebbe da ascrivere alla crisi di fiducia nel comparto sanitario; crisi di fiducia che paradossalmente accompagna la stagione fortunosa delle recenti scoperte, anche in tema di vaccinazioni.

³⁸ M. MENICHELLA, *Dal Green-pass alla “normazione di emergenza”: vera libertà o “sgambetto” alla Costituzione?*, in *Fondazione David Hume*, 2 Agosto 2021.

³⁹ OSSERVATORIO PER LA LEGALITÀ COSTITUZIONALE, *Sul dovere costituzionale e comunitario di disapplicazione del cd decreto green pass*, in *Questione Giustizia*, 21 luglio 2021.

⁴⁰ Su questi aspetti, v. N. ROSSI, *Il disordine iniquo delle vaccinazioni*, in *Questione giustizia* 23 marzo 2021.

proporzionalità. A tal riguardo, non v'è dubbio che il fine⁴¹ perseguito dal legislatore sia legittimo (del legislatore, in quanto l'obbligatorietà della certificazione è stata sancita da fonti di rango primario, il d.l. 52/2021 di aprile e il d.l. 127/2021 di settembre); né ci sono troppi dubbi sull'idoneità di una simile misura a contribuire a limitare – in qualche modo⁴² – l'infezione. Resta da chiedersi se la misura sia necessaria (o ce ne sia altra più mite) e, nel caso, se sia proporzionata in senso stretto.

Sul punto, c'è chi registra «una pesante compressione [...] dei diritti costituzionali»⁴³, mentre una parte cospicua della dottrina più autorevole nega in radice la fondatezza di ogni possibile dubbio⁴⁴. Un simile contrasto appare alquanto radicalizzato, se si osserva, da un lato, che pochi indizi lascino suggerire una torsione dell'ordinamento democratico verso la dittatura e che, dall'altro, la novità e l'incidenza delle misure legittimino, se non altro in seno alla dottrina, una riflessione approfondita.

Molti hanno addirittura osservato che il legislatore avrebbe dovuto usare “le maniere forti”, magari imponendo l'obbligo coattivo di vaccinazione (non si sa come sarebbe stato attuabile) mentre alcuni apprezzano la ragionevolezza della misura⁴⁵. Il *green pass* condiziona alcune libertà a un onere, parificando “per legge” l'intervenuta vaccinazione con il test negativo

⁴¹ Anche se si osserva che «[i]n una democrazia costituzionale il fine non giustifica mai, da solo, i mezzi» (A. MORELLI - F. SALOMONI, *Osservazioni eretiche sul Super green pass*, ne *LaCostituzione.info*, 9 dicembre 2021).

⁴² E. GRUDEN, *L'EU Digital COVID Certificate operativo da giugno*, in *Diritto e Giustizia*, 27 maggio 2021, evidenzia come l'introduzione dell'EU Digital Covid Certificate tenga conto solo in parte dei dati scientifici e che la rapidità nella sua approvazione ricorda le procedure fast-track che hanno condotto alla messa a punto dei vaccini.

⁴³ M. A. SIMONELLI, *I vaccini, il Green pass e l'egoismo dei diritti fondamentali*, ne *laCostituzione.info*, 30 luglio 2021 e, similmente, le critiche di alcuni intellettuali e giuristi (G. AGAMBEN - A. SINAGRA - U. MATTEI), molti dei quali firmatari del documento contro il *green pass* promosso dall'avvocato O. MILANESE e da C. CUPPINI. Su questi temi, con l'organizzazione della cooperativa Generazioni Future, si è costituita il 12 dicembre 2021 la commissione DuPre (Dubbio e precauzione), con portavoce C. FRECCERO.

⁴⁴ G. AZZARITI, *Vaccino e green pass, impariamo a leggere la Costituzione*, ne *Il Manifesto*, 28 luglio 2021; R. BIN, *Green pass e libertà. Con qualche risposta ai simpatici lettori*, ne *laCostituzione.info*, 26 luglio 2021; R. BIN, *Replica al documento anti-green pass pubblicato da Questione giustizia*, ne *laCostituzione.info*, 9 agosto 2021.

⁴⁵ P. VERONESI, *Sulla ragionevolezza del “Green pass”*, in *MicroMega* 10 settembre 2021, osserva che «[s]i fatica insomma a far comprendere che non esiste, al momento, alcun obbligo di vaccinarsi (tranne che per talune categorie specificamente e ragionevolmente individuate dalla legge, ossia i medici e il personale sanitario), e che questa scelta calibrata, anziché espressione di codardia, è un autentico omaggio alla responsabilità individuale: un atto di fiducia nel senso del singolo per se stesso e per gli altri, nei cui confronti si decide di accantonare *le maniere forti* e puntare sulla ragione» (corsivo aggiunto).

(condizioni che dal punto di vista sanitario sono incommensurabilmente diverse⁴⁶). Sul punto della proporzionalità in senso stretto, va osservato che la libertà di non vaccinarsi, su cui comunque il legislatore sarebbe potuto intervenire, nel suo nucleo essenziale è preservata: il principale diritto in gioco, quindi, non del tutto è annientato, ma soltanto condizionato, quantomeno nel sistema che parifica la vaccinazione al test negativo⁴⁷.

Con riferimento al profilo della protezione dei dati, il *design* complessivo del *software* realizza per certo un rischio – ancorché contenuto – per i dati sanitari, perché il codice QR contiene informazioni riservate che circolano agevolmente tra quanti sono tenuti al controllo del codice (con ciò prefigurandosi il rischio della sottrazione e della circolazione illecita delle certificazioni verdi a finalità commerciali). Forse sarebbe stato possibile ipotizzare un sistema centralizzato, che facesse circolare la sola informazione necessaria (semaforo verde, semaforo rosso), senza diffondere dati sanitari e senza contenere la ragione specifica della certificazione (guarigione, vaccino o test). Tuttavia, un simile meccanismo avrebbe richiesto una connessione *online* stabile e permanente presso tutti gli operatori destinati al controllo, rischiando così di incidere sulla iniziativa economica dei privati, soprattutto in relazione alle aree rurali o con connessioni carenti o assenti⁴⁸. Allora, anche stavolta il *design* è stato il risultato complessivo di un'operazione di bilanciamento, di proporzionalità e di compromesso, in cui la soluzione complessiva si presenta come un risultato di tecnoregolamentazione, dove cioè l'equilibrio tra diritti è il risultato (di compromesso) del *design* del *software*⁴⁹.

Per altro verso, le esigenze sanitarie sono ampiamente richiamate nel testo costituzionale: all'art. 14, co. II, che legittima gli accertamenti per motivi di sanità, regolati da leggi speciali; all'art. 16, che consente al legislatore di

⁴⁶ E per tale ragione si è resa necessaria l'introduzione (con d.l. 172/2021) e la successiva applicazione diffusa del *super green pass*, che si ottiene solo con la vaccinazione o con la guarigione.

⁴⁷ Sulla proporzionalità delle misure disposte in sede europea, cfr. G. D'ALESSANDRO, *In tema di misure per il ripristino dell'esercizio del diritto di libera circolazione nell'UE durante la pandemia di COVID-19. Appunti per l'audizione innanzi la I Commissione (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica sulle proposte di regolamento UE sul c.d. "certificato verde digitale"* – 8 aprile 2021, in *Rivista AIC*, 3/2021, p. 37 ss.

⁴⁸ Un rapporto di Openpolis dimostra che in alcune aree dell'est e del sud Europa, in particolare Grecia, Portogallo e sud Italia, quale percentuale di copertura Internet, non viene raggiunto neanche l'80% della popolazione (cfr. <https://www.openpolis.it/le-regioni-europee-divise-dalla-connezione-internet/> ult. cons. 31 dicembre 2021).

⁴⁹ Sui profili etico-giuridico della tecno-scienza v. anche L. PALAZZANI, *Etiche e diritto nell'era della tecno-scienza*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 4/2015, p.125 ss.

disporre limitazioni per motivi di sanità; all'art. 17, che legittima il divieto di riunione per comprovati motivi di incolumità pubblica; e, soprattutto, nell'art. 32 che sancisce la fundamentalità del diritto individuale alla salute, contestualmente all'affermazione di un interesse della Repubblica nei confronti di questa dimensione. Inoltre, l'art. 23 consente alla legge l'imposizione di prestazioni personali, così come il secondo comma dell'art. 32 consente i trattamenti sanitari disposti per legge, sempre che non violino i limiti imposti dal rispetto della persona umana. Tutte queste disposizioni convergono nel legittimare misure ben più pervasiva di quella attuata.

Allora, con riferimento al quadro positivo costituzionale, pochi dubitano dell'eventuale legittimità di un obbligo vaccinale, ma alcuni temono che il condizionamento delle libertà realizzato dalle misure del *green pass* mostri profili di incostituzionalità, proprio per la sua mancanza di ragionevolezza e proporzionalità. Sul punto, però, appare alquanto bizantina la critica di quanti si dichiarano favorevoli all'obbligo vaccinale coattivo e contrari all'onere della certificazione verde (che consente ai cittadini di non vaccinarsi), ritenendo la scelta adottata come un obbligo "surrettizio", subdolo o comunque non esplicito: il *green pass* sarebbe uno "strumento ipocrita"⁵⁰. Il legislatore, allora, avrebbe dovuto adottare misure più invasive, sino a comprimere *in toto* la libertà di salute, nell'obiettivo di apparire ai firmatari dell'appello più coerente o più schietto. Come se la schiettezza e la coerenza potessero, esse stesse, imporre misure più invasive. E, poi, nell'ipotesi che sia sproporzionata la misura del *green pass* e, invece, legittimo l'obbligo vaccinale, l'imposizione di un simile obbligo (coattivo) genererebbe reazioni migliori in quanti temono la vaccinazione?

La risposta a questi interrogativi non può cercarsi soltanto sul piano della coerenza legislativa, né può essere sottovalutato il pregio delle soluzioni di compromesso, senza riconoscere il peso delle valutazioni di opportunità politica. Invece, proprio in relazione a Immuni e al *green pass*, abbiamo tentato di illustrare che nel bilanciamento tra diritti e interessi il compromesso è d'obbligo e, come sempre, è necessario il buon senso. Quanto alla idoneità e alla necessità delle misure adottate, bisogna rimarcare che, trattandosi di settori in cui è necessario il rinvio a saperi specialistici, ogni valutazione sull'efficacia delle soluzioni deve essere rinviata ad organi competenti. Resterebbe aperta, al più, una riflessione circa l'attitudine dei processi decisionali legislativi ed amministrativi ad includere un supporto tecnico indipendente e non politicamente orientato.

⁵⁰ Così, a più riprese, A. BARBERO contesta «l'obbligo di vaccinazione in forma surrettizia» (O. RIVA, *Alessandro Barbero, un caso il «no al Green Pass» all'università: tra le 600 firme c'è anche la sua*, nel *Corriere della Sera*, 6 settembre 2021).

In ogni caso, infine, la misura del *green pass* consente ancora ogni estrema opposizione all'imposizione coattiva di un trattamento sanitario non voluto. Proprio come nell'enigma di Bartleby, che per Agamben rappresenta l'esperimento in cui il «possibile si emancipa da ogni ragione»⁵¹, nella formula che lo scrivano non si stanca mai di ripetere, accettando – però – le conseguenze che essa implica: «I would prefer not to»⁵².

ABSTRACT

Freedom and health protection values conflict in various circumstances during the pandemic emergency. This friction generated a radicalization of the discussion far from common sense. Balancing operations in the crisis often relied on digital device issues, such as contact tracing apps and green passes, whose development and implementation were entrusted with the search for harmony among rights and interests involved. The paper investigates the perspectives for balancing the constitutional values in the digital environment and for the application of the proportionality test in sectors with a high technological or scientific thickness, inferring that, in this context, the reference to science is an additional limit to legislative power also in such assessments of proportionality.

⁵¹ Diffusamente in G. AGAMBEN, *Bartleby o della contingenza*, in ID., G. DELEUZE, *Bartleby, la formula della creazione*, Quodlibet, Macerata, 1993.

⁵² H. MELVILLE, *Bartleby lo scrivano: una storia di Wall Street* [1853], trad. di G. Celati, VIII, 1992.

Francesco Biagi*

*Estados de emergencia y crisis pandémica:
algunas reflexiones sobre el papel de los Tribunales Constitucionales*

SOMMARIO: 1. Introducción – 2. Los estados de emergencia en las constituciones modernas: tendencias comparadas – 2.1. ¿Quién tiene el poder de declarar y prorrogar el estado de emergencia? – 2.2. ¿Cuáles son las garantías contra los posibles abusos cometidos durante un estado de emergencia? – 3. El papel de los Tribunales Constitucionales relativo a la revisión de la declaración y prórroga del estado de emergencia – 3.1. Constituciones que no otorgan ningún papel al Tribunal Constitucional – 3.2. Constituciones que solo otorgan al Tribunal Constitucional un papel débil – 3.3. Constituciones que otorgan al Tribunal Constitucional un papel fuerte y activo – 3.4. Argumentos en contra y a favor de atribuir al Tribunal Constitucional la facultad de revisar la declaración y/o prórroga del estado de emergencia – 4. El control constitucional sobre las medidas de emergencia adoptadas por las autoridades estatales: un enfoque sobre la crisis de COVID-19 – 4.1. El control formal/procedimental sobre las medidas de emergencia – 4.2. El control sustancial de las medidas de emergencia: sopesar los derechos fundamentales con los intereses del Estado (en particular, la salud pública) – 4.3. El control sustancial de las medidas de emergencia (continuación): la necesidad de respetar el derecho internacional y supranacional de los derechos humanos – 5. Conclusiones finales.

1. *Introducción*

En este artículo¹ analizamos el papel de los tribunales constitucionales durante los estados de emergencia desde una perspectiva comparada. El objetivo es comprender si, cómo y hasta qué punto estos órganos pueden ejercer un control efectivo sobre el poder ejecutivo, contribuyendo así a la protección contra el abuso de los poderes de emergencia. Primero

* Ricercatore senior a tempo determinato de Derecho Público Comparado en la Universidad de Bolonia, Departamento de Estudios Jurídicos.

¹ Este artículo ha sido publicado, con el mismo título, en la *Revista Asuntos Constitucionales*, n° 1, julio-diciembre 2021, pp. 57-74. Nuestro agradecimiento a Giovanni Boggero, Giacomo Delledonne, Josu de Miguel Bárcena e Javier Tajadura Tejada por sus valiosas aportaciones al borrador de este estudio.

ofreceremos una visión general de cómo las constituciones modernas regulan los estados de emergencia. Más concretamente, nos centramos en las instituciones encargadas de declarar y prorrogar el estado de emergencia, así como en el análisis de las garantías procedimentales, temporales y sustanciales contra los posibles abusos cometidos durante estos tiempos de crisis. En la segunda parte del artículo, examinamos el papel que desempeñan los tribunales constitucionales en la revisión de la *declaración y prórroga* del estado de emergencia, evidenciando que en la mayoría de los casos estos órganos no ejercen ningún papel, en algunos casos ejercen un papel débil, y en otros casos ejercen un papel fuerte y activo. En este apartado también trataremos los argumentos a favor y en contra de conferir a los tribunales constitucionales la facultad de revisar la declaración y/o prórroga de dicho estado. En la tercera parte del artículo, analizamos el papel de los tribunales constitucionales relativo al control de las *medidas de emergencia* adoptadas por las autoridades estatales en tiempos de crisis, argumentando que estos órganos tienen el potencial de ser eficaces defensores de los principios del constitucionalismo. En particular, nos centramos en la pandemia COVID-19, evidenciando que en algunos casos los tribunales constitucionales han mostrado un grado excesivo de deferencia hacia el poder ejecutivo, pero en muchas otras circunstancias, al llevar a cabo un control tanto formal/procedimental como sustancial de las medidas de emergencia, han ejercido una función de vigilancia sobre la acción del ejecutivo, asegurando la proporcionalidad de las restricciones de los derechos. Por último, expondremos algunas observaciones finales.

2. Los estados de emergencia en las constituciones modernas: tendencias comparadas

El estado de emergencia puede describirse como «una categoría paraguas que abarca acontecimientos extraordinarios que pueden ejercer una presión anómala sobre el funcionamiento ordinario de una constitución».² Estas situaciones varían enormemente, e incluyen acontecimientos como guerras, invasiones, secesiones, agitación interna, terrorismo, catástrofes naturales (terremotos, inundaciones o pandemias), así como crisis económicas y financieras.

² G. DELLEDONNE, *History and Concepts of Emergency*, en R. GROTE - F. LACHENMANN - R. WOLFRUM (coords.), *The Max Planck Encyclopaedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2016, p. 2.

Las constituciones suelen contener disposiciones relativas al estado de emergencia. Por un lado, algunos textos constitucionales solo incluyen algunas referencias a esta situación. La Constitución de los Estados Unidos de 1787, por ejemplo, solo contiene una prescripción clara para las emergencias, a saber, la sección 9 del artículo 1: «El privilegio del habeas corpus no se suspenderá, salvo cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión». En cambio, otras constituciones son más contundentes a la hora de regular estas circunstancias extraordinarias.³ El conocido artículo 48 de la Constitución de Weimar de 1919, por ejemplo, regulaba con más detalle cómo debía actuar el Estado cuando «la seguridad y el orden público» estuvieran «gravemente amenazados o perturbados».⁴ En la actualidad, muchas constituciones (como las de Alemania, España y Colombia, por citar algunas) contienen un conjunto detallado de prescripciones para la respuesta de las autoridades estatales ante una emergencia. Está claro que hoy en día la *constitucionalización* del estado de emergencia se ha convertido en la norma, mientras que las constituciones que no contienen ninguna disposición relativa a dicho estado (como por ejemplo la Constitución de Italia de 1948, que solo regula la declaración de guerra)⁵ representan la excepción. De hecho, según un reciente estudio cuantitativo, nueve de cada diez constituciones actualmente en vigor contienen disposiciones centradas en el estado de emergencia.⁶

No obstante, hay que señalar que, además de los estados de emergencia regulados por la constitución, algunos países prevén incluso regímenes de emergencia específicos regulados a nivel legislativo. El caso de Francia es emblemático. De hecho, la Constitución de 1958 prevé el estado de

³ Para un análisis comparado acerca de cómo se regulan los estados de emergencia, véase J. FEREJOHN - P. PASQUINO, *The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers*, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, n° 2, 2004, p. 210 ss.; A. VEDASCHI, *À la guerre comme à la guerre? La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Torino, 2007, p. 301 ss.; D. DYZENHAUS, *States of Emergency*, en M. ROSENFELD - A. SAJÓ (coords.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, p. 442 ss.

⁴ Sobre el artículo 48 y el papel del presidente del Reich, véase J. DE MIGUEL BÁRCENA - J. TAJADURA TEJADA, *Kelsen versus Schmitt: Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Madrid, 2018, p. 245 ss.

⁵ Sin embargo, debe subrayarse que la Constitución italiana estipula que «en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia» el Gobierno puede adoptar decretos con fuerza de ley (*decreti legge*) (art. 77). Sobre el régimen de emergencia en Italia, véase P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006; G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016.

⁶ Véase C. BJØRNSKOV - S. VOIGT, *The Architecture of Emergency Constitutions*, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 16, n° 1, 2018, p. 101 ss.

excepción (art. 16) y el estado de sitio (art. 36), mientras que el estado de emergencia (*état d'urgence*) – en el que las autoridades francesas, hasta el momento, más han confiado en tiempos de crisis – está regulado por la Ley 55-385 de 3 de abril de 1955. Además, tras el estallido de la pandemia COVID-19, el Gobierno francés, en lugar de recurrir a uno de estos regímenes de emergencia, ha preferido adoptar una ley *ad hoc*, a saber, la Ley 2020-290, de 23 de marzo de 2020, sobre el estado de emergencia sanitaria (*état d'urgence sanitaire*).⁷

2.1. ¿Quién tiene el poder de declarar y prorrogar el estado de emergencia?

Un análisis comparado de las constituciones modernas muestra que, en lo que respecta a la facultad de declarar y prorrogar el estado de emergencia, se pueden identificar tres modelos: el modelo “unilateral”, el modelo “bilateral” y el modelo “participativo”.

En el modelo “unilateral”, únicamente una persona/institución – normalmente el ejecutivo (el presidente de la República, el Rey, el Gobierno...) – tiene la facultad de declarar y prorrogar el estado de emergencia, mientras que el papel que desempeñan otras instituciones es inexistente o muy limitado. Así ocurría en el norte de África y en Oriente Medio antes de la “Primavera Árabe”, donde la declaración unilateral del estado de emergencia por parte del jefe del Estado (Rey o presidente) era muy frecuente. El papel desempeñado por el Parlamento era extremadamente limitado, y el poder judicial estaba completamente excluido. Basta con considerar la Constitución siria de 1973, que establecía que «el presidente de la República puede declarar y poner fin al estado de emergencia en la forma prevista en la ley» (art. 101), y que «en caso de peligro grave o de situación que amenace la unidad nacional o la seguridad e independencia de la patria o que impida a las instituciones del Estado cumplir con sus responsabilidades constitucionales, el presidente de la República puede tomar las medidas inmediatas que exijan estas circunstancias» (art. 113). Tras las revueltas árabes, algunos países (por ejemplo, Túnez, como se verá más adelante) han implicado, además de al jefe del Estado, a otros poderes del Estado en el proceso que conduce a la declaración y/o prórroga del estado de emergencia (el Parlamento y/o el poder judicial), introduciendo

⁷ Sobre el hecho de que para hacer frente a la crisis de la pandemia algunos países han preferido adoptar leyes de emergencia *ad hoc*, o modificar las existentes, véase A. VEDASCHI, *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, en *DPCE online*, n° 2, 2020, p. 1463 ss. y p. 1485 ss.

así un modelo “bilateral” o “participativo”. Sin embargo, otros países – como Siria y Jordania – han mantenido el modelo “unilateral”.⁸

En el modelo “bilateral”, la decisión de declarar y/o prorrogar el estado de emergencia implica a dos poderes del Estado, el ejecutivo y el legislativo. Normalmente, el primero es el que declara el estado de emergencia, mientras que el segundo tiene que aprobar dicha declaración y/o su prórroga. La Constitución española de 1978, por ejemplo, regula tres situaciones de emergencia: el estado de alarma, el estado de excepción y el estado de sitio. Para declarar y/o prorrogar cada uno de estos estados, tanto el Gobierno como el Congreso desempeñan un papel fundamental (art. 116).⁹ El estado de alarma, por ejemplo, es declarado «por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo» (art. 116(2)).¹⁰ Incluso en Egipto, el ejecutivo y el legislativo participan en el proceso de declaración y prórroga del estado de emergencia. De hecho, según la Constitución de 2014, la proclamación del estado de emergencia por parte del presidente debe ser confirmada por el Parlamento, y este también es responsable de aprobar su prórroga (art. 154).

Por último, en el modelo “participativo”, además de los poderes ejecutivo y legislativo, también los tribunales – a menudo incluso los tribunales constitucionales – participan en el proceso de declaración y/o prórroga del estado de emergencia, ya que se les confiere la tarea de revisar la declaración y/o prórroga de este estado. Este modelo (que se analizará con más detalle en el apartado 3.3.) es el más reciente, y se puede encontrar en países como Colombia, Sudáfrica, Francia y Túnez. Como se verá más adelante, el modelo “participativo” parece ofrecer las garantías más eficaces contra el abuso de los poderes de emergencia.

⁸ Véase F. BIAGI, *The Separation of Powers and Forms of Government in the MENA Region Following the “Arab Spring”: A Break with the Past?*, en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n° 2, 2018, pp. 397-400.

⁹ Véase F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio*, en *Revista de Derecho Político*, n° 11, 1981, p. 83 ss.; J.M. LAFUENTE BALLE, *Los estados de alarma, excepción y sitio*, en *Revista de Derecho Político*, n° 31, 1990, p. 27 ss.

¹⁰ Véase C. VIDAL PRADO - D. DELGADO RAMOS, *Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga*, en *Revista española de derecho constitucional*, n° 92, 2011, p. 243 ss.; V. PIERGIGLI, *L'emergenza Covid-19 in Spagna e la dichiarazione dell'estado de alarma. Ripercussioni sul sistema istituzionale e sul regime dei diritti*, en *DPCE online*, n° 2, 2020, p. 1533 ss.

2.2. ¿Cuáles son las garantías contra los posibles abusos cometidos durante un estado de emergencia?

Las constituciones modernas suelen prever diferentes garantías contra los posibles abusos cometidos por el ejecutivo durante un estado de emergencia, a saber, garantías procedimentales, temporales y sustanciales.

En cuanto a las *garantías procedimentales*, algunas constituciones estipulan que el Parlamento no puede ser disuelto durante un estado de emergencia (por ejemplo, en Francia, Túnez, Alemania y Marruecos). Esta garantía es muy importante por, al menos, dos razones. En primer lugar, el Parlamento es tradicionalmente la institución representativa por excelencia, que debe ser protegida especialmente en tiempos de emergencia. En segundo lugar, el Parlamento no solo es el órgano más importante encargado de adoptar los actos legislativos, sino que también representa – junto con el poder judicial – un «centro de resistencia potencial»¹¹ al poder ejecutivo. En otras palabras, el Parlamento debe mantener siempre bajo control las acciones del poder gobernante, incluso durante una emergencia. Es significativo, por ejemplo, que en algunos países (como Francia y Túnez) el Parlamento juega un papel clave en la destitución del presidente de la República.

Otra importante garantía procedimental se refiere al funcionamiento de los tribunales constitucionales. El artículo 115G de la Ley Fundamental alemana, por ejemplo, establece que durante un estado de defensa «no podrá ser menoscabada la posición constitucional y el cumplimiento de las tareas constitucionales del Tribunal Constitucional Federal ni de sus jueces».

Otro ejemplo de garantía procedimental consiste en exigir un consenso más amplio del Parlamento cuando se renueva el estado de emergencia. En Sudáfrica, por ejemplo, la Constitución de 1996 estipula que «[...] La primera prórroga del estado de emergencia deberá realizarse mediante una resolución adoptada con el voto favorable de la mayoría de los miembros de la Asamblea. Toda prórroga posterior deberá realizarse mediante una resolución adoptada con el voto favorable de al menos el 60% de los miembros de la Asamblea [...]» (Art. 37(2)(b)). Un requisito similar se encuentra también, por ejemplo, en la Constitución egipcia (Art. 154 Const.). Este mecanismo recuerda la teoría de la «*supermajoritarian escalator*» de Bruce Ackerman,¹² según la cual se requiere un consenso más

¹¹ G. BOGNETTI, *Dividing Powers. A Theory of the Separation of Powers*, edición en inglés de A. Baraggia y L.P. Vanoni, Milano, 2017, pp. 62.

¹² B. ACKERMAN, *The Emergency Constitution*, en *The Yale Law Journal*, vol. 113, 2004, p. 1047 ss.

amplio del Parlamento para cada prórroga de un estado de emergencia, lo que aumenta progresivamente el poder de la oposición para poner fin a la emergencia si fuera necesario.¹³

En cuanto a las *garantías temporales*, hay que destacar que varias constituciones estipulan claramente los plazos de duración y prórroga de un estado de emergencia. En algunos casos, sin embargo, esta limitación temporal ha demostrado no ser efectiva y, por tanto, no ha impedido que los estados de emergencia duren indefinidamente. En Egipto, por ejemplo, la Constitución de 2014 dispone que la declaración presidencial del estado de emergencia se establece por un periodo determinado que no excede de tres meses, que solo puede ser prorrogado por otro periodo similar previa aprobación del Parlamento (art. 154). Sin embargo, el presidente Abdel Fattah al-Sisi ha superado este obstáculo fácilmente al volver a declarar el estado de emergencia unos días después de que expirara el periodo de emergencia.¹⁴ Declarado por primera vez en abril de 2017, el estado de emergencia en Egipto se ha renovado continuamente hasta octubre de 2021.

En cuanto a las *garantías sustanciales*, algunas constituciones prohíben la adopción de reformas constitucionales durante un estado de emergencia (por ejemplo, Francia, España y Brasil). Modificar la constitución durante un periodo en el que el poder está más concentrado en manos de una sola persona/institución aumenta considerablemente las posibilidades de que se produzcan modificaciones unilaterales. Además, estas circunstancias extraordinarias suelen impedir o reducir drásticamente la implicación y la participación activa de la sociedad civil en el proceso de reforma constitucional.¹⁵

Otra garantía sustancial muy importante se refiere a la protección de los derechos y libertades fundamentales. Algunas constituciones estipulan que durante un estado de emergencia solo se pueden suspender o limitar *determinados derechos*. Por ejemplo, la Constitución de Ecuador de 2008 establece que «durante el estado de excepción, la Presidenta o Presidente de la República únicamente podrá suspender o limitar el ejercicio del derecho

¹³ Véase también E. BULMER, *Emergency Powers*, International IDEA, 2018, p. 19, <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/emergency-powers-primer.pdf>

¹⁴ Véase Y. AUF, *The State of Emergency in Egypt: An Exception or Rule?*, en *Atlantic Council*, 2 febrero 2018, <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/menasource/the-state-of-emergency-in-egypt-an-exception-or-rule/>

¹⁵ De forma más general, sobre la compleja relación entre los estados de emergencia y las reformas constitucionales, véase G. DELLEDONNE, *Crises, Emergencies and Constitutional Change*, en X. CONTIADES - A. FOTIADOU (coords.), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change*, London, 2020, p. 245 ss.

a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información [...]» (art. 165). Algunas constituciones indican el *tipo de restricciones* que pueden imponerse a los derechos fundamentales durante un estado de emergencia. Por ejemplo, el artículo 111 de la Ley Fundamental palestina de 2003 establece que «no se permite imponer restricciones a los derechos y libertades fundamentales al declarar el estado de emergencia, salvo en la medida necesaria para cumplir el objetivo indicado en el decreto por el que se declara el estado de emergencia». Además, algunas constituciones estipulan que el *núcleo*, el *contenido esencial* de los derechos fundamentales debe preservarse siempre, incluso en circunstancias extraordinarias. Probablemente el ejemplo más famoso es el de la Constitución alemana de 1949, que estipula que «*en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial*» (art. 19(2)) (énfasis añadido).

3. El papel de los Tribunales Constitucionales relativo a la revisión de la declaración y prórroga del estado de emergencia

Al analizar el papel que desempeñan los tribunales constitucionales en tiempos de emergencia, es importante establecer una distinción entre la revisión de la *declaración y prórroga* del estado de emergencia, por un lado, y la revisión de las *medidas de emergencia* adoptadas por las autoridades estatales durante este período, por otro. Mientras que esta última es extremadamente común y parece representar la norma desde una perspectiva comparada, la primera, por el contrario, solo se reconoce expresamente en unas pocas constituciones. De hecho, cuando se trata de la revisión por parte de los tribunales constitucionales de la declaración y prórroga del estado de emergencia, se puede observar que en la gran mayoría de los casos las constituciones modernas no otorgan ningún papel a estos órganos (apartado 3.1.); en unos casos solo les conceden un papel débil (apartado 3.2.); y en otros casos les confieren un papel fuerte y activo (apartado 3.3.).

3.1. Constituciones que no otorgan ningún papel al Tribunal Constitucional

La mayoría de las constituciones modernas no otorgan (al menos explícitamente) ningún papel ni a los tribunales ordinarios, ni a los tribunales constitucionales en el proceso que lleva a la declaración y/o extensión del

estado de emergencia. Este silencio ha sido interpretado normalmente por los tribunales como una prohibición de llevar a cabo un control judicial. En algunos casos, la declaración del estado de emergencia ha sido considerada como un acto *político* y, por lo tanto, fuera del ámbito de la revisión judicial. Por ejemplo, en una sentencia dictada el 3 de abril de 1976, el Tribunal Supremo de Egipto argumentó que no podía controlar la declaración de un estado de emergencia ya que este era un «acto de soberanía» (en árabe, «*ámal al-siyada*»), es decir, un acto del poder ejecutivo que queda fuera de la jurisdicción del poder judicial. No es una coincidencia que la doctrina de los actos de soberanía,¹⁶ bastante común en el mundo árabe, recuerde claramente a la *political question doctrine* típica de Estados Unidos.

También conviene recordar el caso de Malasia, donde la Constitución de 1957 prohíbe *expresamente* la revisión judicial. De hecho, el apartado 8 del artículo 150 de la Constitución de 1957 estipula que «ningún tribunal será competente para conocer o resolver ninguna solicitud, cuestión o procedimiento, cualquiera que sea su forma, sobre la validez de una Proclamación [de Emergencia]» (énfasis añadido).

En algunos países, sin embargo, el silencio de la Constitución no ha impedido que el tribunal constitucional se declare competente para revisar la constitucionalidad de la declaración y prórroga del estado de emergencia. En una importante sentencia, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha establecido que «todos los actos gubernamentales y parlamentarios de declaración, autorización y prórroga de cada uno de los tres estados de excepción ex art. 116 CE quedan sometidos, en razón de su condición de actos y disposiciones con fuerza o rango de ley, a un mismo régimen de control jurisdiccional ante este Tribunal».¹⁷ El problema, sin embargo, es la lentitud en la respuesta que erosiona la efectividad del control. Por ejemplo, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox contra el Real Decreto n° 463/2020, de 14 de marzo, por el que fue declarado el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional solamente más de un año después a través de la sentencia 148/2021 de 14 de julio de 2021.¹⁸ Como bien ha explicado Manuel Aragón Reyes, para que este control jurisdiccional sea eficaz

«una fórmula útil sería la de atribuir al Tribunal Constitucional el

¹⁶ Véase M.M. ABOUELEEN, *Judges and Acts of Sovereignty*, en N. BERNARD-MAUGIRON (coord.), *Judges and Political Reform in Egypt*, Cairo – New York, 2008, p. 181 ss.

¹⁷ Sentencia 83/2016, fundamento jurídico n° 11.

¹⁸ Sobre esta sentencia véase más en detalle el apartado 4.2.

conocimiento de un nuevo proceso para añadirlo a los que ahora tiene (los del recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad, cuya larga sustanciación e ineludible tardía resolución pueden restar eficacia al control). Se trataría de establecer una vía sumaria y urgente de recurso frente los decretos de declaración y prórroga que permitiese, en muy pocos días desde la impugnación, que el Tribunal Constitucional pudiera dictar sentencia».¹⁹

3.2. *Constituciones que solo otorgan al Tribunal Constitucional un papel débil*

Algunas constituciones solo otorgan un papel débil al tribunal constitucional en el proceso que conduce a la declaración y/o prórroga del estado de emergencia. Esto sucede cuando la constitución establece que antes de declarar el estado de excepción, el jefe de Estado tiene que *consultar* al tribunal constitucional. Este era el caso, por ejemplo, de Francia antes de la reforma constitucional de 2008 (véase con más detalle el apartado 3.3). Otro ejemplo es el de Marruecos, donde la Constitución de 2011 establece que «[...] el Rey, *previa consulta* al jefe de Gobierno, al presidente de la Cámara de Representantes, al presidente de la Cámara de Consejeros, así como al *presidente del Tribunal Constitucional*, [...] puede proclamar por Dahir el estado de excepción [...]» (art. 59) (énfasis añadido). Asimismo, la Constitución de Argelia de 1996 (modificada en 2020) establece que «el presidente de la República proclamará el estado de excepción [...]. Dicha medida se adoptará *previa consulta* al presidente del Consejo de la Nación, al presidente de la Asamblea Nacional Popular y al *presidente del Tribunal Constitucional* [...]» (Art. 98) (énfasis añadido).

Estos ejemplos muestran una débil implicación del tribunal constitucional, ya que los dictámenes emitidos por este órgano (o por el presidente del mismo) *no son vinculantes* y, por lo tanto, el jefe del Estado es libre de ignorarlos.

3.3. *Constituciones que otorgan al Tribunal Constitucional un papel fuerte y activo*

En el marco del modelo “participativo” descrito anteriormente

¹⁹ M. ARAGÓN REYES, *Epílogo*, en P. BIGLINO CAMPOS - J.F. DURÁN ALBA (coords.), *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional. Estudios sobre la primera oleada*, Zaragoza, 2020, pp. 16-17.

(apartado 2.1.), además de los poderes ejecutivo y legislativo, también los tribunales – a menudo incluso los tribunales constitucionales – participan en el proceso que lleva a la declaración y/o prórroga del estado de emergencia, ya que están investidos de la tarea de *revisar la constitucionalidad* de la declaración y/o prórroga de dicho estado. Esto significa que el tribunal constitucional está facultado para *invalidar* un decreto de proclamación del estado de emergencia. Esto es precisamente lo que ocurre, por ejemplo, en Colombia, donde la Constitución de 1991 establece que el Gobierno debe presentar a la Corte Constitucional los decretos de proclamación del estado de emergencia al día siguiente de su promulgación, para que la Corte decida sobre su constitucionalidad. En caso de que el Gobierno no lo haga, la Corte está facultada para revisarlos automáticamente (arts. 214(6) y 215). Los jueces constitucionales se han tomado muy en serio esta responsabilidad: entre 1991 y 2011 el ejecutivo ha emitido veinticinco decretos sobre el estado de emergencia, siete de los cuales han sido anulados por la Corte por motivos tanto formales como de fondo.²⁰ La Corte ha afirmado en repetidas ocasiones que el presidente únicamente puede declarar un estado de excepción cuando se han cumplido objetivamente los requisitos fácticos precisos señalados por la Constitución.²¹ En la sentencia C-466 de 1995, por ejemplo, la Corte invalidó un decreto que declaraba el estado de conmoción interior. La Corte afirmó que como los hechos de violencia ocurridos en Colombia a mediados de los años 90 no tenían «el carácter de coyunturales, transitorios ni excepcionales» sino que reflejaban «patologías arraigadas», no había razón para darles un tratamiento especial. En la sentencia C-122 de 1997, la Corte anuló un decreto que declaraba el estado de emergencia económica. En este caso, la Corte observó que la crisis económica en la que se encontraba la nación era totalmente previsible, y que la adopción de medidas ordinarias habría sido suficiente para hacer frente a la crisis. Este control *material* sobre la declaración del estado de emergencia ejercido por la Corte Constitucional ha sido muy importante para reducir el estado de emergencia permanente en el que se encontraba el país: de hecho, «el tiempo que los colombianos vivieron bajo un régimen de emergencia pasó del 80% en los años 80 a menos del 20% en los años

²⁰ Véase A. KATZ, *Taming the Prince: The Colombian Constitutional Court and Rights Review of Executive Emergency Power*, p. 15, artículo presentado en la mesa redonda de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional sobre *Constitutional Adjudication: Traditions and Horizons*, Roma, 5-6 mayo 2017.

²¹ Véase M.J. CEPEDA-ESPINOSA, *Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court*, en *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 3, 2004, p. 632.

90».²² En otras palabras, la Corte Constitucional colombiana contribuyó a resolver el problema – magistralmente analizado por Giorgio Agamben – de la «normalización de la excepción».²³

Durante la década de 1990, incluso la Sudáfrica posterior al *apartheid* decidió otorgar un papel clave a los tribunales – incluido el Tribunal Constitucional – en tiempos de emergencia. De hecho, el apartado 3 del artículo 37 de la Constitución de 1996 establece que «cualquier tribunal competente puede decidir sobre la validez de: a) una declaración de estado de emergencia; b) cualquier prórroga de una declaración de estado de emergencia; c) cualquier ley u otra medida adoptada como consecuencia de una declaración de estado de emergencia». Cabe señalar que el sistema de garantías muy detallado que establece la Constitución sudafricana en materia de estados de emergencia está claramente destinado a evitar que se repitan los abusos de los poderes de emergencia cometidos durante la época del *apartheid*.

El caso de Francia es especialmente interesante. Este país se ha caracterizado durante mucho tiempo por el modelo “unilateral” que se ha descrito anteriormente (apartado 2.1.), ya que el artículo 16 de la Constitución de 1958 otorgaba al presidente de la República la facultad exclusiva de declarar el estado de excepción «cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave e inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido». El presidente solo estaba obligado a *consultar* a determinados actores institucionales, como el Primer Ministro, los presidentes de las dos Cámaras del Parlamento y el Consejo Constitucional, pero sus opiniones *no eran vinculantes*. La autoridad exclusiva del presidente para declarar el estado de excepción se confirmó en el famoso *arrêt* “*Rubin de Servens*” del 2 de marzo de 1962, en el que el Consejo de Estado argumentó que esta decisión del presidente era un «*acte de gouvernement*» que no podía ser objeto de recurso.²⁴

Este sistema “unilateral” ha cambiado radicalmente tras la aprobación de la reforma constitucional de 2008. De hecho, para contrarrestar el predominio del ejecutivo en la declaración del estado de excepción, se

²² R. UPRIMNY, *The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia*, 2005, p. 21, https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_26.pdf

²³ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo sacer. Vol. II.1*, Torino, 2003, p. 9 ss.

²⁴ Véase S. PLATON, *Vider l'article 16 de son venin: les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'état de droit contemporain?*, en *Revue française de droit constitutionnel*, 2008/5 (HS n° 2), p. 101.

ha añadido un nuevo apartado al artículo 16, que establece que treinta días después del ejercicio de los poderes excepcionales, el presidente de la Asamblea Nacional, el presidente del Senado, sesenta miembros de la Asamblea Nacional o sesenta senadores pueden dirigirse al Consejo Constitucional con el fin de verificar si las circunstancias siguen siendo excepcionales. El Consejo debe pronunciarse lo antes posible. Además, sesenta días después del ejercicio de los poderes excepcionales o en cualquier momento posterior, el Consejo procede de pleno derecho a revisar las circunstancias y toma una decisión. Así pues, la reforma constitucional de 2008 ha transformado radicalmente el proceso de declaración del estado de excepción, convirtiendo al Consejo Constitucional en uno de los actores clave.

No obstante, cabe señalar que el artículo 16 de la Constitución francesa solo se ha aplicado hasta ahora en una circunstancia, a saber, tras el intento de golpe de Estado en Argel (del 23 de abril al 29 de septiembre de 1961). En todos los demás casos, las autoridades francesas han preferido recurrir a los regímenes de emergencia regulados a nivel legislativo, a saber, la Ley 55-385 de 3 de abril de 1955 sobre el *état d'urgence* (que puede ser declarado por el Consejo de Ministros en caso de peligro inminente que pueda obstaculizar gravemente el orden público, o en caso de catástrofe pública), y la Ley 2020-290, de 23 de marzo de 2020, sobre el *état d'urgence sanitaire* (que puede ser declarado por el Consejo de Ministros, previo informe del Ministro de Sanidad, en caso de un desastre sanitario que ponga en peligro la salud de la población por su naturaleza y gravedad). A diferencia del “nuevo” artículo 16 de la Constitución, estas leyes no prevén ninguna forma de control por parte del Consejo Constitucional sobre la declaración y prórroga del régimen de emergencia.

En Túnez, la Asamblea Constituyente se ha basado ampliamente en el modelo francés posterior a 2008 y, de hecho, el artículo 80 de la Constitución de 2014 es muy similar al “nuevo” artículo 16 de la Constitución francesa. El artículo 80 identifica las condiciones en las que se puede declarar el estado de excepción y establece que el presidente de la República solo puede declarar dicho estado tras consultar al jefe de Gobierno y al presidente del Parlamento, y tras informar al presidente del Tribunal Constitucional. Además, treinta días después de la entrada en vigor de las medidas excepcionales, y en cualquier momento posterior, el presidente del Parlamento o treinta de sus miembros pueden dirigirse al Tribunal Constitucional con el fin de verificar si las circunstancias siguen siendo excepcionales.

Sin embargo, casi ocho años después de la promulgación de la Constitución de 2014, el Tribunal Constitucional todavía no ha sido establecido. Las implicaciones prácticas de la falta de establecimiento de este órgano son evidentes. En julio de 2021, el Presidente de la República Kaïs Saïed ha declarado el estado de excepción, destituyendo al jefe de Gobierno y suspendiendo las actividades del Parlamento. Además, en septiembre del mismo año ha adoptado un decreto presidencial con el que ha instaurado un régimen híperpresidencial caracterizado por una excesiva concentración de poderes en las manos del presidente. Como el Parlamento ha sido “congelado” y el Tribunal Constitucional todavía no ha sido establecido, la duración de este estado de excepción depende enteramente de la discreción de Saïed.²⁵

3.4. Argumentos en contra y a favor de atribuir al Tribunal Constitucional la facultad de revisar la declaración y/o prórroga del estado de emergencia

Como ha señalado la Comisión de Venecia, «no existe un acuerdo general sobre la idoneidad de la revisión judicial de la declaración de emergencia. Debido a su naturaleza política, la justiciabilidad de una declaración de emergencia presenta cuestiones y problemas especiales y complicados. Hay quienes dicen que no debería haber ningún control por parte del poder judicial y otros que afirman que un cierto control sería conveniente».²⁶

Uno de los argumentos en contra de conceder al tribunal constitucional la facultad de revisar la declaración y prórroga del estado de emergencia está estrictamente relacionado con la teoría del estado de excepción de Carl Schmitt. Como se sabe, de acuerdo con el teórico del derecho alemán «el soberano es quien decide sobre el estado de excepción». Esto significa que la decisión de asumir los poderes de emergencia, la naturaleza y el alcance de dichos poderes y su duración es una *decisión política* que depende exclusivamente del presidente (jefe de Estado). De hecho, el soberano decide si existe una emergencia extrema, así como lo que debe hacerse para eliminarla. Además, según Schmitt durante una emergencia el derecho está suspendido, incluidos todos los mecanismos de frenos y contrapesos, para garantizar la supervivencia de la nación. Su punto

²⁵ Véase F. BIAGI, *Tunisi: la primavera araba sfiorisce in stato d'eccezione*, en *Quaderni costituzionali*, n° 4, 2021, pp. 960-963.

²⁶ COMISIÓN DE VENECIA, *Emergency Powers*, 1995, p. 26, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1995\)012-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1995)012-e)

central es que todas las decisiones relativas a los poderes de emergencia son de naturaleza política y, por tanto, en estas circunstancias el derecho cede ante la política.²⁷ Es evidente que, si se adopta el punto de vista de Schmitt, el tribunal constitucional no puede desempeñar ningún papel cuando se trata de la declaración y prórroga del estado de emergencia.

Sin embargo, en realidad este argumento puede cuestionarse haciendo hincapié en el hecho de que a los tribunales constitucionales se les pide muy a menudo que intervengan en cuestiones “políticas”. Por ejemplo, en varios países tienen que resolver disputas electorales, decidir sobre la destitución del presidente de la República, resolver conflictos entre los poderes del Estado (por ejemplo, entre el presidente y el primer ministro),²⁸ así como revisar la constitucionalidad de leyes altamente “políticas”, como las leyes electorales. Por lo tanto, revisar la declaración y prórroga de un estado de emergencia sería sin duda una tarea delicada, pero no lo sería más que una de las *muchas* decisiones con “carga política” que tendrían que tomar los tribunales constitucionales. Además, hay que tener en cuenta que la composición y la justificación de la designación de los miembros de los tribunales constitucionales suele ser no solo técnica, sino también política. Gracias a esta combinación de «conocimientos jurídicos y pericia política»²⁹ estos órganos no parecen adolecer de ninguna carencia para pronunciarse sobre estas cuestiones “políticas”.

Otro argumento en contra de atribuir al tribunal constitucional la facultad de revisar la declaración y prórroga del estado de emergencia es que, al obligar a esta institución a tomar una decisión que tiene un carácter altamente político, su imagen de órgano técnico, neutral e independiente podría verse socavada. Este hecho también podría tener un impacto negativo en la legitimidad del tribunal. Aunque se trata de un riesgo grave y concreto, no parece que sea una consecuencia inevitable. En Colombia, por ejemplo, las decisiones de la Corte Constitucional que invalidaban los decretos que proclamaban el estado de excepción

«fueron muy controvertidas (incluso entre los magistrados de la

²⁷ Véase C. SCHMITT, *Teología política. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía* (obra original de 1922), en C. SCHMITT, *Teología política*, Madrid, 2009, p. 13 ss.

²⁸ Sobre estas funciones auxiliares de los tribunales constitucionales véase T. GINSBURG - Z. ELKINS, *Ancillary Powers of Constitutional Courts*, en *Texas Law Review*, vol. 87, 2008, pp. p. 1431 ss.; A. VEDASCHI, *La giustizia costituzionale*, en P. CARROZZA - A. DI GIOVINE - G.F. FERRARI (coords.), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2014, p. 1120 ss.

²⁹ G. DELLEDONNE, *Appointing and Electing Constitutional Judges. An Evolving Comparative Landscape*, en M. BELOV (coord.), *The Role of Courts in Contemporary Legal Orders*, The Hague, 2019, p. 163.

Corte): algunos afirmaron que era una decisión embarazosa para la Corte, otros temían que el gobierno careciera de medios para hacer cumplir esas sentencias y luchar contra la violencia, mientras que otros sostenían que la Corte había invadido las competencias del presidente. *A pesar de las críticas, las decisiones fueron aceptadas y respetadas por el gobierno, lo que sin duda fue una de las razones por las que la Corte tuvo tanto éxito en los años posteriores*.³⁰ (énfasis añadido).

En otras palabras, el control sustancial (y no solo formal) ejercido por la Corte Constitucional colombiana sobre las declaraciones de estado de emergencia no solo contribuyó a reducir los riesgos relacionados con el abuso de los poderes de excepción por parte del poder ejecutivo, sino que también ayudó a fortalecer la reputación, el prestigio y la legitimidad de la propia Corte.

4. El control constitucional sobre las medidas de emergencia adoptadas por las autoridades estatales: un enfoque sobre la crisis de COVID-19

Como se ha mencionado anteriormente, mientras que el control de la *declaración* y *prórroga* del estado de emergencia no es muy común desde una perspectiva comparada, a menudo se solicita a los tribunales – incluidos los constitucionales – que revisen las *medidas de emergencia* adoptadas por las autoridades estatales en tiempos de crisis. Sin embargo, en los últimos años, algunos destacados académicos han cuestionado duramente el papel que estos órganos pueden desempeñar en esas situaciones. Por ejemplo, George J. Alexander, Oren Gross y Mark Tushnet han argumentado que el único control real y efectivo contra los posibles abusos en tiempos de emergencia es de naturaleza política. En su opinión, las constituciones y, por extensión, los tribunales no deberían desempeñar ningún papel en la revisión de los poderes de emergencia del gobierno. Alexander, por ejemplo, ha subrayado que, dado que los tribunales tienden a funcionar mal en las situaciones de emergencia, no deberían involucrarse en absoluto, y que «el remedio debe lograrse políticamente si se quiere que sea efectivo».³¹ En una línea similar, Gross ha señalado que el pueblo (y no los

³⁰ K. MERHOF, *Building a Bridge Between Reality and the Constitution: The Establishment and Development of the Colombian Constitutional Court*, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, 2015, p. 719.

³¹ G.J. ALEXANDER, *The Illusory Protection of Human Rights by National Courts During*

tribunales) debe controlar, directa o indirectamente (por ejemplo, a través de sus representantes elegidos en Parlamento), las acciones adoptadas por el poder ejecutivo durante la emergencia.³² Como explica Tushnet, este enfoque “político” se fundamenta de la siguiente manera: «es mejor que los poderes de emergencia se ejerzan de forma extraconstitucional, para que todo el mundo entienda que las acciones son extraordinarias, a que las acciones se racionalicen como coherentes con la Constitución y, por tanto, se normalicen». Según Tushnet, esto ayudaría a «evitar la normalización de la excepción».³³

Eric A. Posner y Adrian Vermeule parecen haber dado un paso más allá. De hecho, han argumentado que «las condiciones y limitaciones políticas, incluidas las demandas de acción rápida por parte de un público alterado, la incertidumbre masiva y la conciencia de su propia ignorancia, no dejan a los legisladores y jueces [...] otra opción real que entregar las riendas al ejecutivo y esperar lo mejor».³⁴ En su opinión, un «*Unbound Executive*»³⁵ sería la mejor opción de garantizar una respuesta rápida y decisiva ante una emergencia.

En el contexto estadounidense, esta postura crítica hacia el papel de los tribunales en tiempos de guerra y emergencia puede explicarse también a la luz de algunas sentencias muy controvertidas dictadas por el Tribunal Supremo, como *Schenck contra United States*,³⁶ *Korematsu contra United States*,³⁷ o *Dennis contra United States*,³⁸ por citar solo

Periods of Emergency, en *Human Rights Law Journal*, vol. 5, 1984, p. 65.

³² O. GROSS, *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?*, en *The Yale Law Journal*, vol. 112, 2003, p. 1023 ss.

³³ M. TUSHNET, *Defending Korematsu?: Reflections on Civil Liberties in Wartime*, en *Wisconsin Law Review*, vol. 2003, 2003, pp. 306-7.

³⁴ E.A. POSNER - A. VERMEULE, *Crisis Governance in the Administrative State: 9/11 and the Financial Meltdown of 2008*, en *The University of Chicago Law Review*, vol. 76, 2009, p. 1614.

³⁵ E.A. POSNER - A. VERMEULE, *The Executive Unbound: After the Madisonian Republic*, Oxford, 2011.

³⁶ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919). El Tribunal sostuvo que las críticas del acusado al servicio militar obligatorio no estaban protegidas por la Primera Enmienda, ya que tenían la intención de provocar un delito y creaban un peligro claro y presente para el alistamiento y el servicio de reclutamiento de las fuerzas armadas de Estados Unidos durante un estado de guerra.

³⁷ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944). El Tribunal declaró que la orden de exclusión del presidente que condujo al internamiento de los japoneses-estadounidenses durante la Segunda Guerra Mundial no estaba en conflicto con la Constitución.

³⁸ *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951). El Tribunal sostuvo que las condenas de los acusados por conspirar para derrocar al gobierno de Estados Unidos por la fuerza mediante

algunas de las decisiones más conocidas. Esto ha contribuido a reforzar la «sabiduría convencional» según la cual «los tribunales funcionan mal como guardianes de la libertad en tiempos de crisis».³⁹

Sin embargo, las críticas mencionadas parecen ser demasiado duras. Si bien es cierto que el control jurisdiccional sobre medidas de emergencia no siempre ha demostrado estar a la altura de la tarea, muchos otros ejemplos comparados demuestran que los tribunales pueden ser eficaces defensores de los principios del constitucionalismo durante los períodos de crisis. En la India, por ejemplo, el Tribunal Supremo «ha controlado repetidamente la declaración de emergencia y ha establecido su poder de revisar las decisiones de emergencia del presidente».⁴⁰ En particular, hay que recordar la sentencia histórica en *S.R. Bommai contra Union of India*,⁴¹ en la que el Tribunal Supremo dictaminó que el poder del presidente de declarar un estado de emergencia, de acuerdo con el artículo 356 de la Constitución, es un poder *condicionado* que no puede ser ejercido a discreción del presidente.⁴² Otro ejemplo interesante procede de Francia. En los primeros meses que siguieron a los atentados terroristas de 2015 en París, el Consejo Constitucional adoptó una postura bastante prudente con respecto a las medidas de emergencia adoptadas por el Gobierno. Sin embargo, con el paso del tiempo, el Consejo optó por un enfoque más estricto.⁴³ En la sentencia del 16 de marzo de 2017,⁴⁴ por ejemplo, argumentó que la decisión de prolongar el arresto domiciliario más allá de doce meses (aunque esta decisión estaba sujeta a un control del Consejo de Estado), entraba en conflicto con la Constitución, ya que violaba el derecho a un recurso jurisdiccional efectivo (*recours juridictionnel effectif*).

Durante la actual crisis de COVID-19, se les ha pedido con frecuencia a los tribunales – incluidos los tribunales constitucionales – que se pronunciaran sobre la constitucionalidad de las medidas de emergencia adoptadas por las autoridades estatales. Lo que se desprende de este análisis

su participación en el Partido Comunista no violaban la Primera Enmienda.

³⁹ D. COLE, *Judging the Next Emergency: Judicial Review and Individual Rights in Times of Crisis*, en *Michigan Law Review*, vol. 101, 2004, p. 2565.

⁴⁰ N. DORSEN - M. ROSENFELD - A. SAJÓ - S. BAER - S. MANCINI, *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials*, St. Paul, 2016, p. 1603.

⁴¹ *S.R. Bommai v. Union of India* – 1994 AIR 1918, 1994 SCC (3) 1.

⁴² Véase D. KUMAR SINGH, *An Analysis of Pre and Post S.R. Bommai Scenario with Reference to President's Rule in States*, en *International Journal of Humanities and Social Science Invention*, vol. 6, n° 6, 2017, p. 5 ss.

⁴³ DELLEDONNE, *Crises, Emergencies and Constitutional Change*, op. cit., p. 256.

⁴⁴ Sentencia 2017–624 QPC del 16 de marzo de 2017.

es que en algunos casos los tribunales constitucionales han mostrado una deferencia excesiva al poder ejecutivo, pero en muchas otras circunstancias estas instituciones, al llevar a cabo un control tanto formal/procedimental como sustancial de las medidas de emergencia, han ejercido una función de vigilancia sobre la acción del ejecutivo, asegurando que las restricciones a los derechos y libertades fundamentales eran necesarias, razonables y proporcionadas. Esto confirma el hecho de que los tribunales pueden desempeñar un papel clave en la limitación del poder ejecutivo en tiempos de crisis.⁴⁵

4.1. *El control formal/procedimental sobre las medidas de emergencia*

Los tribunales han ejercido a menudo un control de tipo formal/procedimental sobre las medidas de emergencia, estableciendo, en particular, que las decisiones tomadas por el poder ejecutivo que limitan o restringen los derechos fundamentales que no tienen ningún fundamento jurídico son inválidas. Más concretamente, los derechos fundamentales deben estar siempre restringidos por la *ley*. Una situación de emergencia no representa una excusa válida para derogar esta norma.

El caso de Nueva Zelanda es un ejemplo interesante. Entre el 26 de marzo y el 3 de abril de 2020, se exigió a la población que se quedara en casa para contener la propagación del Coronavirus. La *High Court* declaró que esta decisión del Gobierno era razonable pero ilegal porque no estaba prescrita por la ley. Las autoridades se habían limitado a hacer *anuncios públicos* que recomendaban a la población que permaneciera en casa. Concretamente, la Corte argumentó que estos anuncios

«habían limitado ciertos derechos y libertades expresados en el *New Zealand Bill of Rights Act 1990*, incluso, en particular, los derechos a la libertad de circulación, de reunión pacífica y de asociación. Aunque no cabe duda de que la medida era una respuesta necesaria, razonable y proporcionada a la crisis de COVID-19 en aquel momento, la medida no estaba prescrita por la ley y, por tanto, era contraria al artículo 5 del *New Zealand Bill of Rights Act*».⁴⁶

⁴⁵ Para una valoración positiva del papel desempeñado por los tribunales (y los Parlamentos) durante la crisis de COVID-19 véase también T. GINSBURG - M. VERSTEEG, *The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic*, en *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2020-52 – University of Chicago, Public Law Working Paper No. 747*, 2020, p. 27 ss., https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3608974

⁴⁶ Sentencia del 19 de agosto de 2020.

Este problema se corrigió el 3 de abril, cuando se dictó una nueva Orden en virtud de la Ley de Sanidad.

El caso de Kosovo fue bastante similar. El Gobierno adoptó la Decisión 01/15, de 23 de marzo de 2020, por la que se limitaban algunos derechos fundamentales (incluida la libertad de reunión) para contener la propagación del Coronavirus. En el caso KO 54/20, el Tribunal Constitucional declaró que esta Decisión violaba, en particular, el artículo 55 de la Constitución de 2008, que en su primer apartado establece que los derechos y libertades fundamentales garantizados por la Constitución solo pueden limitarse por ley. El Tribunal especificó que «el Gobierno no puede restringir ningún derecho y libertad fundamentales mediante Decisiones, a menos que la ley de la Asamblea establezca una restricción del derecho correspondiente. El Gobierno puede hacer cumplir una ley de la Asamblea que restrinja un derecho y una libertad fundamentales solo en la medida específica autorizada por la Asamblea a través de la ley correspondiente». Sin embargo, según el Tribunal Constitucional, la «Ley de Prevención y Lucha contra las Enfermedades Infecciosas» y la «Ley de Sanidad» no autorizaban al Gobierno a limitar los derechos y libertades constitucionales. La cuestión clave subrayada por el Tribunal es que *solo una ley del Parlamento* – y no una decisión del ejecutivo – puede limitar los derechos fundamentales.

En otros casos, sin embargo, el control formal/procedimental ha dado lugar a decisiones controvertidas. Por ejemplo, el Consejo Constitucional francés argumentó que el proyecto de ley orgánica que ampliaba los plazos de decisión para la *question prioritaire de constitutionnalité* era conforme a la Constitución, a pesar de que se había adoptado infringiendo las normas de procedimiento previstas en el artículo 46 de la Constitución. Según el Consejo, esta infracción estaba justificada por las «*circonstances particulières de l'espèce*».⁴⁷

4.2. *El control sustancial de las medidas de emergencia: sopesar los derechos fundamentales con los intereses del Estado (en particular, la salud pública)*

Los tribunales constitucionales también han tenido que llevar a cabo controles de tipo sustancial sobre las restricciones de los derechos fundamentales, sopesando estos derechos con los intereses del Estado (en particular, la salud pública). En términos generales, estos órganos han concedido a las autoridades estatales un margen de discrecionalidad bastante amplio. Esto no resulta sorprendente, especialmente si se tienen

⁴⁷ Sentencia 2020-799 DC del 26 de marzo de 2020.

en cuenta los nuevos, graves y difícilmente predecibles retos que ha planteado la pandemia. Además, también se ha solicitado a los tribunales constitucionales que, a menudo, tomaran decisiones extremadamente rápidas, algo que ha contribuido probablemente a explicar este enfoque prudente. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español resolvió en un solo día (rechazándolo) el recurso de amparo interpuesto por el sindicato «Central Unitaria de Trabajadores/as» (CUT), para que tuviera efecto útil para el 1 de mayo, día en el que el sindicato pretendía celebrar una manifestación en Vigo.⁴⁸

El *Bundesverfassungsgericht* alemán ha sido uno de los tribunales constitucionales que más sentencias ha dictado en respuesta a la crisis de COVID-19. En muchos casos, el Tribunal ha confirmado las medidas de emergencia adoptadas por las autoridades estatales, pero en otras sentencias los jueces constitucionales han decidido anular dichas medidas o instar a las autoridades a reconsiderar el caso por sí mismas sobre la base de los principios señalados por el Tribunal.⁴⁹ Una de estas sentencias se refiere a la decisión de la ciudad de Gießen de prohibir una manifestación, ya que habría infringido las medidas impuestas por el Gobierno del Estado de Hesse para contener la propagación del Coronavirus. Las autoridades habían decidido prohibir la manifestación a pesar de que los organizadores habían dejado claro que habrían seguido las normas de distanciamiento social. El Tribunal Constitucional argumentó que las autoridades habían asumido incorrectamente que las medidas adoptadas por el Gobierno del Estado de Hesse incluían una prohibición *general* de las reuniones públicas. Al asumir tal prohibición general, las autoridades no habían reconocido que tenían un cierto margen de discrecionalidad para decidir si permitían la reunión o no. Por ello, el Tribunal instó a las autoridades a reconsiderar el caso.⁵⁰ Poco después de la sentencia del Tribunal, el alcalde de Gießen decidió permitir la manifestación.

Un caso similar alude a la decisión de la ciudad de Stuttgart de no tramitar las solicitudes de celebración de reuniones masivas, ya que estas estaban prohibidas por el Estado de Baden-Württemberg para contener

⁴⁸ Auto del 30 de abril de 2020. Sobre esta decisión, véase L. COTINO HUESO, *La posible constitucionalidad de las manifestaciones bajo el COVID-19 y del decreto de alarma para el Tribunal Constitucional*, en Asociación de constitucionalistas de España, 1 mayo 2020, <https://www.acoes.es/blog/2020/05/01/la-posible-constitucionalidad-de-las-manifestaciones-bajo-el-covid-19-y-del-decreto-de-alarma-para-el-tribunal-constitucional/>

⁴⁹ Véase J. WOELK, *La gestione della pandemia da parte della Germania: "Wir schaffen das!"*, en *DPCE online*, n° 2, 2020, p. 1732 ss.

⁵⁰ Sentencia 1 BvR 828/20, del 15 de abril de 2020.

la propagación de COVID-19. El Tribunal Constitucional sostuvo que la decisión de las autoridades locales violaba la libertad de reunión, porque las medidas impuestas por el Estado de Baden-Württemberg sí contenían normas de limitación de contactos, pero concedían a las autoridades locales la posibilidad de adoptar un margen de discrecionalidad para decidir si permitían o no la manifestación pública. Las autoridades debían tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, así como las medidas alternativas disponibles para encontrar un justo equilibrio entre la libertad de reunión y la protección contra las enfermedades infecciosas.⁵¹

Otro caso interesante hace referencia a la protección de la libertad religiosa. Tras la decisión del Estado de Baja Sajonia de prohibir los servicios religiosos como medio para luchar contra la epidemia de COVID-19, una asociación musulmana interpuso un recurso al Tribunal Constitucional con el fin de celebrar las oraciones del viernes en la mezquita durante el Ramadán. La asociación subrayó que habría limitado a 24 el número de participantes en una mezquita en la que cabían 300 fieles y habría impuesto normas estrictas de distanciamiento social. La asociación sostuvo que se le debería haber permitido abrir la mezquita en condiciones similares a las de los comercios. Por un lado, el Tribunal Constitucional se basó en la sentencia del Tribunal Administrativo Superior al rechazar la apertura de todas las mezquitas durante el Ramadán. Sin embargo, por otra parte, el Tribunal Constitucional observó que una prohibición general de los servicios religiosos habría representado una grave limitación de la libertad religiosa. Además, el Tribunal subrayó que el riesgo de contagio dependía de una serie de factores, como por ejemplo el tamaño y la estructura de la mezquita. Por ello, los magistrados del Constitucional establecieron que no podía justificarse una prohibición general de los servicios religiosos, y que podían concederse excepciones en caso de haberse tomado suficientes precauciones.⁵²

Estas tres sentencias dictadas por el *Bundesverfassungsgericht* nos dejan algunas lecciones importantes. En primer lugar, a pesar de la amplia discrecionalidad concedida al poder ejecutivo para evitar la propagación del Coronavirus, debe evitarse una suspensión general de los derechos fundamentales (incluidas la libertad de reunión y la libertad de religión). Por lo tanto, el núcleo, el contenido esencial de los derechos fundamentales

⁵¹ Sentencia 1 BvQ 37/20, del 17 de abril de 2020.

⁵² Sentencia 1 BvQ 44/20, del 29 de abril de 2020. Sobre estas sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional alemán, véase H. HESTERMEYER, *Coronavirus Lockdown-Measures Before the German Constitutional Court*, en *ConstitutionNet*, 30 abril 2020, <https://constitutionnet.org/news/coronavirus-lockdown-measures-german-constitutional-court>

debe preservarse siempre. En segundo lugar, las autoridades deben realizar evaluaciones contextualizadas al limitar los derechos fundamentales. En otras palabras, estas decisiones deben tomarse siempre teniendo en cuenta las circunstancias específicas de cada caso. En tercer lugar, las medidas de emergencia deben ser siempre proporcionales a la crisis, es decir, deben ser lo menos restrictivas posible, con lo que solo se perjudica el derecho en la medida en que sea absolutamente necesario (principio de proporcionalidad).⁵³

La necesidad de realizar evaluaciones contextualizadas es uno de los principios fundamentales en los que se basa la sentencia 148/2021 del Tribunal Constitucional español, de 14 de julio de 2021, a través de la cual ha sido resuelto el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que fue declarado el estado de alarma. Según el Tribunal, la pandemia alcanzó dimensiones «desconocidas» e «imprevisibles» que provocaron una alteración del orden público constitucional. Esta situación «hubiera permitido justificar la declaración de un estado de excepción *atendiendo a las circunstancias realmente existentes*, más que a la causa primera de las mismas» (énfasis añadido), legitimando, con ello, la adopción de medidas materialmente suspensivas de derechos, por lo que habría sido posible declarar el estado de excepción (que permite suspender derechos fundamentales), en lugar del estado de alarma (que no admite dicha suspensión).⁵⁴ A la luz de esta concepción material de suspensión de derechos, el Tribunal Constitucional determinó que se había violado la libertad de circulación (y de residencia), ya que este derecho estaba condicionado a restricciones generales de altísima intensidad, hasta el punto de que la posibilidad de circular ya no podría considerarse como una regla, sino como una excepción. Dichas restricciones, según el Tribunal, no estaban permitidas bajo el estado de alarma. Hay que subrayar el hecho de que los jueces constitucionales no cuestionaron «ni la existencia del supuesto de hecho que justificaba la declaración del estado de alarma ni la utilidad, necesidad y proporcionalidad de las restricciones impuestas, sino únicamente el instrumento jurídico utilizado para establecerlas»,⁵⁵ es decir, el estado de alarma. Solo el estado de excepción

⁵³ H. HESTERMEYER, *Coronavirus Lockdown-Measures Before the German Constitutional Court*, op. cit.

⁵⁴ Véase artículo 55 de la Constitución.

⁵⁵ G. DOMENÉCH, *La conversión del estado de alarma en un estado de excepción*, en *Almacén de Derecho*, 22 julio 2021, <https://almacenederecho.org/la-conversion-del-estado-de-alarma-en-un-estado-de-excepcion>

habría justificado restricciones de este tipo.⁵⁶

Otro órgano de justicia constitucional que ha emitido unas importantes sentencias durante la pandemia COVID-19 es el Consejo Constitucional francés. En algunos casos este órgano ha mostrado una deferencia excesiva hacia el poder ejecutivo. El ejemplo más representativo de esta actitud lo tenemos en la Sentencia 2020-800, de 11 de mayo de 2020, sobre la ley de ampliación del *état d'urgence sanitaire*. A pesar de recoger un contenido bastante controvertido (especialmente en la parte relativa a las medidas de cuarentena y aislamiento, y en la parte relativa a la recogida y puesta en común de datos médicos sin el consentimiento de los afectados), el *Conseil Constitutionnel* declaró la Ley constitucional casi en su totalidad, limitándose a una censura mínima y a unas “reservas de interpretación”. Esta sentencia fue duramente criticada por la literatura también a la luz de su débil motivación. De hecho, las motivaciones de la sentencia fueron calificadas de «elípticas o incluso inexistentes», y el uso del control de proporcionalidad fue considerado «cuestionable».⁵⁷

Más recientemente, en la Decisión 2021-824 DC de 5 de agosto de 2021, el Consejo Constitucional francés se ha ocupado de la legitimidad constitucional del «pase sanitario» (*«passe sanitaire»*) (introducido por la Ley nº 2021-689 de 31 de mayo de 2021, así como modificada por la Ley del 25 de julio de 2021), que representa la última frontera por lo que se refiere a la necesidad de encontrar un equilibrio entre la protección de la salud pública, por un lado, y la protección de los derechos y libertades, por otro lado. Como es sabido, el pase sanitario consiste en un certificado que prueba o una pauta de vacunación completa, o un test negativo de Coronavirus, o acreditar la recuperación de la enfermedad. En Francia este “pasaporte sanitario” es necesario para acceder a numerosas actividades culturales y sociales, así como para entrar en restaurantes, centros comerciales, hospitales y en los viajes en avión, tren y autobús

⁵⁶ Sobre luces y sombras de esta sentencia véase P. GARCÍA MAJADO - M-Á. PRESNO LINERA, *La sentencia del Tribunal Constitucional de España sobre el primer estado de alarma*, en *IberICONnect*, 26 julio 2021, <https://www.ibericonnect.blog/2021/07/la-sentencia-del-tribunal-constitucional-de-espana-sobre-el-primer-estado-de-alarma/>; G.M. TERUEL, *Derecho de excepción: el incompleto y confuso manual de instrucciones ofrecido por el Constitucional*, en *Hay Derecho*, 20 julio 2021, <https://www.hayderecho.com/2021/07/20/derecho-de-excepcion-el-incompleto-y-confuso-manual-de-instrucciones-ofrecido-por-el-constitucional/>; DOMENÈCH, *La conversión del estado de alarma en un estado de excepción*, op. cit.

⁵⁷ D. FALLON, *Prolongation de l'état d'urgence sanitaire: le Conseil Constitutionnel reste confiné dans sa zone de confort*, en *Jus Politicum Blog*, 20 mayo 2020, <http://blog.juspoliticum.com/2020/05/20/prolongation-de-letat-durgence-sanitaire-le-conseil-constitutionnel-reste-confine-dans-sa-zone-de-confort-par-damien-fallon/>

de larga distancia. En esta Decisión, el Consejo declaró la legitimidad constitucional de casi todas las disposiciones relativas al pase sanitario, subrayando el hecho de que la ley establecía una «conciliación equilibrada» entre libertades individuales y protección de la salud pública. Sin embargo, fue declarada inconstitucional por violación del principio de igualdad, aquella disposición de la ley que discriminaba a los trabajadores con contratos temporales, ya que podían ser despedidos si no presentaban el pase sanitario. El legislador, al obligar a una serie de trabajadores a presentar el *pass sanitaire*, tenía como propósito limitar la propagación del virus y el riesgo de contaminación o transmisión, riesgo al que están potencialmente expuestos todos los trabajadores, independientemente de la naturaleza del contrato de trabajo, temporal o fijo. Por tanto, según el Consejo esta disciplina establecía «una diferencia de tratamiento entre empleados en función de la naturaleza de su contrato de trabajo que no guarda relación con el objetivo perseguido». La decisión del *Conseil Constitutionnel* de validar el uso del pase sanitario (excepto por la disposición relativa a los trabajadores con contratos temporales) es correcta, aunque sus argumentaciones no parecen muy convincentes. En particular, el Consejo se ha limitado, *de facto*, a comprobar que la norma no era manifiestamente irrazonable, dejando, en línea con su doctrina, un amplio «*pouvoir général d'appréciation et de décision*» al Parlamento.⁵⁸

4.3. *El control sustancial de las medidas de emergencia (continuación): la necesidad de respetar el derecho internacional y supranacional de los derechos humanos*

Los tribunales constitucionales han subrayado, a menudo, la necesidad de respetar el derecho internacional y supranacional de los derechos humanos, incluso en tiempos de emergencia. Este ha sido el caso, por ejemplo, de Colombia, donde la Corte Constitucional, al pronunciarse

⁵⁸ Véase G. GRASSO, *Il passe sanitaire e i diritti e le libertà costituzionalmente garantiti nella decisione n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021 del Conseil constitutionnel*, en *DPCE online*, n° 3, 2021, pp. 2831-2832. S. BENZINA, *La "petite décision" du Conseil constitutionnel relative au "pass sanitaire"*, en *Le club de juristes*, 1 septiembre 2021, https://blog.leclubdesjuristes.com/la-petite-decision-du-conseil-constitutionnel-relative-au-pass-sanitaire-par-samy-benzina/?fbclid=IwAR25ADL_NDWaHAt16I9HMGTnH5wkUtlrcHb_gltmgZAJMy6AiBHx6E6MqW0, en particular, ha subrayado el hecho de que el Consejo no ha ejercido un verdadero «control de necesidad» para verificar si el objetivo del legislador, es decir, la reducción de la circulación del virus, no se podía perseguir a través de la introducción de otras medidas menos lesivas de derechos y libertades fundamentales e igualmente efectivas.

sobre la constitucionalidad de los numerosos decretos expedidos por el Gobierno para combatir los efectos de la pandemia de Coronavirus en el país, a menudo ha hecho referencia al derecho internacional de los derechos humanos. En la sentencia C-193 de 2020, por ejemplo, la Corte declaró la inconstitucionalidad del Decreto n° 567 de 2020, por el cual se adoptaban medidas para proteger los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes y se asignaban a los procuradores judiciales de familia funciones para adelantar los procesos de adopción, como autoridades jurisdiccionales transitorias, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica derivado de la pandemia por COVID-19. Según el Tribunal, la investidura de funciones jurisdiccionales transitorias para adelantar estos procesos a los procuradores como medida de excepción constituía un desconocimiento de los principios definitorios del estado social de derecho, una alteración de las funciones constitucionales de la Procuraduría General de la Nación y una violación de cláusulas de derechos fundamentales. La Corte se basó, *inter alia*, en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y en el principio del interés superior del menor, proclamado explícitamente por esta Convención. Estas referencias frecuentes al derecho internacional de los derechos humanos – que habían caracterizado la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana también durante los anteriores estados de excepción⁵⁹ – pueden explicarse también por el hecho de que la Constitución de 1991 establece que «los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno» (Art. 93(1)), y que durante un estado de excepción «no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso, se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario» (Art. 214(2)).

Otro caso interesante procede de Bosnia-Herzegovina, donde durante la primera ola de la crisis de COVID-19 las autoridades exigieron a los menores y a las personas mayores de 65 años que se quedaran en casa, ya que se consideraba que estos grupos de personas tenían un mayor riesgo que otras de contraer o transmitir el Coronavirus. En el caso AP-1217/20 del 22 de abril de 2020, el Tribunal Constitucional sostuvo que esta medida violaba la libertad de circulación reconocida en la Constitución de 1995 (art. 2(3)(m)) y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (art. 2, Protocolo n° 4). La referencia a este parámetro supranacional era inevitable, sobre todo si se tiene en cuenta que el apartado 2 del artículo 2

⁵⁹ M.J. ESPEDA-ESPINOSA, *Judicial Activism in a Violent Context...*, op. cit., pp. 634-635.

de la Constitución bosnia estipula que «los derechos y libertades establecidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y sus Protocolos se aplicarán directamente en Bosnia y Herzegovina. Estos tendrán prioridad sobre cualquier otra ley». El Tribunal consideró que no existía proporcionalidad entre las medidas impuestas por la Orden impugnada y el interés público (protección de la salud pública), ya que no se había considerado previamente la posibilidad de adoptar medidas más blandas y porque las medidas impuestas no estaban estrictamente limitadas en el tiempo. Además, la Orden no obligaba a las autoridades a revisar periódicamente estas medidas y a prorrogarlas solo si eran «necesarias en una sociedad democrática», como exige el artículo 2 del Protocolo 4 del CEDH. El Tribunal no revocó inmediatamente estas medidas, sino que dio a las autoridades bosnias un margen de tiempo para «armonizarlas» con la Constitución y el CEDH.

La necesidad de respetar el derecho supranacional de los derechos humanos fue subrayada también por la Corte Constitucional de Ecuador. Durante el estado de emergencia proclamado en respuesta a la crisis de COVID-19, el Consejo de la Judicatura había cerrado varias de sus oficinas y había restringido el acceso de los ciudadanos a la justicia. En particular, el 15 de abril de 2020, la dirección provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, que abarca la capital de Ecuador, Quito, emitió un memorando en el que se establecía que en caso de violaciones de derechos fundamentales los únicos recursos que podían interponer las personas eran los de habeas corpus. En respuesta a estas drásticas decisiones, la Corte Constitucional ordenó al Consejo de la Judicatura que adoptara «directrices claras y oportunas» para garantizar el acceso de las personas a la justicia. En particular, la Corte señaló que, incluso durante un estado de emergencia, no se puede restringir el derecho de las personas a la tutela judicial efectiva a través de las garantías jurisdiccionales, tal como lo establecen el artículo 165 de la Constitución de 2008 y el artículo 29(c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁶⁰

5. Conclusiones finales

Como bien ha señalado David Cole «los tribunales son sin duda altamente imperfectos» en tiempos de emergencia, «pero las alternativas

⁶⁰ Auto n° 1-20-EE/20, del 28 de abril de 2020.

son peores». ⁶¹ De hecho, conceder un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades estatales (y en particular al poder ejecutivo) durante los períodos de crisis es perfectamente legítimo y comprensible, pero dicha discrecionalidad no puede estar privada de ninguna forma de control. Excluir al poder legislativo y a los tribunales del proceso de toma de decisiones en tiempos de emergencia (como sugieren algunos estudiosos) ⁶² parece muy peligroso, y se corre el riesgo de permitir abusos de poder. Los tribunales constitucionales se encuentran entre las instituciones que pueden contribuir a establecer controles efectivos sobre el poder ejecutivo. Por un lado, obviamente hay que ser consciente de los límites que tienen estos órganos. De hecho, la revisión judicial «es a menudo un proceso lento y complejo, que puede tardar en ponerse al día con las presuntas violaciones de derechos. Los jueces, además, son funcionarios del Estado y suelen pertenecer a la misma élite que los miembros del ejecutivo y del legislativo. Pueden, por costumbre o por inducción, ceder ante el ejecutivo, especialmente en tiempos de emergencia». ⁶³

Sin embargo, por otro lado, los tribunales constitucionales tienen el potencial de ser actores clave en estas circunstancias extraordinarias, contribuyendo a la preservación de los principios constitucionales en los que se basan las sociedades democráticas. Algunas constituciones recientes, por ejemplo, han conferido a los tribunales constitucionales la facultad de revisar la constitucionalidad de la declaración y/o prórroga del estado de emergencia. Particularmente el caso de Colombia ha demostrado que esta tarea puede ser muy eficaz para impedir un abuso del poder de emergencia. La otra forma de imponer controles al poder ejecutivo en tiempos de crisis es revisar la constitucionalidad de las medidas de emergencia adoptadas por las autoridades estatales. Incluso durante la pandemia de COVID-19, se les ha pedido a menudo a los tribunales constitucionales que revisaran estas medidas. Aunque en algunos casos han mostrado un grado excesivo de deferencia hacia el poder ejecutivo, en muchas otras circunstancias estos órganos han ejercido un control efectivo a la acción del Gobierno y han garantizado la proporcionalidad de las restricciones de derechos. Se trata de una tarea muy importante también a la luz de la naturaleza y de la duración de la emergencia en cuestión. De hecho, la pandemia COVID-19 es un “híbrido” – en el sentido de que es una emergencia técnica y política al mismo tiempo ⁶⁴ – y como tal requiere un control de la misma naturaleza.

⁶¹ D. COLE, *Judging the Next Emergency...*, op. cit., pp. 2590.

⁶² Véase apartado 4.

⁶³ E. BULMER, *Emergency Powers*, op. cit., p. 31.

⁶⁴ Véase A. VEDASCHI, *COVID-19 and the Notion of “Emergency”: Towards New Patterns?*,

Como ya se ha explicado anteriormente,⁶⁵ gracias a la combinación de conocimientos técnicos-jurídicos y políticos, los miembros de los tribunales constitucionales parecen los sujetos adecuados para ejercer este tipo de control. Además, una emergencia – como la de COVID-19 – cuya duración no es solamente de días o semanas, sino de meses y años, requiere aún más la participación constante de todos los principales actores institucionales, incluso los tribunales constitucionales. Estos órganos, por lo tanto, aunque no sean la panacea para todos los males, pueden representar un baluarte importante para la defensa de los principios del constitucionalismo en tiempos de crisis tan complicados como estos.

ABSTRACT

This article examines the role of constitutional courts in times of emergency from a comparative perspective. In particular, it aims at understanding if, how and to what extent these bodies can place effective checks on the executive branch, thus contributing to protecting against the abuse of emergency powers. The article discusses the constitutional courts' review of the declaration and extension of the state of emergency, as well as the review of the emergency measures adopted by state authorities during periods of crisis, with a focus on the COVID-19 pandemic. The article suggests that constitutional courts can represent an important bulwark for the defence of the principles of constitutionalism in times of emergency.

en *IACL-AIDC Blog*, 7 septiembre 2021, <https://blog-iacl-aidc.org/covid19-future-constitutionalism/2021/9/7/covid-19-and-the-notion-of-emergency-towards-new-patterns>

⁶⁵ Véase apartado 3.4.

Letizia Palumbo*, Alessandra Pera**

*The COVID-19 Crisis, Human Rights
and Unfair Models of Production:
The Case of Migrant Workers in the Agri-food Sector
in European Countries****

SUMMARY: 1. Introduction – 2. Unpacking and Contextualizing Legal Concepts and Definition – 2.1 Labour Exploitation and Human Dignity – 2.2 Exploitation as Continuum, Vulnerability and Consent – 3. Unfair Models of Production and the Creation of Vulnerability: the Case of Migrant Workers in the Agri-food Sector – 4. The EU and National Legal Responses to Address the Situations of Vulnerability of Migrant Farmworkers during the Pandemic – 5. A New Push for the Protection of Human Rights?

1. *Introduction*

In recent years, institutional and scholarly attention has been paid to the exploitation and systematic denial of the rights of workers – in particular migrant workers – which characterizes key sectors, such as the agri-food sector, in many European Union (EU) countries, including in both Southern and Northern Europe¹.

Since its outbreak in March 2020, the Covid-19 health emergency has aggravated this situation. It has clearly revealed, on the one hand, the condition of vulnerability and exploitation frequently experienced by migrant persons employed in many important labour market sectors (including the agri-food system) and, on the other, their essential role

* Università degli Studi di Palermo e Università Ca' Foscari Venezia.

** Università degli Studi di Palermo.

*** This chapter is the result of a common reflection of the two authors. However, Letizia Palumbo drafted Sects. 2 (2.1 and 2.2), 3 and 4 while Alessandra Pera drafted Sects 1 and 5.

¹ A. CORRADO - F. CARUSO - M. LO CASCIO - M. NORI - L. PALUMBO - A. TRIANDAFYLIDOU, *Is Italian agriculture a 'Pull Factor' for irregular migration – And, if so, why?* Open Society European Policy Institute, Bruxelles, 2018; L. PALUMBO - A. CORRADO (eds.), *Covid-19, Agri-food systems, and migrant labour. The situation in Germany, Italy, the Netherlands, Spain, and Sweden*, Open Society European Policy Institute, Bruxelles, 2021.

in these sectors. Indeed, the COVID-19 crisis has sharply exacerbated the structural inequalities that characterize the socio-economic systems of EU countries, disproportionately impacting people most affected by discrimination and social exclusion. At the same time, a rise in the demand for necessary goods has also meant that workers in key sectors, such as agri-food, have been acknowledged as fundamental to the economic and social functioning of EU countries. Furthermore, the pandemic has disclosed the limits of supply chains – with respect to price distortion, unfair competition, and distribution dynamics – and the impact of these in terms of contributing to dynamics of labour exploitation and abuse.

A clear tension therefore has arisen between preventing the spread of the pandemic through mobility restrictions on the one hand, and limiting foreign labour shortages (particularly in core sectors) on the other². This tension, in turn, has clearly exposed the complex issue of preventing and protecting situations of vulnerability at work when market efficiency and competitiveness are at stake.

In this scenario, since the outbreak of the pandemic, EU institutions and Member States have adopted several legislative and policy measures to address the consequences of the Covid-19 crisis in key sectors (including the agri-food system) and migrants' conditions of vulnerability. However, despite the initial enthusiastic and optimistic tones, these interventions have shown shortcomings that significantly limit their impact and outcomes, especially regarding the protection of fundamental rights of migrant workers, including the right to health.

This paper provides a critical comparative analysis of relevant EU and national emergency legal measures and responses adopted during the current pandemic to address migrants' access to essential services and benefits, focusing on migrants' working and living conditions in the agricultural sector. As is known, the Covid-19 crisis has raised several legal issues, within several fields of law, from human rights to market regulation³. In this paper, by taking into account the recent development of the pandemic and consequent measures to address it (including vaccination), we explore to what extent the current health emergency may

² A. CORRADO - L. PALUMBO, *Essential Farmworkers and the Pandemic Crisis: Migrant Labour Conditions, and Legal and Political Responses in Italy and Spain*, in TRIANAFYLIDOU A. (eds.), *Migration and Pandemics*, Imiscoe, Research Series. Springer, 2022, pp. 145-166.

³ M. KJAERUM - M.F. DAVIS - A. LYONS (eds.), *Covid-19 and Human Rights*, Routledge, London, 2021. G. SMORTO, *The Right to Health and Resource Allocation. Who Gets What and Why in the COVID-19 Pandemic*, in *Global Jurist*, 21, 2021 pp. 59-72; S. ŽIŽEK, *Pandemic! Covid-19 Shakes The World*, OR Books, 2020.

constitute an opportunity for a European and national rethinking of the dominant socio-economic model of production, and an enforcement of the rights of migrant persons, or if it instead only fosters inequalities by exposing persons in conditions of vulnerability (in particular many migrant persons) to the risk of being subject to further forms of discrimination and fundamental rights violations.

The first section of this article focuses on the notion of labour exploitation, unpacking its legal definitions. In particular, the section explores the relationship between exploitation and human dignity, seeing this latter notion in its social dimension and not only as an innate quality of the persons. The second section will then address the complex relationship between vulnerability and consent to exploitation, referring to the contextual/situational conception of vulnerability as shaped by multiple factors, rather than as inherent to certain persons and/or groups of individuals. Building on this conceptual framework, and by taking as emblematic the specific case of migrant workers in the agri-food system, the following sections of the article highlight the interplay of factors contributing to creating migrants' situations of vulnerability to exploitation. Then we examine the impact of the Covid-19 crisis and related measures adopted, at the EU and national levels, to address migrants' situations of vulnerability in the agri-food system, exploring whether these measures have contributed to a stronger protection of human rights.

1. *Unpacking and Contextualizing Legal Concepts and Definitions*

1.1. *Labour Exploitation and Human Dignity*

Labour exploitation is a highly contested concept, from both a socio-economic and a legal perspective.⁴ The notion of exploitation is at the heart of interventions and discourses aimed to guarantee decent work, and accordingly it is a prominent notion in legal frameworks concerning crimes such as 'trafficking', 'forced labour' and 'slavery'. These offences are prohibited by human rights instruments, such as the 1948 Universal Declaration of Human Rights (art. 4) or the 1950 European Convention

⁴ V. MANTOUVALOU, *Legal Construction of Structures of Exploitation*, In H. COLLINS - G. LESTER - V. MANTOUVALOU (eds.), *Philosophical Foundations of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 188-204.

on Human Rights⁵ (Art. 4) or the 2000 Charter of Fundamental Rights of the European Union. However, as is known, the notion of exploitation is not defined by any international legal instruments.

It is worth mentioning that, until the adoption of the 2000 UN Protocol on Trafficking in Human Beings (the so-called “Palermo Protocol”)⁶ relevant international documents did not refer to labour exploitation as such⁷. Indeed, before the adoption of this Protocol, early international Conventions on trafficking focused on sexual exploitation⁸, in particular on prostitution, considered always as a form of violence in line with a feminist ‘abolitionist’ approach, which has been strongly criticized by sex workers’ rights feminists⁹. Alongside these treaties referring to sexual exploitation, exploitation appeared mainly in international legal provisions concerning children¹⁰.

With the Palermo Protocol, exploitation appears as a new legal concept¹¹. Although it does not contain a definition of exploitation, the Protocol offers some examples of exploitation, including «the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs» (art. 3). The Protocol therefore provides an open list of forms of exploitation, leaving relevant actors with the important role of filling it with ever more examples of exploitative practices. From this perspective, the innovative aspect of the legal concept of exploitation found in the Palermo Protocol is its extent, which goes beyond the sexual

⁵ Council of Europe. *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Rome, 4.XI.1950.

⁶ *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, New York, 15 November 2000.

⁷ For an interesting reconstruction of the notion of exploitation in international law see S. MARKS, *Exploitation as an international legal concept*, in S. MARKS (ed.) *International Law on the Left*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 301.

⁸ For instance, the UN 1949 *Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others*.

⁹ See J. CHUANG, *Rescuing Trafficking from Ideological Capture: Anti-Prostitution Reform and its Influence on U.S. Anti-Trafficking Law and Policy*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 158, 2010, pp. 1655-1728. See also, in this regard, M.R. MARELLA, *Bocca di Rosa, Roxanne e le altre. Considerazioni in tema di sesso, mercato e autonomia privata*, in *Pòlemos*, vol. 2, 2008, pp. 35-72.

¹⁰ For instance, the 1956 Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade and Institutions and Practices Similar to Slavery identified among these practices the “exploitation of the child or young person of his labour” (Art. 1(d)).

¹¹ J. ALLAIN, *The law and Slavery, Prohibiting Human Exploitation*, Brill, 2015.

dimension and is not limited to some specific categories/groups. This finds confirmation in the Model Law against Trafficking in Persons¹² – a soft-law instrument produced by UNODC to assist states in implementing the provisions of the Palermo Protocol – which noted that, although the term exploitation is not defined in the Protocol, it is generally «associated with particularly harsh and abusive conditions of work», or «condition of work inconsistent with human dignity»¹³.

With specific regard to European Union law, severe exploitation in all its forms entails the violation of article 1 of the EU Charter of Fundamental Rights¹⁴ stating the inviolability of human dignity, and of article 5 providing for the prohibition of slavery and forced labour. It also implies violation of rights protected in article 31 on fair and just working conditions, article 34 on social security and social assistance, and article 35 on the right to health care. If we then look at EU secondary law, in addition to the conception of exploitation contained in Directive 2011/36/UE on trafficking¹⁵, which reflects that found in the Palermo Protocol's definition of trafficking, special attention should be dedicated to the definition of «particularly exploitative working conditions» contained in Directive 2009/52 on Employers' Sanctions¹⁶. Indeed, by reflecting the above-mentioned provisions of the EU Charter of Fundamental Rights, Directive 2009/52 defines «particularly exploitative working conditions» as «working conditions, including those resulting from gender based or other discrimination, where there is a striking disproportion compared with the terms of employment of legally employed workers which, for example, affects workers' health and safety, and which offends against human dignity» (art. 2 (i)). Despite being quite generic, this definition, which is the first (and the only) definition of exploitation contained in EU law, is extremely important as it covers diverse working conditions, also paying attention to those building on gender related discriminations. At the same time, it «points to a proportionality analysis and severity threshold as tools

¹² UNODC, Model law against trafficking, 2009 available at https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/UNODC_Model_Law_on_Trafficking_in_Persons.pdf

¹³ *Ibidem*, p. 28.

¹⁴ Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2000/C 364/01.

¹⁵ *Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA*

¹⁶ *Directive 2009/52/EC of the European Parliament and of the Council of 18 June 2009 providing for minimum standards on sanctions and measures against employers of illegally staying third-country nationals.*

for assessing exploitative circumstances»¹⁷, taking respect of the principle of human dignity as the main criterion to be considered.

The language of human dignity permeates the legal conception of exploitation found in the national legislations of some European countries, even before the adoption of the above-mentioned EU Directives. For example, in both Belgian¹⁸ and French¹⁹ legislation, exploitation is defined in the provision concerning the offence of trafficking as work or labour conditions contrary to human dignity. Italian legislation does not explicitly refer to exploitation as violation of human dignity. However, art. 603bis of the Italian Criminal Code, concerning the crime of «illegal gang-mastering and labour exploitation», contains some indicators of exploitation that refer to working and living conditions contrary to dignity according to the Italian Constitution, especially arts. 3 and 36.

The reference to the principle of human dignity with respect to the legal concept of labour exploitation brings us to the issue of the irreducibility of work to mere commodity and of the worker to object²⁰. From this perspective, as legal scholarship has pointed out, the principle of human dignity constitutes not only a criterion to assess working conditions, but also a measure of what can respond to economic logics and what is incompatible with these²¹. This latter conception explicitly emerges, for instance, in Art. 41 of the Italian Constitution, affirming that private economic initiative cannot be carried out «in a manner that could damage safety, liberty, and human dignity»²².

As is known, the notion of human dignity and its operational use have been the subject of an intense scholarly debate, that has critically focused on the dichotomy between the objective and subjective dimensions of this notion, and on its role as constraint or as empowerment²³. Relevant

¹⁷ V. STOYANOVA, *Human Trafficking And Slavery Reconsidered: Conceptual Limits and States' Positive Obligations in European Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 186.

¹⁸ Belgium Criminal Code, article 433quinquies. Interestingly, already in the formulation of article 433quinquies of the Belgian Criminal Code previous to the implementation of Directive 2011/36, there was reference to the concept of human dignity in the definition of exploitation contained in the trafficking definition.

¹⁹ French Criminal Code (Article 225-4-1), as amended in 2003.

²⁰ S. RODOTÀ, *Il Diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012; B. LANGILLE, *Labour Law's Theory of Justice*, in G. DAVIDOV - B. LANGILLE (eds.), *The Idea of Labour Law*, Oxford Scholarship Online, Oxford, 2011, p. 101.

²¹ S. RODOTÀ, *Il Diritto di avere diritti*, op. cit.

²² Our translation in English.

²³ R. BROWNSWORD, *Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity*, In D. FRIEDMANN

in this debate has been important international and national case law²⁴. This includes the famous decision of the French *Conseil d'Etat* (27 Oct. 1995), which outlawed the spectacle of dwarf-throwing ('*lancer de nain*')²⁵ as it represented a threat to the respect for human dignity considered as one of the constituents of public order, and also the landmark judgment of the European Court of Justice in the case of *Omega Spielhallen* (Case C-36/02)²⁶ on laser-shows, in which the protection of dignity prevailed over the freedom to provide services. In these cases, the use of the principle of human dignity has been criticized by some legal scholars for imposing a scale of values, not necessarily accepted and shared, limiting freedom of private economic activity and/or individual autonomy, and as such risks supporting an 'oppressive moral order'²⁷.

By addressing the complex relationship between human dignity and freedom, legal scholars, amongst others Stefano Rodotà²⁸, have highlighted the socially embedded dimension/nature²⁹ of this notion, which opposes any paternalistic and/or 'authoritarian' visions. According to this view, human dignity should not be considered as a static and abstract principle, but as a guarantee of those «minimum living conditions that allow the person to actively participate in social life and the public sphere»³⁰. As Rodotà argued, social dignity is not limited to an innate quality of a person, but also refers to the «result of a construction that moves from the person, examines and integrates personal relationships and social ties, [and] requires consideration of the overall context within which existence takes place»³¹.

This social dimension of human dignity arises in the Constitutions

- D. BARAK-EREZ (eds.), *Human rights in private law*, Hart, Cambridge, 2001, pp. 181.

²⁴ *Ibidem*. See also G. RESTA, *Dignità, Persone, Mercati*, Giappichelli, Torino, 2004.

²⁵ Conseil d'Etat (27 Oct. 1995) req. nos. 136–727 (Commune de Morsang-sur-Orge) and 143–578 (Ville d'Aix-en-Provence).

²⁶ Case C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn* [2004] ECR I 09609.

²⁷ J.Q. WHITMAN, *From Fascist 'Honour' to European 'Dignity'*, in C. JOERGES - N. GHALEIGH (eds.), *The Darker Legacy of European Law: Perceptions of Europe and Perspectives on a European Order in Legal Scholarship during the Era of Fascism and National Socialism*, Hart, Cambridge, 2003, pp. 243- 266.

²⁸ S. RODOTÀ, *Il Diritto di avere diritti*, op. cit.; M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. cir. dir. priv.*, Vol. XXV, 2007.

²⁹ M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, op. cit.

³⁰ *Ibidem*. Our translation in English.

³¹ S. RODOTÀ, *Il Diritto di avere diritti*, op. cit., p. 233.

of European countries, including the Belgian Constitution (art. 23) and in the Italian Constitution (articles 3(1), 36 and 41). For instance, article 3 (para 1) of the Italian Constitution affirms that «all citizens have *equal social dignity*», emphasizing a context and system of relationships in which persons are located in conditions of freedom and equality. With specific regard to working conditions, article 36 of the Italian Constitution states that workers have the right to a remuneration «such as to ensure them and their families a free and *dignified existence*», highlighting a necessary relationship between individual existence, dignity, freedom and development of personality in a context characterized by equality³². As legal scholar Resta argues, article 36 – in line with article 23(3) of the Universal Declaration of Human Rights – sets a mandatory limit suitable to conform to the exercise of private autonomy, by «hindering those agreements through which the workers, driven by necessity, consent to accept miserable wages that do not allow them to satisfy the needs of an existence worthy of dignity»³³. Lastly, the above-mentioned article 41 of the Italian Constitution identifies dignity as an insurmountable limit to private and economic activities, highlighting again that dignity and freedom are two inseparable principles.

As Rodotà has pointed out, the social conception of dignity found in European Constitutions sheds light on the non-abstract nature of this notion, which «finds in the person the place of its determination [...] to enable each one to freely determine his/her own life plan»³⁴. At the same time, such a conception of dignity entails an obligation on states to build and guarantee the necessary conditions for each person to make decisions in conditions of freedom and responsibility³⁵. Such a view on human dignity therefore relates to a more elaborate idea of private autonomy which builds on human rights law, and consequently «goes beyond negative freedom from interference, to place a duty on the state to promote conditions that enable individuals to realize their own conceptions of a worthwhile life»³⁶, in a context – it is important to stress this again – characterized by substantial equality³⁷.

The obligation on states to guarantee that nobody falls below a ‘dignified’

³² *Ibidem*, p. 189.

³³ G. RESTA, *Dignità, Persone, Mercati*, op. cit. p. 12. Our translation in English.

³⁴ S. RODOTÀ, *Il Diritto di avere diritti*, op. cit., p. 234.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ H. COLLINS, *On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law*, in *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 7, 2012, p. 43.

³⁷ S. RODOTÀ, *Il Diritto di avere diritti*, op. cit.

level of existence has also been expressly recognized by national courts. For instance, the Italian Constitutional Court³⁸ and the French Constitutional Court³⁹ similarly affirmed that the principle of human dignity requires that decent housing is guaranteed to all citizens as a constitutional social right⁴⁰. In the same line, the German Federal Constitutional Court, by undermining the reforms of the national labour market introduced in 2005 (the so-called Hartz IV reform), held that that art. 1 of the European Charter «imposes an obligation on the state to provide at least minimal subsistence to every individual».⁴¹ Such an approach has been confirmed by the German Federal Constitutional Court in a recent decision on the constitutionality of welfare sanction (5 November 2019)⁴².

On the basis of this conceptual framework, going back to the specific topic of labour exploitation, the principle of human dignity ensures, in relation to the principle of equality and freedom of self-determination, that all persons must enjoy fundamental rights, regardless of position occupied in the social hierarchy, and have the right to work in conditions that allow them to have a free and dignified life. Decent work, as the International Labour Organization (ILO) highlights in its documents⁴³, refers to employment that contributes to the social and economic stability of workers, and is the foundation of a decent life. From this perspective therefore, the principle of dignity with regard to exploitation entails an obligation of states to guarantee that no person works and lives in exploitative and degrading conditions, and accordingly to prevent persons from being, and making decisions, in situations of vulnerability such as to lead them to 'accept' work in exploitative conditions.

1.2. *Exploitation as Continuum, Vulnerability and Consent*

These considerations lead us to look at the complex notion of vulnerability in relation to labour exploitation, which is in part specular

³⁸ Italian Constitutional Court., decision no. 217, 1988, I.

³⁹ French Constitutional Court, 94-359 DC of 19 January 1995.

⁴⁰ See also G. RESTA, *Dignità, Persone, Mercati*, op. cit. p. 40.

⁴¹ BVerfG, decision of 9 February 2010, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 125, pp. 175 ss.

⁴² BVerfG, decision of 5 November 2019, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2019, pp. 3703 ss. See in this regard S. HABERL, *Hartz IV, il sistema delle sanzioni e ciò che il Bundesverfassungsgericht (non) ha detto*, in *DPCE online*, 4, 2020.

⁴³ See ILO's decent work documents available at <https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--en/index.htm>.

and opposed to that of social human dignity.

As is known, vulnerability is a contentious notion and has been debated in various disciplines and from different perspectives, ranging from feminist scholars to those within the human rights field⁴⁴. One key contention is that the notion bears the risk of perpetuating stigmatization. Labeling people as ‘belonging to vulnerable groups’ may reinforce marginalization and be disempowering⁴⁵. By questioning the conception of vulnerability as something static or fixed, inherent to specific categories of people, individuals or groups, philosophical and legal scholars, especially feminist scholars⁴⁶, have rightly underlined the idea of vulnerability as a condition of shared humanity, and simultaneously as related to people’s positions in society and in power relations. Such a conception of vulnerability shifts attention to its contextual dimension, and accordingly to an interplay of factors and circumstances that create and/or exacerbate vulnerability. Within such a prism, vulnerability does not preclude a person’s agency/ autonomy. But, instead, it recognizes the ways in which people act (or try to act), negotiate and make their choice within a framework of economic, social, affective and power relationships⁴⁷.

By proposing a taxonomy of different sources of vulnerability, feminist legal and social scholars Mackenzie, Rogers and Dodds⁴⁸ have developed the concept of ‘situational’ vulnerability. This notion sheds light on the social and context specific dimension of vulnerability, that is caused and/or accentuated by personal, social, political, economic or environmental situations of individuals or social groups, including abusive interpersonal and social relationships and sociopolitical oppression or injustice. The

⁴⁴ See C. MACKENZIE - W. ROGERS - S. DODDS (eds.), *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2014; O. GIOLO - B. PASTORE (eds.), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci editore, Roma, 2018.

⁴⁵ L. PERONI - A. TIMMER, *Vulnerable Groups: The Promise of an Emerging Concept in European Human Rights Convention Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 11(4), 2013, pp. 1056-1085. M. MUSTANIEMI-LAAKSO - M. HEIKKIL - E. DEL GAUDIO - S. KONSTANTIS - M. NAGORE CASAS - D. MORONDO - V.G. HEGDE - G. FINLAY, *The Protection of Vulnerable Individuals in the Context of EU Policies on Border Checks, Asylum and Immigration. Project Frame*. European Commission, 2016.

⁴⁶ Notably, M.A. FINEMAN, ‘The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition’, *Yale Journal of Law and Feminism*, 20, 1, 2008, pp. 177-1911; J. BUTLER, *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence*, Verso, London 2004.

⁴⁷ S. MARCHETTI - L. PALUMBO (eds), *Vulnerability in the Asylum and Protection System in Italy. Legal and Policy Framework and Implementing Practices*, Vulner research report, 2021.

⁴⁸ C. MACKENZIE, -W. ROGERS - S. DODDS, *Introduction: What Is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?*, in C. MACKENZIE - W. ROGERS - S. DODDS (eds.) *Vulnerability: New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, op. cit., pp. 1-29.

category of situational vulnerability highlights «the ways that inequality of power, dependency, capacity, or need render some agents vulnerable to harm or exploitation by others»⁴⁹.

In this light, therefore, vulnerability is conceived as caused or exacerbated by the interplay of personal and structural factors (legal, economic, political, and social elements) rendering some people vulnerable. The latter factors refer to those policies, acts and norms producing structural injustice that – as political theorist and feminist scholar Iris Marion Young has argued – places large categories of persons «under a systematic threat of domination or deprivation of the means to develop and exercise their capacities»⁵⁰. The structural factors include, for instance, migrant policies prioritizing ‘skilled’ migration, as well as family reunification policies providing for strict requirements, including income and housing criteria putting large categories of migrants, especially migrant women, in conditions of general disadvantage and vulnerability.

Therefore, far from being a static, abstract notion, vulnerability is a socially embedded condition, that is variable in its form and its intensity, depending on the social relations and hierarchies of power that characterize the context in which a person is located⁵¹. In this sense, vulnerability is strongly related to the theory of intersectionality, introduced and developed among others by feminist legal scholar Kimberle Crenshaw⁵², as the form and intensity of vulnerability to abuse and exploitation are different according to the gender, class, age, race, nationality, dis/ability, and educational backgrounds of each person.

Looking at the notion of vulnerability in relevant international legal documents, this situational conception of vulnerability, with respect to exploitation, can be found in the definition of position of vulnerability contained in Directive 2011/36 /EU on trafficking. As is known, the

⁴⁹ *Ibidem*, p. 6.

⁵⁰ I.M. YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, 1990.

⁵¹ See, on this regard, L. PALUMBO - A. PERA, *Donne migranti e diritto all'unità familiare. Fattori di vulnerabilità e forme di tutela nella giurisprudenza italiana ed europea*, in G. DE MARZO - F. PARISI (eds.), *Diritto e Immigrazione. Un quadro aggiornato delle questioni più attuali e rilevanti*, Il Foro Italiano – LaTribuna, 2021, pp. 253-274; S. MARCHETTI - L. PALUMBO 2021, op. cit.; M.G. GIAMMARINARO - L. PALUMBO, *Vulnerabilità situazionale, genere e diritti umani. Analisi normativa e della giurisprudenza italiana e sovranazionale sullo sfruttamento lavorativo*, in G. GIOFFREDI - V. LORUBBIO - A. PISANO (eds.), *Diritti umani in crisi? Emergenze, disuguaglianze, esclusioni*, Pacini Giuridica, Pisa, 2021, pp. 45-62.

⁵² K. CRENSHAW, *Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1989, pp. 139-167.

‘abuse of a position of vulnerability’ constitutes one of the means of trafficking according to the definition of this offence contained in the UN Palermo Protocol and successively incorporated in both the Council of Europe Convention on Trafficking and EU Directive 2011/36. However, the Palermo Protocol does not include a definition of a ‘position of vulnerability’. This is contained in the Interpretative Note in the *travaux préparatoires* accompanying the Protocol, and has subsequently been integrated into the text of Directive 2011/36/EU, which defines the position of vulnerability as «a situation in which the person concerned has no real or acceptable alternative but to submit to the abuse involved» (art. 2(2)). Rather than limiting vulnerability to the person’s inherent characteristics, this definition significantly stresses the importance of considering the circumstantial and structural factors that leave a person without any concrete and real alternative but to ‘accept’ being involved in abusive and exploitative relations and conditions.

This conception of vulnerability also emerges in the *Explanatory Report* of the 2005 Council of Europe Convention on Trafficking, which refers to both the personal and context-specific elements of vulnerability – including «insecurity or illegality of the victim’s administrative status, economic dependence or fragile health»⁵³ – explicitly recognizing that certain situations of vulnerability are created or exacerbated by relevant legislation and policies.

Such a situational dimension of vulnerability to exploitation has also been recognized in relevant national and supranational case law,⁵⁴ including the landmark decision of the European Court of Human Rights (ECtHR), *Choudhury and Others v Greece* (2017)⁵⁵, concerning forty-two undocumented migrant workers from Bangladesh who worked on a strawberry farm in Greece in severe degrading and exploitative conditions. In this case, the ECtHR found a violation of article 4(2) (‘Prohibition of slavery and forced labour’) of the European Convention of Human Rights (ECHR), and it paid specific attention in its reasoning to different factors – in particular the condition of the workers as «irregular migrants

⁵³ Council of Europe, *Explanatory Report Beings to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, 2005, para 83, available at <https://rm.coe.int/16800d3812>

⁵⁴ M.G. GIAMMARINARO - L. PALUMBO, *Vulnerabilità situazionale, genere e diritti umani. Analisi normativa e della giurisprudenza italiana e sovranazionale sullo sfruttamento lavorativo*, op. cit..

⁵⁵ *Choudhury and Others v Greece*, Application no. 21884/15, 30 March 2017.

without resources and at risk of being arrested, detained and deported»⁵⁶ – producing a situation of vulnerability that exposes migrant workers to exploitation.

Central in this regard is the issue of voluntariness and consent. As the ECtHR affirmed in *Chowdury*, where employers abuse their power or take advantage of the vulnerability of workers in order to exploit them, these latter «do not offer themselves for work voluntarily».⁵⁷ The prior consent of the person concerned to abusive conditions is «not sufficient to exclude the characterization of work as forced labour»⁵⁸, as in a situation of vulnerability the person concerned has no concrete alternatives, and therefore no real choice. Thus, in line with international and European legislation on trafficking and forced labour, the ECtHR highlighted that the abuse of power, taking advantage of persons' vulnerability for the purpose of exploitation, excludes voluntariness, even when the person has initially consented⁵⁹.

Yet, difficulties emerge in those cases that do not amount to crimes of forced labour and trafficking and in which, therefore, there are not strong indications that the consent is not genuine. These cases, which are increasingly on the rise in the national labour markets in Europe, include situations where workers 'accept' a deprivation of rights and unfair treatment (such as being underpaid, having not contract and/or living in degrading conditions), because of their position of vulnerability and, therefore, of their weak bargaining power.

Far from being easily solved, the issue at stake here concerns the complex relationships between agency/autonomy of persons, conditions of vulnerability, and consent to forms of exploitation.

As several legal scholars, especially scholars from Critical Legal Studies⁶⁰, have significantly underlined, the persons' behaviours in bargaining, and the equilibrium achieved within the negotiation, depend on the structure of power relationships, on the resources that each one actually has, in a context marked by «class division, patriarchy and racialism»⁶¹. In

⁵⁶ *Ibidem*, para 95.

⁵⁷ *Ibidem*, para 96.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ This view has been confirmed by the ECtHR in its recent judgement on *Zoletic v. Azerbaijan*, application no. 9626/14, 7 October 2021.

⁶⁰ Seminally, see D. KENNEDY, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, in *Maryland Law Review*, Vol. 41, 4, 1982.

⁶¹ *Ibidem*, p. 566.

this framework, deciding where coercion and unfair pressure ends and freedom begins can be difficult. Even distinguishing wrongful threats from permissible offers might be challenging⁶².

Focusing on the specific conditions of workers, we know that today, especially in developed countries and particularly in Europe, the protection of their rights is committed to collective bargaining, a certain degree of re-distribution and social protection measures. However, in most European countries and everywhere globally, exploitation, including severe exploitation, is part of economic and labour market systems, involving primarily those persons who are in situations of vulnerability – such as many migrants, asylum seekers and refugees – deprived of several (if not, all) rights and social protections, and whose wages are just sufficient to ensure their survival, and eventually the survival of their families.

Now, considering that all forms of labour relations entail some degree of commodification, devaluation and coercive pressure, and may amount to diverse degrees of exploitation⁶³, the point here – as legal scholar Susan Marks has pointed out – «is not that wage-labour is indistinguishable from forced or trafficked labour, still less that the degree and nature of labour exploitation remain always the same, and always objectionable in the same measure. The point is simply that account must be taken of the compulsion that comes not from violence, threats or deceit, but from the limitation of options and the denial of opportunities»⁶⁴. Hence, the point concerns the conditions of vulnerability in which a person finds him/herself and that may strongly affect and limit his/her available alternatives, so that he/she 'accepts' the exploitative job, provided that it enables him/her to realize, at least partially, his/her life (and migration) projects. In such a condition of vulnerability, the persons find themselves facing an 'impossible choice' – to use the words of legal philosopher Eva Foeder Kittay⁶⁵ – between incomparable goods: life (of themselves and of their families) or dignified work; choices that no person should be faced with in a democratic society which should guarantee social human dignity.

On the basis of these considerations, exploitation may be better

⁶² See, for instance, J. MCGREGOR, 1988, *Bargaining Advantages and Coercion in the Market*, in *Philosophy Research Archives*, 14, 1988, pp. 23–50.

⁶³ K. SKRIVANKOVA, *Between decent work and forced labour: examining the continuum of exploitation*, Joseph Rowntree Foundation, London, 2010.

⁶⁴ S. MARKS, *Exploitation as an international legal concept*, op. cit., p. 301.

⁶⁵ E.F. KITTAY, *The Global Heart Transplant and Caring across National Boundaries*, in *South Journal of Philosophy*, Vol. 46, 2008, pp. 138-165.

understood, as some legal scholars⁶⁶ suggest, as a continuum of experiences characterized by an increasing level of unfair treatment, deprivation of rights and restriction of personal autonomy, «ranging from decent work through minor and major labour law violations, to extreme exploitation in the form of forced labour»⁶⁷ or trafficking. Along this continuum, forms of exploitation are linked to the different situations of vulnerabilities, and are characterized – apart from in extreme cases – by combinations of voluntariness and coercion, although to different degrees. Therefore, exploitation also includes cases which, while not necessarily amounting to crimes, are characterized alternatively or cumulatively by harsh or even degrading working and living conditions, low wages, inadequate safety measures, and a lack of basic social protections, especially if involving migrant workers.

Within this continuum, the lines between different forms of exploitation blur. To assess a specific form and degree of exploitation, and accordingly to identify the different lens and legal regimes through which they can be addressed, legal experts and actors should conduct a case-by-case basis assessment, taking into account both individual and external circumstances relevant to a determined situation. In particular, with regard to those cases of exploitation in which evident forms of coercion have not been used, and in which a person has ‘accepted’ unfair working conditions (such as, for instance, being underpaid) due to limitations of alternatives, attention should be devoted to assessing – according to a procedural approach – the conditions in which the person has consented to exploitative work. Therefore, such an assessment should not be limited to analyzing the fairness required in a specific transaction/contractual relationships, but should also focus on examining such a transaction against the «background conditions of fairness»⁶⁸. In other words, it is fundamental to look at the material conditions in which the concerned person gave his/her consent to certain exploitative conditions, examining the interplay of legal, social and economic factors that may have produced or exacerbated his/her situation of vulnerability, preventing her/him from having alternatives to that choice⁶⁹. This assessment should rely on objective indicators which

⁶⁶ K. SKRIVANKOVA, *Between decent work and forced labour: examining the continuum of exploitation*, op. cit.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 4.

⁶⁸ V. MANTOVOLAU, *Vulnerability to exploitation is created by law*, in *OpenDemocracy*, 27 November 2020, available at <https://www.opendemocracy.net/en/beyond-trafficking-and-slavery/vulnerability-exploitation-created-law/>

⁶⁹ M.G. GIAMMARINARO - L. PALUMBO, *Vulnerabilità situazionale, genere e diritti umani*.

consider the sources of situational vulnerability, including the impact of specific migration and labour regulation policies. This approach was de facto followed by the ECtHR in *Chowdury*, by considering the condition of irregularity as a key source of workers' vulnerability to exploitation. A similar perspective emerges in two recent decisions of the Tribunal of Milan⁷⁰ that have granted humanitarian protection to two asylum seeker victims of labour exploitation in the agri-food sector in Italy. In these cases, in which migrant persons, being asylum seekers, were not in irregular conditions, the judges identified as a crucial element of vulnerability the lack of socio-economic protections preventing these persons from accepting exploitative conditions. As the judge argued in one of the two decisions, the condition of vulnerability of the concerned person «has its roots in the total absence of concrete alternative solutions, given the impossibility of finding a regular job combined with the fear of losing the one found which – although irregular and without the minimum guarantees of protection – allows [him] to survive in an extremely inhuman and degrading context»⁷¹.

On the basis of these considerations, it emerges how the perspective on the situational dimension of vulnerability and its link to exploitation, viewed as a continuum, sheds light on those factors producing a situation of vulnerability in which «labour exploitation becomes the only viable choice in the face of a worse alternative»⁷². In this light, the notion of situational vulnerability is strongly related to the above-discussed notion of social human dignity (see above section 2.1), viewed as the guarantee of those basic conditions allowing a person to freely determine his/her own life project – including making decisions concerning working conditions – in a context of freedom and equality. Indeed, the greater the conditions are for the realization of a person's social dignity, the lower the situations of vulnerability to dynamics of exploitation, and vice versa.

Building on this theoretical framework, and by focusing on the specific case of migrant workers in the agri-food system, the next sections of this paper focus on the main structural factors – including relevant legislation and policies – contributing to create the situations of vulnerability of many

Analisi normativa e della giurisprudenza italiana e sovranazionale sullo sfruttamento lavorativo, op. cit..

⁷⁰ Tribunale di Milano, decision of 12.5.2021, RG. 42440/2019; decision of 12.5.2021, RG. 57114/2018.

⁷¹ Tribunale di Milano, decision of 12.5.2021, RG. 42440/2019, p. 5.

⁷² E. SANTORO, *Vulnerability between political theory and normative texts: a new language to repeat old things or a new tool to problematize differences in social power?*, in *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD) 12(3), 2020, p. 331.

migrant farmworkers exposed to exploitative dynamics, and the impact of the Covid-19 crisis on this. We then explore whether the Covid crisis has contributed to a new institutional attention on preventing situations of vulnerability among migrant workers, strengthening their bargaining power and therefore protecting their fundamental rights.

2. Unfair Models of Production and the Creation of Vulnerability: the Case of Migrant Workers in the Agri-food Sector

Over recent years, many studies have highlighted the legal, economic and social factors that produce the situational vulnerability of migrant workers, exposing them to exploitation and abuse⁷³. Special attention in this scholarship has been paid to the working conditions of migrants in the agri-food sector, which – as already mentioned – constitutes one of the key sectors, in both Southern and Northern European countries, characterized by a significant presence of migrant workers⁷⁴.

Migrant labour has indeed become a structural element in the development of agri-food industries in European countries. This foreign workforce is composed of both EU and non-EU migrant nationals, and includes men and women⁷⁵. While there is a presence of undocumented migrants, non-EU agricultural labourers can also be regular seasonal workers and – especially in some countries such as Italy – asylum seekers and beneficiaries of international protection. This diversification in terms of legal status challenges the idea that labour exploitation occurs mainly in cases of irregular migrants. Indeed, while as stressed above with regard to the *Chowdury* case the condition of irregularity is certainly an element that creates and exacerbates situations of vulnerability, cases of serious exploitation often also involve EU citizens or non-EU migrants in regular conditions⁷⁶.

⁷³ C. COSTELLO - M. FREEDLAND, *Migrants at Work: Immigration and Vulnerability in Labour Law*, Oxford University Press, Oxford 2014; A. CORRADO - F. CARUSO - M. LO CASCIO - M. NORI - L. PALUMBO - A. TRIANDAFYLIDOU, *Is Italian agriculture a 'Pull Factor' for irregular migration – And, if so, why?* op. cit.

⁷⁴ L. PALUMBO - A. CORRADO (Eds), *Are Agri-Food Workers Only Exploited in Southern Europe? Case Studies on Migrant Labour in Germany, the Netherlands, and Sweden*, Open Society Foundations, 2020.

⁷⁵ F. NATALE - S. KALANTARYAN - M. SCIPIONI - A. ALESSANDRINI - A. PASA, *Migration in EU Rural Areas*, EUR 29779 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019.

⁷⁶ UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2020*, United Nations publication, 2020.

The hard work and exploitative labour conditions characterizing this sector make EU nationals generally reluctant to work in it. Indeed, migrant farmworkers frequently experience substandard and even severe working conditions. These include long hours, low pay, irregularity in the employment contract, inadequate safety standards, poor accommodation, discrimination and abuse, amounting in some cases to forced labour and trafficking⁷⁷.

One of the main factors driving the recourse to a low-wage, flexible and exploitable migrant labour force in this sector is related to agri-food restructuring processes and imbalances of power in long supply chains, especially price pressure from industry, retailers and international buying groups⁷⁸. In fact, the latter use their oligopolistic market power to impose prices and conditions on farmers. This leads to an unfair distribution of risks, costs and profits along supply chains. Therefore, the margin for farmers across Europe to increase prices on wholesale markets is limited. In this context, most farmers tend to depress the cost of labour by lowering pay and eroding working conditions rather than looking for other strategies that allow them to remain competitive or developing alternative channels or shorter supply chains.

At the same time, this system takes advantage of the situational vulnerability of migrant workers, which is also produced by the inconsistencies of European and national legislation and policies in the field of migration, social and labour rights. As is known, since the 1990s, EU member states have increasingly striven to contain irregular migration while significantly reducing legal migration entry channels, especially for low and medium skilled third country national workers. EU policy making has followed this securitarian and restrictive approach, focusing mainly on highly skilled workers and paying minimal attention to human rights and long-term inclusion⁷⁹. Such an approach has recently been confirmed by the Pact on Migration and Asylum adopted by the European Commission

⁷⁷ A. CORRADO - F. CARUSO - M. LO CASCIO - M. NORI - L. PALUMBO - A. TRIANDAFYLIDOU, *Is Italian agriculture a 'Pull Factor' for irregular migration – And, if so, why?* op. cit.; L. PALUMBO - A. CORRADO, *Are Agri-Food Workers Only Exploited in Southern Europe? Case Studies on Migrant Labour in Germany, the Netherlands, and Sweden*, op. cit.

⁷⁸ A. CORRADO - C. DE CASTRO - D. PERROTTA, *Migration and Agriculture. Mobility and change in the Mediterranean area*, London, Routledge, 2007.

⁷⁹ E. GUILD, *The EU's Internal Market and the Fragmentary Nature of EU Labour Migration*. In C. COSTELLO - M. FREEDMAN (eds.), *Migrants at Work: Immigration and Vulnerability in Labour Law*, OUP, Oxford, 2014.

in September 2020⁸⁰.

In many European countries such as Germany, the Netherlands, Italy and Spain, channels for the admission of seasonal workers have proven unable to meet labour demand in agriculture⁸¹. In Germany for example, bilateral agreements with third countries have not been consistently in place, and when they have been the annual number of admitted workers has often been modest⁸². In the Netherlands, administrative obstacles and related costs prevent employers from applying for the recruitment of third country national seasonal workers⁸³. In Italy, the entry system for foreign workers has proven to be inadequate, and annual quotas for both seasonal and non-seasonal migrant workers are very limited. In Spain, the recruitment system for third-country migrant farmworkers, known as ‘contracts in origin’ or ‘at source’ (*contratación en origen*), has experienced a decrease in quotas and mainly applies in Huelva and Lleida through bilateral agreements with Morocco.

In addition to establishing inadequate entry channels, legislation and policies regarding seasonal workers – as several social and legal scholars have underlined⁸⁴ – provide migrants with limited access to rights and protection, and tend to accentuate workers’ dependency on employers, leading them to be more ‘docile’ and willing to accept abusive work conditions⁸⁵.

On the other hand, the lack of adequate national entry systems for foreign seasonal workers has been offset in many European countries, not only by undocumented migrants, but also by Eastern EU nationals (especially Romanians and Poles), and non-EU refugees and asylum seekers. In this context, the migrants’ different situations of vulnerability – with respect, for instance, to legal status and gender – seem to translate

⁸⁰ M. BORRACETTI, *Il nuovo Patto europeo sull’immigrazione e l’asilo: continuità o discontinuità col passato?*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2021, pp. 1-27.

⁸¹ L. PALUMBO - A. CORRADO, *Are Agri-Food Workers Only Exploited in Southern Europe? Case Studies on Migrant Labour in Germany, the Netherlands, and Sweden*, op. cit.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ K. A. SIEGMANN - T. WILLIAMS, *The Netherlands*, in L. PALUMBO - A. CORRADO, *Are Agri-Food Workers Only Exploited in Southern Europe? Case Studies on Migrant Labour in Germany, the Netherlands, and Sweden*, op. cit..

⁸⁴ See for instance, C. RIJKEN - T. DE LANGE (eds.), *Towards a Decent Labour Market for Low-Waged Migrant Workers*. Amsterdam, Amsterdam University Pres, 2018.

⁸⁵ E. HELLIO, “*They Know That You’ll Leave, Like a Dog Moving Onto the Next Bin*”: *Undocumented Male and Seasonal Contracted Female Workers in the Agricultural Labour Market of Huelva, Spain*, in A. CORRADO - C. DE CASTRO - D. PERROTTA, *Migration and Agriculture. Mobility and change in the Mediterranean area*, op. cit., pp. 198-214.

into a variety of possibilities for their exploitation⁸⁶. At the same time, the specific features of agricultural work – such as seasonality and high rates of irregularity – have contributed to exacerbating the position of vulnerability of migrant workers⁸⁷.

A further key problematic issue is the competition on labour costs both within the European internal market and on the global market⁸⁸. Mainly due to differences in pay levels and employment protection, labour costs vary greatly between EU member states, and businesses use this difference to improve their competitiveness, driving down wages and employment protection (including accommodation conditions). In a context of flexibilization and deregulation of the labour market, there is significant recourse to practices – including through subcontracting and posted work – aimed at hiring cheap labour, circumventing relevant EU and national legislation, and profiting from loopholes and ambiguities in laws. For instance, some research on migrant farmworkers in the Netherlands shows that a common technique is to create companies or affiliates in Member States where labour costs are low, such as Poland⁸⁹. These practices cause unfair competition and social dumping dynamics within the European internal markets and entail a serious risk of eroding workers' rights. Such a dynamics of social dumping has also been fostered in relevant cases of the Court of Justice of the European Union (CJEU) on posted work⁹⁰, such as in the *Laval* case (no. C-341/05), which subordinated the protection of fundamental rights to the functioning of the internal market.

In this scenario, indirect employment through agencies plays a crucial role, providing workers with staggered economic and social entitlements, and accordingly increasing their vulnerability⁹¹. Moreover, the recourse to

⁸⁶ L. PALUMBO - A. SCIURBA, *The vulnerability to exploitation of women migrant workers in agriculture in the EU: The need for a human rights and gender based approach*. Study commissioned by the European Parliament's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2018.

⁸⁷ N. DINES - E. RIGO, *Postcolonial Citizenship Between Representation, Borders and the 'Refugeeization' of the Workforce: Migrant Agricultural Labour in the Italian Mezzogiorno*, in S. PONZANESI - G. COLPANI (eds.), *Postcolonial Transition in Europe: Contexts, Practices and Politics*, Rowman and Littlefield, London 2015, pp. 151-173.

⁸⁸ H. VERSCHUEREN, *The role and limits of European social security coordination in guaranteeing migrants social benefits*, in *European Journal of Social Security*, Vol. 22, 4, 2020.

⁸⁹ K.A. SIEGMANN - T. WILLIAMS, *The Netherlands*, op. cit.

⁹⁰ See S. SCIARRA, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2013.

⁹¹ Y. MOLINERO GERBEAU, *La privatización de los programas de migración temporal en España como efecto poscrisis*. *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 2018, pp. 284-306.

these agencies makes monitoring and enforcement more difficult. As the case of the berry-picking industry in Northern Sweden reveals⁹², indirect employment via agencies also involves non-EU migrant workers (mainly Thai) who often work in exploitative conditions.

Prevailing gender norms aggravate the dynamics of exploitation of women workers, especially migrant women workers, in the agri-food sector. Indeed, migrant women farmworkers often receive lower wages than male farmworkers and tend to be more involved in irregular work. In countries such as Italy, they are often excluded from maternity and unemployment benefits⁹³. As research carried out in the Netherlands has shown⁹⁴, Polish women farmworkers with family responsibilities often have difficulties escaping their employers' demands. The fear of losing their jobs, and thus being unable to support their children financially, prevents them from reporting abuse. Similar dynamics occur in Italy and Spain. In the latter in particular, these are clearly facilitated by institutional policies. Indeed, within the above-mentioned 'contracts at source' system, the fact of having left children to be cared for in their country of origin constitutes a formal prerequisite for women's selection, as it guarantees their return to their countries at the end of the harvest. Under this system therefore, care and family responsibilities have become formal elements used for the recruitment of a flexible, 'docile' and, accordingly, exploitable feminized labour force⁹⁵. Research on Italy and Spain has also highlighted how in circumstances of significant dependency on employers or intermediaries, women's labour exploitation in the agricultural sector is often accompanied by sexual blackmail and abuse⁹⁶.

On the basis of these considerations, it clearly emerges how the interplay between value chain dynamics in the agri-food systems and the inconsistencies of EU and national legislation and policies on migration and labour protection have contributed to undermining the rights of migrant workers, producing and exacerbating their situations of vulnerability and resulting in a significantly weak bargaining position. Far from guaranteeing that nobody falls below a 'dignified' level of existence, EU and member

⁹² L. PALUMBO - A. CORRADO, *Are Agri-Food Workers Only Exploited in Southern Europe? Case Studies on Migrant Labour in Germany, the Netherlands, and Sweden*, op. cit.

⁹³ L. PALUMBO - A. SCIURBA, *The vulnerability to exploitation of women migrant workers in agriculture in the EU: The need for a human rights and gender based approach*, op. cit.

⁹⁴ K.A. SIEGMANN - T. WILLIAMS, *The Netherlands*, op. cit..

⁹⁵ E. HELLIO, "They Know That You'll Leave, Like a Dog Moving Onto the Next Bin", op. cit..

⁹⁶ *Ibidem*. See also L. PALUMBO - A. SCIURBA, *The vulnerability to exploitation of women migrant workers in agriculture in the EU: The need for a human rights and gender based approach*, op. cit.

states' relevant policies have contributed in this way to creating structural injustices⁹⁷ that facilitate the exploitation of migrant workers by private actors.

4. The EU and National Legal Responses to Address the Situations of Vulnerability of Migrant Farmworkers during the Pandemic

The global Covid-19 pandemic has sharply disclosed and, simultaneously, exacerbated the dynamics and factors illustrated in Section 3. In particular, while the pandemic has put the spotlight on the essential character of farm work and the importance of the agri-food sector overall, it has also revealed the limits of the legislative and regulatory framework that governs migration and labour mobility in Europe, and the real praxis of employment inclusion of migrant workers, especially in some key sectors such as agriculture⁹⁸. The pandemic has also shown the limits of long supply chains, including in terms of price distortions, unfair competition and distribution dynamics. Indeed, since the outbreak of the Covid-19 emergency, the border restrictions and lockdown – immobilizing thousands of foreign seasonal workers, especially from Eastern Europe – have led national farmers' organizations to sound the alarm on labour shortages, especially of Eastern European workers (mainly Romanians and Poles), highlighting the agri-food sector's dependence on cheap and flexible migrant labour.

At the same time, the pandemic has further aggravated the situational vulnerability of many migrant workers employed in the agri-food system, as it has disproportionately impacted people most affected by discrimination and social exclusion⁹⁹. Migrant farmworkers have reported wage deductions and poor housing conditions, as well as other violations of their rights¹⁰⁰. In countries such as Italy, Spain and Germany, the poor and degrading housing conditions of migrant farmworkers have raised even

⁹⁷ V. MANTOUVALOU, *Structural Injustice and the Human Rights of Workers*, in *Current Legal Problems*, Vol. 0, 2020, pp. 1-29.

⁹⁸ ISMU, *Libro verde sul governo delle migrazioni economiche*, 2021.

⁹⁹ M.G. GIAMMARINARO - L. PALUMBO, *Covid-19 and Inequalities: Protecting the human rights of migrants in a time of pandemic*, in *Migration Policy Practice*, X(2 April-June), 2020, pp. 21-26.

¹⁰⁰ L. PALUMBO - A. CORRADO, *Covid-19, Agri-food systems, and migrant labour. The situation in Germany, Italy, the Netherlands, Spain, and Sweden*, op. cit..

more concern at this time of health emergency, in terms of the dramatic consequences for both individuals and public health¹⁰¹. Moreover, the decrease in seasonal workers has resulted, in some contexts, in harder and more abusive working conditions¹⁰².

Since the beginning of the health emergency caused by the pandemic, EU institutions and national governments have adopted several measures to simultaneously address the effects of the Covid-19 crisis in core sectors (such as agri-food), especially with regard to labour shortages, and the conditions of situational vulnerability of workers, in particular migrant workers, employed in these sectors, who have been recognized as 'key/essential' workers.

In early 2020 the EU Commission issued Guidelines¹⁰³ on the free movement of workers during the crisis to facilitate the mobility of frontier workers, especially in the food and health sectors. This document was intended to guarantee effective border management to protect public health while preserving the integrity of the internal market, ensuring continued professional activity. However, the protection of rights – in particular the right to health – of concerned workers such as seasonal workers seemed to be overlooked. Indeed, the document only goes as far as to say that «Member States should also communicate to the employers the necessity to provide for adequate health and safety protection»¹⁰⁴. In July 2020, a Resolution of the European Parliament on the protection of seasonal and cross border workers during Covid-19¹⁰⁵ called attention to the safeguarding of workers' rights, highlighting the need to adopt structural interventions to strengthen wages and labour rights, ensure decent living conditions, develop welfare services and tackle subcontracting. Subsequently, in September 2020, the European Commission published its New Pact on Migration and Asylum¹⁰⁶, proclaiming a «fresh start on migration in Europe», by adopting a «human and humane approach». However, de facto the Pact pays minimal attention to human rights and

¹⁰¹ A. CORRADO - L. PALUMBO, *Essential Farmworkers and the Pandemic Crisis: Migrant Labour Conditions, and Legal and Political Responses in Italy and Spain*, op. cit.

¹⁰² L. PALUMBO - A. CORRADO, *Covid-19, Agri-food systems, and migrant labour. The situation in Germany, Italy, the Netherlands, Spain, and Sweden*, op. cit..

¹⁰³ Communication from the Commission, *Guidelines concerning the exercise of the free movement of workers during COVID-19 outbreak 2020/C 102 I/03*.

¹⁰⁴ *Ibidem*, para. 9

¹⁰⁵ European Parliament resolution of 19 June 2020 on *European protection of cross-border and seasonal workers in the context of the COVID-19 crisis* (2020/2664(RSP)).

¹⁰⁶ Available at https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/new-pact-migration-and-asylum_en

legal paths for labour migration, and does not lead to any significant change in EU migration policies, especially with regard to low and medium skilled migrant workers¹⁰⁷. In particular, since the adoption of the Pact, an agreement on the EU Agency on Asylum has been made and there has also been an agreement on new rules for the EU Blue Card Directive (Directive 2009/50/EC)¹⁰⁸. Furthermore, the European Commission has adopted a renewed EU action plan against migrant smuggling¹⁰⁹ and a Communication on the application of the above-mentioned Employers Sanction Directive 2009/52¹¹⁰. However, far from specifically addressing the protection of migrants' rights, most of these actions are mainly aimed at limiting and addressing irregular migration, without focusing on creating and supporting safe and regular routes for labour migration, including for lower-skilled workers, or revising relevant Directives, such as the Seasonal Workers Directive 2014/36/EU¹¹¹ to strengthen workers' access to rights and their protection.

It is worth mentioning that over the last two years there have also been EU initiatives that, although beginning development before the pandemic, have been adopted and/or concretely debated and negotiated during the Covid crisis, marking an important step forward for migrant workers, in particular for the rights of farmworkers. These initiatives include, for instance, the adoption of a social conditionality mechanism in the Common Agricultural Policy (CAP), making CAP payments conditional on respect for labour standards. In addition, in October 2020 the European Commission adopted a proposal for a Directive on adequate minimum wages¹¹², which could contribute to possibly levelling down the wage competition between member states, especially in sectors such

¹⁰⁷ M. BORRACCETTI, *Il nuovo Patto europeo sull'immigrazione e l'asilo: continuità o discontinuità col passato?*, op. cit..

¹⁰⁸ In particular, changing employer will become easier, which reduces the migrant's dependence on any single employer.

¹⁰⁹ See in this regard https://ec.europa.eu/home-affairs/renewed-eu-action-plan-against-migrant-smuggling-2021-2025-com-2021-591_en

¹¹⁰ See *Communication From the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the application of Directive 2009/52/EC of 18 June 2009 providing for minimum standards on sanctions and measures against employers of illegally staying third-country nationals*, COM (2021), 592, final.

¹¹¹ *Directive 2014/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the conditions of entry and stay of third-country nationals for the purpose of employment as seasonal workers*.

¹¹² EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Adequate Minimum Wages in the European Union*, COM(2020) 682 final.

as the agri-food industry, in which such competition is strongly felt¹¹³. Furthermore, currently there are negotiations underway for the adoption of an EU Directive on mandatory human rights and environmental due diligence¹¹⁴. By reflecting relevant national laws on due diligences¹¹⁵, this Directive should introduce a corporate duty to respect human rights and environmental standards, and require companies and financial institutions to identify, prevent and account for abuses in their domestic and global activities, products, services and supply chains within and outside the EU. The adoption of this Directive, by leading to a harmonization of laws across EU Member States, can contribute to creating a level playing field for all actors, in which the protection of human rights and the environment is mandatory. Lastly, at time of writing, the European Commission has adopted an important Communication on decent work worldwide for a global just transition and a sustainable recovery¹¹⁶, aimed to strengthening EU efforts to promote decent work «at the heart of a just transition and an inclusive, sustainable and resilient recovery from the pandemic»¹¹⁷. Initiatives include, among others, preparing new legislation to ban products linked to forced labour from entering the EU.

The above illustrated EU responses and interventions have in part fostered, and at the same time reflected, Member States' legal and policy interventions. Indeed, in parallel to the EU actions, over the course of 2020 and 2021, several EU countries have adopted different legal and policy responses to sustain the agri-food sector, and to facilitate the mobility and recruitment of seasonal migrant workers and guarantee them adequate and safe services during the pandemic. For example, Austria and Germany have admitted migrants for farm and care work, exempting them from international travel bans, following the paths indicated by the above-mentioned Guidelines of the European Commission issued in March 2020. In particular, Germany was one of the first European countries to adopt controversial measures such as the establishment of flights for

¹¹³ L. PALUMBO - A. CORRADO, *Are Agri-Food Workers Only Exploited in Southern Europe? Case Studies on Migrant Labour in Germany, the Netherlands, and Sweden*, op. cit.

¹¹⁴ EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and Amending Directive (EU) 2019/1937*, COM (2022), 71 final

¹¹⁵ The UK Modern Slavery Act (2015), the French Duty of Care Act (2017) and the Dutch Child Labor Due Diligence Law (2020).

¹¹⁶ *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on decent work worldwide for a global just transition and a sustainable recovery*, COM (2022) 66 final

¹¹⁷ *Ibidem* p. 3

seasonal workers coming from Poland, Romania and Bulgaria and subject to a strict hygiene protocol¹¹⁸. Similar flights have been arranged in Italy involving seasonal workers from Morocco, and in Spain involving seasonal workers from Uruguay¹¹⁹. Being in line with the market-based approach of the Guidelines of the European Commission, these national interventions have followed a utilitarian approach in which the protection of the rights of workers, including their right to health, has been subordinated to the needs of production in core sectors, such as the agri-food sector. Indeed, in all countries, these initiatives have been criticized for numerous violations of hygiene regulations and distance requirements during flights and during pick-up and transport to the farms¹²⁰.

EU countries such as Portugal, Spain and Italy have also adopted measures aimed at ensuring and/or providing conditions of regularity to migrant persons, especially essential workers during the Covid-19 crisis. In particular, Italy has adopted a regularization scheme (*Decreto Rilancio* no. 34 of 19/05/2020 converted into Law no. 77 of 17 July 2020) applying only to migrants working in the agri-food and domestic/care work sectors. Although this regularisation could be considered a step forward, significant inadequacies have limited its impact, especially on the agricultural sector, resulting in a sort of failure¹²¹. In Spain, the government has adopted measures to prevent targeted migrant workers from finding themselves in a condition of irregularity due to public administration delays or difficulties in renewing residence permits during the pandemic, with special attention paid to the agricultural sector (in particular, *Real Decreto-ley* (RD) no. 13/2020, of 7 April 2020, and *Orden* SND/421/2020, of 18 May 2020; and RD 19/2020 of 26 May 2020¹²²). In addition, in Spain, the government has rolled out specific

¹¹⁸ Federal Ministry of the Interior/Federal Ministry of Food and Agriculture (2020), Concept paper on seasonal workers with regard to health protection [Coronavirus (SARS-CoV-2)] of 2 April 2020.

¹¹⁹ See A. CORRADO - L. PALUMBO, *Essential Farmworkers and the Pandemic Crisis: Migrant Labour Conditions, and Legal and Political Responses in Italy and Spain*, op. cit.

¹²⁰ See for instance A. KÜHNEL, *Erntehelfer in der Corona-Krise: Ausgebeutete Retter*. In *Deutsche Welle* of 11 May 2020 (available at <https://www.dw.com/de/covid-19-erntehelfer-in-der-corona-krise-helden-oder-verbrecher/a-53395194>); Deutscher Bundestag, plenary protocol 19/159, 2020, pp. 19720-19723.

¹²¹ See A. CORRADO - L. PALUMBO, *Essential Farmworkers and the Pandemic Crisis: Migrant Labour Conditions, and Legal and Political Responses in Italy and Spain*, op. cit.

¹²² RD 19/2020 adopted in May 2020 allowed migrants employed in other sectors whose jobs had been affected by Covid-19 crisis to seek employment in agriculture. Furthermore, this RD provided a residence and work permit for two years (with a possible renewal of

short-term social measures (*Instrucciones*) to stop more migrants falling into undocumented status. Income thresholds and other requirements have been lowered to facilitate access to permit renewals, family reunification (*Instrucciones* DGM 4/2020), and temporary residence permits based on social integration (*arraigo social*) (*Instrucciones* DGM 6/2020)¹²³.

These regularization actions constitute undoubtedly important measures. However, they have primarily consisted of temporary and (especially in the case of Italy) selective regularization, aimed mainly at keeping the business model intact and sales prices stable in key sectors, and then, as in the Italian case, at reducing the number of undocumented migrant workers or, as in the case of Spain, at preventing migrants' condition of irregularity. While it is true that in Spain there have been some tentative steps towards more longer-term solutions, as in the case of measures for young third-country nationals, and stronger social support, even in this country, as in other European countries, including for instance Italy and Germany, the question of a profound change in migration policies and relevant actions in terms of protection of fundamental human rights, and in particular migrants' rights, have remained unaddressed.

However, some differences have emerged in the national responses addressing the protection of labour rights and value chain dynamics in agri-food systems. For example, Germany introduced important provisions concerning the meat industry through the adoption, in December 2020, of the Occupational Health and Safety Control Act (*Arbeitsschutzkontrollgesetz*), which was intended to 'clean up' abusive practices around subcontracted work in the meat industry¹²⁴. These provide for, among other things, the inclusion of migrant workers in the German social security system, digital recording of working hours, the full assumption of the costs for working materials by the employer, and regular inspections by the authorities. However, none of these reforms include the agricultural and horticultural sectors, and therefore do not address the precarious and vulnerable condition of many workers in these sectors.

In Spain, the Government has instead established a new increase in the minimum wage in agriculture and strengthened labour inspections

two more years and without sectoral limits) to young third-country nationals who obtained their first work contract thanks to the measure on work flexibility in the agricultural sector. This would allow these young migrants to potentially access long-term residence.

¹²³ Residence permits have been also renewed for those who are unemployed or receiving income support or the minimum living income, and for those who depend on their families.

¹²⁴ Deutscher Bundestag, plenary protocol 19/201, 2020, pp. 25240-25241.

in the countryside.¹²⁵ Even so, few interventions have been made in terms, for instance, of providing migrant farmworkers with adequate accommodation. On the other hand, important legislative provisions concerning value chain dynamics in the agri-food sectors have been adopted. In particular, between February and June 2020 Food Chain Act no. 12 of 2013 (*Ley de la Cadena Alimentaria*) was amended in line with EU Directive 2019/633 on unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain. Urgent measures on agriculture and food were introduced by the Royal Decree Law RD 5/2020 issued in February 2020, and on the 13 November 2020 the Government approved a Draft Law no. 36-1 amending Law 12/2013 of 2 August on measures to improve the functioning of the food supply chain¹²⁶. These urgent measures made contracts obligatory in all transactions between producers and other actors in the chain, and prohibited sales at a loss and misleading offers at points of sale.

In Italy, the above-mentioned 2020 Relaunch Decree (*Decreto Rilancio*), under article 103, also provided that competent national and regional authorities adopt – including through the implementation of the measures established by the 2020–2022 national Plan against exploitation in the agricultural sector and illegal gang mastering – interventions and actions to guarantee adequate and safe accommodation and services, as well as to combat undeclared work and exploitation. These measures should also be adopted in accordance with the actions provided by Law no. 199/2016 addressing labour exploitation and illegal gang mastering¹²⁷, which constitutes an important milestone in the fight against exploitation but is still inadequately implemented, especially in respect to the development of the Network of Quality Agricultural Work (*Rete del lavoro agricolo di qualità*) at national and local levels¹²⁸. However, at time of writing, in practice no structural interventions have been adopted to support the effective implementation of specific provisions concerning the enforcement of labour rights and workers' transport and accommodation.

¹²⁵ I. LEÓN, *El campo pide el cese de Yolanda Díaz tras enviar inspectores de trabajo en busca de 'esclavitud'*, in *El Español*. May 15. 2020.

¹²⁶ See A. CORRADO - L. PALUMBO, *Essential Farmworkers and the Pandemic Crisis: Migrant Labour Conditions, and Legal and Political Responses in Italy and Spain*, op. cit..

¹²⁷ Legge 29 ottobre 2016, n. 199 *Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo*.

¹²⁸ A. CORRADO, ET AL., *Is Italian agriculture a 'Pull Factor' for irregular migration – And, if so, why?*, op. cit.

Indeed, so far, only emergency-based interventions have been developed in a few rural areas of Southern Italy, providing migrant workers in the informal settlements with water, food, health and legal assistance, and temporary housing structures. Lastly, regarding actions concerning value chain dynamics, in April 2021, the Italian Parliament approved Law no. 53/2021 (so-called 2021 European Delegation Act) which delegates the Government to transpose EU Directive 2019/633 on unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain (art. 7). Yet, this Act has inadequately (and with a significant delay) transposed Directive 2019/633/EU establishing provisions that seem to be in contrast with the main approach of such an EU instrument¹²⁹.

Lastly, regarding access to social benefits, there has been significant national case law that has marked an important step forward in the recognition and protection of migrants' fundamental rights. For instance, in Italy, some local Civil Tribunals have recognized the right to essential services and benefits (such as food vouchers) of migrant persons, including undocumented migrants, during the current health emergency¹³⁰. In particular, the Tribunal of Rome¹³¹ has recognized the right to food vouchers of undocumented migrants, highlighting that the only criterion for providing this benefit is the condition of vulnerability and, therefore, the needs of a person. The food voucher – as the judge argued – «has been established in the current health emergency to guarantee the most vulnerable people the opportunity to satisfy a primary need and a fundamental right such as the right to food»,¹³² which cannot be violated and belongs to all people as such, regardless of their legal-administrative status. In line with this perspective aimed at protecting fundamental rights, the Administrative Court of Huelva (decision No. 345/2020) addressed the degrading living conditions of migrant farmworkers during the lockdown and pandemic crisis, by allowing migrants living in informal settlements to register in the Municipality of Lepe (*empadronamiento*). This allowed irregular migrants access to citizens' rights and, at the same time, initiate

¹²⁹ D. DONGO, *Pratiche commerciali sleali e legge di delegazione europea, analisi critica*, in *GIFT*, 2021.

¹³⁰ M.G. GIAMMARINARO - L. PALUMBO, *Covid-19 and Inequalities: Protecting the human rights of migrants in a time of pandemic*, op. cit.

¹³¹ Tribunale di Roma, decision of 22 April 2020, RG n. 18957/2020. See, in this regard, E. SANTORO, *Buoni spesa: un diritto fondamentale che non ammette discriminazioni di sorta*, in *ADIR- l'Altro Diritto*, 2020, available at <http://www.adir.unifi.it/odv/adirmigranti/buoni-spesa-diritto-fondamentale/>

¹³² Tribunale di Roma, decision of 22 April 2020, RG n. 18957/2020, p. 9.

a process of regularization based on social integration (*arraigo social*)¹³³. By reaffirming the principles of equality and non-discrimination, and the universalistic character of human rights, such as the rights to food and health, these court decisions have disclosed that a number of fundamental rights are at stake regarding the impact of emergency measures to contain and address the pandemic.

In this scenario, the access of migrants, refugees and asylum seekers to the anti-Covid-19 vaccination campaign is certainly another key issue. In most European countries, Covid-19 vaccination programs do not make any specific reference to migrants¹³⁴. Considering that access to health assistance is often problematic for migrants, especially for those who are in a condition of irregularity, this oversight in vaccination plans is a significant limitation. Indeed, in many EU countries, undocumented migrants risk immigration sanctions – detention and deportation – if they register for the vaccine¹³⁵. Significantly, in Spain, the national vaccination strategy clearly states that vaccination should be applied to socially, economically and occupationally vulnerable groups, such as homeless people, people in the horticultural sector and undocumented migrants. However, in the beginning migrant agricultural workers were not prioritized in the vaccination process. As agricultural seasons started, employers requested from the Government specific programs to prioritize the vaccination of these workers. In April 2021, some changes were managed and agricultural workers became a priority group, revealing once again the prevalence of a utilitarian/market logic over the protection of fundamental rights, such as the right to health, instead of the other way around¹³⁶.

5. *A new push for the protection of human rights?*

It might be useful to briefly recapitulate before concluding. We began this paper by unpacking the legal conception of labour exploitation. In

¹³³ P. SAINZ, *La Justicia obliga al Ayuntamiento de Lepe a admitir el empadronamiento en chabolas*, in *El Salto*, November 14, 2020.

¹³⁴ PICUM, *The Covid-19 Vaccines and Undocumented Migrants: What Are European Countries Doing?*, available at <https://picum.org/covid-19-vaccines-undocumented-migrants-europe/>

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ A. CORRADO - L. PALUMBO, *Essential Farmworkers and the Pandemic Crisis: Migrant Labour Conditions, and Legal and Political Responses in Italy and Spain*, op. cit.

particular, we explored the relationship between exploitation and human dignity, seeing this latter notion in its social dimension and not only as an innate quality of the person. In this light, as Rodotà has pointed out, human dignity is viewed as a guarantee of minimum living conditions that allow a person a dignified life¹³⁷. Such a social conception of dignity – which sheds light on the material conditions in which persons act and make choices – entails, in turn, an obligation on states to guarantee that each person makes their own decisions in conditions of freedom and responsibility, and, accordingly, to guarantee that nobody lives and works in exploitative and degrading conditions. Along this perspective, we then focused on the related notion of situational vulnerability, highlighting how this notion brings us to focus on the interplay of individual and structural factors (legal, social and economic factors) creating those conditions of vulnerability where the person does not have the possibility to freely determine his/her own life project, and where his/her only alternative is to ‘accept’ abusive working conditions.

Building on this conceptual framework, and by considering the specific case of migrant workers employed in the agri-food sector as emblematic, we successively focused on those legal, economic and social factors contributing to producing migrants’ situations of vulnerability to exploitation. These factors include value chain dynamics in the agri-food system and the inconsistencies of EU and national legislation and policies on migration and labour and social protection. We highlighted the impact of the Covid-19 crisis in exacerbating these conditions of vulnerability and in sharply revealing the contradictions of systems, such as agri-food, whose functioning depends on the position of vulnerability of workers, especially of migrant persons. In fact, the pandemic has clearly shown the consequences of inadequate and restrictive EU and national migration policies (especially labour migration policies) and, in general, the lack of a uniform approach by the EU and member states in the management of intra and extra-European mobility, revealing the costs that this situation produces on the rights of migrants, as well as on the sustainability of the European social model and on resilience in emergency situations¹³⁸.

In view of all these considerations, and on the basis of the analysis of the EU and national legal and policy initiatives adopted to address the protection of migrants’ rights during the pandemic, is it possible to argue that the current health emergency caused by Covid-19 has led to a new

¹³⁷ S. RODOTÀ, *Il Diritto di avere diritti*, op. cit.

¹³⁸ ISMU, *Libro verde sul governo delle migrazioni economiche*, op. cit.

European and national push to revise dominant socio-economic models of production and, accordingly, to enforce human rights – and in particular migrants’ rights – by challenging the dominant market based approach that in the name of productivity has progressively dried out fundamental rights? Or instead, has the emergency caused by Covid-19 only contributed to fostering and exacerbating social inequalities?

To answer these questions is not an easy task, and probably it is too early to provide for an exhaustive response. Yet, on the basis of our analysis, it is possible to offer some critical remarks concerning the main approach/orientation.

As we have highlighted, since the outbreak of the health emergency a clear tension has arisen between limiting the spread of the pandemic through mobility restrictions, on the one hand, and addressing foreign labour shortages (particularly in core sectors) and protecting migrants’ situations of vulnerability, on the other. In this context, there have been important national initiatives and responses, including some significant decisions of national civil courts, aimed at recognizing and protecting the fundamental rights of persons in conditions of vulnerability, such as migrants, and recognizing the essential role of farmworkers. However, in many European countries the situations of vulnerability of migrants have been addressed by mainly implementing emergency and short-term legislative and policy measures to mitigate the effects of the pandemic and provide them with some degree of social protection and with temporary residence permits. Nothing has been done in terms of profound change of migration policies. Little has been done in terms of structural interventions supporting, for instance, the effective implementation of specific provisions concerning the enforcement of labour rights and workers’ transport and accommodation. All this has highlighted a prevailing, utilitarian/economic logic behind the measures adopted during pandemic, aimed at responding primarily to market needs and pressures rather than the declared purposes of the protection of vulnerable people, especially migrant persons, and their right to health.

The EU approach in part both fosters and reflects this orientation, echoing the need of Member States to protect their exclusive competences in the field of regular migration, welfare measures and social-related issues. For instance, as we have underlined, the EU Pact on Migration and Asylum has not led to a change in the paradigms of migration policies, which still rely on a securitarian and restrictive approach. This trend has recently been exacerbated by a new pressure from many European countries to build walls

and physical barriers to limit and contain migration¹³⁹, including so-called ‘forced migration’ – actions that clearly go in the opposite direction of the idea of a new EU and national drive towards a stronger social, solidarity and human rights-based approach.

It is also true that over the last two years there have been other important EU initiatives, contributing to the strengthening its social dimension. These include – as we have underlined – the reform of the Common Agricultural Policy (CAP), which has approved a social conditionality mechanism, making CAP payments conditional on respect for labour standards, the negotiation for the adoption of a Directive on Minimum Wage and an EU mandatory Human Rights and Environmental Due Diligence (mDD) legislation, as well as the recent adoption of the European Commission on Decent Work. All these actions constitute important steps for the protection of social and labour rights, and in particular for a new drive, at EU and national levels, towards a more rights-complaint, sustainable and greener agri-food system.

However, this response is not enough. A more profound change on European and national legal and political frameworks on migration, labour and social-related issues is necessary.

Since its beginning, the Covid-19 pandemic appeared as an unprecedented opportunity to rebuild social and political framework and values undermined by the neoliberal economic paradigm¹⁴⁰. The recognition that ‘no one is saved alone’ (*nessuno si salva da solo*) seemed to entail a revision of national and European social and economic models, putting at the centre the principles of social dignity, solidarity, and a relational conception of freedom¹⁴¹. Yet, as EU and national initiatives to address situations of vulnerability in the agri-food system clearly show, while important interventions have been adopted, a merely reparative response, especially at national level, seems to have prevailed again, leaving untouched the structural factors producing and intensifying social and economic inequalities.

In contrast to this, the momentum spurred by the Covid-19 crisis and

¹³⁹ C. PITCHERS, *Should Brussels fund border walls at EU frontiers to stop migrants?*, in *Euronews*, 8 November 2021 available at <https://www.euronews.com/my-europe/2021/11/08/should-brussels-fund-border-walls-at-eu-frontiers>

¹⁴⁰ A. SOMMA, *Diritto e capitalismo. Leggi dello Stato e leggi del mercato nella costruzione della soggettività neoliberale*, in M.G. BERNARDINI - O. GIOLO (eds.), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini Giuridica, Firenze, 2017.

¹⁴¹ A. PASTORE, *Soggettività giuridica e vulnerabilità*, in O. GIOLO - B. PASTORE (eds.), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, op. cit., pp. 127-146.

all the inequalities and discriminations that the pandemic has made evident and exacerbated, should be inducing the adoption of structural interventions to overhaul a system that takes advantage of – and simultaneously engenders – the vulnerability of persons, especially of migrant workers. These interventions should be aimed, among other things, at: creating safe and legal entry routes for low and medium-skilled workers and supporting their social and labour inclusion on a long-term perspective; promoting fair and sustainable supply chains by ensuring that businesses effectively implement both human rights and environmental due diligence; fostering the strengthening of the enforcement of labour rights – for instance, by effectively implementing the new CAP’s social conditionality mechanism at national level; and, more generally, guaranteeing migrant workers the conditions to have a free and dignified existence, for instance by ensuring them the right to social and housing assistance in accordance with the EU Charter of Fundamental Rights (in particular article 34 (3)). Only by moving in this direction will we avoid situations where some persons accept, through ‘willful coercion’¹⁴², abusive and exploitative working conditions.

However, at time of writing, the path towards these goals seems still to be long and tortuous.

ABSTRACT

Since its outbreak, the COVID-19 crisis has sharply exacerbated the structural inequalities that characterize the socioeconomic systems of European Union (EU) countries, disproportionately impacting people most affected by discrimination and social exclusion. The Covid-19 crisis has also brought under the spotlight the significant role of migrant workers in core sectors – such as the agri-food sector – disclosing how they are fundamental in the economic and societal functioning of EU countries. At the same time, the pandemic has sharply disclosed the limits of long supply chains (in terms of price distortion, unfair competition and distribution dynamics), as well as the conditions of exploitation and vulnerability experienced by many migrant farm workers. Accordingly, an evident tension has emerged between containing the pandemic through mobility restrictions, on the one hand, and preventing foreign labour shortages (especially in key sectors) and making business work as usual, on the other.

In this scenario, EU institutions and national governments have adopted several measures to address the social and economic consequences of the Covid-19 crisis in core sectors (such as agri-food) as well as migrants’ conditions of vulnerability.

This paper provides a critical comparative analysis of relevant EU and national

¹⁴² E. SANTORO, *Vulnerability between political theory and normative texts: a new language to repeat old things or a new tool to problematize differences in social power?*, op. cit..

emergency measures adopted during the current pandemic to address migrants' access to essential services and benefits, focusing on migrants' working and living conditions in the agricultural sector in Italy and Spain. The paper also examines relevant decisions of national civil courts on this matter. In so doing, we explore to what extent the current health emergency may constitute an opportunity for a European and national rethinking of the dominant socio-economic model of production, and an enforcement of the rights of migrant persons, or instead only foster inequalities by exposing vulnerable people (such as migrants) to the risk of being subject to further forms of discrimination and fundamental rights violations.

Giuseppe Rossi*

Keeping the Enemy at Bay: Emergency, Entropy, Time, and the Law

SUMMARY: 1. “Emergency” as a sudden acceleration of time / surge in entropy – 2. Keeping the enemy at bay: law of emergency as an inherently transitory path towards a less entropic world – 3. Case study: internment of Japanese Americans after Pearl Harbor and Donald Trump’s “travel ban” – 4. Emergency as a path towards a more entropic law in a more entropic world.

1. *“Emergency” as a sudden acceleration of time / surge in entropy*

Legal notions of “emergency”, and legal rules governing emergencies show four main features: *i.* a situation in which values protected by the law are endangered / threatened and *ii.* the need to act quickly in order to safeguard such values. “Emergency laws” usually mention the protected values. They may identify a specific danger/threat, or empower some authority to do that, within a more or less broad discretionary area. Usually, (*iii.*) the same authority is entitled to take actions exceeding its ordinary powers, (*iv.*) within a fixed period of time or as long as the “emergency” lasts.

Values, danger/threat, authority, and time are the components of “emergency” in the legal domain.

Let me take art. 16 of the French constitution of 1958 as the first example. Art. 16 expressly lists the protected values: «les institutions de la République, l’indépendance de la Nation, l’intégrité de son territoire ou l’exécution de ses engagements internationaux». It vaguely evokes danger/threat («sont menacées d’une manière grave et immédiate»), but it emphasizes the effect of such harsh danger, i.e., the impossibility of the regular functioning of public powers («le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu»), though it is not clear whether such effect has to be actual or merely potential. Authority is conferred to the President of the Republic, who shall take any measures required. Time is mentioned by par. 3 of art. 16: «Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d’assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d’accomplir leur mission». The constitutional

* Associate professor of comparative private law at IULM University – Milan

provision focuses on the political/institutional aspects of emergency, which is envisaged as a threat to the integrity of the state and/or the operations of the institutions¹.

Art. 1 of law n. 55-385 of April 3, 1955 provides for the much broader notion of “state of urgency”: « L'état d'urgence peut être déclaré sur tout ou partie du territoire ... soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique ». Though there is explicit list of protected values, they can easily be inferred by the reference to the notion of “public calamity”, i.e., accidents going far beyond the sphere of the lives or properties of specific persons or group of persons. Art. 2 fixes a maximum duration of twelve days for the state of urgency, and adds that any extension shall be provided by a specific piece of legislation. Neither art. 16 of the constitution, nor law n. 55-385 were applied during the corona crisis. In the first phase of the emergency the government applied sector specific rules on the protection of public health, but already on March 23, 2020 an ad hoc piece of legislation was enacted (law n. 2020-290)².

The UK Civil Contingencies Act 2004 is the second example³. Sections 1 and 19 define “emergency” by identifying the protected values in par. 1 (human welfare, environment, security), and by listing a series of dangerous

¹ Though the provision is drafted in general terms, it stresses the threat to the state, to the operations of the institutions or the integrity of the territory as a central feature of the relevant emergencies. This explains why the constitutional provision has been scarcely applied (actually, only once, by President De Gaulle following an attempted military revolt in Algeria). The absence, in the constitutional text, of a maximum duration of the state of exception leaves the door open for possible abuses (since the evaluation about the ongoing existence of the threat to institutions is somehow discretionary: see B. ACKERMAN, *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven – London, 2006, p. 187).

² A. LEVADE, *État d'urgence sanitaire: à nouveau péril, nouveau régime d'exception*, in *Sem. juridique*, 2020, n. 13, p. 614. V. FREDIANELLI, *L'emergenza Covid-19 in Francia e nel Regno Unito: un bilancio comparato*, in *L'emergenza sanitaria da Covid-19: un bilancio comparato*, edited by R. Tarchi, special issue of *Gruppo di Pisa. La Rivista*, 2020, p. 71 ff., p. 82. The March 23 piece of legislation was adopted disregarding both constitutional rules of parliamentary procedure and rules governing preliminary review of constitutionality. The law was the endorsed by a highly contested decision by the Conseil Constitutionnel (see Th. PERROUD - E. GUERNAOUI, *France's Health Crisis is a Democracy Crisis, Too*, in *The Regulatory Rev.*, April 21, 2020, available online <https://www.theregview.org/2020/04/21/perroud-guernaoui-frances-health-crisis-democracy-crisis/> - last access December 2021).

³ For a comprehensive commentary see C. WALKER - Ja. BRODERICK - Ji. BRODERICK, *The Civil Contingencies Act 2004: Risk, Resilience, and the Law in the United Kingdom*, Oxford, 2006.

situations for each of such values in paragraphs 2 and 3. Sec. 20 confers «power to make emergency regulations» to specific authorities. Time steps on the scene at sec. 26, stating that emergency regulations shall lapse after 30 days from their entry into force, or earlier, although new regulations may follow, as provided for by par. 2 of sec. 26⁴.

Arts. 7, par. 1 letter c), 24 and 25 of the Italian Code of Civil Protection (legislative decree n. 1 of January 2, 2008) are the third example. The first proviso mentions «national emergencies linked with disastrous events of natural origin or caused by human activities which, due to their intensity or extension, call for immediate action with extraordinary means and powers to be used within limited and predefined periods of time». There is no express statement of protected values or of specific dangers or threats, but these elements can easily be inferred, once again, from the reference to «disastrous events», signifying serious harms to persons and/or properties, with high intensity or geographical extension. Art. 24 identifies the authorities empowered with the declaration of the «state of national emergency», and art. 25 gives such authorities the power to issue civil protection orders, which may derogate from any legal provision, provided that they comply with the general principles of the national legal order and with EU law. Time is the central feature of art. 7.1c, since the specific element which qualifies a disastrous event as a national emergency is its capacity to «call for immediate action». Such action should not exceed a «limited and predefined period of time», that, according to art. 24, par. 3 shall not be longer than one year, extendable to one more year. In order to face the corona crisis, the Italian government declared the state of national emergency, applying the Code of civil protection, on January 31, 2020⁵; on the other hand, from February 2020 up to nowadays no less than 46 law

⁴ Commentaries highlighted that the aim of the 2004 act was to act as a framework that would have governed the planning and preparation for a wide range of potential emergencies (see, e.g., R. MOOSAVIAN, *Keep Calm and Carry On: informing the public under the Civil Contingencies Act 2004*, in *Contingencies, Resilience, and Legal Constitutionalism*, edited by C. Walker, London-New York, 2015, p. 59 ff.). Notwithstanding the broadness of existing statute law, also in the UK the corona crisis was dealt with by enacting specific pieces of legislation, starting from the Health Protection (Coronavirus) Restrictions (England) Regulations 2020, into force since March 26, 2020. See M. AMOS, *Lessons from the COVID-19 Pandemic for the UK Human Rights Law Framework*, 2020, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3688013> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3688013> (last access December 2021).

⁵ <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/02/01/20A00737/sg> (last access December 2021). The state of emergency is still ongoing at the time of this writing (end of December 2021).

decrees were issued, each of them including special provisions with reference to practically any chapter of the statute book⁶. Alongside these primary provisions, the Italian government resorted to an unprecedented use of secondary regulation (decrees of the president of the council of ministers) to specify the restrictions to fundamental rights and freedoms provided for, in broad terms, by most of the law decrees⁷.

Spanish law is the fifth example⁸. Art. 116 of the 1978 Constitution states procedural rules for the declaration of each of the three different states of alarm, emergency and siege. Paragraphs 2 and 3 fix deadlines for the state of alarm and the state of emergency. The fifth paragraph safeguards the parliamentary function in any case. The constitutional rule charges an organic law with the task of regulating (and defining) each of the states. Organic law n. 4/1981 of June 1, 1981 at sec. 4 identifies specific cases of «serious alterations of normality», that justify the «state of alarm», such as catastrophes, calamities or public disgraces, health crises, epidemics or widespread contagions, paralyses of public services or shortcomings in

⁶ A comprehensive list, including links to the text of each act, in <https://www.gazzettaufficiale.it/attiAssociati/1?areaNode=13> (last access December 2021). Various scholars pointed out that the Italian Parliament performed, to say the least, a background role, limiting itself to endorse governmental choices (see, e.g., F. CLEMENTI, *La pandemia e il simulacro del Parlamento: gerarchia delle fonti e verticalizzazione della politica nell'epoca del Covid-19*, in *Dopo. Come la pandemia può cambiare la politica, l'economia, la comunicazione e le relazioni internazionali*, edited by F. Campi, Soveria Mannelli, 2020, p. 93 ff., pp. 95-96, focusing on the uncertainties in parliamentary procedures during the first phase of the emergency; M. D'AMICO, *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, in *BioLaw J. – Riv. di biodiritto*, 2020, 3, p. 31 ff., pp. 33-34).

⁷ In its decision n. 198/2021 of September 23, 2021 the Italian Constitutional Court rejected as ill-founded the claims of unconstitutionality of the first law decree (n. 3 of February 23, 2020). According to the decision, the law decree included sufficiently detailed provisions stating the kind of measures which the government could adopt, and fixed a deadline for the application of such measures. Decrees of the president of the council of ministers could be considered as merely consequent to primary legislation. Undue delegation of legislative powers to the government could thus be excluded (www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2021:198- last access December 2021). A critical reading of the decision in M. CAVINO, *La natura dei DPCM adottati nella prima fase dell'emergenza Covid. Lettura di Corte Cost. n. 198/2021*, in *federalismi.it*, 2021, p. 81 ff. (<https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=46118> – last access December 2021).

⁸ For a comprehensive overview see *El Derecho de excepción, una perspectiva de Derecho comparado – España Estado de alarma*, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, 2020, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649366/EPRS_IDA\(2020\)649366_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649366/EPRS_IDA(2020)649366_ES.pdf) (last access December 2021).

supplies of goods of public necessity. The identification of protected values is implicit in the kind of events mentioned. Sections from 5 to 12 deal with competences and powers.

Sec. 13 of the organic law n. 4/1981, governing the state of emergency, expressly mentions the protected values and requires them to be under very serious threat. The state of emergency can be declared when: «the free exercise of rights and freedoms of citizens and the normal functioning of the democratic institutions, of public services of essential importance for the community, or any other aspects of public order are so seriously impaired that the normal exercise of ordinary powers would prove inadequate in order to re-establish and maintain such order». Once again, subsequent provisions deal with powers and authorities. According to art. 55 of the Constitution, suspension of fundamental rights of citizens may take place only in cases of emergency and siege, and not in the case of state of alarm.

In Spanish law, unlike in the previous examples, there are different rules for different situations of “emergency”. The difference is of a qualitative nature, involving protected values: only a threat to institutions and/or public order can ground the state of emergency, involving “suspension” of fundamental rights and freedoms, while accidents, albeit very serious, which do not impair the operations of the institutions or their ability to grant public order can justify only the state of alarm. The latter may involve limitations, but not suspensions of fundamental rights and freedoms.

Organic law n. 3/1986 of April 14, 1986 on specific measures aimed at protecting public health grants sanitary authorities the power to adopt specific measures of diagnosis, treatment, hospitalization or control, but it includes no provisions relating to limitations of fundamental rights or freedoms.

US federal law does not include any definition of emergency, although it regulates the respective powers of Congress and the President facing “national emergencies” (see the National Emergencies Act 1976). In a 1934 decision about extraordinary limitations to the enforcement of contracts provided for by state legislation during the Great Depression (*Home Building and Loans Assn v. Blaisdell*)⁹, the US Supreme Court characterized “emergency” as «a great public calamity such as fire, flood, or earthquake», showing extraordinary conditions which call for urgent public need for a temporary relief. Once again, the protected value is widely identified with the public interest. Reference to calamity clarifies the type of danger and

⁹ 290 US 398 (1934). See J.S. OLSON, *Historical Dictionary of the Great Depression 1929 – 1940*, Westport Conn., 2001, p. 146.

time is evoked by both the urgent nature of the public need and by the temporary character of the relief.

Turning back to the four elements of the legal notion of “emergency” (values, danger / threat, authority, and time), actually the first three are present almost in any legal rule. Legal rules protect values and interests based on such values against dangers / threats (including those coming from conflicting values or interests), by empowering someone, such as the government, or a court, to take the necessary action. Therefore, the real core of the legal notion of “emergency” is *time*. The border between “ordinary” dangers for legally protected interests and “extraordinary” situations such as emergencies is in the need for *urgent* action, and consequently in the insufficiency of the “ordinary” *time-consuming* legal action, including both lawmaking and law enforcement, in order to grant adequate protection. Any legal interests (and the underlying values) are constantly endangered. The law protects human life, health, and properties, exactly because people are under a constant risk of losing their lives, their health, and / or their properties. In the (very) long run, everybody shall die, and any human achievement, including any item of value, shall collapse.

Emergency steps forward when the long run suddenly becomes the short run. Unexpectedly, a wide state of disorder appears. Many people die, or lose their health, or are under a severe risk, buildings collapse, floods invade cities. These tragic occurrences would happen anyway, but in an emergency, they happen suddenly, and many of them take place simultaneously. This is why in an emergency time seems to run faster. Time becomes the scarcest of resources, and laws of emergencies call for actions aimed at gaining time, i.e., at restoring the “ordinary” speed of time.

What appears as an acceleration of time is, actually, an unexpected increase in entropy, i.e., in the degree of disorder of the world. The second law of thermodynamics teaches that, in every process occurring in nature¹⁰, which involves irreversible exchanges in heat, the sum of the entropies of all bodies taking part in it cannot but increase. Transformations of the world inevitably involve exchanges in heat, and they lead towards a higher degree of disorder.

The “arrow of time” is a metaphor for the irreversibility of natural processes involving exchanges in heat, including the modifications of

¹⁰ “Clausius’ extraordinary achievement was the enormous generalization from one spontaneous process to any spontaneous process. Clausius postulated that there exists a quantity he called entropy which is assigned to any macroscopic system, and when a spontaneous process occurs, the entropy always increases” (A. BEN-NAIM, *Entropy and the Second Law: Interpretations and Miss-Interpretationss*, Singapore, 2012, p. 6)

the world stemming out of human activities. Actually, the arrow of time points towards a more disordered world, although time is not the origin of disorder. Rather, our perception of time, from the specific point of the universe in which we are located, depends on the intensity of changes in entropy. When increases in entropy are higher, time appears to run faster towards disorder¹¹. If we substitute “time” (and related concepts, such as “urgency”, need for quick action, impossibility of ordinary functioning of the institutions, etc.), with “entropy” in the legal notions of “emergency”, we find out that the actual core of such notions is the need to face a more entropic world.

2. Keeping the enemy at bay: “law of emergency” as an inherently transitory path towards a less entropic world

Somehow, the law presumes to be a causal force in the development of the world or, at least, of that portion of the world represented by humans, and their activities. Somehow, this is the case, since the law concurs to determine some human behaviors which have effects on exchanges of heat and, consequently, on the degree of entropy.

On the other hand, generally the law may have as its aim both the preservation of a low degree of entropy, or the stimulation of a higher rate of increase in entropy. Just to make two examples, laws protecting human life, health, properties, aim at keeping entropy low. On the other hand, antitrust laws try to promote higher rates of increase in entropy, since their very final target is preserving the state of uncertainty and disorder they call “competition”. Of course, if there were no antitrust laws, entropy would not decrease. It would increase at a lower rate.

Laws aimed at substituting the feudal system with a more flexible notion of real property, suitable for a more efficient exploitation of land and a faster circulation of wealth, are one more example of rules pursuing a higher degree of entropy.

Democracies are a more entropic form of state than absolute monarchies, or totalitarian states, but they lie at the core of Western legal systems.

Generally speaking, entropy is not the main concern for the law, which tends to focus on other aspects of the “system” / “machine”, such as energy

¹¹ See C. ROVELLI, *L'ordine del tempo*, Milan, 2017, 142 (English translation by S. Carnell and E. Segre, *The Order of Time*, London, 2018).

and work, following an input/output scheme. Once again, antitrust laws assume that a highly disordered and somehow unpredictable system, such as a competitive market (an actual competitive market and not a theoretical model of perfect competition) shall lead to better outputs in terms of production of wealth and benefits for the consumer. The high degree of entropy is not an issue.

The law may pursue heterogeneous targets of allocative and/or distributive efficiency, no matter how high the effect of legal rules will be on entropy. In “ordinary” situations, the law has no “enemies”. It makes choices within possible alternatives. In a way, it chooses its enemies.

On the contrary, when “emergency” steps forward entropy becomes the main concern. In an emergency, we are under attack by an enemy, human, natural or man-made, such as an invader, an earthquake, a flood, a disease, pollution, which suddenly increases entropy. In an emergency, the law’s first goal is to keep the enemy at bay, in order to make time slow down again and restore “normality”. The ideal goal, for the law of emergency, would be to lead the world back to a prior, lower degree of entropy. If only it could, the law, facing emergencies, would turn the arrow of time in the opposite direction, making it point towards the past¹². Of course, it cannot. But it can keep the enemy at bay, by trying to keep the level of entropy lower than it would be if the enemy was left free to operate. Thus, laws of emergency try to operate as a source of low entropy, counterbalancing the enemy, which is a source of high entropy.

Ideally, laws of emergency are a path towards a less entropic world: the “normal” world, the world before emergency. Actually, they just try to keep increases in entropy under control, knowing that the second law of thermodynamics will lead, in any case, to a higher degree of entropy of the whole system.

Ever since the Roman notion of dictatorship, laws of emergencies have always claimed to be extraordinary and transitory; the Roman dictator was a magistrate nominated on purpose, and charged with imperium maximum (the highest and fullest possible power) for a limited period of time, in order to meet an extraordinary situation, such as a war, which could not be faced with the ordinary institutional order of the Republic¹³. The overview

¹² Actually, new ordered situations can arise from disorder, but this implies the intervention of some external forces. Anyway, “... the Second Law with its thermodynamic arrow of time has to be complemented by other arrows that point in different directions” (P. FREESE, *From Apocalypse to Entropy and Beyond: The Second Law of Thermodynamics in Post-war American Fiction*, Essen, 1997, p. 271).

¹³ See A. MOMIGLIANO, *Quarto contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*, Roma, 1969, p. 274.

of some contemporary legal notions of “emergency” confirms that the “transitory” nature is a distinctive feature of such notions and the rules based on them. First, such inherently transitory nature of the laws of emergency should come from its “extraordinary” character, which should match the equally extraordinary nature of emergency. Once the “extraordinary” is over, the “ordinary” steps back. On the other hand, emergencies are not always “extraordinary” in their nature, nor any emergency laws require that any harms or threats to protected values should be out of the ordinary, or unforeseeable. The legal notion of “emergency” may encompass situations where the danger for protected values is surely foreseeable, and situations in which such danger has been foreseen, actually, a long time before emergency surfaces. Let us think, to make but an example, to environmental emergencies which stem from long-lasting, and well known, polluting activities, and/or unsustainable consumption of resources (not to mention emergencies originating from inefficient / wrong legal choices or from the incapacity and/or the misdemeanors of officers and law enforcers).

Secondly, the inherently transitory nature of laws of emergencies is justified by reference to their “special” character. They derogate from “ordinary” rules, including, in some cases, the very fundamental principles of law making / law enforcement (the above-mentioned element of “authority” in laws of emergency), as well as from core legal principles, including constitutional values and fundamental rights/freedoms. Such a departure from the basics of the legal order must be transitory. Should it become “permanent”, the legal order would be changed, and then we should move from “emergency” to “exception”, i.e., the possible beginning of a new legal order, which coincides with a shift in power. We are sometimes told, in a mild and reassuring way (e.g., by constitutional case law about the constitutionality of laws of emergency and emergency laws), that laws of emergencies derogate from legal fundamentals only insofar as it is needed to restore them in the (near) future, as soon as the emergency will be over.

Though the law knows that it cannot turn back time for the world, this idea of laws of emergency seems to assume that the law can turn back time for itself, i.e., that a less entropic law (the law before emergency) may resurrect in a more entropic world (the world after emergency). However, the very concept of “state of exception”, from which the idea of “state of emergency” tries to depart, seems to assume that the distinction between rule and exception is purely legal, and that the law (the new sovereign/ruler) can decide to make “normal” what was previously “exceptional”. I shall briefly discuss these issues later on.

Probably, the real origin of the inherently transitory character of laws

of emergency does not lie in their exceptionality, neither in the special/derogatory nature. It is rooted in their function, i.e., acting as a source of low entropy trying to keep the enemy at bay, i.e., trying to control the increase in the overall entropy of the system.

In order to act as a long-lasting source of low entropy, the law should behave like the sun, employing a comparable quantity of energy, to be supplied in a sufficiently low entropic state, with a regular cycle of seasons, along with the constant alternation of days and nights¹⁴. Unfortunately (or luckily), the law does not have the necessary energy, nor its system is efficient as a galaxy in regulating energy and producing work. Anyway, the sun itself will not be able to provide low entropy forever. As “emergency” proceeds, the law may *a.* run out of energy and/or *b.* be defeated, as a source of low entropy, by the overwhelming forces of the enemy.

Lockdowns during the corona crisis are a good example. Forcing people to stay in their homes is a source of low entropy. It injects quotas of “order” in the system, making it harder for the disease to spread. On the other hand, as time goes on lockdowns require a higher degree of law enforcement (as people start losing their trust in the measure), and therefore a higher degree of energy. Assuming, for the mere sake of simplicity, that energy equals to money, it is clear that, in the long run, taxpayers forced to stay home will not be able to pay their taxes any longer, and the law enforcement system will risk collapsing. Secondly, it is acknowledged that lockdowns, in themselves, cannot defeat the virus. In the long run, further sources of entropy shall move forward, such as uncured disease affecting home-confined people, and a general tendency towards dissolution of social boundaries.

Generally, laws of emergency are inherently transitory because the law in itself is not sufficient to “solve” the emergency. “Salvation” comes from somewhere else: our army winning the war, waters returning within their levees, a temporary rest of the forces below the surface of the earth, vaccines, medicines to cure the disease.

Laws of emergency, finally, are transitory because emergencies force the law to acknowledge that many things are far beyond its powers of causation. So, the emergency may go on for such a long time, that people lose their perception of time moving faster. People, and their laws, cannot but acknowledge the “new normality”, i.e., living in a world with a higher entropy. The law of emergency shall become the “new law”.

In the opposite case, the emergency shall come to an end, thanks to the savior. The big issue, in this favorable case, is: given that the world after

¹⁴ See once again C. ROVELLI, *L'ordine del tempo*, cit., pp. 138 -139.

emergency has a higher entropy, can the law step back to its prior degree of entropy? Is the law free from the second law of thermodynamics? Can we have a less entropic law (the law before emergency), in a more entropic world (the world after emergency)?

3. Case study: internment of Japanese Americans after Pearl Harbor and Donald Trump's "travel ban"

On February 19, 1942, two months after the attack on Pearl Harbor, President Roosevelt issued the Executive Order 9066. The order's express goal was to prevent espionage and sabotage and to protect national defense premises, materials and utilities. Actually, the order granted the Secretary of War (and the military commanders) the power «whenever he or any designated Commander deems such action necessary or desirable, to prescribe military areas in such places and of such extent as he or the appropriate Military Commander may determine, from which any or all persons may be excluded, and with respect to which, the right of any person to enter, remain in, or leave shall be subject to whatever restrictions the Secretary of War or the appropriate Military Commander may impose in his discretion»¹⁵.

The order empowered the Secretary of War and military authorities to «take such other steps as he or the appropriate Military Commander may deem advisable to enforce compliance with the restrictions applicable to each Military area here in above authorized to be designated, including the use of Federal troops and other Federal Agencies».

A congressional act of March 21, 1942 made non-compliance to orders of exclusion a misdemeanor, punishable with a fine up to 5.000,00 \$ and imprisonment up to one year. The enforcement of the order was thus covered by a parliamentary act, which reinforced it under a constitutional perspective.

The eventuality of an enemy invasion is an emergency for sure, although, in the 1941 scenario, involvement of the US in the ongoing world-wide conflict was far from unpredictable¹⁶. From the legal point of view, should

¹⁵ <https://www.archives.gov/historical-docs/todays-doc/?dod-date=219> (last access December 2021).

¹⁶ Already on August 14, 1941 Roosevelt and Churchill, after a meeting in Newfoundland, had signed the joint statement lately known as the "Atlantic Charter". Inter alia, point 6 of the declaration included an open statement of hostility of both parties against the Nazi

the invader prevail, the whole legal order would be disrupted, starting from its very formal source: sovereignty. The sudden attack on Pearl Harbor and the fear of an imminent Japanese disembarkation on the West Coast surely pushed entropy in the US to the top.

Executive Order 9066 tried to inject low entropy in the system by *i.* empowering military authorities to extend the statutory notion of “national defense premises” in a limitless way, stretching it to include practically any place or area in the country, *ii.* stretching rules against espionage and sabotage to the point of including “any or all persons”, *iii.* empowering militaries a wide discretion in limiting the rights of the involved people (including, but not limited to “alien enemies”) to stay in an area (e.g., the place where they lived), assuring them only «transportation, food, shelter, and other accommodations as may be necessary, in the judgment of the Secretary of War or the said Military Commander, and until other arrangements are made», as provided by the presidential order.

Of course, the order (and the law) could do nothing to keep the Japanese forces far from the West Coast. That was the US army’s goal. The enemy which the order tried to keep at bay was the hypothetical “fifth column” of the Japanese army formed by US residents of Japanese ancestry¹⁷, including young American citizens, most of which were born after the federal ban on immigration from Japan provided for by the Immigration Act 1924¹⁸: the *nisei*¹⁹. Most of all, it was necessary to end the widespread feeling of

dictatorship (after the final destruction of the Nazi tyranny, they hope to see established a peace which will afford to all nations the means of dwelling in safety within their own boundaries, and which will afford assurance that all the men in all the lands may live out their lives in freedom from fear and want» (<https://avalon.law.yale.edu/wwii/at10.asp> – last access December 2021).

¹⁷ «Reports in August 1934 warned Roosevelt and others of the imminent danger posed by Japanese agents in virtually any major city throughout the country and all along the West Coast. Thousands of spies and saboteurs, allegedly acting as farmers, fishermen, and common laborers stood ready to attack» (J.E. SCHMITZ, *Enemies among Us: The Relocation, Internment and Repatriation of German, Italian, and Japanese Americans during the Second World War*, Lincoln Ne., 2021, p. 47; see also M. EVEREST-PHILLIPS, *The Pre-War Fear of Japanese Espionage: Its Impact and Legacy*, in *J. of Contemp. History*, 2007, p. 243 ff.).

¹⁸ The Immigration Act 1924 or Johnson-Reed act, 43 Stat. 153 substantially banned immigration to the US from Japan. The act was the outcome of massive immigration from Japan to California in the first two decades of the XX century. The act caused protests by the Japanese authorities and mixed reactions in American public opinion, mostly in the East coast, which worried about the negative effects caused by the act on US foreign relations and international reputation (see I. HIROBE, *American Attitudes toward the Japanese Immigration Question, 1924—1931*, in *J. of American-East Asian Relations*, 1993, p. 275 ff.).

¹⁹ An in-depth study of the social, economic and cultural conditions of *nisei* in the US in

panic generated by the idea of a forthcoming invasion, and the facilitating role of undercover agents operating in the dark. Beginning on March 24, 1942 the Military Command of the West Coast issued proclamations and more than a hundred civilian exclusion orders, which progressively forced persons of Japanese ancestry to move to internment camps. Approximately 120.000 people were deprived of their properties, forcefully moved from their residences, and interned.

In the short run, depriving people (or some of them) of their freedom may be a source of low entropy. The public opinion, though with some exceptions coming mostly from other minority groups²⁰, generally endorsed the internment, as did various influential newspapers, backing propaganda sources. Somehow, the presidential order reached its goal. A racial bias against people of Japanese ancestry was present, at least in the areas of the country with the highest percentages of Japanese immigrants and their descendants²¹. Furthermore, Japanese-Americans residing in California, unlike those living in Hawaii (which could be even more troublesome from a strictly military point of view), had a very scarce political representation. On the other hand, many Japanese persons living in California were wealthy people, carrying on florid economic activities, which brought about envies and appetites²². Anyway, the key factor in granting public support to the internment program was the position of the militaries, stating that internment had a solid ground on the necessities of war²³.

The actual source of low entropy was not the shift in the law, from the constitutional protection of freedom and properties of citizens to

D.K. YOO, *Growing Up Nisei: Race, Generation, and Culture among Japanese Americans of California, 1924-49*, Urbana-Chicago, 2000).

²⁰ See Ch. GREENBERG, *Black and Jewish Responses to Japanese Internment*, in *J. of American Ethnic History*, 1995, p. 3 ff.

²¹ See M. GRODZINS, *Americans Betrayed*, Chicago, 1959, *passim* and p. 282 ff., who mentions the often-quoted statement by general John DeWitt, commanding officer of the Pacific area, before a Congressional Committee, claiming that “the Japanese race is an enemy race and ... the racial streams are undiluted ... Jap’s a Jap, it makes no difference whether he is an American citizen, he is still a Japanese”.

²² See G. CALABRESI, *L’inquisizione e il diritto americano*, in *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa. Classe di Lettere e Filosofia*, Serie 5, Vol. 3, No. 2, *Usare un Dizionario*, 2011, p. 299 ff., p. 306.

²³ See general J.L. DeWitt’s letter of transmittal to the Chief of Staff, U.S. Army, June 5, 1943, of his Final Report; Japanese Evacuation from the West Coast 1942: «The evacuation was impelled by military necessity. The security of the Pacific Coast continues to require the exclusion of Japanese from the area now prohibited to them and will so continue as long as that military necessity exists» (available on line <http://www.sfmuseum.org/war/dewitt0.html> – last access December 2021).

deprivation and internment, but the shift of the decision-making power from the lawmaker to a different authority, provided with technical skills, such as the military. What appeared as a strong exercise of power by the law was actually a retreat of the law, which left the prospective “savior” (the military) free to act, with the law merely backing his technical decisions.

This approach was endorsed by the Supreme Court in its first decision on the internment program and linked measures, such as the curfew imposed to Japanese-Americans still residing in their homes²⁴. In the Court’s view, the presidential order, the congressional act and proclamations by the military formed a “single program”, within which Congress had approved the findings of the militaries about the need for a thorough application of the presidential order towards more than a hundred thousand people, residing in territories equivalent to almost 1/3 of the country²⁵. According to the Court, «Where, as in the present case, the standard set up for the guidance of the military commander, and the action taken and the reasons for it, are in fact recorded in the military orders, so that Congress, the courts and the public are assured that the orders, in the judgment of the commander, conform to the standards approved by the President and Congress, there is no failure in the performance of the legislative function». On the other hand, it can hardly be said that the presidential order set any «standard for the guidance of the military commander», nor did the congressional act, as the Court itself recognizes. Moreover, the act of Congress says nothing about Japanese-Americans.

The Court followed the same approach in the subsequent *Korematsu v. United States*²⁶ decision, upholding the “exclusion” of Japanese-Americans from their areas of residence. According to the majority opinion: «... exclusion from the area in which one’s home is located is a far greater deprivation than constant confinement to the home from 8 p.m. to 6 a.m. Nothing short of apprehension by the proper military authorities of the gravest imminent danger to the public safety can constitutionally justify either. But exclusion from a threatened area, no less than curfew,

²⁴ *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81 (1943).

²⁵ «By virtue of these measures the military authorities assumed during this war an unprecedented position in respect of the liberties of the American civilian populace. The period in American history when the authority of the military was most nearly comparable to that during this war was the Civil War years, but even then the scope of the military controls and their impact upon the population in loyal territory were more confined than during the present period» (N. DEMBITZ, *Racial Discrimination and the Military Judgment: The Supreme Court’s Korematsu and Endo Decisions*, in *Col. L. Rev.*, 1945, p. 175 ff., pp. 179-180).

²⁶ 323 U.S. 214 (1944).

has a definite and close relationship to the prevention of espionage and sabotage. The military authorities, charged with the primary responsibility of defending our shores, concluded that curfew provided inadequate protection and ordered exclusion. They did so, as pointed out in our *Hirabayashi* opinion, in accordance with Congressional authority to the military to say who should, and who should not, remain in the threatened areas». Once again, the focus is on «apprehension by the proper military authorities of the gravest imminent danger»²⁷.

There are three dissenting opinions in the *Korematsu* decision. All of them focus on the lack of any actual assessment of the plaintiff's unloyalty towards the US. The dissents by Justices Murphy and Roberts claim that the radically hostile attitude of the military commander against Japanese-Americans was influenced by racial bias, and that the judiciary should be granted the ultimate power of assessment of the validity and the rationale of the findings of the military.

The dissent by Justice Robert Jackson moves beyond, holding that, on the one hand, «the military decisions are not susceptible of intelligent judicial appraisal». On the other hand, according to Justice Jackson, no order by the military, as well as no act of exercise of federal powers, may infringe the constitution²⁸.

Justice Jackson's dissent takes a glance into the future: «once a judicial opinion rationalizes such an order to show that it conforms to the Constitution, or rather rationalizes the Constitution to show that the Constitution sanctions such an order, the Court for all time has validated the principle of racial discrimination in criminal procedure and of transplanting American citizens. The principle then lies about like a loaded weapon, ready for the hand of any authority that can bring forward a plausible claim of an urgent need. Every repetition imbeds that principle more deeply in our law and thinking and expands it to new purposes». Justice Jackson's concern, actually, was not to safeguard the military from improper intrusions by

²⁷ «The Court's failure to require a showing that the method used to meet the danger was reasonable, rather than that there was merely ground for believing it should be adopted, seems unjustifiable» (DEMBITZ, *Racial Discrimination*, 188). *Contra*, Ch. FAIRMAN, *The Law of Martial Rule and the National Emergency*, in *Harv. L. Rev.*, 1942, pp. 1301-1302, holding that the Japanese exclusion was a reasonable preventative security measure, and later on R.A. POSNER, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Cambridge Mass., 2003, pp. 293-294, holding that the military's action, from a «pragmatic» point of view, did not infringe upon any hard-edged constitutional provision.

²⁸ This passage of Jackson's dissent led to wide scholarly criticism. See, e.g., the influential E.V. ROSTOW, *The Japanese – American Cases – A Disaster*, in *Yale L.J.*, 1945, p. 489, p. 510, who defines the opinion «a fascinating and fantastic essay in nihilism».

civilian courts. On the contrary, it was to safeguard courts from the risk of making bad constitutional law, by endorsing military decisions only because of the lack, by the courts themselves, of the technical instruments and information needed in order to properly assess such decisions. In other words, once “technicians” (militaries) are granted, by the legislature, the power to make decisions having an impact on the people’s liberties, both the politicians and the militaries shall have the duty to bear their own respective responsibilities, with no chance to use court decisions as a mean to “cover” their choices under a constitutional disguise²⁹.

The internment program saw the liberties granted by the constitution as a source of higher entropy, in the form of a higher level of fear in the public opinion for the fifth column operations and the forthcoming invasion; on the contrary, it assumed that the retreat of the law, in favor of “technical” assessment by the military, could be a source of low entropy. According to Justice Roberts, this may work in the short run, since courts, as well as any institutional decision-maker, lack the skills needed in order to assess the position of “technicians”. In the long run, the law’s retreat will increase entropy of the law itself. The only possible “legal” source of low entropy, in this perspective, is strict adherence to fundamental principles (including basic freedoms), no matter how much and suddenly the entropy of the world may increase in a given situation.

The *Ex parte Endo*³⁰ decision, issued the same day of *Korematsu*, held that the government lacked the power to detent «a concededly loyal and law-abiding citizen of the United States»; thus, the Court entered a loophole which allowed removal of people from their households, absent any finding of “unloyalty”, and at the same time banned their detention. Actually, *Ex parte Endo*, which was decided phase of the war in a completely different from that which followed Pearl Harbor, paved the way towards the end of internment³¹, which took place between 1945 and 1946.

According to the opinion of the Court: «We must assume that the Chief Executive and members of Congress, as well as the courts, are

²⁹ This reading of the dissent was offered by Justice Jackson himself, some years after *Korematsu*, in a speech at the Buffalo Law School: R.H. JACKSON, *Wartime Security and Liberty under Law*, in *Buffalo L. Rev.*, 1951, p. 103 ff., pp. 115-116. A reading of the dissent under the light of Justice Jackson’s life, beliefs and previous experience in J.Q. BARRETT, *A Commander’s Power, a Civilian’s Reason: Justice Jackson’s “Korematsu” Dissent*, in *Law and Contemp. Problems*, 2005, p. 57 ff.

³⁰ 323 US 283 (1944).

³¹ P.O. GUDRIDGE, *Remember “Endo”?*, in *Harvard L. Rev.*, 2003, p. 1933 ff., pp. 1934 - 1935: «Endo closed the camps».

sensitive to and respectful of the liberties of the citizen. In interpreting a war-time measure, we must assume that their purpose was to allow for the greatest possible accommodation between those liberties and the exigencies of war»³².

The “greatest possible accommodation” formula leaves open the question of identifying the authority empowered with the ultimate decision: “technicians” or institutions, including courts?

Federal investigations in the 80s showed that assessment by the military of existing risks of espionage or sabotage by Japanese-Americans after Pearl Harbor were ill-founded and biased by racism³³; in 1988, a piece of federal statute law named Civil Liberties Act³⁴ granted monetary redress to American citizens former internees.

The actual point, within this analysis, is not that the “technical” assessment by the military was flawed, or that the redress and the public rehabilitation granted to former internees could scarcely compensate their sufferings. Of course, the world after World War II was more entropic than before. The step ahead in the destructive power of humankind granted by nuclear weapons is a good example. Did US law after *Ex parte Endo* and the 1988 legislation, when the war was won and emergency was a long time ended, really turn back to a prior degree of entropy, or was Justice Jackson right?

The 1944 precedents were discussed in the Supreme Court 2018 decision *Trump v. Hawaii*, upholding President Trump’s controversial

³² «Curiously, the main reason offered was not constitutional law, but the lack of authorisation by President Roosevelt and Congress for the War Relocation Authority to intern Japanese-Americans found to be loyal» (J.M. JUSTL, *Disastrously Misunderstood: Judicial Deference in the Japanese-American Cases*, in *Yale L. J.*, 2009, p. 270 ff., pp. 284-285). The point was stressed by the concurring Justices Murphy and Roberts. GUDRIGDE, *Remember “Endo”?*, p. 1947 ff. points out, on the contrary, that Justice Douglas’ opinion of the Court in *Endo* implies a well-defined, though not expressly mentioned, constitutional framework.

³³ See the final report by the Commission on Wartime Relocation and Internment of Civilians, published from December 1982 to June 1983, under the title *Personal Justice Denied* (available on line: <https://www.archives.gov/research/japanese-americans/justice-denied> - last access December 2021): « the two witnesses before the Commission who were most involved in the evacuation decision, John J. McCloy and Karl R. Bendetsen, who was first liaison between the War Department and the Western Defense Command and later General DeWitt’s chief aide for the evacuation, testified that the decision was not taken on the basis of actual incidents of espionage, sabotage or fifth column activity» (*Personal Justice Denied*, Ch. 2, p. 45).

³⁴ 102 Stat. 904.

“travel ban”, by a 5 to 4 majority³⁵.

The “travel ban” was a series of presidential orders issued in 2017, banning foreigners from a list of predominantly Muslim countries from visiting the US for 90 days and suspending the entry of refugees for 120 days³⁶. The orders were founded on the need to prevent entry to the US of terrorists, assuming that countries included in the black list did not grant the security requirements needed in order to exclude that their nationals could be involved in terrorism. The orders were issued exercising the broad powers granted to the President by paragraph (f) of Title 8 of the US Code § 1182 (Immigration and Nationality Act), allowing the President himself to «suspend the entry of all aliens or any class of aliens as immigrants or nonimmigrants, or impose on the entry of aliens any restrictions he may deem to be appropriate», «whenever the President finds that the entry of any aliens or of any class of aliens into the United States would be detrimental to the interests of the United States».

The opinion of the Court relied on the broad discretion granted to the President by the act of Congress in order to protect national security, on the detailed motives exposed by the orders, and on the accuracy of the «world-wide, multi-agency review» designed to assess the «terrorism-related and public-safety risks associated with foreign nationals» from any of the countries involved. Finally, according to the majority, the orders could be «reasonably be understood to result from a justification (national security, as assessed by the government) independent of unconstitutional grounds», like discriminatory intents or anti-Muslim prejudices³⁷. Of course, the notion of national security is extremely vague, absent any statutory definition, but the Court did not specify any standard of scrutiny of the nature and the dimensions of the governmental interest which may justify a “national security” claim³⁸.

³⁵ No. 17-965, 585 U.S. ____ (2018).

³⁶ See NOTE, *President Trump Issues Executive Orders Suspending Refugee Program and Barring Entry by Individuals from Specified Countries*, in *Am. J. Int. Law*, 2017, p. 764.

³⁷ The Court ignored the express anti-Muslim statements by President Trump which had preceded and accompanied the executive orders: NOTE, *Trump v. Hawaii*, in *Harvard L. Rev.*, 2018, p. 327: «The travel ban decision thus suggests that even the strongest evidence of discriminatory motive will not trigger heightened scrutiny, as long as that evidence is extrinsic to the face of the law under challenge».

³⁸ Although precedent case law clearly warns that «[N]ational security’ may cover a multitude of sins ...» (*Mitchell v. Forsyth*, 472 U.S. 511, 523 (1985)), and that «Simply saying ... ‘national security’ ... is insufficient to support the [state secret] privilege» (*Al-Haramain Islamic Found. v. Bush*, 507 F.3d 1190, 1203 - 9th Cir. 2007). See NOTE, *Trump v. Hawaii*, footnote 115, also quoting R.M. CHESNEY, *National Security Fact Deference*, in *Virginia L. Rev.*, 2009, p. 1361, p. 1402.

The vigorous dissent by Justice Sotomayor underlined the similarities between the case at stake and *Korematsu*, claiming that in both cases «the Government invoked an ill-defined national-security threat to justify an exclusionary policy of sweeping proportion», actually grounded on «dangerous stereotypes about, inter alia, a particular group's supposed inability to assimilate and desire to harm the United States», absent any real evidence of actual threats for homeland safety (in both cases, the government's defense relied heavily on classified documents).

Chief Justice Roberts, in his opinion of the court, strongly replies that *Korematsu*: «has nothing to do with this case. The forcible relocation of U. S. citizens to concentration camps, solely and explicitly on the basis of race, is objectively unlawful and outside the scope of Presidential authority. But it is wholly inapt to liken that morally repugnant order to a facially neutral policy denying certain foreign nationals the privilege of admission». Further on, the opinion of the court states that *Korematsu* was wrongfully decided.

Justice Sotomayor is dissatisfied with this: «... it does not make the majority's decision here acceptable or right. By blindly accepting the Government's misguided invitation to sanction a discriminatory policy motivated by animosity toward a disfavored group, all in the name of a superficial claim of national security, the Court redeploys the same dangerous logic underlying *Korematsu* and merely replaces one 'gravely wrong' decision with another»³⁹.

4. "Emergency" as a path towards a more entropic law in a more entropic world

One of the first findings of ongoing comparative analyses of covid-19 legislations is that many states preferred to enact ad hoc pieces of statute law (emergency laws), rather than relying on pre-existent "laws of emergencies"⁴⁰.

³⁹ Some scholarly opinions are equally dissatisfied with the *Trump v. Hawaii* Court's approach to *Korematsu*. See, e.g., J. GREENE, *Is Korematsu Good Law?*, in *Yale L. J.*, 2018-2019, online (<https://www.yalelawjournal.org/forum/is-korematsu-good-law> - last access December 2021): « Of course, the majority's disclaimer notwithstanding, there are disturbing resonances between *Korematsu* and *Hawaii*. In both cases, decisions plainly motivated by group-based animus were justified by and received near-absolute deference on the basis of specious invocations of national security»; N.K. KATYAL, *Trump v. Hawaii: How the Supreme Court Simultaneously Overturned and Revived Korematsu*, *ibidem*.

⁴⁰ See R. TARCHI, *L'emergenza sanitaria da Covid-19: una prospettiva di diritto comparato. Riflessioni a margine di un seminario pisano*, in *L'emergenza sanitaria da Covid-19: un bilancio*

Apparently, Spain is an exception, since the government relied on the organic law of 1981, to ground its declaration of state of alarm on March 14, 2020. This choice led to constitutional problems, since such a wide limitation of fundamental freedoms like that imposed by lockdowns neither did fit within the framework of the organic law⁴¹, nor did comply with art. 55 of the constitution, which does not allow any suspension of fundamental rights and freedoms during the state of alarm (a state of emergency or siege being required)⁴². Legal scholars pointed out that the organic law of 1981 was actually outdated and unfit for purpose⁴³. Furthermore, notwithstanding the declarations of adherence to the 1981 statutory scheme, at a closer look one can see that the corona crisis did originate a wide series of ad hoc statutory and regulatory interventions in Spain, as in almost every other Western democracy⁴⁴.

Massive resort to emergency laws, instead of application of pre-existing legislation governing emergencies can be explained by reference to entropy. Actually, when emergencies occur the level of entropy is much higher than it was when laws of emergencies were enacted. Laws of emergencies are traces of the past in which, by definition, entropy was lower. Probably is that is

comparato, edited by R. Tarchi, p. 1 ff., p. 7 ff.; A. VEDASCHI, *Il Covid-19, l'ultimo stress test per gli ordinamenti democratici: uno sguardo comparato*, in *DPCE online*, 2020, <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1015> - last access December 2021).

⁴¹ G. RUIZ-RICO RUIZ, *Las dimensiones constitucionales de la crisis sanitaria en españa. Dudas e incertidumbres presentes y futuras*, in *DPCE online*, 2020, p. 1511 ff., p. 1515, available on line <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/970/944> - last access December 2021)

⁴² See the Spanish constitutional court decision of July 14, 2021 holding that the royal decree of March 14, 2020 infringed art. 55 of the constitution, since it provided for an actual suspension of fundamental rights, exceeding the governmental powers during the state of alarm. The decision is available on line: <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/en/Resolucion/Show/26778> (last access December 2021).

⁴³ S. DE LA SIERRA, *Old Norms and New Challenges in Spain's Response to Covid 19*, in *The Regulatory Rev.*, May 20, 2020, available on line <drive.google.com/file/d/1XyYQZxtclcqxtEA10ufQoAGVZzAwBLK/view> – last access December 2021).

⁴⁴ «... at the end of last October, the central and regional governments had issued no less than 187 decree laws with the word COVID-19 in their title, to which we must add 23 laws (a difference in number that, by the way, demonstrates the blurred parliamentarism that prevails in Spain). There is practically no regulatory sector that has not seen its regulation changed to mitigate the effects of COVID-19: there have been changes in agriculture, science, sports, economics, business, labour, social, tax, transport, housing, the justice administration, social security» (A. RUIZ ROBLEDO, *Legislative Activity and Inactivity in the Covid Pandemic in Spain*, in *Verfassungsblog*, November 10, 2021, online <https://verfassungsblog.de/legislative-activity-and-inactivity-in-the-covid-pandemic-in-spain/> - last access December 2021).

the reason why they prove unfit to much more entropic new scenarios. The same reasoning applies to prior emergency laws, issued to face emergencies of the past, like past sanitary crisis due to massive contagions. It is quite unlikely that the mere re-enacting of an emergency law may suffice to face a new emergency of the same kind, because the new emergency takes place in a more entropic world. It is now clear that corona and its variants could spread quickly throughout the world thanks to the technological progress in transports and the evolutions of commerce triggered by globalization. These phenomena were absent, e.g., in the years of the Spanish flu. Consequently, re-enacting a hypothetical 1918-1920 piece of emergency legislation would be completely useless.

The question is that any law is the outcome of a specific factual situation, with a given degree of entropy. To hold the contrary would lead to isolating the law from the world, thus treating it like a kind of “first engine”, which concurs to determine the state of the world, but does not belong to the world. Moreover, any law is the outcome of a specific cultural situation (as culture is but a fourth dimension of facts). The very idea of justice that people, or their majority, share, is a factual element, prior than the outcome of a given state of the legal system. Of course, the law aims at making the social view of justice coincide with its own idea of justice.

In his 1777 *Enquiry Concerning the Principles of Morals*, David Hume highlighted the link between the social notions of equity and justice and «the particular state and condition in which men are placed», holding that such notions, «owe their origin and existence to that utility, which results to the public from their strict and regular observance»⁴⁵. The Scottish empiricist thinker mentions emergencies as situations in which the ordinary state of society is so overturned that even the basic ideas of what is just and right radically change. «Suppose a society to fall into such want of all common necessities, that the utmost frugality and industry cannot preserve the greater number from perishing, and the whole from extreme misery; it will readily, I believe, be admitted, that the strict laws of justice are suspended, in such a pressing emergence, and give place to the stronger motives of necessity and self-preservation. Is it any crime, after a shipwreck, to seize whatever means or instrument of safety one can lay hold of, without regard to former limitations of property? Or if a city besieged were perishing with hunger; can we imagine, that men will see any means of preservation before them, and lose their lives, from a scrupulous regard to what, in other

⁴⁵ D. HUME, *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*, 1777, Project Gutenberg Ebook, 2010, 11 (available at https://econfaculty.gmu.edu/klein/Assets/Hume_Morals.pdf - last access December 2021).

situations, would be the rules of equity and justice? »⁴⁶.

In such a situation, the law can hardly survive the overturn in the social perception of justice. The law, probably, would change in the most radical way, but not because a legislator, or somebody entrusted with a new legal power, decides to do so. Changes in law would be the mere consequence of changes in facts, including the social notion of justice. Of course, Hume's position is extreme. The idea of justice is not the mere arithmetical results of circumstances which make feelings of justice dependent on factual priorities. This would imply that when survival is at stake self-preservation would become the only issue. Following this perspective, the need to survive should give a moral justification to anything, including sacrifices of other people's lives.

On the contrary, the idea of justice is *cultural*, and culture is a much wider notion than the principle of efficiency, no matter how broadly or narrowly defined, also when basic human instincts and needs, such as self-preservation, are at stake. In situations like those mentioned by Hume, as a shipwreck, or some other disaster, there are persons ready to sacrifice their lives in order to help others, because they feel morally bound to do it, notwithstanding any possible legal duty.

The social notion of justice can survive emergencies and, in many cases, it actually did⁴⁷. On the other hand, emergencies can change the idea of justice, no matter what the law is, or was before the emergency. As a consequence, emergencies can change the law, even far beyond the law's own intents. Before the corona crisis, to make an example, forcing people to stay home for weeks, under severe penalties made effective by a huge

⁴⁶ D. HUME, *An Enquiry*, cit., pp. 11-12.

⁴⁷ In his *Perfect Commonwealth*, written in the same year of the *Enquiry on the Principles of Morals*, Hume himself sees emergencies as merely transient phenomena, requiring a transitory derogation from the ordinary organisation of the institutions: «The protector, the two secretaries, the council of state, with any five or more that the senate appoints, are possessed, on extraordinary emergencies, of dictatorial power for six months» (D. HUME, *Idea of a Perfect Commonwealth*, 1777, online: <https://oll.libertyfund.org/page/oll-reader-70> - last access December 2021). Hume's proposal differs from the model of dictatorship under the law of the republican Rome, since exceptional powers are not conferred to someone chosen ad hoc, but to a "mixed" collegiate body, including both pre-existing officers and ad hoc appointees. The latter should be members of the special governmental body (charged with powers and responsibilities), and not mere technicians with advisory functions, with no formal power (but an important factual power) and no political nor legal responsibilities. Though not being responsible, technicians allow politicians to shield their choices and soften their responsibilities. Unlike in Hume's proposals, Western democracies tend to face emergencies, including the corona crisis, by widening governmental powers and by hiring technical advisors.

enforcement apparatus, would have been considered something deeply unjust. Rules imposing lockdowns could be passed and applied because majorities of persons trusted the opinion of physicians, and scientists, and considered reclusion in their homes a just sacrifice, necessary to protect themselves, and the others⁴⁸. Should this perception change, due to the ongoing sanitary crisis and the emerging feelings of distrust and loss of hope, lockdowns would not be further practicable, no matter any legal provision or law enforcement.

Actually, it cannot be taken for granted that changes in law precede (and originate) changes in the social idea of justice, or that the law always decides for itself, and by itself, notwithstanding the facts, including the cultural dimension of facts (the social idea of justice). This seems to be the flaw of the positivistic approach that, on the one hand, distinguishes “state of emergency” from “state of exception” and, on the other hand, holds that the essence of sovereignty (as a *legal* power) is properly the monopoly on the ability to decide on the exception⁴⁹. This approach claims that the law changes because someone has, or conquers, the legal power (the monopoly) to change it, and not merely because the facts already changed the law, or set the premises for its formal change. Emergencies show that, on the contrary, once the increase in entropy has overcome the energy of the law, the state of exception is factual, no matter what the state of the law is, or whatever decision the sovereign may make.

The theory of the state of exception holds that such a state is both within the law (since sovereignty is a legal power) and outside, or beyond the law, since the core of the monopoly of the sovereign is to determine an exception, i.e., to suspend the law and replace it with a new one. Following this view, the law should offer the measure of the world, being both in itself and beyond itself, i.e., being the world. What is not law is exception, that, in any case, is negatively determined by the law, or shall become law, once the monopolist exercised his powers. Expel the facts from the world, and law only shall remain. A world without facts is a world made of laws (or by laws). Emergencies offer no ground to the theory of the state of

⁴⁸ «En 2015, après Charlie, les citoyens ont fait corps en se rassemblant sur la liberté d’expression. En 2020, chaque soir à 20h, ils font corps en reconnaissant et exprimant par leurs applaudissements le principe de fraternité» (D. ROUSSEAU ET A., *L’urgence des libertés*, in *Nomos*, 2020, available on line http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2020/04/Rousseau_L'emergenza-delle-libert%C3%A0_Covid19.pdf - last access December 2021).

⁴⁹ Reference goes to Carl SCHMITT, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, trans. by G. Schwab, Chicago, 2005 (original edition 1922).

exception. On the contrary, they show that there is no world made of laws, of by laws. Actually, emergencies are not “law beyond the law”, or both “inside and outside the law”. *They are facts*. The law does not create facts, it does not decide what is “exceptional” (if not in barely legal, and scarcely relevant, terms): *it has to cope with facts*, including other cultural facts, since the law is not the only, nor even the principal cultural fact. *The law has to cope with what people think about justice*. Sometimes – but only sometimes – the law reaches its goal, i.e., it conquers a place in the chain of causation of facts (in the world).

As we have seen above, the traditional legal approach to emergencies claims that (unless the sovereign completely overturned the law, thanks to his monopoly on the state of exception), once emergency is gone the law can return to its previous state, at a lower degree of entropy, ignoring the increase of entropy in the world caused by the emergency. The law may ignore that the world after emergency is a different and more entropic world.

According to the distinction between state of emergency and state of exception, after emergency we could have only two states of the law: the law as before, when the emergency is over, or the law completely different from what it was before, when the sovereign overturned the law (changed the exception into law, the extraordinary into normal), thanks to the unlimited powers granted by the state of exception. Following this perspective, the state of the world, including the states of people’s minds and their feelings about justice, does not seem to be a problem for the law. The law shapes the world and molds people’s minds, without people themselves even noticing such a subtle manipulation by the sovereign, or the conspiracy of monopolists (many monopolists?) fighting to conquer more and more power⁵⁰. Notwithstanding these assumptions, contemporary Western monopolists of the state of exception (governments, technicians, scientists, bankers, etc. etc.) apparently need to preserve their democratic disguise, operating in the shadow, through some manipulation of the bodies and of the minds of many uncaring human living entities (improperly called citizens), until some liberator steps forward to reveal the conspiracy⁵¹.

⁵⁰ See, e.g., Giorgio Agamben’s remarks about the progressive transformation of the Italian system from a parliamentary to an executive-based republic: « In a technical sense, the Italian Republic is no longer parliamentary, but executive [governamentale]. And it is significant that though this transformation of the constitutional order (which is today underway to varying degrees in all the Western democracies) is perfectly well known to jurists and politicians, it has remained entirely unnoticed by the citizens» (G. AGAMBEN, *State of Exception*, trans. by K. Attell, Chicago, 2005, p. 10).

⁵¹ See, e.g., Giorgio Agamben’s remarks about the “invention of an epidemics”, in the early

Perhaps, it is simpler to accept that there are no monopolists and no conspiracies, but just *facts*, including *cultural facts*, and *rule-makers*. We should take into account that the law is part of the world or, to be more precise, of that small and not-so-representative portion of the world called humankind. Let us assume that, the day of the attack on Pearl Harbor (December 7, 1941), the level of entropy was S . The day Executive Order 9066 was issued (February 19, 1942), entropy was $S_1 > S$. President Roosevelt (symbolizing the legal system) decided that he could not rely on the law issued at entropy S : he needed a new law, apt to face an S_1 level of entropy. This law is a fact. It is part of the world at the S_1 level of entropy.

In 1944, when *Korematsu* and *Ex parte Endo* were decided, the world had shifted to a $S_2 > S_1$ degree of entropy, as the war went on; the threat of a Japanese invasion had faded, and the Axis' fortunes were close to the end. Thus, while *Korematsu* saved the internment program, *Endo* put an end to it. In 1988, when Congress granted monetary relief to former internees, the world shifted to a $S_3 > S_2$ degree of entropy: the atomic bombs had been dropped on Hiroshima and Nagasaki, and cold war, with its dramatic escalation of destructive weapons, was still enraging.

As Justice Sotomayor said in her dissent in *Trump v. Hawaii*, «in the intervening years since *Korematsu*, our Nation has done much to leave its sordid legacy behind». Actually, the federal inquiry and the 1988 act removed some traces of a less entropic past, as it happened when internment camps were torn down. On the other hand, they did not, nor could, change the past, i.e., they did not turn back the world to a prior level of entropy. The past remained unchanged, including Executive Order 9066 as a fact that had happened in the past. At the same time, *Korematsu* had not turned the US from a liberal democracy into a tyranny, nor had put an end to the progress of the Supreme Court's case law in the fight against racial discrimination by law.

In 2017, when President Trump issued his "travel bans", the world had

days of the corona crisis, taking hints from positions by the National Research Council (CNR) which excluded the actual existence of an epidemics in Italy: «... why do media and authorities try to spread panic, thus provoking a real state of exception ... First, we see once again the ongoing tendency to use the state of exception as a normal governmental paradigm ... Second, and not less uncanny, the state of fear which in these years clearly spread in the consciences of individuals and gives way to a real need of a state of collective panic, to which epidemics offers, once again, the ideal pretext. Thus, in a perverted vicious circle, the limitation of freedom imposed by governments is accepted in the name of a need for security, that was induced by the same governments which now take action to satisfy it" (G. AGAMBEN, *L'invenzione di un'epidemia*, February 26, 2020, online <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-l-invenzione-di-un-epidemia> - last access December 2021, my translation).

moved to a $S_4 > S_3$ level of entropy: with 9/11 terrorism had shown an unprecedented destructive capacity, and religious, cultural, economic, and political factors intertwined in a new scenario of possible global conflicts.

Right or wrong, the President and the majority of the Supreme Court envisaged the need for new legal rules apt to the S_4 level of entropy. As Chief Justice Roberts argues, it was not the memory of internment, and of *Korematsu*, to guide them. They did not dig the sands of time to rediscover a “sordid legacy”. On the other hand, as Justice Sotomayor argues, *Trump v. Hawaii* follows, factually, a sequence of occurrences which includes both the internment and *Korematsu*.

In order to hold that the law after emergency may simply turn back to its state before emergency, no matter how high the entropy of the world raised meanwhile, we should assume that the law influences the entropy of the world, but not vice-versa. This assumption is contradicted by the mere existence, if not of “law of emergencies”, of “emergency laws”, showing that a more entropic scenario calls for a more entropic law.

On the other hand, we cannot assume that the law after *Korematsu* was completely different than before, and that *Trump v. Hawaii* is a consequence of the law having trespassed the line between emergency and exception, thanks to the decision, by some evil sovereign (or a conspiracy of villains), to exercise his/their monopoly on the state of exception. Not surprisingly Sotomayor emphasizes *Korematsu*, but leaves *Endo* on the background. *Ex parte Endo*, which actually closed the internment camps, and the facts of the 1980's, up to the congressional act of 1988, not to mention the whole path of US case law and statute law from the 1940's onward about equality and civil liberties, frontally contradict any assumption that both *Korematsu* or *Trump v. Hawaii* may be the mere act of someone having a monopoly on the state of exception, who decided to use this power. The trail of the law from *Korematsu* to *Trump v. Hawaii* is not the story of a progressive distortion of the American legal system, from democracy to some kind of a hidden tyranny⁵². Rather, it is the story of a perilous navigation in a tumultuous river: that of the ever-changing facts and of the more-than-ever changing minds of the people, about justice, safety, themselves, and the others.

The law does not stand besides Heraclitus' river, in a well-chosen site, redirecting the waters, accelerating or slowing down their currents, changing place when the flood comes, and then reverting to its precedent position once the flood is over (or even deciding to turn the river into a lake, thanks

⁵² Actually, Donald Trump even lost the 2020 elections, though his reaction was not exactly a sportsman's, and he may have a better chance in 2024. That's democracy.

to someone's monopoly on the state of exception). Rather, the law is a boatswain navigating the river, trying to avoid wrecking by adapting the route to the changing speed and direction of currents, as emergencies follow emergencies, and the entropy of the world raises.

ABSTRACT

The paper deals with the relationship between law and emergency, under the light of the concept of entropy and its links with time. The first paragraph identifies the perception of time running faster as the central issue in some legal definitions of "emergency". Following the teachings of physics, which link the human feeling of time to increases in entropy, the paper argues that laws of emergencies aim at keeping the entropy of the system low, as long as emergency lasts. Taking internment of Japanese-Americans after Pearl Harbor, and its reflexes on the 2018 Supreme Court's decision upholding President Trump's "travel ban" as a case study, the paper critically examines the idea of laws of emergencies (and emergency laws) as inherently transitory. According to the paper, the law cannot escape the increase in entropy of the world, and the law after emergency shall become more entropic than it was before. At the same time, the paper criticizes the theory of the state of exception, and holds that changes in law are not the outcome of the mere decision of an alleged monopolist of the power to determine the state of exception, but of a complex interaction of factual issues, including cultural developments.

Angioletta Sperti*

*Institutional and public communication
of constitutional courts in times of pandemic*

SUMMARY: 1. Introduction – 2. The communication of Constitutional courts during the global pandemic. The continuity of functions – 3. The Courts' proximity to the public during the pandemic – 4. Concluding remarks.

1. *Introduction*

In the present landscape, constitutional courts need the media and public opinion, just as the media and public opinion need the courts. Whereas a few years ago, constitutional courts were mostly interested in providing transparency through adequate information about their activities and this task was mainly undertaken by the means of the press, today courts attach great importance to communication with the general public. The two dimensions of transparency and communication are now closely intertwined.

It goes beyond the purpose of my paper to address issues concerning the communication revolution of courts, but it can be relevant to premise that after the political branches, constitutional and supreme courts have been the latest institutions to enter the public arena and make use of new communication technologies.

In the past, self-restraint of constitutional courts towards the media and the public was justified by the argument that Courts should “speak only through their judgements”. Therefore - it has been argued - justifications behind judgements must be exclusively found in the opinions (or in the separate writings of the Justices) and it was superfluous for courts to

* Angioletta Sperti, Associate Professor of Comparative Public Law, University of Pisa (angioletta.sperti@unipi.it). I wish to thank Prof. Susanna Mancini, the Steering Committee of the Italian Association of Comparative Law (AIDC) and all the friends and colleagues of the University of Bologna for offering me the opportunity to present this paper, as part of a wider research I am now conducting, at the XXVI Biennial Colloquium of the Italian Association of Comparative Law (AIDC).

maintain any kind of relation with the press, the media and the public.

The Supreme Court of the United States, for instance, repeatedly clarified that such assertion was “a principle”, “basic to the operation of the judicial system”¹. Justice Ruth Bader Ginsburg also stressed that “the Court speaks primarily through its opinions”² and remarked the differences with the political branches quoting the Court’s Public Information Officer by emphasising: ‘Here, we do not do spin’.³ Therefore, both the Supreme Court and individual Justices have traditionally followed an institutional self-restraint towards the press: as it has been emphasised, not only the Supreme Court has always accommodated the press in a very limited way, but “for most of the Court’s history, the justices [have] eschewed public interviews with reporters”⁴.

In a similar vein, in Germany – at least until 1996, when some judgements of the Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*, hereinafter FCC) raised political backlash – justices shared the idea that the FCC “spoke through its decisions” and “had not to promote itself”⁵. In Italy, in 2010 the former President of the Italian Constitutional Court emphasised at the annual press conference that “the Court essentially speaks through its judgements”⁶. A similar restraint was also followed by the Belgian *Cour de Arbitrage* (renamed *Cour constitutionnelle* after the constitutional reform of 2007) at the time of its establishment in 1984. The Court adopted a very cautious approach with the media⁷, imposing to its members great self-restraint to avoid any kind of engagement with the public and the press. On the same vein, the Belgian Constitutional court “considered superfluous to maintain relations with the press”. As it has

¹ *Bell v Thompson*, 545 US 794 (2005) at 805. See also *Hill v. United States*, 298 U.S. 460 (1946) at 465 (arguing that “The court speaks through its judgment, and not through any other medium”).

² R.B. GINSBURG, *Address: Informing the Public about the U.S. Supreme Court’s Work*, (1998) 29 *Loyola University Chicago Law Journal* 275, p. 276.

³ R. DAVIS, *Decisions and Images: The Supreme Court and the Press*, Pearson College, 1994.

⁴ R. DAVIS, *The US Supreme Court and the Journalists Who Cover It*, in DAVIS AND TARAS (eds), *Justices and Journalists. The Global Perspective*, Cambridge, 2017, p. 281 ff., p. 285.

⁵ MW HUFF, *Information ist auch eine Aufgabe des BVerfG. Anmerkungen zur Öffentlichkeitsarbeit*, in *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 2001, p. 2951 ff., p. 2952.

⁶ U. DE SIERVO, *Incontro con la stampa in occasione della presentazione della Relazione sulla giurisprudenza costituzionale nel 2010*, Roma, Palazzo della Consulta, 10 February, 2011, in part. p. 1.

⁷ Court of Arbitration of Belgium, *Aperçu des activités de la Cour d’arbitrage pendant la première année de son fonctionnement 1984-1985*, § 13 (*Représentation et rayonnement de la Cour – Participation aux congrès et colloques – Publications*).

been argued, “within the [Belgian] Court, it has always been held that the judgments must speak for themselves and that the only explanation must be found in the motivation of the Court’s rulings”⁸. Accordingly, the Court decided to write its judgements in “direct” style (instead of following the French “*attendus method*”) in order to make them more intelligible, arguing that judgements “have an educational and political effect”⁹.

Behind the idea that courts should speak only through their rulings was the assumption that external communication could damage courts’ legitimacy and that transparency and accountability in judicial activity could be better (and more safely) pursued through clear and comprehensive courts’ opinions.

Therefore, in the past the relationship between constitutional or supreme courts and the media (especially with journalists) was conceived in contrasting terms: although it was considered a necessity (or in some jurisdictions a duty prescribed by the law) in order to ensure transparency on the courts’ activities and judgements, it was also seen as a potential threat for the legitimacy and authoritativeness of the courts. In Canada, Justice Beverley McLachlin – the first Chief Justice to speak with journalists – believed that speaking to the media was an “important thing to do” but described the relationship between the Constitutional court and the press as “a mutual, if sometimes uncomfortable embrace”.

In the last few years, due to the great changes in communication technologies the landscape has largely changed. As far as it relevant here, courts have generally expressed a common concern about the difficulty in providing a proper understanding of their judgments and of their impact on citizens’ life. Furthermore, some polls have revealed that Constitutional courts are the less known among public institutions. Awareness of the poor knowledge of the courts is one of the main reasons why all constitutional courts have recently felt the need to improve their communication in order to provide better information about their activities, “to know and be known”, as the former President of the Italian constitutional court stated in 2019¹⁰. In Italy, in 2002, in the introduction to a booklet entitled “What is the Constitutional Court”¹¹, the former President of the Italian

⁸ A. ALEN - J. DELRUELLE - P. MARTENS, *Rapport belge sur les modes de décision du juge constitutionnel*, in *Revue Belge Droit Constitutionnel*, 2004, p. 354 ff.

⁹ Décision de la réunion administrative du 5 février 1985.

¹⁰ See the interview to the former President of the Constitutional Court G. Lattanzi, *La nostra Costituzione è uno scudo per i più deboli che siano italiani o stranieri*, in *La Repubblica*, 31 January 2019, p. 5.

¹¹ Che cos’è la Corte costituzionale, available at

Constitutional Court, C. Ruperto, revealed that according to a 2001 survey the Court was the least known of the Italian constitutional bodies. More than fifteen years later, the situation had not changed: in 2015 President G. Lattanzi argued that 15% of Italians know the Constitutional Court and its powers¹². More recently, President G. Amato stressed: “We have long felt we were surrounded by an invisible wall caused by a lack of knowledge about who we are and what we do. We have also long felt the contrast between this state of affairs and the importance of the Court’s decisions for the lives of so many people over the years. It has become imperative to come down from our ivory tower”.¹³

Even in the United States, where Supreme Court cases are often reported by the media and confirmation hearings always attract great media attention - a 2018 survey demonstrated that just a 48 per cent of the interviewed is able to name a sitting Justice.¹⁴ In France, in 2020, on the 10th anniversary of the introduction of the *Question prioritaire de constitutionnalité* (QPC), a survey revealed that less than one French out of three has ever heard of the new procedure and only 10 per cent can explain its purpose and meaning.¹⁵

A second reason that in last years prompted a radical change in the institutional communication of constitutional courts can be identified in the court’s concern for bad reporting of the cases by the media: courts worry that journalists will report only the sensational elements of their rulings or select cases on controversial issues that have a greater chance of capturing the attention of public opinion. Research on French-speaking Courts has revealed that “almost all the Courts consider that the main risk of communication lies in the incorrect reading of legal arguments”.¹⁶ Media usually tend to transform judgments into “news” and prefer drama,

¹² https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/cosa_corte.pdf, 13

¹² *Relazione del presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi sul tema della “Comunicazione istituzionale”*, available at https://www.cortecostituzionale.it/documenti/news/CC_NW_20190902.pdf.

¹³ Interview with President G. Amato, *Faith in Dialogue, Not Only in Courts*, in Italian Constitutional Court. Annual Report 2021, p. 10 (available at <https://www.cortecostituzionale.it/annuario2021/pdf/AnnualReport2021web.pdf> at p. 7).

¹⁴ See *C-Span PSB Supreme Court survey 2018* at <https://static.c-span.org/files/pressCenter/C-SPAN+Poll+on+Supreme+Court+August+2018.pdf>

¹⁵ French Constitutional Council, *Communiqué de presse du 12 novembre 2020: Enquête grand public BVA – 10 ans de la QPC*, at <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiquede/communiquede-presse-du-12-novembre-2020-enquete-grand-public-bva-10-ans-de-la-qpc>.

¹⁶ ACCE, *Les cours constitutionnelles et les medias*, Bulletin no. 11, 2016, p. 75.

scandal, personalisation and simplification. Furthermore, journalists tend to oversimplify the outcome of the cases and to “humanize” parties, describing them as winners or losers. For instance, a recent landmark case of the Italian Constitutional Court on the right to die (case no 242 of 2019) has been widely described by the press as a victory for the counsel of the terminally ill patient.¹⁷

In order to reach a wider audience and to engage in a more accurate communication with media and public opinion, Courts have developed many different strategies. It is impossible to summarize here the many initiatives that Courts have adopted but for the purposes of this work it suffices to remember that most of the courts’ communication is now established through their websites. Courts have largely improved their websites in order to reach not only a specialized audience, but also the general public. In Italy, for instance, the Court’s website has been revised in 2016 and it provides access to all the courts activities, both the institutional ones (such as judgements, press releases) but also to the many initiatives that in the last few years the Court has adopted to meet the “real country”.¹⁸ The Court has also released through its website short podcasts.¹⁹ As stated in the introduction of its booklet entitled “*Cos’è la Corte costituzionale*” (also available on the Court’s website²⁰) the Court is concerned that for the technicalities of legal jargon, the complexity of its judgements, people cannot not be able to fully understand the role of the court in everyday life.

The same evolution took place at other constitutional courts: the French *Conseil constitutionnel*, for instance, referred to its duty to make judgements accessible also to the general public. Therefore, it has revised its website in 2018 in order to break with the practice of providing information only to a specialized public and releases some introductory explanatory notes to

¹⁷ I have addressed issues concerning the fight of Constitutional courts against fake news and poor reporting of constitutional cases in *Constitutional Courts Speak Their Voice. Their Fight Against Fake News and Disinformation on Constitutional Justice*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, 1/2021, p. 224 ss.

¹⁸ I refer in particular to the “Viaggio in Italia”, a journey across the whole country that offered Justices the opportunity to meet students and inmates. The presentation of the journey and its many stages are described on the Court’s website (https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/viaggioItalia/viaggio_home.do) and have been the subject of a documentary film, presented in September 2019 at the Venice international film festival (<https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/vic2/vic-venezia.do>).

¹⁹ In particular podcasts in which Justices illustrate some landmark cases “that have changed the life of the Italians” (<https://www.cortecostituzionale.it/categoriePodcast.do>) or the fundamental principles of the Constitution (<https://www.cortecostituzionale.it/podcast.do>).

²⁰ See <https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/istituzioni/lacorte.do>.

summarise and clarify the contents of its cases. Furthermore, the Conseil has recently modified the traditional structure of its cases – abandoning the technique of *considérant*²¹ in order to make them more easily accessible to the general public. In the United Kingdom, the Supreme Court has analogously launched many initiatives to serve the public, to make its work more visible and accessible and to communicate the idea that its role in applying the law is an essential part of a healthy democracy.²²

Against this background (which has many ramifications on the role of the courts I cannot adequately address in the limited space of this paper²³) it is interesting to explore how courts' relationship with the public and their communication strategies have been affected by the pandemic. The many restrictions to the freedom of movement introduced by the national governments during the toughest waves of the pandemic had a serious impact on the freedom of movement and impaired the communication strategies of constitutional courts. This work aims at addressing how constitutional courts have tried to overcome difficulties in order to fulfill their functions and at the same time keep a more effective communication with the public.

2. The communication of Constitutional courts during the global pandemic. The continuity of functions.

The first concern of Constitutional Courts has been to preserve the continuity of their judicial functions. In this respect, the many innovations in communication that courts had promoted before the pandemic and that had already increased their digital transition, provided a great help for the continuity of functions during the toughest months of the health emergency.

²¹ *Un nouveau site pour le Conseil Constitutionnel. Repenser l'interface pour ouvrir le Conseil au public citoyen*, in *Medium*, 14 febbraio 2018 (www.medium.com) (“*Nous voulions rompre avec le sentiment d'arriver sur un site réservé à une élite. L'action du Conseil Constitutionnel touche au contraire chacune d'entre nous et c'est une nécessité citoyenne de la rendre compréhensible. C'est pourquoi, il a été notamment décidé d'ajouter un chapô introductif pour chaque type de décision dans les affaires en instance, permettant de saisir en quelques mots les enjeux du sujet*”).

²² See, among the many initiatives, the “legal landmark films”, the virtual tours for schools, the initiative called “Ask a Justice” (all accessible at the following page: <https://www.supremecourt.uk/learning-resources.html>”).

²³ For a more detailed analysis of the topic, please see A. SPERTI, *Constitutional Courts, Media and Public Opinion*, forthcoming, Hart Publishing, 2023.

All the Courts took the decision not to suspend their judicial activities. However, their main concern was how to ensure the safety of Justices and staff and how to overcome the difficulties arising from the limitations to the freedom of movement of Justices, counsels and staff. The following statement of the President of Italian Constitutional Court in the presentation of its annual report 2021 clarifies the Court's deep intention to continue its activities despite the uncertainties of the moment. "The most difficult moment was when we had to adapt to the emergency, because we didn't know whether, and how, we would be able to carry on working, and at what price to those who turn to us. Yet we came through it because, as my predecessor Giancarlo Coraggio said, unlike the judges in the ordinary courts, who are overloaded with proceedings, we were able to set up safeguards against contagion without serious consequences. So, sometimes working online and sometimes on site, and by holding hearings with fewer lawyers, it was – I must say – easier for us than for others. But there was also a price to pay, and Covid did not spare the Court. However, we isolated it and carried on working".²⁴

The President of the French *Conseil Constitutionnel* expressed a similar stance when, in the presentation of the Annual Report 2020, emphasised the *Conseil's* duty to "remain true to its course: protecting freedoms". "They say – he added - that the key measurement of the strength of a fundamental law is its ability to help a society overcome hard times. The Constitution of 1958 rose to the challenge of the health crisis, once again demonstrating its resilience in critical situations. Even at the height of the crisis, the rule of law never broke down and the Constitutional Council continued to fulfil its role as guardian of the Constitution. Looking back, it is clear that the Council proved up to the task".²⁵

Analogously the Chief Executive of the UK Supreme Court, emphasised that "despite the impact on lives, personally and professionally, our focus has remained unchanged. We have been committed to providing an environment which enables the justices to carry out their duties in an effective, visible and accessible way, whilst safeguarding the health and wellbeing of everyone who works at or visits the Court. As the President has explained, we successfully and quickly adopted new ways of working in order to continue to deliver the business of the Court at our usual high standard".²⁶

²⁴ Interview with President G. Amato, *Faith in Dialogue, Not Only in Courts*, cit. at p. 7.

²⁵ See the Conseil constitutionnel Annual report 2020, available at <https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2020-10/cc-annual-report-2020.pdf> at 5.

²⁶ See The Supreme Court Annual Report and Accounts 2020 –2021, available at <https://>

In order to pursue its judicial activities, in early March 2020 the Italian constitutional court stressed its purpose to ensure the “continuity of administration of constitutional justice” and its intention to examine “new ways of handling hearings and to ensure the full performance of its functions, by taking advantage of the opportunities offered by technology”²⁷. A few days later, as a “temporary measure”, the Constitutional Court allowed the counsels to submit their briefs through certified email²⁸ and gave Justices the possibility to meet in chamber remotely²⁹. The Court decided to postpone oral arguments but stated that the President of the Court could decide “the immediate discussion” of “cases of exceptional importance”³⁰.

However, in the following months, when the toughest moments of the first stage of the pandemic in Italy were over, the Court resumed public hearings, but still continued offering the Justices and counsels the possibility to join them remotely.³¹ The Court also gave the public the possibility to attend public hearings (although with a limited number of seats available)³² and ensured the publicity of hearings with the upload of the videos on the Court website. This solution was confirmed by the Court in the following months when it resumed the regular hearings in person, although with a limit number of members of public. But when the health situation worsened again in Fall 2020, the court allowed Justices and the counsels to join public hearings remotely³³ and starting from March 2021 admitted real time streaming if requested by the press³⁴.

The European landscape confirms the same trend. Due to the concerns for public safety, the UK Supreme Court made changes to take account of government guidance and requirements. It operated entirely virtually throughout 2020, with the justices working from their homes and counsel either in their homes or in their offices.³⁵ Therefore, the Supreme Court

www.supremecourt.uk/docs/annual-report-2020-21.pdf at p. 8.

²⁷ Press release of 9 March 2020

²⁸ See Press release of 12 March 2020.

²⁹ Press release of 24 March 2020 at p. 1.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Press release of 20 April 2020, at p. 1, clarifying that cases could be decided on the basis of the written briefs and at the request of the parties.

³² See Press release of 8 June 2020.

³³ See press release of 6 October 2020 (enlarging the possibility for counsels to attend public hearings remotely) and press release of 30 October 2020 (giving again Justices and counsels the possibility to join public hearing remotely).

³⁴ Press release of 17 March 2021.

³⁵ See The President of the Supreme Court, the Right Hon. the Lord Reed of Allermuir, *Overview*, in Supreme Court Annual Report 2020-21, at p. 6. The Supreme Court made

remained a fully functioning court and no plans to change scheduled hearings were adopted.³⁶

As the only UK court that already live streamed and recorded all of its proceedings, live streaming was already an important part of the Supreme Court's openness. However, the UK Supreme Court took the opportunity to upgrade its in-court cameras and to set up a broadcast system that both met the needs of the organization and supported public access to justice. At the same time, during the pandemic and following the exit of the EU significant constitutional and other cases have been heard, putting more pressure on the provision of live streaming, given the high public interest. The President of the Supreme Court argued that "it is important that the public can see and understand how and why decisions are made, so that they have confidence in the justice system. All UKSC ... cases and judgments have continued to be live streamed and available to view, on demand, on their respective websites".³⁷

In France the *Conseil* analogously ensured continuity of its judicial activity and during the most challenging months of the pandemic - from mid-March to the end of May 2020 - released a significant number of cases: some of them were rendered within particularly short deadlines, in particular, case n. 800 of 2020 on the law extending the state of health emergency which was issued on May 11, in response to four referrals received the day before. To allow compliance with health safety measures, hearings were held with participants both in presence (although with limited access) and remotely and the audiovisual streaming of the hearings (on the *Conseil's* website) was continuously ensured throughout the period. Furthermore, in order to ensure social distance, the *Conseil* held QPC public hearings and deliberation sessions in the Grand Salon of the Montpensier wing and lawyers were given the possibility of joining hearings via videoconference.³⁸

use of video conferencing technology (WebEx). The first hearing of that type took place on 24th March 2020.

³⁶ The President of the Court, Lord Reed, provided a short account of the Supreme Court's and JCPC's activities, arguing that the Lord Justices "were able to adapt working practices quickly and to hear almost all planned appeals. No case has been adjourned because the UKSC or JCPC was unable to provide a hearing. A few cases had to be adjourned at the parties' request, early in the first lockdown period, because their counsel was ill or because (in some of the JCPC jurisdictions) they were initially unable to make use of the web facilities which were offered to them. Fifty-four judgments were delivered in the UKSC and 31 in the JCPC". See, Lord Reed, *Overview*, cit., p. 10.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ See *La continuité du fonctionnement du Conseil constitutionnel durant la crise sanitaire*, in *Titre VII*, n° 5, La sécurité juridique, octobre 2020 available at <https://www.conseil-con>

In Germany, despite various restrictions caused by the spread of the coronavirus, the Federal Constitutional Court remained fully operational. In March 2020, the Court cancelled oral hearings and pronouncements of judgments except in matters that could not be postponed.³⁹ The Court building was closed to the public, but urgent proceedings in the chambers were ensured and Justices were given the possibility to work from home.⁴⁰

In Canada, the Supreme Court – often considered “the gold standard” in public communication – took immediate action and moved to video-conference hearings and even allowed members of the public to register as virtual “observers” (although as always people could simply watch the hearing live on the Supreme Court’s website). It also established an “Action Committee” comprised of experts in the justice system, public health, and workplace safety, four Chief Justices, including the Chief Justice of the Supreme Court in order to identify the challenges and look at the longer-term effects the pandemic on the justice system.

However, the most remarkable change in judicial communication prompted by the global pandemic occurred at the United States Supreme Court. It should be premised that the Supreme Court – compared to its foreign counterparts – has always been very reluctant to engage in communication because of the fear that openness towards journalists and citizens might jeopardise its legitimacy and independence. Suffices to remember that, until the 1920s in the United States the press did not even receive a copy of the written opinion of Supreme Court on the day of announcement; still today just a few seats are available for the press during the oral arguments or the announcements of opinions, whereas the rest of the process happens behind closed doors. Neither cameras, nor videos are allowed in the Supreme Court and transcripts are available within hours.⁴¹

stitutionnel.fr/publications/titre- vii/la-continueite-du-fonctionnement-du-conseil-constitutionnel-durant-la-crise-sanitaire. See also *Vœux du Conseil constitutionnel au Président de la République. Discours de M. Laurent Fabius, Président du Conseil constitutionnel*, in 7 January 2021 available at https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2021-01/20210107_voeux_elysee2021.pdf.

³⁹ See Press release n. 19a/2020 of 18 March 2020 and press release n. 30/2020 of 20 May 2020.

⁴⁰ Urgent procedures related to the restrictions introduced by the Government were addressed by the Court in March and April 2020.

⁴¹ A large number of scholarly works are available on the subject, but among the latest contributions see R. DAVIS, *Justice and Journalists. The U.S. Supreme Court and the Media*, Cambridge New York, Cambridge University Press, 2011 and M. BUSH KIMBALL, *A History of Modern Press Access to the Supreme Court of the United States*, in *Communication Law and Policy*, (2021) 26/4, p. 438 ff.

In the last years the Supreme Court's only concession to new technology have been to release same-day transcripts of oral arguments on the court's website and audio recordings of those arguments at the end of each week.

During the Covid-19 pandemic, health concerns were the catalyst of change. As social distancing required at least six feet distance between people, and large gatherings were prohibited, in early May 2020 a coalition of news organizations asked the Supreme Court to allow live audio coverage of the oral arguments on major cases. In the beginning the Chief Justices Roberts rejected the request, but then the Supreme Court broke its traditional in order to adjust to the new reality. The Supreme Court decided not only to held oral arguments via teleconference, with parties connected by different locations⁴² but also, for the first time, to make arguments accessible live to anyone.⁴³ A live audio feed was made available to the Associated Press, C-SPAN and FOX News, the network pool chair.⁴⁴ FOX News was responsible for distributing the to the six network pool participants, and others were able to access the feed through the AP's website. A link to the live audio feed is also available on the homepage of the Court's website. As a commentator wrote,⁴⁵ this novelty resulted in "an unprecedented moment" for the Supreme Court. The question the Supreme Court has not answered yet is whether this change is just temporary or whether the initiative will survive the end of the pandemic, perhaps stimulating further changes in the Supreme Court's institutional communication.

3. The Courts' proximity to the public during the pandemic

During the months of the health emergency, Constitutional Courts attempted to engage even more proactively with the public to strengthen that idea of proximity to the people that they had already promoted before the pandemic.

The UK Supreme Court worked on improving the way in which it communicates, and the information provided to visitors. The Supreme Court also adopted an "accessibility improvement road map" for the

⁴² Press release regarding May teleconference oral arguments, 13 April 2020.

⁴³ A. LIPTAK, *Virus Pushes a Staid Supreme Court Into Revolutionary Changes*, in *The New York Times*, 2 May 2020.

⁴⁴ See BUSH KIMBALL, *A History of Modern Press Access*, cit., p. 503.

⁴⁵ J. WEBGMAN, *Live from D.C., It's the Supreme Court!*, in *The New York Times*, 5 May 2020 at p. 2.

website, addressing a number of technical and content issues to make it even more easily accessible.

The Italian Constitutional Court even launched in September 2020 its app in order to provide easy access to all the contents of its website, including the judgements.

Is it possible to argue that media coverage was slightly reduced during lockdowns, but the notable activities which drew attention included the swearing-in of new Justices (in Italy and in the UK, for instance) received good media coverage. Some Courts (for instance the UK Supreme Court or the German Constitutional Court) usually offer embargoed copies of the judgments to members of the media shortly before the official release of the case. This practice was limited during the pandemic, but journalists continued to be kept up to date with the work of the courts in an accurate, timely and accessible manner.

Furthermore, during the pandemic constitutional courts also tried to raise public awareness on their role, on the importance of their judgements in everyday life and on the rule of law, the respect of constitutional principles. It is interesting to note that courts reiterated an idea they had already expounded in the last years, describing their improved institutional communication as “a social duty”. In their own words, courts had already defined their dialogue with citizens as a “mission”,⁴⁶ “a responsibility”⁴⁷, or “a task”⁴⁸, coming from the need to foster a constitutional culture and communicate “the idea of a democratic, plural, open and tolerant society”⁴⁹. As I emphasised in previous work on this topic, behind the assumption of a proactive role in communication, there is not only the will of Constitutional and Supreme Courts to provide accurate information about judgments and courts’ many judicial and extrajudicial activities, but also the awareness of their duty to educate the constitutional conscience of citizens.⁵⁰

This idea was reiterated by the Courts also during the health emergency:

⁴⁶ See R. DRAGIČEVIĆ-DIČIĆ, *The Authority of the Judiciary. Communication Strategies*, Inaugural Speech at the European Court of Human Right, 6 January 2018, available at https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20180126_Dragicevic-Di-cic_JY_ENG.pdf.

⁴⁷ G. LATTANZI, *La nostra Costituzione è uno scudo per i più deboli che siano italiani o stranieri*, cit., p. 5.

⁴⁸ M. CARTABIA, *Porte aperte alla Consulta*, Interview to Corriere della Sera, 27 March 2019.

⁴⁹ G. LATTANZI, *La nostra Costituzione è uno scudo per i più deboli che siano italiani o stranieri*, cit., p. 5.

⁵⁰ See A. SPERTI, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in *Diritto e Società*, 4/2019, p. 735 ff. and A. SPERTI, *The Impact of Information and Communication Revolution on Constitutional Courts*, in M. BELOV (ed.), *The IT Revolution and Its Impact on State, Constitutionalism and Public Law*, Oxford, Hart Publishing, 2021, p. 183 ff., p. 183 ff.

the UK Supreme Court, for instance, described the continuity of functions and engagement with public as an “essential public duty” and although its building was closed to the public for much of 2020, the Court made a particular effort to engage people virtually with the Court’s work through social media channels. For instance, throughout December 2020 the Supreme Court ran a ‘virtual Advent calendar’ on Instagram in which it showcased a different architectural feature of the building each day. Each image was accompanied with a short amount of text explaining the significance of the image in order to give the posts an educational dimension. The Supreme Court also ran a jargon busting series in which it addressed questions on some technical terms the public is not familiar with in order to clarify their meaning.

In France, the President of the *Conseil Constitutionnel* in a public speech in early 2021 emphasised the mission of the *Conseil* during the challenging times of the pandemic, arguing that the court had “ensured that fundamental rights do not eclipse” and in order to “to guarantee, in all circumstances, respect for our Constitution”. This is why, aware of its duty to raise awareness of the role of the constitutional judge, despite this context, the *Conseil* had maintained the celebration of the tenth anniversary of the QPC, to mark the importance of this reform in consolidating the rule of law. Furthermore, during the pandemic the *Conseil constitutionnel* joined some initiatives to promote public knowledge of the Conseil’s role, such as the “The Night of Law” which through the most diverse events aimed to raise awareness of the law, its principles, its institutions, and its professions.

The Italian Constitutional Court also continued promoting a better communication with the general public and fulfilling its educational role on the constitutional values. The “library of the podcasts” of the Constitutional court was enlarged with a series of new “episodes”: in February 2021 the Court launched “Meetings” “with the voices of judges and writers, actors, philosophers, scientists, musicians, filmmakers, journalists, architects, historians, economists, publishers, theologians, artists, psychiatrists, poets, professors, and more...”.⁵¹ The purpose of the series is to let “the diverse world of culture – which has been especially hit by Covid restrictions – [to meet] the Constitutional Court, in dialogue with the judges on topics such as the secular State, attitudes to punishment, remembering tragic events of the past, the electoral law, universities, the right to love, human nature, and language and gender”.⁵²

⁵¹ See the Constitutional Court Annual Report 2021, cit., p. 52.

⁵² *Ibidem*.

Furthermore, the Court continued working together with schools in order “to promote a constitutionally aware culture among young people”, delivering some lessons in collaboration with the national broadcasting network⁵³. On June 2, 2021 – the anniversary of the Republic - the Court and the Ministry of Education organised a series of virtual meetings between Constitutional Court judges and schools, “to explore issues relating to constitutional principles and the values at the root of our life in society”.⁵⁴ On 8th of September 2021 the President of the Constitutional Court opened the celebrations for the World Day of Culture and Literacy. As stated on the Constitutional Court Annual Report, “this date will be etched on the memory of the Constitutional Court as a testimony to the commitment of the institutions and civil society to promoting culture and awareness of active citizenship”.⁵⁵ Finally, in 2021 for the first time the Constitutional Court went on TV in order “to explain decisions with a potentially powerful political and social impact, to introduce the Constitutional Court and the places where it performs its duties, to describe the institutional communication, and some of the most up-to-date decisions regarding communication in an attempt to bring the institution closer to citizens”.⁵⁶ The President of the Court, G. Coraggio, “gave two interviews at what was perhaps the most delicate moment during the Covid-19 emergency, a time of possibly confusing overlaps of regional and national powers, as well as evident disorientation among public opinion concerning fundamental and seemingly conflicting rights (health, education, work, free movement)”.⁵⁷

It should be noted that the Italian Constitutional Court - as its foreign counterparts - are aware of the risks a more proactive public engagement. As it has been emphasised, “Courts are perceived as jeopardising their impartiality by inserting themselves in public discourse which in the long run could be detrimental to their legitimacy”.⁵⁸ Therefore, in their statements, justices and chief justices often make clear that their purpose is to foster a culture of the Constitution and to raise awareness about the

⁵³ The programs are entitled “#maestri” and “La Scuola in Tivù” and all episodes are available also online.

⁵⁴ Constitutional Court Annual Report 2021, cit. at p. 64.

⁵⁵ Constitutional Court Annual Report 2021, cit. at p. 62.

⁵⁶ *Ibidem* at p. 66.

⁵⁷ *Ibidem* at p. 69.

⁵⁸ M. DE VISSER, *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2014, at ch. I, § 5. I have addressed the concerns for the legitimacy of constitutional courts due to their communication revolution in some previous works (see *The Impact of Information and Communication Revolution on Constitutional Courts*, cit., at p. 195 ff.).

importance of their role in the life of citizens. In performing this task, courts are neither selecting partisan interests nor representing a part of civil society; conversely, their direct dialogue with the public is functional to the transmission of constitutional values. As former President of the Court, G. Lattanzi pointed out, “the Court should not follow public opinion. The Constitution, with its fundamental principles of democracy, liberty, equality and solidarity is the only guide of the Court. In other words, the Court cannot and must not follow the mood of the Country, if they are not in line with the Constitution”.⁵⁹

Even during the pandemic, objections concerning the search of popular support probably prompted the Italian Constitutional Court to clarify that its initiatives were not motivated by a political purpose. In several interviews in 2020 and 2021 the Head of Communication of the Constitutional Court, D. Stasio, repeatedly emphasised that institutional communication of the Constitutional Court aim at promoting “public trust” and not political support.⁶⁰

4. *Concluding remarks*

The changes and initiatives described above stimulate some final questions and remarks.

The first one is how Constitutional Courts have been perceiving their distance from the public during the pandemic. Public statements of the members of the Courts make it possible to argue that the new forms of communication are perceived as temporary measures to be replaced by a direct relationship with the public at the end of the health emergency.

The President of the Italian Constitutional Court was very open when he stated that “from the technological point of view, I don’t know how much further we can go. However, what I would like to see in constitutional proceedings is real dialogue during the hearings. All too often they are a succession of monologues by the rapporteur and the lawyers of the various parties rather than a de- bate with questions and answers as in other courts. There is sometimes a hint of this, but I feel we are far behind the American

⁵⁹ G. LATTANZI, *La nostra Costituzione è uno scudo*, cit., p. 5.

⁶⁰ See, D. STASIO, *Il senso della Corte per la comunicazione*, in *Questione Giustizia*, 4/2020, p. 156 ff. but see also the interview released by D. Stasio on SkyTG24 whose link is available on the Constitutional Court Annual Report 2021, cit., p. 69.

Supreme Court or even our own European courts”.⁶¹

The President of the UK Supreme Court shared a similar impression, arguing that the Lord Justices “look forward to returning to hearings in the court building when it is possible to do so”. Although he admitted that “it is important that the public can see and understand how and why decisions are made, so that they have confidence in the justice system”, he also emphasised that “We are conscious that participating in a virtual hearing is a different experience from taking part in a hearing in court. Counsel have reported that virtual hearings are more tiring, and that it can be more difficult to involve junior counsel and to take instructions during the hearing. We have responded by introducing a short break mid-morning and by allowing adjournments when instructions have to be taken. The justices are also conscious that there is not the same spontaneous interaction between the participants in a virtual hearing as there is in a courtroom, and the experience for litigants and members of the public is also very different”.⁶²

Those statements seem to confirm an impression I already emphasised in previous works on the topic, in particular that the opportunity to have access to a great deal of information has not only brought about a radical change in communication strategies of the courts, but it has also offered them new possibilities of dialogue and interaction with the public. The experience of the pandemic confirms that Justices have realised the importance of the direct engagement with the public and that this change cannot be reversed in the future.

However – and this is my second remark - the new communication revolution of court brings about many risks and calls courts and justices to a new responsibility, both at individual and collective level. The pandemic has intensified the speed and the breadth of the changes. It has also increased sentiments of fear of violation of fundamental rights, distrust towards ability of the political branches to provide an adequate answer to social claims. Constitutional courts took up the opportunities offered by new communication technology not only to strengthen the idea of proximity to citizens, but also to “use their authority for the endless mission of polity-building”⁶³. It is a role that courts have always performed but that now not only the potentialities of the new means of communication, but also the contingencies of the pandemic bring to a higher level.

⁶¹ Constitutional Court Annual Report 2021, cit. at p. 9.

⁶² See LORD REED OF ALLERMUIR, *Overview*, cit., p. 6.

⁶³ See M. CARTABIA, *Editorial. Court's Relations*, in *International Journal of Constitutional Law (ICON)*, 2020, vol. 18, p. 1 ff.

ABSTRACT

The paper analyses how Constitutional and Supreme courts have adapted their institutional communication during the global pandemic in order to engage with the public and the media and fulfill their duty of promoting “a culture of the Constitution”. Moving from the latest changes in the institutional communication of Constitutional Courts, the article focuses in particular on the solutions that Courts have adopted during the emergency in order to ensure transparency and accountability and at the same time, keep alive their relationship of the public. It emphasises not only how Courts have constitutional courts have tried to overcome difficulties to fulfill their functions and keep an effective communication with the public, but also the dangers of the new communication strategies of constitutional courts.

PRIVATE LAW PERSPECTIVES

Mariassunta Imbrenda

Debiti pecuniari e nuovi paradigmi tra crisi, emergenze, flessibilità

SOMMARIO: 1. Normativa emergenziale, endemicità delle crisi e conseguente adeguamento del paradigma delle obbligazioni. – 2. *Ratio* emergenziale, conflitti e unitarietà del sistema ordinamentale. – 3. La giurisprudenza formatasi in occasione dell'evento pandemico fedele all'orientamento tradizionale in materia di responsabilità necessaria del debitore pecuniario: rilievi critici. – 4. Spunti ricostruttivi a sostegno della inesigibilità della prestazione pecuniaria. – 5. *Segue*. Ruolo della rinegoziazione ed equilibrio finanziario. – 6. Rilievi conclusivi e prospettive *de jure condendo*.

1. Normativa emergenziale, endemicità delle crisi e conseguente adeguamento del paradigma delle obbligazioni

La contrazione di liquidità indotta dalle consistenti restrizioni alla vita sociale e dalla chiusura obbligatoria di buona parte delle attività imprenditoriali ha costituito uno degli aspetti cruciali della crisi pandemica, riproponendo l'annoso tema dell'inadempimento di necessità dei debiti pecuniari¹. Il problema è stato affrontato dal legislatore dell'emergenza relativamente ad alcuni specifici rapporti contrattuali per i quali sono state approntate una serie di misure temporanee², accompagnate dall'enunciato a

¹ Al riguardo si v. il pregevole contributo di G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, in Id. (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica*, Napoli, 2014, p. 281 ss., spec. p. 295 ss.

² Si pensi alla moratoria nel pagamento di rate di mutui e di *leasing*, al divieto di riduzione degli affidamenti bancari e facilitazioni nell'ottenimento di garanzie creditizie, alla sospensione del pagamento delle rate di mutuo prima casa per lavoratori autonomi e liberi professionisti: art. 5 c. 2, d.l. n. 6 del 2020 conv. in l. n. 13 del 2020. A quelle contrattuali si aggiungono le misure finalizzate a preservare la continuità delle imprese nella fase dell'emergenza Covid-19, ex d. l. 8 aprile 2020, n. 23, dell'8 aprile 2020, c.d. "Decreto Liquidità", come l'improcedibilità dei ricorsi depositati tra il 9 marzo 2020 e il 30 giugno 2020 per la dichiarazione di fallimento e il differimento della entrata in vigore del codice della crisi e dell'insolvenza. Il duplice piano d'intervento del legislatore, vale a dire il diritto dei contratti e il diritto della crisi d'impresa, viene ben evidenziato da I. PAGNI, *Crisi d'impresa e crisi del contratto al tempo dell'emergenza sanitaria, tra autonomia negoziale e intervento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2/2021, p. 349 ss., anche in *Defure* (da

valenza trasversale³ che esonera il debitore da responsabilità, subordinatamente alla prova – oggetto di valutazione da parte del giudice - che il ritardo o l’inadempimento contrattuale siano maturati nel contesto emergenziale per aver egli osservato una misura pubblica di contenimento⁴.

Tali provvedimenti – come del resto, sull’onda della crisi finanziaria del 2008, gli interventi in materia di locazioni e mutui, in specie volti all’acquisto dell’abitazione⁵, in uno con il ventaglio di strumenti atti a

cui si cita), la quale opportunamente sottolinea la necessità di «individuare un collegamento tra il diritto dei contratti e quello della crisi d’impresa e cercar di colmare lo spazio vuoto che c’è [...] tra la crisi della singola relazione contrattuale e la crisi dell’attività d’impresa, oggi che i problemi del contratto si propagano, attraverso le filiere di rapporti, all’intero sistema delle imprese» (§ 1).

³ La scelta del legislatore italiano, di tralasciare la natura giuridica delle parti del rapporto obbligatorio, si differenzia da quella adottata in altri Paesi europei. Il legislatore tedesco, ad esempio, all’art. 240 § 1 dell’EGBGB, novellato dal c.d. pacchetto Giustizia – covid, ha attribuito ai soli contraenti debitori qualificabili come consumatori o microimprese il diritto temporaneo (fino alla cessazione della moratoria, individuata nella data del 30 giugno 2020) di rifiuto dell’esecuzione se l’impossibilità del loro adempimento è dovuta al Coronavirus e se riguarda un rilevante rapporto obbligatorio continuativo (*Dauerschuldverhältnis*).

⁴ L’art. 91, d.l. n. 18 del 2020, “*Disposizioni in materia ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall’attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici*”, prevede: «All’articolo 3 del Decreto Legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, dopo il comma 6, è inserito il seguente: *6-bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell’esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all’applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*». Il tenore letterale dell’enunciato sembra escludere – come rileva A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell’isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *Giustizia civile.com.* - ogni automatismo in ordine alla decisione che il giudice è chiamato a prendere. Per l’art. 56, d.l. Cura Italia, «l’epidemia da COVID-19 è formalmente riconosciuta come evento eccezionale e di grave turbamento dell’economia, ai sensi dell’articolo 107 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea», si da giustificare l’adozione delle misure di sostegno finanziario alle micro, piccole e medie imprese italiane, consistenti nella sospensione dei pagamenti in seno a determinati rapporti bancari. Proprio in ragione dell’esplicito riferimento nella rubrica dell’art. 91 cit., ai “ritardi o inadempimenti contrattuali”, si ritiene che si sia voluto intervenire sulle obbligazioni contrattuali in generale, a prescindere dall’oggetto, dal titolo o dalla fonte: G. DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento anti covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento*, in *Diritto virale. Scenari e interpretazioni delle norme per l’emergenza Covid-19*, in *giuri.unife.it/coronavirus/diritto-virale*, p. 45 s., il quale tuttavia puntualizza che il legislatore, in sede di stesura della disposizione, probabilmente ha pensato *in primis* alle obbligazioni pecuniarie.

⁵ Si allude all’obbligo di rinegoziazione e alla sospensione del pagamento di rate *ex art.* 3, d. l. 27 maggio 2008, n. 93, conv. in l. 24 luglio 2008, n. 126; e al fondo destinato agli

rilanciare l'economia - appaiono complessivamente protesi a stemperare in un'ottica di interventismo pubblico e di *welfare* le ricadute pratiche del tradizionale assioma secondo cui il debitore pecuniario non può mai essere liberato per impossibilità sopravvenuta della prestazione *ex art.* 1218 c.c., o per meglio dire per impotenza strettamente finanziaria⁶, con la conseguenza che grava sullo stesso il rischio di una eventuale crisi di liquidità, quand'anche derivante da insolvenza altrui o da congiunture di mercato. Si tratterebbe infatti di aspetti rientranti nella sfera organizzativa del debitore il quale, in piena libertà e secondo diligenza, è tenuto a gestirli al meglio al fine di onorare i debiti assunti⁷.

inquinili morosi incolpevoli istituito dall'art. 6, D.L. 31 agosto 2013, n. 102 presso il Ministero delle infrastrutture e dei Trasporti - fondo, che affianca quello previsto dall'art. 11 della L. 9 dicembre 1998, n. 431 per il sostegno all'accesso alle abitazioni in locazione, al quale il d.l. appena citato ha assegnato un'ulteriore dotazione -; ma si v. anche l'art. 2, co. 476 della L. 24 dicembre 2007, n. 244, istitutivo del Fondo di solidarietà per i mutui prima casa, seguito dalla istituzione, *ex d.l.* 25 giugno 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133, del Fondo per l'accesso al credito per l'acquisto della prima casa da parte delle giovani coppie o dei nuclei familiari monogenitoriali.

⁶ La Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile (§§ 571 e 577) *chiarisce che «non può, agli effetti liberatorii, essere presa in considerazione l'impossibilità di adempiere l'obbligazione, originata da cause inerenti alla persona del debitore o alla sua economia, che non siano obiettivamente collegate alla prestazione dovuta»*. *Ex multis*, in dottrina, muovendo dalla inadeguatezza del tratlatico riferimento (peraltro largamente seguito in giurisprudenza: v. Cass., 17 giugno 1980, n. 3844, in *Arch. civ.*, 1980, p. 905; Cass., 16 marzo 1987, n. 2691, in *Banca borsa tit. cred.*, 1988, II, p. 583, con nota di B. INZITARI, *Il ritardo nell'inadempimento del debito di valuta estera*) al principio *genus numquam perit* (sotteso all'art. 61 cod. comm. 1882) per ricostruire la disciplina della responsabilità del debitore pecuniario, cfr., M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1959, p. 221 ss., il quale (p. 299) argomenta la «incondizionata responsabilità del debitore» facendo leva sulla «peculiare struttura economica e giuridica delle obbligazioni pecuniarie» (nella prospettiva funzionale del denaro, v. T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1959, p. 61 ss.; B. INZITARI, *La moneta*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. Galgano, VI, Padova, 1983, p. 4 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991, p. 475 ss.); A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Torino, 1996, p. 125 ss., che fonda la responsabilità illimitata del debitore sull'art. 2740 c.c. Da queste posizioni "oggettive" si discosta C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, Milano, 2012, p. 28 s., secondo il quale, data la mancanza di una regola codicistica particolare, la responsabilità del debitore pecuniario rientra nella disciplina generale della colpa: egli cioè è sempre in colpa perché non ha provveduto ad adempiere con i beni del suo patrimonio *ex art.* 2740 c.c., o perché si è obbligato «senza premunirsi contro le comuni cause d'insolvenza», fatta eccezione per le ipotesi in cui l'impotenza finanziaria o il ritardo siano stati causati da eventi straordinari e imprevedibili o impedimenti non evitabili.

⁷ P. RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 175.

Proprio in ragione di tale radicato convincimento, autorevole dottrina osservava, a suo tempo, come dinanzi ad eventi eccezionali che impediscono o rendono gravemente difficoltoso l'adempimento, il legislatore sia solito intervenire con provvedimenti altrettanto eccezionali⁸.

In linea di principio, appare evidente che i provvedimenti emergenziali se, per un verso, esprimono l'inadeguatezza del diritto ordinario rispetto alla mutata e impreveduta situazione fattuale, dalla quale emerge la necessità di un intervento urgente sospensivo o derogatorio; dall'altro sono essi stessi garanzia di conservazione dei valori ed interessi normalmente protetti dall'ordinamento⁹.

Tuttavia, la crisi – come suggerisce l'etimo stesso della parola¹⁰ - *più che* uno stato di fatto momentaneo «è anche e soprattutto viatico verso nuovi assetti»¹¹ e le soluzioni approntate in via emergenziale per fronteggiare questo stato di disorganicità possono evolvere verso un ordine diverso¹². Ai fini del discorso che si tenta qui di sviluppare, occorre dunque considerare che le moratorie e le deroghe volte, da ultimo, a mitigare i conflitti ingenerati dallo *shock* pandemico denunciano l'urgenza di tutele che, sia pure in forma meno massiva, non è affatto destinata ad arrestarsi con l'uscita da questa lunga ombra, stante l'andamento sempre più strutturale delle crisi economiche¹³; e che, a fronte dell'"austerità permanente" cui sono informate

⁸ Così M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 305.

⁹ Utile, ai fini del discorso che si vuol qui sviluppare, è il contributo di G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, 2003, p. 14 ss.; v. anche le considerazioni critiche di D. BUTTURINI, *Il diritto della crisi economico-finanziaria tra ragioni dell'emergenza e giudizio di costituzionalità*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2016, p. 5, la cui analisi si concentra sul diritto prodotto in conseguenza della crisi finanziaria del 2007, puntualizzando i diversi concetti di "crisi" ed "emergenza" e la varietà di accezioni che possono rispettivamente assumere. Nella civilistica, il tema della crisi, con particolare riferimento alla crisi finanziaria del 2007, è stato attentamente scandagliato: si v., A. LUMINOSO (a cura di), *Diritto e crisi. Atti del convegno di studi per i trent'anni della Rivista giuridica sarda (27-28 novembre 2015 – Cagliari)*, Milano, 2016; G. ALPA - E. NAVARRETTA (a cura di), *Crisi finanziaria e categorie civilistiche*, Milano, 2015. Sull'onda della crisi pandemica, ha preso corpo, inoltre, un vastissimo dibattito, nell'ambito del quale v. *Emergenza Covid-19. Speciale n. 1-2-3 di Giustizia Civile*.

¹⁰ Dal verbo greco *krino*, ovvero separare, cernere, in senso più lato, discernere, giudicare, valutare, da cui è possibile cogliere una sfumatura positiva: un momento di crisi cioè di riflessione, di valutazione, di discernimento, può dunque trasformarsi nel presupposto necessario per un miglioramento, per una rinascita, per un rifiorire prossimo.

¹¹ D. BUTTURINI, *Il diritto della crisi economico-finanziaria*, cit., p. 4.

¹² D. BUTTURINI, *o.c.*, p. 6, le cui riflessioni sulla c.d. emergenza evolutiva – antitetica a quella "conservativa" – attengono al passaggio dallo Stato sociale allo Stato debitore.

¹³ Al punto che, sotto la spinta della crisi finanziaria del 2008, il concetto stesso di "crisi"

le attuali politiche pubbliche di protezione sociale¹⁴, il perseguimento degli obiettivi di solidarietà, di coesione e giustizia sociale, rimesso tradizionalmente al settore pubblico, si sposta sempre di più – in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, c. 4, cost.) - sul piano delle relazioni di diritto privato¹⁵ (il terzo settore ne è un plastico esempio). In questa prospettiva, la normativa emergenziale può ben fungere da fattore di accelerazione di un mutamento di paradigma dei debiti pecuniari¹⁶, plasmato sull'astratto *favor creditoris*, nella direzione di una sostenibilità rapportata alle condizioni in cui, in concreto, il debitore versa. Un primo importante segnale in tal senso lo offre la disciplina del sovraindebitamento, il cui *iter* è stato avviato proprio durante la crisi finanziaria del 2008 e che significativamente ha trovato collocazione, nella l. n. 3 del 2012, accanto alle disposizioni in materia di usura ed estorsione. Ma, più in generale, allargando lo sguardo retrospettivamente, non può non rilevarsi come taluni importanti snodi raggiunti sul piano della giustizia delle relazioni contrattuali e dei rapporti obbligatori si rivelino essere il precipitato di fasi di crisi che hanno attraversato l'ultimo secolo. Basti considerare l'inserimento nel codice civile del 1942 della inedita fattispecie generale della "eccessiva onerosità" sopravvenuta come ulteriore causa di risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive¹⁷. Tale fattispecie - la quale si lega al d.lgs.lt. 27 maggio 1915 n. 739, in cui il legislatore, nella congiuntura della prima

assurge a fulcro delle politiche economiche e sociali delle istituzioni europee: il documento operativo *Europa 2020*, del 2010, traccia una strategia decennale finalizzata ad "uscire dalla crisi" e "anche a colmare le lacune del nostro modello di crescita e creare le condizioni per un diverso tipo di sviluppo economico, più *intelligente, sostenibile e solidale*"; viene in considerazione anche il "*Protecting fundamental rights during the economic crisis*", elaborato nel 2017 dall'Agenzia dell'UE per i diritti fondamentali. Per una disamina diacronica delle diverse fasi di crisi susseguitesi nell'arco di poco più di un secolo e dell'incidenza esercitata sulla cultura civilistica, v. G. ALPA, *Introduzione*, in ID. - E. NAVARRETTA (a cura di), *Crisi finanziaria e categorie civilistiche*, cit., p. 11 ss.

¹⁴ P. PIERSON, *Coping with permanent austerity: welfare state restructuring in affluent democracies*, in *Rev. franç. sociol.*, 43-2, 2002, p. 369 ss.

¹⁵ Questo ruolo del diritto privato viene sostenuto da E. CONTU, *Possibili strumenti di diritto privato nel contrasto della povertà: alcune riflessioni tra mercato e istanze sociali*, in *Jus Civile*, 5, 2018, p. 575 ss.

¹⁶ Critico verso la prospettazione storica delle obbligazioni è P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 849 s.; ID., *Le obbligazioni: tra vecchi e nuovi dogmi*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, p. 83 ss.

¹⁷ La Relazione al Re esplicita (§ n. 133), che con l'art. 1467 c.c. «si introduce in modo espresso e in via generale il principio dell'implicita soggezione dei contratti con prestazioni corrispettive alla clausola *rebus sic stantibus*, sulle tracce del diritto comune, e, quindi in collegamento con una tradizione prettamente italiana».

guerra mondiale, giustificò l'inadempimento del debitore qualora lo stato di guerra avesse reso eccessivamente onerosa la prestazione dovuta¹⁸ - segna una discontinuità rispetto al codice previgente (v. art. 1225, cod. 1865) e, di rimando, agli altri codici della tradizione civilistica ottocentesca (*code civil* e BGB), del tutto silenti, sino alle recenti riforme¹⁹, sui problemi delle sopravvenienze in termini di disciplina generale del contratto, dando in tal modo rilievo, nel corso dell'esecuzione del contratto, alla sproporzione nel valore delle prestazioni. Ancora una volta, è lo scenario emergenziale del primo conflitto bellico mondiale²⁰ l'*humus* nel quale affiorano i prodromi

¹⁸ Per una applicazione giurisprudenziale, v. App. Milano del 24 febbraio 1917, in *Riv. dir. civ.*, 1917, p. 315 ss., che si sofferma sulla portata dell'intervento normativo, affermando che «quel decreto [...] ha voluto dettare una norma eccezionale e transitoria nell'interesse dell'economia nazionale per ovviare al danno che a questa potrebbe derivare dal grave turbamento che il commercio risentirebbe se il debitore dovesse rimanere obbligato ad eseguire la prestazione, anche quando questa, per il fatto della guerra, gli fosse diventata eccessivamente onerosa».

¹⁹ La *Schuldrechts-Modernisierungs-Gesetz*, in vigore dal 2002, oltre a disciplinare espressamente l'estinzione dell'obbligazione in caso di "impossibilità materiale" (§ 275, comma 2, del BGB), ha codificato la teoria della "perdita del fondamento negoziale" (§ 313 del BGB), individuando come rimedio primario quello manutentivo dell'adeguamento del contratto azionabile attraverso specifica domanda giudiziale. Il rimedio caducatorio dello scioglimento del vincolo contrattuale (attraverso il recesso) interviene solo qualora l'adattamento del contratto non sia possibile o sia inesigibile da una delle parti. L'ordinamento francese, sino al 2016 caratterizzato da una forte rigidità nella applicazione del principio *pacta sunt servanda*, con la *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, ha invertito la propria tendenza ed ha recepito la teoria dell'*imprévision* all'art. 1195, *Code Civil*. Anche in questo caso, la norma prevede la possibilità per la parte svantaggiata di chiedere la rinegoziazione dell'accordo originario. In caso di rifiuto della controparte o di fallimento delle trattative, si prevede che le parti possono accordarsi per la risoluzione del contratto o al fine di definire le condizioni dello scioglimento o dell'adeguamento giudiziale del contratto. Solo nel caso in cui le parti non raggiungano un accordo sarà possibile per il giudice, su domanda di ciascuna parte, procedere all'adeguamento o allo scioglimento del contratto. Entrambi gli ordinamenti, sulla scorta della *soft law* sovranazionale, hanno legislativamente previsto a favore della parte onerata il rimedio manutentivo della rinegoziazione (non introducendo però un vero e proprio obbligo) ed in caso di fallimento delle trattative hanno attribuito rilevanti poteri di intervento al giudice. Occorre ricordare infatti che la previsione di rimedi manutentivi come la rinegoziazione ed il potere di adeguamento del giudice caratterizza (anche se con alcune differenze) tutti gli strumenti di *soft law* sovranazionale elaborati a partire dagli anni '90 dello scorso secolo (Principi UNIDROIT, PECL, DCFR).

²⁰ Significativamente richiamato dal *Reichsgericht* nella nota sentenza del 21 settembre 1920. La Corte riconobbe di «avere predisposto eccezionalmente – a fronte del rovesciamento e della sovversione di tutti i rapporti economici a causa del corso impensato e dell'esito della guerra - una forma di intervento sui contratti già conclusi, tale che il desiderio di una parte di sciogliere il rapporto contrattuale [sia] fosse considerato corretto, quando il

della inesigibilità della prestazione come principio che «*che governa l'intero diritto delle obbligazioni [...] quale limite del vincolo*»²¹, ovvero principio mediante il quale poter «assicurare, quale premessa fondativa dell'ordinamento giuridico, la vigenza dei valori esistenziali»²².

2. Ratio emergenziale, conflitti e unitarietà del sistema ordinamentale

La riflessione non può né deve esaurirsi nella esegesi della normazione *ad hoc*, evocata da una parte della dottrina dichiaratamente scettica circa la capacità del sistema di produrre, metaforicamente, un numero sufficiente

mantenimento del contratto secondo le nuove, profondamente mutate, circostanze, non [sia] fosse più economicamente esigibile». Nella trama argomentativa affiora il riferimento al concetto di prestazione economicamente inesigibile, ovvero, secondo una diversa prospettiva, economicamente impossibile da adempiere. Riferimento peraltro limpidamente contestualizzato – ed è questa la novità che occorre considerare ai fini del discorso che si cerca qui di sviluppare – all'interno di uno scenario di estrema emergenza, tant'è che la lettura realistica consegnataci negli anni '30 dal giurista statunitense J.P. Dawson (su cui v. O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012, p. 11), è quella di un modo della scienza giuridica volto a «rimuovere la crescente ondata di ingiustizia intollerabile».

²¹ Così H.C. NIPPERDEY, *Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1921, p. 34, riferendosi all'aggravamento economico rilevante della prestazione, intervenuto dopo la conclusione del contratto».

²² O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012, p. 14 s., nel descrivere il passaggio, una volta disancorato dall'area dello squilibrio economico delle prestazioni, del concetto di inesigibilità “materiale” in quello di inesigibilità “ideale”, compiuto da dottrina e giurisprudenza tedesche dei primi anni '20. In tal modo l'inesigibilità «configura criterio irrinunciabile per individuare la normativa più adeguata al regime dell'obbligazione». Occorre tuttavia precisare che il vigente § 275 BGB sull'impossibilità non si applica ai debiti in denaro e che l'insolvenza (*Zahlungsunfähigkeit*) non integra un'ipotesi soggettiva di impossibilità né tantomeno il debitore può rifiutarsi di adempiere per impossibilità “economica”, ex § 313 BGB, *quando la prestazione diviene più onerosa in conseguenza di un sopraggiunto aumento dei prezzi di mercato*. Sul punto, F. AZZARRI, *Corona-Krise e diritto tedesco delle obbligazioni e dei contratti: Le sopravvenienze della pandemia tra BGB e legislazione speciale*, in *Jus Civile*, 2021, 2, p. 308 s.: relativamente alle misure di contrasto della pandemia, il ricorso alla norma in questione è parso ammissibile quando, pur rimanendo stabili i prezzi di mercato, il costo della prestazione cresca a causa dell'incidenza della spesa che il debitore sostiene per adeguarsi ai necessari protocolli sanitari. Anche i Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali, statuiscono che il debitore inadempiente è tenuto a risarcire il danno al creditore «indipendentemente dal fatto che il mancato pagamento fosse scusato o meno» (art. 7.4.9, comma 1).

di «anticorpi»²³, alla stregua di «una sorta di *New Deal* normativo» atto a prevenire «il contenzioso destinato a scatenarsi a seguito dell'incidenza della pandemia»²⁴, come l'unica strada percorribile per garantirne la tenuta²⁵.

L'assunto si presta ad un duplice ordine di rilievi. Con riguardo a questo specifico profilo, di politica della giustizia, appare riduttivo interrogarsi sulla tenuta del sistema avendo riguardo alla sola giurisdizione ordinaria, in specie se si pone mente al ruolo che gli strumenti di ADR possono esplicare in una materia particolarmente critica come quella in esame. Tali strumenti - valorizzati nella recente legge di riforma del processo civile, n. 206 del 26 novembre 2021²⁶, non soltanto, secondo le parole del ministro Cartabia, per gli «effetti virtuosi di alleggerimento dell'amministrazione della giustizia», ma in funzione della loro «complementarità rispetto alla giurisdizione» - «*se ben calibrati, tracciano percorsi della giustizia che tengono conto delle relazioni sociali coinvolte, risanano lacerazioni e stemperano le tensioni sociali*»²⁷. Nel quadro di un unitario sistema giurisdizionale, indubabilmente suggellato dalla riforma²⁸, il ricorso a forme «coesistenziali» di composizione delle liti e dei conflitti rappresenta una risposta concreta all'emergenza economica

²³ Per questa efficace e suggestiva metafora, v. F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Giustiziacivile.com*, in *Emergenza Covid-19, Speciale, Uniti per l'Italia*, 1, 2020, 208.

²⁴ C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, in *Giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020; sul punto v. anche E. BELLISARIO, *Covid-19 e(alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *Giustiziacivile.com*, Speciale n. 3 *Emergenza Covid-19*, p. 124.

²⁵ Sul punto, v. ancora E. BELLISARIO, *Covid-19 e(alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, cit., p. 129.

²⁶ Recante «*Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata*». Le ADR costituiscono uno dei pilastri su cui si erge tale riforma, che introduce ulteriori incentivi fiscali per mediazione, negoziazione assistita e arbitrati; prevede l'estensione del patrocinio a spese dello Stato; riconosce, qualora il tentativo di conciliazione non sia portato a termine, l'utilizzabilità delle prove raccolte nelle procedure ADR nel processo civile.

²⁷ Come ben evidenziato dal Ministro Cartabia nella *Relazione alle commissioni giustizia di Camera e Senato del 15 e 18 Marzo 2021* sull'allora ddl AS 1662.

²⁸ Nel senso della unitarietà del sistema, sia consentito rinviare a M. IMBRENDA, *Il procedimento e le tecniche di mediazione*, in R. VITOLO (a cura di), *Mediazione e arbitrato nel sistema dei rapporti giuridici d'impresa*, Napoli, 2012, spec. p. 46; EAD., *Conciliazione e mediazione telematiche nell'esperienza nazionale e straniera*, in EAD. - A. FACHECHI (a cura di), *Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico*, Napoli, 2015, p. 29 ss.

e sociale²⁹, e può rivelarsi determinante nel perseguire coesione sociale e rilancio economico, obiettivi, di per sé, profondamente connessi e assolutamente imprescindibili³⁰.

Sotto il più generale profilo di politica del diritto, la prospettazione, ancora una volta, di un “micro-sistema”³¹ improntato ad una “autonoma” logica redistributiva del rischio di una crisi di liquidità, oltre che fornire una risposta parziale e sommaria al problema, che invece andrebbe affrontato a tutto tondo (viepiù in considerazione – come già accennato – del susseguirsi delle crisi economiche), può altresì determinare conseguenze aberranti in pregiudizio di categorie di contraenti solo in apparenza meno esposte agli effetti della congiuntura, finendo per disattendere l’istanza assiologica della piena ed effettiva attuazione dei principi di eguaglianza e di solidarietà sociale *ex art. 2 cost.* Se dunque la stessa legislazione dell’emergenza non può non essere interpretata sistematicamente, nell’unità dei principi fondamentali³²; è nell’unitarietà dell’ordinamento che va nondimeno ricercata la disciplina più adeguata al concreto assetto di interessi, sì da realizzare al massimo grado possibile i principi costituzionali concorrenti nella disciplina del fatto³³. L’obiettivo richiede una rilettura in chiave funzionale degli istituti civilistici, sganciata cioè dalle strettoie delle ricostruzioni astratte ed astoriche³⁴.

²⁹ È quanto si legge nel “Manifesto della Giustizia Complementare alla Giurisdizione”, promosso dagli “Esperti del Tavolo Ministeriale delle procedure in ambito civile e commerciale”, all’indomani dello scoppio della pandemia.

³⁰ M. MARINARO - L. D’URSO, *La riforma della giustizia e la mediazione negata*, in *mondoadr.it*; M. MARINARO, *Per una giustizia coesistenziale ai tempi del Covid-19*, in *open.luiss.it*.

³¹ N. IRTI, *Letà della decodificazione*, Milano, 1979, p. 66 ss.

³² È il monito di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 34 s., il quale, in critica alla posizione di N. Irti, osserva che non basta constatare che l’ordinamento da mono-sistematico è diventato poli-sistematico, con la conseguente legittimazione di un diritto civile dell’emergenza, asistematico e singolare, da interpretare fuori dell’unità dei principi fondamentali, ma occorre porsi rispetto alle leggi dell’emergenza in atteggiamento critico volto a saggiarne la conformità all’assetto giuridico-costituzionale.

³³ P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 618 s.: la conoscenza del giurista deve procedere dal particolare al particolare, tutto riducendo all’unità dei valori giuridici sui quali si fondano la convivenza sociale e la giustizia dei casi singoli.

³⁴ P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 132 s.; ma v., già, ID., *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare* (1969), ora in ID., *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, 1979, p. 39.

3. *La giurisprudenza formatasi in occasione dell'evento pandemico fedele all'orientamento tradizionale in materia di responsabilità necessaria del debitore pecuniario: rilievi critici*

L'univoco orientamento giurisprudenziale secondo cui «l'impossibilità che, ai sensi dell'art. 1256 estingue l'obbligazione, alla stregua del principio secondo cui *genus nunquam perit*, può verificarsi solo quando la prestazione abbia per oggetto un fatto o una cosa determinata o di genere limitato, e non già una somma di denaro [...] e non può consistere nella mera impotenza economica dipendente dall'inadempimento di un terzo nell'ambito di un diverso rapporto»³⁵, permea quel filone della giurisprudenza di merito che esclude, relativamente alle obbligazioni pecuniarie, l'assimilazione - sulla base dell'articolo 3, comma 6 *bis*, d.l. n. 6 del 2020 - del *lockdown* a un'ipotesi di impossibilità oggettiva sopravvenuta della prestazione. Si è così ritenuta ininfluenza, rispetto alla difficoltà della conduttrice di corrispondere il canone di locazione abitativa, la circostanza che fosse intervenuta dichiarazione di fallimento dell'impresa di cui la stessa era titolare, giacché «l'esecuzione di tale prestazione non implica una fase preparatoria o strumentale e non può ritenersi ostacolata o resa più difficoltosa a causa del rispetto delle misure di contenimento.

La difficoltà e persino l'impossibilità di essa è sempre un rischio del debitore. Allocarle in capo al creditore si porrebbe in contrasto con la serietà del vincolo giuridico. E ciò vale anche quando l'incapacità finanziaria del debitore sia sopravvenuta a causa di ragioni esogene di tipo economico, non potendosi, salvo accordo contrario, imporre al creditore di partecipare alla sfera economica del debitore»³⁶.

La perentorietà della conclusione sembra tuttavia stridere con la

³⁵ Cass. 15 novembre 2013, n. 25777, in *Dejure*; v. anche la risalente pronuncia di App. Firenze, 4 maggio 1950, in *Giurisprudenza toscana*, 1950, p. 216, secondo cui una sopravvenuta situazione di difficoltà economica nel reperimento di denaro liquido non è sufficiente a liberare il debitore.

³⁶ Trib. Palermo, 22 aprile 2021, n. 1773, consult. in www.iusletter.com., argomentando altresì che il soddisfacimento, attraverso la locazione, dell'esigenza di tipo abitativo e non commerciale, non comporta «uno svilimento dell'utilizzazione della prestazione da parte della conduttrice e non è quindi praticabile una indiretta eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione cui ella è tenuta». Ne consegue, dunque, che l'art. 3, comma 6 *bis*, d.l. n. 6 del 2020 non giustifica l'esonero dall'obbligo di pagamento del canone, né il ritardato adempimento della prestazione. In termini analoghi, Trib. Pisa, ord. 30 giugno 2020; Trib. Pordenone, ord., 8 luglio 2020; Trib. Torino, 2 luglio 2020.

cementata valorizzazione, ad opera della stessa giurisprudenza³⁷, del canone di buona fede e correttezza (art. 1175 e 1375 cod. civ.) - che si riconosce essere espressione dell'inderogabile dovere di solidarietà presidiato dall'art. 2 cost. - come «*criterio di determinazione del limite di esigibilità*»³⁸ della condotta debitoria da parte del creditore. L'approdo che impone «a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dagli specifici obblighi contrattuali o legali»³⁹ attenua la portata testuale dell'enunciato contenuto all'art. 1218

³⁷ *Leading case* è la sentenza n. 3775 del 20 marzo 1994, in cui la Corte di Cassazione statuisce che la clausola contrattuale (si trattava della clausola di definizione del prezzo del prodotto sulla base del prezzo di rivendita da parte dell'acquirente), pur validamente stipulata, debba essere interpretata nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175, 1366, 1374, 1375 c.c., intesi alla luce del dovere inderogabile di solidarietà, "ormai costituzionalizzato". Su questo assunto si innesta la nota pronuncia in materia di ridicibilità d'ufficio della clausola penale manifestamente eccessiva (Cass. 24 settembre 1999, n. 10511), nella quale si afferma come il dovere costituzionale di solidarietà attribuisca al canone di buona fede «una vis normativa e [...] contenuti positivi, inglobanti obblighi, anche strumentali, di protezione della persona e delle cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale». La prospettiva che assegna al giudice il ruolo di arbitro del sinallagma contrattuale, essendo chiamato, con riferimento alla clausola penale, a riequilibrare i rapporti tra le parti ai fini della garanzia di una «giustizia del caso concreto», trova ulteriore sviluppo in Cass., 18 settembre 2009, n. 20106 (c.d. sentenza Renault), ove si afferma che gli atti di autonomia contrattuale (nel caso di specie il recesso *ad nutum*) devono essere posti in essere «nel rispetto di determinati canoni generali - quali quello della buona fede oggettiva, della lealtà dei comportamenti e della correttezza (alla luce dei quali devono essere interpretati. Il fine da perseguire è quello di evitare che il diritto soggettivo possa sconfinare nell'arbitrio». Da ciò il rilievo dell'abuso nell'esercizio del proprio diritto» (pertanto, «l'eventuale esercizio abusivo del recesso [...] consentirebbero che il recesso *ad nutum* si trasformi in un recesso, arbitrario, cioè *ad libitum*, di sicuro non consentito dall'ordinamento giuridico»). Il che postula «un controllo da parte del giudice, al fine di valutare se l'esercizio della facoltà riconosciuta all'autonomia contrattuale abbia operato in chiave elusiva dei principi espressione dei canoni generali della buona fede, della lealtà e della correttezza». Meritano di essere richiamate anche le sentenze n. 10182 del 2009 e n. 22819 del 2010, nelle quali viene ulteriormente spiegato il "rapporto sinergico" tra canone della buona fede (a proposito del quale si discorre, rispettivamente, di «parte del tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico» e di «generale principio etico-giuridico») e dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 cost. Al giudice compete pertanto di individuare un limite interno ai rapporti giuridici già definiti dalla disciplina contrattuale «affinché l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso l'inderogabile dovere di solidarietà presidiato dall'art. 2 cost.».

³⁸ M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, p. 395.

³⁹ Cass., 10 novembre 2010, n. 22819, cit., che ricorda come anche secondo la Relazione ministeriale al codice civile, il principio di correttezza e buona fede «richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto

c.c., sì che, in presenza di circostanze che rendano, secondo una valutazione attuativa dei principi costituzionali, la condotta inesigibile, il debitore non è responsabile. Ciò, in mancanza di una regola specifica, dovrebbe poter valere anche per il debitore pecuniario⁴⁰, rispetto al quale, peraltro, l'art. 1822 c.c., prefigura, sia pur in funzione della legittimità del rifiuto del mutuante ad adempiere alla promessa di mutuo, una situazione di "notevole difficoltà ad adempiere". La lettura sistematica e assiologica dell'enunciato apre una breccia, quanto alle prestazioni di dare, segnatamente cose appartenenti ad un *genus* e denaro, nel muro della astratta possibilità di adempiere *ex art.* 1218, ove l'adempimento è funzione della solvibilità del debitore⁴¹ e assume nell'attuale contesto - nel quale il debito si tramuta da momento patologico a dato fisiologico, tale da investire oltre alle vicende dei privati (si pensi al prestito vitalizio ipotecario *ex l. n.* 248 del 2005, cui possono accedere persone di età superiore a 65 anni per soddisfare le proprie esigenze di vita), anche quelle degli Stati (debito sovrano) - una importante forza evocativa, una volta raccordata agli sviluppi normativi e giurisprudenziali che hanno avuto luogo nel corso degli ultimi anni.

4. Spunti ricostruttivi a sostegno della inesigibilità della prestazione pecuniaria

Nel panorama giurisprudenziale italiano, costituisce ormai un punto fermo il riconoscimento della inesigibilità legato alle sopravvenienze non patrimoniali, vale a dire a squilibri dovuti alla sfera esistenziale del debitore. La Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi in materia, esplicitando che «quando, in relazione a un determinato adempimento, l'interesse del creditore entra in conflitto con un interesse del debitore tutelato dall'ordinamento giuridico o, addirittura, dalla Costituzione come valore preminente o, comunque, superiore a quello sotteso alla

riguardo all'interesse del creditore».

⁴⁰ Limpida la posizione di C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, cit., p. 28 s., nel sostenere che la responsabilità del debitore pecuniario rientra nella disciplina generale, giacché il codice sulla stessa non detta una regola particolare. Tuttavia, l'a. ammette che il debitore pecuniario potrà essere considerato non in colpa solo quando la sua impotenza finanziaria sia stata causata da eventi straordinari o imprevedibili ovvero l'adempimento sia stato ritardato da altri impedimenti non evitabili con la dovuta diligenza.

⁴¹ Sul punto, A. DI MAJO, *Diritto e patrimonio nell'obbligazione*, in G. GRISI (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Napoli, 2014, p. 28 s.

pretesa creditoria, allora l'inadempimento, nella misura e nei limiti in cui sia necessariamente collegato all'interesse di valore preminente, risulta giuridicamente giustificato»⁴². Occorre precisare che la questione in relazione alla quale è intervenuta la Corte vedeva il debitore impedito ad adempiere un onere consistente in un fare⁴³. Analogamente, nella giurisprudenza di legittimità (ordinaria e amministrativa), il principio di inesigibilità si collega alle sopravvenienze non patrimoniali, vale a dire a squilibri dovuti alla sfera esistenziale del debitore ma non si spinge a ricomprendere la difficoltà o insostenibilità del *quantum debeatur* nel suo risvolto economico.

Utili spunti si rinvencono tuttavia nella giurisprudenza penale in materia di “evasione di sopravvivenza” o “evasione forzata”⁴⁴. Secondo un consolidato orientamento, accolto anche dalla S.C., si esclude la ricorrenza del reato di omesso versamento Iva⁴⁵ per impossibilità incolpevole del contribuente di adempiere l'obbligazione tributaria⁴⁶ o perché in credito con lo Stato⁴⁷. La situazione è quella di un imprenditore o di un professionista che, a causa delle gravissime difficoltà economiche legate al momento di crisi⁴⁸, impiega il danaro disponibile per far sopravvivere la propria attività o per onorare altri debiti con maestranze e/o fornitori.

L'inadempimento fiscale è dunque controbilanciato, all'interno di una cornice socio-economica critica, dalla tutela del lavoro che, nella dimensione costituzionale, assurge a vero e proprio valore fondante della Repubblica (art. 1 cost.), come del resto la stessa Corte costituzionale – nella sentenza, di poco precedente, n. 85 del 2013 sull'Ilva – ha avuto modo di rimarcare, muovendo proprio dal considerare l'“attuale fase di recessione economica

⁴² Corte cost., sent. 3 febbraio 1994, n. 3; ma v. già sent. n. 149 del 1992, peraltro richiamata in motivazione. Al riguardo, v. anche A. di Majo, *o.c.*, p. 27.

⁴³ In particolare, la Corte aveva statuito che quella di «una persona, che non può assolvere alla condizione posta dalla legge per continuare a beneficiare del contributo pubblico sul mutuo edilizio, consistente nell'occupazione effettiva, continuativa e stabile della propria abitazione, a causa dell'esigenza di assistere in altra città il proprio padre gravemente ammalato e incapace di una vita autonoma» rientra fra le ipotesi di contemperamento con un superiore dovere di solidarietà sociale, qualificato come “inderogabile” dagli artt. 2 e 29 della Costituzione, in grado di costituire una ragionevole giustificazione dell'inadempimento del predetto onere».

⁴⁴ Sul punto, G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, cit., p. 290.

⁴⁵ Introdotto all'art. 10 *ter*, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 e più di recente modificato con un abbassamento della soglia di punibilità dal decreto fiscale n. 124 del 2019.

⁴⁶ *Ex multis*, Cass. pen., 4 aprile 2014, n. 15176, in *rivistatrimestraleDirittotributario.it*.

⁴⁷ Cass., 17 dicembre 2015, n. 49666, in *DeJure*.

⁴⁸ Richiamate anche in anche Cass., sez. un. pen., 12 settembre 2013, nn. 37424 e 37425, in *giurisprudenzapenale.com*, ove non esclude in linea di principio le stesse possano indurre a ravvisare una reale impossibilità incolpevole di adempiere.

nazionale e internazionale”, per giungere quindi ad affermare che la salvaguardia della sicurezza sociale e la difesa dell’occupazione (dall’art. 34.1, della Carta dei diritti fondamentali dell’UE emerge peraltro la relazione biunivoca tra sicurezza sociale e occupazione lavorativa) è preminente rispetto al pregiudizio arrecato all’ambiente e alla salute⁴⁹.

Un ideale *fil rouge* sembra tenere insieme l’orientamento della giurisprudenza tributaria non solo con quanto previsto nel c.d. decreto del fare n. 69 del 2013, circa la concessione della dilazione fino a 120 rate dei debiti con Equitalia, di cui può beneficiare chi si trovi, per motivi estranei alla propria responsabilità, in una accertata e grave situazione di difficoltà legata alla congiuntura economica, ma anche con la già menzionata galassia di moratorie e sospensioni in occasione delle crisi economica e finanziaria del 2008 dapprima e della emergenza da Covid-19 poi, aprendo la strada ad una forma di bilanciamento tra ragioni del credito e coesione sociale, i cui contorni operativi vanno meglio definiti.

5. Segue. *Ruolo della rinegoziazione ed equilibrio finanziario*

A tal proposito, appare utile richiamare la giurisprudenza che ha riconosciuto in favore del conduttore la riduzione del canone limitatamente ai periodi di *lockdown*, ritenuto causa dell’impossibilità parziale della prestazione. Il terreno è quello delle sopravvenienze contrattuali e dei conseguenti «doveri di contrattazione derivanti dai principi di buona fede e solidarietà», la cui mancata ottemperanza - secondo la nota ordinanza del Trib. Roma, n. 29683 del 27 agosto 2020⁵⁰ - rende «necessario fare ricorso alla buona fede integrativa per riportare in equilibrio il contratto nei limiti dell’alea negoziale normale».

L’indirizzo trova conforto nella linea tracciata dalla relazione tematica n. 56 dell’8 luglio 2020, curata dall’Ufficio del Massimario della Cassazione,

⁴⁹ G. GRISI, *L’inadempimento di necessità*, cit., p. 304.

⁵⁰ Che, su ricorso di una società avente ad oggetto l’esercizio di una attività di ristorazione, ha disposto, sia pure in via cautelare, la riduzione del canone di locazione, oltre alla sospensione della garanzia fideiussoria. V., anche Trib. Bari 9 giugno 2020; Trib. Roma, ord. 29 maggio 2020 e 27 agosto 2020; Trib. Venezia, ord. n. 5480/2020 e sent. del 30 settembre 2020. Non mancano al contempo pronunce di segno opposto (v., *supra*, § 3), che ritengono essere dovuti i canoni di locazione nell’intero ammontare in ragione del fatto che, in realtà, non vi è alcuna norma che legittimi la sospensione dei pagamenti (Trib. Pordenone, ord., 8 luglio 2020; Trib. Torino, 2 luglio 2020; Trib. Pisa, ord. 30 giugno 2020).

su “*Novità normative e sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*”, in ordine al ruolo della rinegoziazione come meccanismo atto ad intraprendere «il contemperamento tra istanze creditorie e debitorie relative alle prestazioni temporaneamente impossibili o eccessivamente onerose»⁵¹, come peraltro prospettato nella proposta di riforma della disciplina delle sopravvenienze (ddl Senato, n. 1151 del 2019-XVIII Legisl.)⁵².

Nel riferirsi ai contratti di locazione, anche di beni produttivi, incisi dallo scotto della pandemia, la relazione afferma che la prestazione di concessione in godimento rimane possibile e continua a essere eseguita quand’anche per *factum principis* le facoltà di godimento del bene risultino momentaneamente affievolite. Sì chè «Fare perno sulle disposizioni in materia di impossibilità sopravvenuta (art. 1464 c.c.) per smarcare in tutto o in parte il locatario dal pagamento del canone vuol dire correggere l’alterazione dell’equilibrio contrattuale, dislocando una porzione delle conseguenze finanziarie del Covid da una parte all’altra del contratto, ma sulla base di una considerazione che appare ispirata al buon senso, più che al rigore giuridico»⁵³.

Viene, inoltre, respinta in maniera netta l’idea che l’impotenza finanziaria, quand’anche incolpevole, liberi il debitore dall’obbligazione pecuniaria⁵⁴; tuttavia, si riconosce che dinanzi al «*venir meno dei flussi di cassa*» - *di cui* si discorre in termini di «contagio diffuso - «la terapia non è la cesura del vincolo negoziale, ma la sospensione, postergazione, riduzione delle obbligazioni che vi sono annesse»⁵⁵.

È *del tutto pacifico*, come meglio si dirà appresso, che la questione non attiene alla liberazione del debitore dal vincolo, quanto piuttosto alla

⁵¹ Impellenza, questa, - prosegue la relazione - che non si pone soltanto con riferimento a prestazioni concretamente interdette dalle misure di contenimento, ma anche con riguardo a quelle che si inseriscono nell’ambito di scambi contrassegnati da stagnazioni e rallentamenti gestionali o da aumenti smisurati dei costi di produzione o approvvigionamento di materie e servizi.

⁵² Con l’introduzione del «diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l’adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti», dunque prima e indipendentemente dall’intraprendere la strada dello scioglimento mediante risoluzione che sembra, per questa via, destinato a ricoprire un ruolo del tutto marginale.

⁵³ Si v. p. 4.

⁵⁴ Così a p. 7.

⁵⁵ È quanto si legge a p. 23.

possibilità di rimodulare l'adempimento della prestazione.

Ad ogni modo, la relazione lascia scorgere, attraverso un approccio relazionale e macroeconomico, una dimensione propriamente finanziaria nella rinegoziazione diretta a ristabilire l'equilibrio contrattuale: ragioni di «buon senso»⁵⁶ renderebbero pertanto opportuno correggere le alterazioni in sede contrattuale al fine di prevenire possibili *default*. In realtà, una significativa formalizzazione in tal senso è rinvenibile nel quadro della disciplina delle procedure di composizione negoziata della crisi d'impresa introdotta recentemente per dare attuazione alla c.d. Direttiva *Insolvency* (dir. n. 2019/1023/UE), incentrata sul concetto di “allerta precoce”⁵⁷. Alla luce dell'art. 10, d.l. n. 118 del 2021⁵⁸ - che prevede l'istituto della rinegoziazione dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita quando la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-COV-2 - l'equilibrio contrattuale assume una propria valenza in funzione dell'equilibrio economico-finanziario dell'impresa e come misura indispensabile ad assicurarne la continuità aziendale.

⁵⁶ Si v. ancora p. 4.

⁵⁷ L'assunto alla base della tematica dell'allerta - osserva M. PERRINO, *Disciplina italiana dell'allerta e Direttiva Insolvency: un'agenda per il legislatore*, in *dirittodellacrisi.it*, (2021), par. 2 - è del resto che la crisi di impresa, se non tempestivamente affrontata, è idonea alla progressiva distruzione dei valori coinvolti nella relativa attività, in pregiudizio di tutti gli interessi in gioco; e che per converso un intervento quanto più tempestivo di trattazione della crisi valga invece rispettivamente a massimizzare e proteggere quei valori ed interessi.

⁵⁸ L'art. 10 prevede che l'esperto possa invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita, se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia. Se le parti non raggiungono un accordo l'imprenditore potrà rivolgersi al Tribunale, che provvede (dopo aver acquisito il parere dell'esperto e tenuto conto delle ragioni dell'altro contraente) rideterminando equamente le condizioni del contratto per il periodo strettamente necessario ad assicurare la continuità aziendale. Il Tribunale, quindi, in via equitativa potrà ripristinare l'equilibrio contrattuale alterato dalla pandemia in funzione della continuità aziendale. La conseguenza allora sarà che se questa non è in gioco, il contratto proseguirà secondo le condizioni originarie. Se il tribunale accoglie la domanda, potrà assicurare l'equilibrio delle prestazioni anche attraverso un indennizzo a favore dell'altro contraente, nel determinare il quale dovrà anche considerare che è in gioco la continuità aziendale e che pertanto esso non potrà rappresentare a sua volta un ostacolo per il ripristino dell'equilibrio economico-finanziario dell'impresa.

6. Rilievi conclusivi e prospettive de jure condendo

Il piano della riflessione, nella prospettiva sistemica dei rapporti d'impresa⁵⁹, coinvolge necessariamente la posizione della persona-consumatore, nel senso che occorrono interventi non soltanto a monte ma anche a valle per poter preservare i valori produttivi dell'impresa. Il sovraindebitamento opera per l'appunto in tale direzione. Esso costituisce «un fenomeno tipico di una *credit society*», nella quale il credito al consumatore funge da «leva insostituibile per la crescita delle imprese»⁶⁰ e, come tale, è un meccanismo *market oriented*. La funzione pratica di “recuperare” al circuito economico (tanto “produttivo” quanto di mero “consumo”) un soggetto che, altrimenti, non avrebbe più gli stimoli o la possibilità materiale e giuridica per intraprendere nuove iniziative produttive o di consumo, risponde alla dinamica della economia dei consumi, avvantaggiando di riflesso, la categoria dei (potenziali, futuri) creditori, a fronte del “sacrificio” del singolo creditore. Ciò conduce a sgombrare il campo dalla configurabilità di un *favor debitoris*, analogamente alla disciplina del credito al consumo, dove il prestito responsabile, teso a prevenire il *default*, è un fine mediato e per ciò stesso strumentale alla efficienza del mercato⁶¹. Trova tuttavia collocazione l'interesse del debitore sovraindebitato “a comporre la propria crisi, anche senza il consenso dei creditori, attraverso la ristrutturazione del debito o, in ultima analisi, attraverso la liquidazione del patrimonio”.

La materia - la quale lascia scorgere la suggestione esercitata dalle teorie sulla finanza comportamentale⁶² - si presta al duplice obiettivo di contemperare le ragioni del debitore con quelle non più o non tanto

⁵⁹ Sul punto, si v. le interessanti considerazioni di R. VITOLO, *Sistema dei rapporti d'impresa e scenario economico*, in R. VITOLO - M. IMBRENDA, *Profili sistemici dei rapporti giuridici d'impresa*, Roma, 2020, p. 9 ss., il quale evidenzia: «Gran parte dell'attività dell'impresa è infatti riconducibile al rapporto economico con le famiglie», sì che «Il rapporto tra famiglie ed imprese è pertanto molto più stretto e meno conflittuale di quanto si pensi, nel caso in cui la proprietà del capitale sia distribuita e il mercato operi in condizioni di concorrenza» (p. 11).

⁶⁰ Così, C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, p. 73.

⁶¹ Per queste considerazioni, v. G. D'AMICO, *Responsabilità patrimoniale e procedure concorsuali nella “società del debito”: oltre la tutela (esclusiva) del creditore*, in *Questione Giustizia*, 2/2019, p. 177 s.; v. anche S. PAGLIANTINI, *Il debito da eccezione a regola*, in *Persona e mercato*, 2/2014, p. 104 ss.

⁶² Il cui massimo studioso è Richard Thaler, (si v., fra l'altro, R.H. THALER, *Misbehaving. La nascita dell'economia comportamentale*, Torino, 2018) insignito del Nobel per l'Economia nel 2017. In argomento, riguardo ai rapporti di credito, si v. le dense pagine di L.F. SIGNORINI, *Il contributo dell'economia comportamentale alla vigilanza sulla condotta*, in bancaditalia.it.

del singolo creditore (con riferimento ad un rapporto obbligatorio già in essere) bensì, come detto poc'anzi, della categoria dei creditori (o, per essere più precisi, di alcuni creditori) e, in definitiva, con l'interesse – che assurge a nuovo ordine pubblico - allo sviluppo degli affari e al massimo funzionamento del mercato che, in virtù della sua connotazione anche sociale (v., in particolare art. 3, co. 3, Trattato sull'Unione Europea, ove si accoglie esplicitamente il modello della economia sociale di mercato), non può sottrarsi al perseguimento di obiettivi solidaristici. Appare pertanto indubbio che la disciplina del sovraindebitamento sia innervata di una aspirazione superindividuale⁶³ di matrice anche solidaristica. La consapevolezza che l'idea stessa di democrazia oggi maggiormente condivisa postuli una effettiva attuazione della istanza solidaristica⁶⁴ spiana la strada a nuovi ed ulteriori meccanismi di gestione del debito privato, da affiancare al sovraindebitamento. Occorrerebbe, in particolare, privilegiare degli interventi a carattere preventivo che, raccordandosi alla operatività degli strumenti di autotutela di cui il creditore dispone (artt. 1186, 1467)⁶⁵, consentano al debitore civile che versi in una condizione di "allerta", prima ancora che di incapacienza, di rimodulare l'adempimento della prestazione. Il nostro ordinamento ammette peraltro da tempo, relativamente alle spese processuali e di mantenimento e alle sanzioni pecuniarie processuali (d.P.R., n. 115 del 2002), la possibilità per il «debitore che si trovi in disagiate condizioni economiche ovvero temporaneamente impossibilitato a pagare il debito in un'unica soluzione» di chiedere la dilazione, rateizzazione ovvero la dilazione e successiva rateizzazione delle spese in questione.

De jure condendo, la valutazione in ordine alla richiesta del debitore, analogamente a quanto previsto per le procedure di composizione della crisi d'impresa, potrebbe essere affidata ad un mediatore e/o consulente che, tenuto conto delle circostanze e degli interessi in gioco, sarebbe chiamato a determinare la durata della sospensione stabilendo, sulla falsariga del *délai de grâce*, un termine per l'adempimento.

⁶³ E. CONTU, *Possibili strumenti di diritto privato nel contrasto della povertà*, cit., p. 584.

⁶⁴ In linea con questa idea, R. FRANCO, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, in *giustiziacivile.com*, p. 13 s., auspica un salto culturale del diritto delle obbligazioni e dei contratti nel segno dell'Umanità e della 'circularità esistenziale', sì da giungere a conseguire «l'*Immunitas* (che, letteralmente, è assenza di vincoli) nella coltivazione della *Communitas* (che, letteralmente, è condivisione di oneri)».

⁶⁵ Strumenti nei quali si sostanzia il potere di controllo del creditore sulla posizione debitoria che peraltro, nella prospettiva della legalità costituzionale ed europea, più che esprimere una situazione di antagonismo e contrapposizione tra controllante e controllato, si arricchisce di un significato moderno di solidarietà e trasparenza: in argomento, sia consentito rinviare a M. IMBRENDA, *Controllo e rendiconto nelle situazioni patrimoniali*, Napoli, 2001.

Attraverso il potenziamento della strada concertativa nella gestione dei rapporti di debito privato, il paradigma del rapporto obbligatorio - ganglio, a sua volta, del sistema economico - acquisirebbe quella flessibilità e adattabilità che da tempo connota la società post-moderna e contemporanea⁶⁶. Il contraltare della responsabilizzazione, già emerso nella disciplina del sovraindebitamento, diverrebbe dirimente, analogamente al ruolo cardine che è dato riscontrare nella più recente cultura del lavoro. La mimesi tra orizzonte della *societas* e categorie⁶⁷ dello *ius* dovrebbe poter fornire risposte più efficaci alla esigenza di contenere, anche sul piano dei rapporti interpretati, i rischi sociali legati alle difficoltà economiche⁶⁸.

ABSTRACT

The emergency legislation can act as an acceleration factor of a paradigm shift of pecuniary debts, shaped on the abstract favor creditoris, in the direction of sustainability in relation to the conditions in which, in practice, the debtor pays.

Moreover, some important milestones reached on the level of justice of contractual relations and mandatory relations are the precipitate of crisis phases that have spanned the last century.

The strengthening of the concerted way in the management of private debt relationships would give the obligatory relationship - core, in turn, of the economic system - that flexibility and adaptability that has long characterized post-modern and contemporary society. The mimesis between the societas horizon and the categories of the ius should be able to provide more effective responses to the need to contain, also in terms of interpreted relationships, the social risks associated with economic difficulties.

⁶⁶ Si v., sul punto, la disamina sociologica di L. CARRERA, *La società flessibile: un percorso di lettura del cambiamento*, in *Vita e Pensiero*, 2004, p. 53 ss.; R. SENNETT, *L'uomo flessibile* (trad. M. Tavosanis), Milano, 2016; imprescindibili le riflessioni di Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2011 e Z. BAUMAN - C. BORDONI, *Stato di crisi*, Torino, 2015.

⁶⁷ Ad un ripensamento delle categorie ordinanti tramandate dalla tradizione giuridica è protesa la riflessione di N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, il quale sottolinea l'acquisita consapevolezza nei giuristi «di un radicale mutamento di prospettiva: non più un diritto che nasce dall'alto, nella rarefatta atmosfera di palazzi dove si fa sintesi dei conflitti sociali [...], ma semmai dal basso dei luoghi in cui questi conflitti si consumano e trovano composizione o in difficili mediazioni socio-economiche o nel delicato crogiolo del giudizio» (p. 7).

⁶⁸ L'art. 34.3 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, annovera il contrasto all'esclusione sociale e alla povertà.

Leysser León Hilario*

*Fortuna e fatalità della imitazione giuridica al tempo del Coronavirus
I rimedi contrattuali italiani messi alla prova...
in terre latinoamericane*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Breve cronaca transoceanica della pandemia – 3. Le sfide del diritto ed il ruolo della comparazione giuridica – 4. L'imitazione (fallita) del modello italiano dell'eccessiva onerosità della prestazione – 5. Il formante giurisprudenziale – 6. Le possibili ragioni del mancato successo dell'imitazione spiegate dal punto di vista della comparazione – 7. Conclusione.

1. *Introduzione*

Incomincio esprimendo una gran gioia per il fatto di trovarmi a Bologna, e di essere qui con voi questa mattina. Tornare in una città così strettamente legata alla vita universitaria, per partecipare alla Biennale dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato (AIDC), dopo più di vent'anni dall'inizio dei miei studi *post lauream* a Perugia nel 2000, sotto la guida indimenticabile del mio compianto Maestro, Luigi Corsaro (al cui ricordo resterà per sempre legata anche l'amicizia rispettosa che Egli seppe coltivare con alcuni dei più insigni rappresentanti della comparazione giuridica italiana, che sono oggi con noi, come gli amici Pier Giuseppe Monateri e Alessandro Somma, ai quali devo tanto, peraltro, nella mia formazione), mi commuove e al tempo stesso mi onora. Poter parlare oggi davanti all'auditorio dell'AIDC è, per me, se mi consentite di utilizzare un'analogia sportiva, come giocare a calcio sul campo sacro del Wembley Stadium.

L'argomento della relazione da me proposto al Comitato Organizzatore della nostra Biennale è uno che può essere considerato stranamente passato sotto silenzio negli studi comparativi in tutte le lingue. Ieri abbiamo sentito Franco Frattini parlare della necessità di valutare gli esiti della legislazione

* Professore ordinario principale di Diritto Privato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Pontificia Cattolica del Perù. Mantenendo le parole di circostanza e lo stile discorsivo, il testo qui pubblicato, integrato da alcune prime indicazioni bibliografiche, riproduce la relazione tenuta dall'autore nella III Sessione, Diritto privato e prospettive, del XXVI Colloquio Biennale della Associazione Italiana di Diritto Comparato, il 22 ottobre 2021.

uniforme tenendo conto delle differenti esperienze giuridiche nazionali, e cioè della realtà di ogni Paese, e poi Salvatore Sica ricordarci che la comparazione giuridica non è un semplice parallelo tra sistemi giuridici¹. Tuttavia, gli episodi di trapianto, imitazione, importazione, circolazione di modelli continuano ad essere descritti, in trattati e saggi specializzati, come fatti apparentemente neutri, dei quali gli studiosi devono limitarsi a renderne conto². Non è affatto comune trovare nelle pagine dei comparatisti un giudizio negativo o positivo sulle esperienze di imitazione³, né, ancor meno, del successo o del fallimento di un modello, o del modo in cui un determinato modello ha tentato di risolvere problemi giuridici in una realtà diversa da quella in cui è stato concepito⁴.

Parlerò, com'è ovvio, cercando di essere obiettivo, su come sia possibile, a mio giudizio, l'imitazione, in Perù, dell'istituto del diritto contrattuale codificato italiano al quale, probabilmente, più si è fatto riferimento durante la pandemia da Coronavirus: mi riferisco all'eccessiva onerosità della prestazione⁵.

¹ In linea con l'insegnamento di G. GORLA, voce *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, p. 6 (dell'estratto), la comparazione giuridica va distinta, infatti, dallo «studio del diritto straniero».

² Emblematico, in questo senso, è il manuale di A.T. VON MEHREN - J. GORDLEY - H. JIANG, *An Introduction to the Comparative Study of Private Law*², Cambridge (UK), 2021, p. 65 s.

³ Si vedano in merito, però, con riguardo alla tradizione di imitazione giuridica dei paesi latinoamericani, le osservazioni critiche di A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*², Torino, 2019, p. 141 s.

⁴ Il che spiega l'odierno interesse suscitato dalle prospettive di comparazione giuridica c.d. "critica". Si veda, di recente: G. FRANKENBERG, *Comparative Law as Critique*, Cheltenham (UK) & Northampton (USA), 2016, p. 17 s., nonché di quella che, radicalmente, nega ogni possibilità di "imitare" o "trapiantare" il diritto tra le diverse esperienze globali. Si veda: P. LEGRAND, *Le droit comparé*³, Paris, 2009, p. 50 s.

⁵ Si vedano, in argomento: M. GRONDONA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n. 12 (2020), p. 314 s.; F. BENATTI, *Contratto e 'COVID-19': possibili scenari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, p. 198 s. Nella dottrina civilistica portoghese, si veda: M.A. CARNEIRO DA FRADA, *A alteração das circunstâncias à luz da COVID-19*, in Id., *Alteração das circunstâncias e justiça do contrato*, Parede, 2021, p. 107 s.; M.M. BARBOSA, *Direito (civil) em tempos de pandemia*, Coimbra, 2021, p. 131 s. Nella saggistica peruviana, si veda: L. BARCHI VELAOCHAGA, *Reflexiones jurídicas en tiempos del COVID-19: "La fuerza mayor se hizo viral"*, in *Ius et Praxis. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*, n. 50-51, 2019-2020, p. 61 s.; e in quella brasiliana, F. SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *O impacto do pandemia da COVID-19 para a teoria do contrato no direito civil brasileiro: uma oportunidade para um modelo solidarista de relação contratual?*, in *Revista Brasileira de Direito Civil*, n. 25, 2020, p. 421 s.

2. Breve cronaca transoceanica della pandemia

Prima di entrare negli aspetti tecnici del quesito, mi sembra utile riassumere l'esperienza del mio Paese in questo periodo difficile. Le statistiche riportano, purtroppo, che finora abbiamo avuto quasi duecentomila morti. La campagna di vaccinazione non sta procedendo come sarebbe stato auspicabile. I contratti internazionali conclusi dallo Stato per la fornitura del vaccino ci hanno legato al governo cinese, e quindi a tecnologie destinate a non avere riconoscimento, per esempio, qui, nel continente europeo⁶. Le strutture sanitarie pubbliche e private sono crollate completamente. In Perù – un Paese multiculturale con una forte stratificazione sociale per motivi economici, razziali, educativi ed altri – non abbiamo un sistema sanitario capace di affrontare una pandemia di questa portata. L'ultimo episodio epidemico nel mio Paese che può essere paragonato al Coronavirus fu quello della peste bubbonica che venne dal continente asiatico all'inizio del secolo scorso⁷. E ci sono voluti ben due decenni per sradicarla completamente.

Sono state sorprendenti le somiglianze della pandemia da Coronavirus con la 'grande peste' di Londra, nel Settecento, che ha ispirato, come sappiamo, un famoso romanzo di Daniel Defoe⁸. L'economia londinese fu duramente colpita allora – come abbiamo visto in tempi odierni, dappertutto⁹ – dalla chiusura degli stabilimenti, dalla paralisi dei trasporti e dalla disoccupazione causata dalla rovina dell'industria e del commercio. Le persone, il cui stato mentale è dettagliato dall'autore di *Robinson Crusoe* in diversi passaggi, sono state preda di una rassegnazione che portarono loro, in massa, ad infrangere le regole sulla immobilizzazione. Queste condotte fatali, che hanno creato un ambiente di sommovimento generale, hanno poi scatenato un aumento delle infezioni e della mortalità. Quasi un quarto della popolazione londinese perse la vita.

⁶ Si veda, N. BOSCHIERO, *COVID-19 Vaccines as Global Common Goods: An Integrated Approach of Ethical, Economic Policy and Intellectual Property Management*, in *Global Jurist*, 2021, p. 1 s.

⁷ Sia consentito il rinvio, per i riferimenti contestuali e storici, a L. LEÓN HILARIO, *COVID-19, crisis sanitaria y retos del derecho civil. Entre la fuerza vinculante y la adecuación de los pactos contractuales*, in *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n. 82, 2020, p. 11 y s. Si vedano, anche: M. CUETO, *El regreso de las epidemias. Salud y sociedad en el Perú del siglo XX*, Lima, 2000, p. 25 y s.; e, da ultimo, M. VELÁSQUEZ CASTRO, *Hijos de la peste. Una historia de las epidemias en el Perú*, Lima, 2020, p. 55 s.

⁸ W. DEFOE, *A Journal of the Plague Year*, New York, 1904, p. 201 s.

⁹ Si veda, ampiamente, l'antologia di saggi curata da R. BALDWIN – B. WEDER DI MAURO, *Economics in the Time of COVID-19*, London, 2020, *passim*.

L'evocazione di brani letterari, basati su eventi reali, può essere efficace ricordando anche Manzoni, che, nelle pagine de *I Promessi Sposi*, ricostruisce la peste di Milano del Seicento. La sottovalutazione della virulenza del male, l'occultamento degli infetti, e il rifiuto di medici e funzionari sanitari di riconoscere l'infestazione della città, trovano eco anche in atteggiamenti indolenti, pronunciamenti imprecisi delle autorità e contraddizioni che si sono ripetute a livello globale, durante la pandemia da Coronavirus¹⁰.

La storia delle epidemie in Perù ci offre altre informazioni utili per la nostra riflessione. Come ebbe a scrivere uno tra i nostri più importanti storici, Jorge Basadre:

«Nella storia della conquista e della colonizzazione del Perù, è imprescindibile considerare il fenomeno delle epidemie che si sono diffuse nel nostro territorio, per valutare la brutale diminuzione del numero della popolazione indigena, accanto agli effetti causati da guerre o oppressione»¹¹.

Sul prima ricordato episodio di epidemia di peste bubbonica in Perù, nei primi anni del Novecento, l'informazione è addirittura contenuta in documenti ufficiali che potrebbero passare per letteratura di realismo magico¹². Un bollettino ministeriale spiegava il retroscena della malattia, quale preambolo dei provvedimenti sanitari che avrebbero dovuto essere presi contro di essa, come una sorte di miasmo arrivato dalla Thailandia. Poi, con espressioni dispregiative, che si diffusero e causarono diversi episodi di violenza contro gli immigrati asiatici e le loro famiglie, fu anche riportato che la peste proveniva «dai paesi della razza gialla, dove la civiltà non è penetrata»¹³.

Rileggendo questa triste fase della storia peruviana, possiamo vedere che la precarietà delle strutture sanitarie, la mancanza di misure preventive e di protezione per il personale sanitario, la follia dei leader politici, la

¹⁰ A. MANZONI, *I promessi sposi*, Firenze, 1970, p. 571 s.

¹¹ J. BASADRE GRÖHMAN, *El azar en la historia y sus límites*, Lima, 1973, p. 24.

¹² E cioè del c.d. *boom* letterario iberoamericano degli anni Sessanta del secolo scorso. Si veda, da ultimo: X. AYÉN, *Aquellos años del boom. García Márquez, Vargas Llosa y el grupo de amigos que lo cambiaron todo*, Barcelona, 2019, p. 15 s.

¹³ MINISTERIO DE FOMENTO Y OBRAS PÚBLICAS DEL PERÚ, *La peste bubónica. Preceptos y datos referentes a ella*, Lima, 1903, p. 1. Nel contesto odierno, a causa delle accuse e dei pregiudizi che contiene, un editoriale sul COVID-19, in senso coincidente, del Premio Nobel per la Letteratura Mario Vargas Llosa, fu duramente criticato dall'Ambasciata della Repubblica Popolare Cinese a Lima. Nella prima giornata del *Decameron*, il BOCCACCIO, parla della "mortifera pestilenza... alquanti anni davanti nelle parti orientali incominciata". Si veda l'edizione curata da Ch. S. Singleton, Bari, 1955, I, p. 10.

colpevolizzazione delle vittime e la corruzione dei funzionari non sono, affatto, una piaga di oggi, ma una costante che ci identifica e ci condanna.

3. *Le sfide del diritto e il ruolo della comparazione giuridica*

Orbene, una visione utilitaristica, strumentale, della comparazione giuridica tenderebbe a sottolineare, naturalmente, che i problemi giuridici che ci attanagliano ora sono stati affrontati, e in molti casi già risolti, in quei Paesi i cui modelli normativi abbiamo fatto nostri, tra i quali risalta l'esperienza italiana. Come la Bolivia ed il Venezuela, il Perù è tra i Paesi che hanno ricevuto più influenza, forse a livello mondiale, dalla codificazione civile italiana.

Attenti però: se parliamo di una comparazione giuridica 'critica', e cioè focalizzata, principalmente, sugli aspetti socio-culturali della produzione del diritto di ciascun Paese, essere informati su ciò che sta accadendo all'estero non dovrebbe servire da mero stimolo per copiare, ad esempio, la legislazione emergenziale di Germania, Italia¹⁴ o Spagna. La creazione del diritto nazionale – come si sostiene da decenni in Perù, in una bibliografia difficile da reperire, ma sorprendentemente attuale – dovrebbe essere 'endogena': le norme nazionali devono, cioè, essere sempre «espressione dei costumi, aspirazioni, ideali e delle tendenze del popolo in cui prevalgono»¹⁵.

Le «assonanze transoceaniche»¹⁶ possono essere strabilianti, se si scava nelle fonti più antiche. Nel lontano 1908, uno studioso peruviano delineò così la problematica, con un linguaggio sorprendentemente simile ad un altro, molto posteriore¹⁷, ma assolutamente noto ai comparatisti dei nostri giorni:

«la maggior parte delle legislazioni del mondo sono delle imitazioni di quelle esistenti nei popoli più avanzati, e risulterebbe incompleto

¹⁴ Si veda, F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, in *Contratti*, 2020, 4, p. 485 s.

¹⁵ O. MIRÓ QUESADA DE LA GUERRA, *La nacionalización del derecho por la extensión universitaria*, in *Revista Universitaria*, 1913, p. 591.

¹⁶ Riprendo qui l'espressione coniata da S. FERRERI, *Assonanze transoceaniche: tendenze a confronto*, in *Quadr.*, 1993, p. 172 s.

¹⁷ Il riferimento, com'è ovvio, è alle teorizzazioni sulle cause delle mutazioni giuridiche di R. SACCO, voce *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., t. II, Torino, 1988, p. 368 s.; ID., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)*, in *American Journal of Comparative Law*, 39, 1991, p. 394 s.

lo studio dello sviluppo del diritto nella umanità, nonché infondate le sue conclusioni generali, se non venissero esaminate, allo stesso tempo, l'annidamento ed il progresso successivo delle istituzioni giuridiche dovuti all'imitazione delle leggi straniere. [...]».

Ogni istituzione, dal momento del suo annidamento in un paese, svolge una vita tutta particolare, secondo le sue speciali condizioni. Quella vita ha una forma propria, che va assunta come oggetto di ricerca e di conoscenza; e da ciò risulta che, essendo straniera la fonte delle leggi iberoamericane, la storia di queste leggi non deve confondersi con quella della legislazione che ne costituisce il loro basamento¹⁸.

La sola circostanza di seguire le notizie internazionali d'oggi sulla situazione dei Paesi, laddove la trasgressione dei cittadini non è così schiacciante come in Perù, dovrebbe metterci in guardia, dunque, contro l'imitazione di leggi pensate per realtà diverse. La trasgressione, il 'divario tra legge e abitudine', come hanno rivelato gli studi sociologici, identifica l'ordine sociale in Perù¹⁹.

Ciò che è accaduto con uno dei primi dispositivi legali peruviani emessi nello scenario contemporaneo rimarrà come un promemoria di come non elaborare le norme giuridiche. In un supremo decreto di marzo dell'anno scorso, si sono ampiamente riprodotte le regolazioni emergenziali spagnole sull'immobilizzazione, e si sono utilizzate espressioni che, a prima vista, non avrebbero dovuto dar luogo a problemi di interpretazione. Si parlava, tenendo conto della situazione sopravvenuta e straordinaria alla quale si faceva fronte, di un '*regreso a la residencia habitual*' dei cittadini, e cioè di un ritorno forzoso di questi alla loro 'residenza abituale'.

Non si è tenuto conto, però, che il successo di questo *transfert* dipendeva dalle attitudini interpretative dei funzionari incaricati di applicare quei dispositivi: i poliziotti e i militari. In un caso aneddótico, a una famiglia che tornava a Lima, dal mare, dal sud della capitale, è stato impedito di proseguire la strada e attraversare le frontiere della città, perché il punto di partenza del suo percorso era iniziato nella 'loro casa' (ma, com'è ovvio, nella 'loro casa alla spiaggia'). Le autorità interpretarono la regola nel senso che la

¹⁸ C. ARENAS Y LOAYZA, *Estudios históricos de la legislación civil peruana durante la República* (tesi), Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 1908, p. 1-2.

¹⁹ Si veda, G. PORTOCARRERO, *Rostros criollos del mal. Cultura y transgresión en la sociedad peruana*, Lima, 2004, p. 278 s. In prospettiva latinoamericana, si vedano l'antologia di saggi curata da K. ARAUJO, *¿Se acata pero no se cumple? Estudios sobre las normas en América Latina*, Santiago, 2009, *passim*; e R. GARGARELLA, *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis*, Buenos Aires, 2020, p. 23 s.

casa al mare diventava la ‘residenza abituale’ nel periodo estivo, che in effetti era la *ratio* seguita, condivisibilmente, dalle regole in commento. Sarebbe stato meglio utilizzare nella legge, allora, la parola ‘domicilio’, perché il ‘domicilio’ registrato di quei cittadini si trovava senza dubbio nella capitale, sulla base delle loro carte di identità.

In senso totalmente opposto, una serie di sanzioni economiche previste legislativamente contro l’inosservanza dell’isolamento sociale obbligatorio, anch’esse elaborate col metodo della imitazione, concordano pienamente con le idiosincrasie della popolazione peruviana. Solo con disposizioni di questo tipo si potrebbe parlare, ma non credo senza che possa residuare almeno qualche dubbio, di un diritto ‘effettivo’²⁰, almeno in teoria.

4. *L’imitazione (fallita) del modello italiano dell’eccessiva onerosità della prestazione*

E veniamo, dunque, all’eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione.

Incominciamo con un parallelo tra le norme codificate in Italia e in Perù con riguardo a questo istituto. Quella italiana²¹ dice così:

«1467. *Contratto con prestazioni corrispettive.*— Nei contratti a

²⁰ Tema, questo, dell’effettività delle norme, al quale resta legata l’opera di un egregio rappresentante della civilistica italiana: C.M. BIANCA, *Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica*, in *Estudios de derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, t. II, Pamplona, 1969, p. 59 s.; Id., *Diritto civile*², 1, Milano, 2002, p. 25 s., 79 s.

²¹ Si vedano, in argomento, tra le trattazioni generali: SACCO, in Id. - G. DE NOVA, *Il contratto*⁴, Torino, 2016, p. 1684 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*³, Milano, 2021, p. 398 s.; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, p. 229 s.; e V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica - P. Zatti, Milano, 2001, p. 1015 s. Tra le opere monografiche: A. PINO, *La eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952, specialmente, p. 61 s.; C. TERRANOVA, Carlo, *L’eccessiva onerosità nei contratti. Artt. 1467-1469, ne Il Codice civile. Commentario diretto da Piero Schlesinger*, Milano, 1995, p. 25 s.; M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, p. 211 s.; e da ultimo, E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018, p. 217 s. Nella saggistica: E. GABRIELLI, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Trattato dei contratti*, dir. da P. Rescigno - E. Gabrielli, *I contratti in generale*, Torino, 2006, t. II, p. 1809 s.; Id., *L’eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Trattato di diritto privato*, dir. da M. Bessone, XIII, t. VIII-2, Torino, 2011, p. 341 s.; e F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*, dir. da V. Roppo, V, Milano, 2006, p. 583 s. Si veda anche, P. GALLO, Paolo, voce *Eccessiva onerosità della prestazione e presupposizione*, in in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Agg. IV, Torino, 2012, p. 439 s.

esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458».

Quella peruviana²², del vigente Codice Civile del 1984, dice così:

«Art. 1440.— Nei contratti commutativi ad esecuzione continua, periodica o differita, se la prestazione diventa eccessivamente onerosa a causa di eventi straordinari e imprevedibili, il creditore può chiedere al giudice di ridurre o aumentare il corrispettivo, in modo che cessi l'eccessiva onerosità; se ciò non è possibile per la natura della prestazione, le circostanze o se il convenuto lo richiede, il giudice decide di risolvere il contratto; la risoluzione non si estende alla prestazione eseguita».

Come si vede, l'eccessiva onerosità della prestazione è oggetto, nel diritto peruviano, di un regime legale che la sterilizza completamente, non solo in casi come quelli che oggi convocano tanti esperti – alcuni dei quali hanno fatto dell'errore e della disinformazione un vero apostolato nel mio Paese –, ma in qualsiasi situazione, come dimostra la sua invisibilità giurisprudenziale in quasi quattro decenni di vigenza del Codice Civile.

5. *Il formante giurisprudenziale*

Ho rivisto la questione, nel corso della preparazione di questa mia relazione, e ho verificato che, negli ultimi quindici anni, le sentenze della nostra Corte Suprema in cui si parla di eccessiva onerosità sono meno di dieci. Solo due di queste pronunce presentano considerazioni concettuali o operative sulla figura. In nessuno di quei processi, peraltro, la domanda è stata dichiarata fondata. E, come si sa, se un istituto giuridico non viene applicato, è come se non esistesse: non supera il test di 'effettività'.

²² Si veda, specialmente, l'ampia trattazione di M. DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El contrato en general*², Lima, 2001, t. II, p. 557 s.; e da ultimo, L. LEÓN HILARIO, *Presentación*, in AA.VV., *COVID-19: su impacto en las relaciones jurídicas privadas*, Lima, 2020, p. 6 s.; e J. OVIEDO ALBÁN - M.I. CAMARGO AGUDELO, *Comentario sub arts. 1440-1445*, in AA.VV., *Código Civil comentado*³, Lima, 2021, t. VII, p. 539 s. Fino ad oggi, l'unico studio monografico dedicato all'argomento, nella bibliografia peruviana, resta quello di E. BENAVIDES TORRES, *La excesiva onerosidad de la prestación*, Lima, 1990.

Qui vale la pena ricordare un'opinione di Jacques Derrida:

«Per essere onesti, la decisione di un giudice [...] non deve solo seguire uno stato di diritto o una legge generale, ma deve assumerlo, approvarlo, confermarne il valore per mezzo di un atto interpretato che lo ristabilisce, come se la legge non esistesse prima, come se il giudice l'abbia inventata egli stesso in ogni caso»²³.

Questo è il diritto 'effettivo' che, secondo me, dobbiamo fissarci come scopo: che le regole prendano un nuovo respiro, e restino animate, attraverso dei pronunciamenti giurisdizionali.

Orbene, svincolata, per svago del legislatore, da ogni considerazione degli aspetti pratici della figura, la proposta ipotetica di ricorrere all'eccessiva onerosa natura del servizio per risolvere le controversie contrattuali collegate con l'emergenza sanitaria in Perù, già debole dal punto di vista concettuale, finisce per naufragare inesorabilmente.

Delle due sentenze appena menzionate, la più informativa risale al 2012. Una associazione aveva chiesto che l'importo degli obblighi assunti dai suoi associati ai sensi dei contratti di acquisto immobiliare conclusi con un'entità statale fosse ridotto equamente, in conformità con l'art. 1440 del Codice Civile. Secondo la domanda, i prezzi erano stati sopravvalutati, ma al tempo stesso le tasse che dovevano essere pagate dagli associati erano aumentate in modo esorbitante a causa della recessione economica del paese, un evento che la parte attrice descrisse come straordinario e imprevisto.

Nella sentenza, la Sezione Civile Permanente della Corte Suprema ha riconosciuto come scopo dell'istituto in parola la conservazione dell'equilibrio contrattuale, ed ha enunciato i presupposti della sua applicazione, in conformità con la legge: (i) che si tratti di contratti commutativi a esecuzione continuata, periodica o differita; (ii) che si verifichino degli eventi imprevedibili o straordinari; e (iii) che questi eventi accadano dopo la conclusione del contratto. In questa linea, si è corretto un errore dei giudici di merito riguardante il termine iniziale per calcolare il periodo di prescrizione dell'azione, che non decorre fin tanto che sussista l'alterazione sinallagmatica. Infine, la Corte ha respinto il ricorso in quanto non ha considerato dimostrato il nesso di causalità tra l'asserito evento straordinario e imprevedibile e l'importo dei prezzi da pagare, noto alle parti fin dalla conclusione del contratto.

²³ J. DERRIDA, *Force de loi: le fondement mystique de l'autorité*, in *Cardozo Law Review*, 11, 1990, p. 960.

6. Le possibili ragioni del mancato successo del modello imitato spiegate dal punto di vista della comparazione

Che l'eccessiva onerosità della prestazione non abbia alcuna rilevanza, in prospettiva rimediale, nel contesto della pandemia, è spiegato da tre argomenti principali.

Innanzitutto, il modello del Codice Civile peruviano ferisce mortalmente la regola italiana sull'eccessiva onerosità. Le nostre regole stabiliscono che, a fronte di una eccessiva onerosità sopravvenuta dovuta a eventi straordinari e imprevedibili, la parte lesa può chiedere al giudice di ridurre o aumentare il corrispettivo. Fino a questo momento, i due regimi, peruviano ed italiano, si assomigliano. Ma poi, il nostro legislatore stabilisce che, se la riduzione o l'aumento non è possibile, «o se richiesto dal convenuto», il giudice «deciderà» la risoluzione del contratto. In altre parole, la posizione privilegiata è quella della parte la cui esecuzione è libera dall'incidenza degli eventi che si sono verificati, che può rifiutare l'adeguamento e, a suo piacimento, promuovere la risoluzione del collegamento.

Con questa normativa, è impossibile per i giudici o gli arbitri imporre un adeguamento delle clausole contrattuali, a meno che non si ritenga che il rifiuto di equilibrare le prestazioni, in malafede, non dovrebbe essere ammesso.

I codificatori peruviani del 1984 – come confessato, tra l'altro da un membro della Commissione per la riforma del codice civile del 1936, di cui sono stato allievo – non erano convinti che i patti potessero essere modificati di fronte all'eccessiva natura onerosa di uno dei benefici. Essi credevano fermamente nel postulato della natura obbligatoria dei contratti, della 'forza di legge' dei rispettivi impegni, sebbene questa espressione non compaia nel testo del Codice Civile. Forse sarebbe più giusto sottolineare che 'una buona parte di esso' aveva quella convinzione, e altri no, perché l'intervento dello Stato è stato è stato comunque ammesso, in situazioni particolari:

«Art. 1355.- La legge, per considerazioni di interesse sociale, pubblico o etico, può imporre limitazioni al contenuto dei contratti».

Questa norma avrebbe potuto essere essenziale se il Governo fosse riuscito a prendere la decisione, una volta per tutte, di contribuire a prevenire le controversie sorte dall'emergenza sanitaria. È comune, ma sbagliato, però sostenere che il precetto appena citato, dell'articolo 1355 del Codice Civile, sia stato tacitamente abrogato dall'articolo 62 della nostra

Costituzione del 1993:

«Articolo 62.- La libertà di contrattare garantisce che le parti possano pattuire validamente secondo le norme vigenti al tempo del contratto. I termini contrattuali non possono essere modificati dalle leggi o altre disposizioni di ogni tipo. I conflitti derivati dal rapporto contrattuale solo si risolvono in sede arbitrale o giudiziaria, secondo i meccanismi di tutela previsti nel contratto o regolati nella legge. Per mezzo dei contratti-leggi, lo Stato può concedere garanzie e fornire certezze. Essi non possono essere modificati legislativamente, salva la tutela alla quale si riferisce il comma precedente».

I componente dell'Assemblea Costituente, a differenza degli autori del Codice Civile, sono stati incoraggiati, da un lato, dalla volontà di promuovere privatizzazioni e fornire estrema sicurezza agli architetti finanziari della riattivazione economica, anche nel caso di contratti onerosi per lo Stato e dannosi per gli interessi di tutti i cittadini; e, dall'altro, dall'idolatria del modello economico neoliberista impiantata nei primi anni Novanta, che rende lo Stato, com'è risaputo, un mero 'custode' dell'autonomia degli individui e un garante dell'esecutività (*enforceability*) dei contratti. Questi poveri argomenti si ripetono oggi, nonostante il magistero di illustri studiosi di diritto civile, che hanno fermamente dichiarato, nel rinnovato quadro costituzionale, la loro fede nella giusta adeguatezza del contratto, attraverso i canali dell'attuale codificazione, e, peggio ancora, senza attendere a un'opera di affinamento di quella chiara tendenza alla relativizzazione dell'immutabilità dei contratti presente all'interno della giurisprudenza della nostra Corte Costituzionale.

Nella norma italiana, d'altra parte, il diritto della parte lesa a causa dell'evento verificatosi è quello di chiedere la risoluzione del contratto e, di fronte a tale pretesa, la controparte può offrire l'equa modifica delle condizioni pattuite. Si tratta, chiaramente, di un modello che promuove l'adeguamento, auspicando che gli impegni vengano riequilibrati, come alternativa alla possibilità che il contratto si estingua. In questi conflitti, il disegno legislativo favorisce l'attore, il debitore²⁴. La politica della legge è chiara, ma alla parte interessata non è concesso il diritto di richiedere l'adeguamento del contratto, e tanto meno di imporlo.

Contrariamente a queste linee guida del modello trapiantato, e a metà strada, si avverte che, in alcune comunicazioni fatte tra aziende peruviane e privati in occasione della pandemia, l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione viene utilizzata come una giustificazione legale per non pagare

²⁴ Si veda R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 1682.

i canoni locatizi o le rette scolastiche. Questa tendenza evidenzia persino una mancanza di interesse a identificare esattamente: (i) quale sia l'evento straordinario ed imprevedibile del quale si parla, che non è la pandemia in sé, ma l'intervento del governo attuato attraverso quei provvedimenti che limitano le libertà fondamentali; e (ii) in che misura l'economia dello scambio sia mutato 'oggettivamente', e cioè indipendentemente dall'attuale situazione economica di ciascuna delle parti. Se si vuole parlare di un'eccessiva onerosità sopravvenuta, bisogna essere sicuri che il rapporto iniziale di valore tra beneficio e corrispettivo sia stato alterato²⁵. Nei contratti di locazione e nelle rette il valore non è stato alterato, ciò che è cambiato sono le prestazioni stesse, che non vengono eseguite o non possono essere eseguite regolarmente.

In secondo luogo, per parlare di un'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione è essenziale che l'impegno assunto resti possibile, ma a un costo maggiore.

Chiediamoci, dunque, se è 'possibile' per i proprietari di locali commerciali aprire i loro stabilimenti al pubblico o a un gran numero di loro inquilini, o se è possibile per le scuole ricevere nelle loro strutture la loro popolazione didattica e scolastica e fornire i servizi educativi. E chiediamoci anche se queste prestazioni siano ancora possibili, ma con un maggiore sacrificio o difficoltà di proprietari e scuole. La risposta a queste domande è ovviamente negativa.

Le irregolarità nell'esecuzione di tali servizi non lasciano spazio, d'altronde, alla responsabilità dei debitori, in quanto trovano origine in un *factum principis*, e cioè, nei provvedimenti governativi. Che cosa ha a che fare questa situazione con l'eccessiva onerosità della prestazione (pagamento) da onorare? Può forse l'onerosità dipendere dal fatto di avere o meno, circostanzialmente, redditi, risparmi o sostegni finanziari per soddisfare i propri debiti? Se alcune persone possono, da un punto di vista materiale, pagare e altre no, l'oggettività dell'evento che scatena l'onerosità sopravvenuta non è ipotizzabile²⁶. Ecco perché le considerazioni che attingono al diritto delle obbligazioni, un settore in cui vengono risolti, precisamente, i problemi legati all'impossibilità prestazionale, diventano oggi più rilevanti, in contrasto con la visione puramente contrattualista, sebbene non sia lecito ignorare l'evoluzione rappresentata dalla dottrina sulla mutazione delle circostanze, secondo la teoria canonista della *clausula rebus*

²⁵ Così P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 235.

²⁶ P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., p. 237.

sic stantibus, con riguardo alle regole romanistiche in tema di impossibilità²⁷.

In terzo luogo, il Codice Civile peruviano stabilisce che l'evento che determina l'eccessiva onerosità dev'essere caratterizzato da straordinarietà e imprevedibilità. Ebbene, se questo profilo legislativo dell'evento viene interpretato restrittivamente, nel contesto della pandemia non ci troviamo nemmeno di fronte ad un caso coincidente con la *fattispecie* normativa dell'eccessiva onerosità della prestazione. L'elemento caratterizzante il *factum principis* è, senza dubbio, l'irresistibilità, vale a dire l'impotenza dell'individuo di fronte alla decisione dell'autorità, che non può controllare e alla quale non può opporsi. Non si può affermare, però, che tutti gli eventi legati al COVID-19 siano stati 'imprevedibili', molto di meno in un Paese come il Perù, ove si sono adottate misure di emergenza giustificate dalla particolare lettura che i consiglieri presidenziali avevano delle statistiche e delle aspettative dell'opinione pubblica, e non, come si sarebbe dovuto fare, dall'allarmante aumento delle infezioni.

L'uso corretto e prudente della comparazione ci avrebbe resi avvertiti del fatto che la mancanza di imprevedibilità delle normative COVID-19, e la difficoltà insuperabile di trovare risposte immediate nei dispositivi dei vecchi Codici Civili, è stata, precisamente, una delle cause del varo, in diversi Paesi europei, di leggi speciali, emergenziali, sui contratti. La flessibilità dell'interpretazione del requisito giuridico dell'imprevedibilità dell'evento causante l'eccessiva onerosità sopravvenuta è stata proposta in Italia, tra l'altro, molti anni fa²⁸.

In quarto e ultimo luogo, sarebbe assurdo proporre una soluzione giurisdizionale a questioni come l'emergenza sanitaria. Nel mondo litigioso, sono remote le possibilità di portare in giudizio o in arbitrato, in generale e con successo, le controversie sull'eccessiva onerosità della prestazione, che non hanno, come ho sottolineato prima, un supporto normativo favorevole.

Anche se si accettasse di escludere una tale strada, credo che l'ultima opzione per i cittadini peruviani sarebbe quella di promuovere azioni su locazioni non pagati o rette scolastiche non pagate. Sarebbe diverso forse il solo caso degli appalti in cui una delle parti sia lo Stato. In quest'ambito, si può dire che la conservazione dell'equilibrio economico tra le prestazioni costituisce un principio indiscusso in tutto il mondo, a tal punto che è stato formalizzato nella nostra legge sugli appalti pubblici. Questa consacrazione ha un valore emblematico di quanto sia difficile, in un'esperienza come

²⁷ Regole «fallite», secondo J. GORDLEY, *Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances*, in *American Journal of Comparative Law*, 52, 2004, p. 513.

²⁸ Si veda, in argomento, F.P. TRAIACI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003, p. 76-77.

quella peruviana, risolvere conflitti sulla base di «incalcolabili»²⁹ principi generali del diritto o consuetudini consolidate. Le leggi contribuiscono a dissipare l'incertezza, o questo dovrebbe essere uno dei loro più rivelanti scopi, per lo meno.

È probabile, in questo senso, che l'arbitrato – la cui affermazione come mezzo alternativo di soluzione di controversie in Perù meriterebbe un'analisi più ampia – abbia contribuito a correggere l'estremo positivismo legislativo della nostra giurisprudenza, anche se questa congettura sarebbe circoscritta comunque a non molti lodi, perché anche nella giustizia privata non è inconsueta l'invocazione di principi presunti né la trasformazione, o meglio ancora il sovvertimento, di principi di interpretazione pacifica, a sostegno di decisioni contrarie alla legge o alle norme procedurali.

In una vicenda giudiziaria, un'impresa statale di elettricità è riuscita ad annullare un lodo nel quale il collegio arbitrale aveva concesso al ricorrente, un consorzio privato, un adeguamento di prezzi per l'eccessiva onerosità sopravvenuta della sua prestazione, a causa della variazione del tasso di cambio relativo al dollaro statunitense. L'errore degli arbitri è stato clamoroso, perché la variazione del prezzo della valuta estera è un rischio che entrambe le parti condividono, e di conseguenza non si può parlare di eccessiva onerosità dal punto di vista di uno solo dei contraenti.

Orbene, non è parimenti possibile annullare un lodo arbitrale per motivi di inesattezza della pronuncia. La Corte d'Appello aveva disposto però l'annullamento, argomentando sulla base di una mancanza di motivazione nella decisione. Invece, la Sezione Civile Permanente della Corte Suprema ha dichiarato fondato il ricorso di cassazione del consorzio e ha disposto il ripristino della pronuncia arbitrale nella sua efficacia, non senza mettere in rilievo lo sbaglio dei giudici d'appello per aver messo in discussione il merito della controversia sottoposta alla giustizia privata³⁰.

7. Conclusione

Sono arrivato alla fine della mia relazione, con la speranza di aver adempiuto allo scopo che mi ero proposto: quello di descrivere per voi l'avventura di una istituzione civilistica di matrice italiana in terre

²⁹ Il riferimento è a N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 3 s.

³⁰ CAS N° 3909-2013-LIMA, 24 giugno 2014, in *Sentencias en Casación*, an. XIV, n. 700 (2015), Supplemento alla Gazzetta Ufficiale «El Peruano», edizione del 30 gennaio 2015, p. 60227.

latinoamericane, messa alla prova nei tempi del COVID-19. Mi auguro che questo esercizio, al quale, prendendo in prestito le parole del nostro caro Pigi Monateri «non sarei stato capace di pensare se non comparando»³¹, possa servire come esempio delle conseguenze negative dell'imitazione giuridica o dei trapianti non ben riusciti, e della non neutralità di questi fenomeni di mutazione del diritto, nonché come un richiamo, legittimo, che è anche un auspicio, a un diritto di creazione domestica, che, per essere costruito, non potrà fare a meno della comparazione giuridica.

ABSTRACT

The Coronavirus pandemic, with the great and tragic challenges that it has imposed on the legal systems around the world, has represented a unique occasion in the history of Peruvian and Latin American civil law to test different juridical institutions whose presence is the result of processes that can be described, according to Rodolfo Sacco's terminology, as imitation. Among such institutions, there is none better than the excessive burden in proportion to the other party's obligations to confirm, on the one hand, and predictably, that the functioning of the legal rules in the countries receiving the foreign law will not be the same as in the country of origin, but also the unquestionable value of comparative law as tool for revealing the consequences of not taking into account, in the construction of an effective and realistic domestic law, those particular problems that, in each context, are needing to be solved and the also particular development of the legal formants, that, in the end, determine the fortune or misfortune of the imitated legal models.

³¹ P.G. MONATERI, *Griffyndor, un comparatista alla scuola di Hogwarts*, in *L'alambicco del comparatista*, 6, *Io comparo, tu compari, egli compara: che cosa, come, perché?* a cura di V. Bertorello, Milano, 2003, p. 213.

Giovanni Sciancalepore*

*Covid-19 e alterazione del sinallagma contrattuale:
prospettive comparate*

SOMMARIO: 1. Le sopravvenienze contrattuali alla prova dell'emergenza sanitaria: spunti di comparazione sistemica – 2. L'approdo del legislatore d'oltralpe all'istituto della *révision pour imprévision* – 3. La modernizzazione della clausola *rebus sic stantibus* nel diritto spagnolo – 4. Riflessioni conclusive.

1. *Le sopravvenienze contrattuali alla prova dell'emergenza sanitaria: spunti di comparazione sistemica*

Durante l'esecuzione del contratto è circostanza non rara il verificarsi di modifiche dell'assetto di interessi concordato *ab initio* dalle parti, riconducibili a molteplici fattori, che sopraggiungono alla stipula dell'accordo, pregiudicandone l'equilibrio. Diverse possono essere le cause non prevedibili al momento della conclusione del contratto e che finiscono per incidere irrimediabilmente sul suo contenuto.

In simile eventualità, non sempre sussistono norme idonee a tutelare gli interessi di chi risulti svantaggiato dal 'mutamento' determinatosi.

In via di prima approssimazione può dirsi che la c.d. legge contrattuale è definita "rigida", regolata dal principio *pacta sunt servanda*¹ di cui all'art.

* Professore ordinario di Sistemi giuridici comparati presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Salerno.

¹ Principio consacrato all'art. 1372 c.c. che sottolinea la forza vincolante dell'accordo, esso «ha forza di legge tra le parti», le quali non possono sottrarsi all'adempimento dei loro obblighi contrattuali. Per un'ampia disamina sul tema, cfr. L. VENTURA, *La rilevanza giuridica delle sopravvenienze contrattuali tra il rafforzamento della "sanctity of contract" nel diritto inglese e l'affievolimento del principio "pacta sunt servanda" negli ordinamenti di civil law*, in *Luiss Law Review*, 1, 2020, p. 41 ss.; A. PETRUCCI, *Il principio pacta sunt servanda ed il mutamento successivo delle circostanze contrattuali: breve quadro dell'esperienza del diritto romano*, in *Pacta sunt servanda y rebus sic stantibus. Desarrollos actuales y perspectivas históricas in Atti del Congresso internazionale*, Città del Messico 29-30 gennaio 2014, a cura di C. SORIANO CIENFUEGOS, 2014, p. 19; A. LANDI, *Inderogabilità dell'autonomia private e rilevanza delle sopravvenienze. Un'indagine sulla cosiddetta clausola rebus sic stantibus nel maturo diritto comune*, in *Storia giuridica per futuri giuristi: temi e questioni*, Torino, 2017,

1372 c.c., come nel diritto inglese trova applicazione la nozione di *sanctity of contract*: le circostanze sopravvenute, difformi da quelle incluse dalle parti in fase di redazione delle pattuizioni contrattuali, ovvero dal legislatore attraverso una specifica disposizione non sono idonee ad incidere sulla tenuta del regolamento; diversamente opinando, verrebbe a determinarsi un contesto economico-sociale caratterizzato da elevata precarietà delle relazioni giuridiche, in contrasto con il principio di certezza del diritto.

In altri termini, si cristallizza la stabilità e la certezza dell'assetto di interessi che le parti hanno posto alla base del contratto.

D'altro canto, il riconoscimento del principio *pacta sunt servanda* è tutt'altro che di ostacolo alla clausola *rebus sic stantibus*. Ed infatti il dogma dell'intangibilità del contratto non va inteso *stricto sensu* quale immodificabilità dell'accordo, quanto piuttosto ripensato nel senso di non 'discutibilità' di un accordo idoneo ad assolvere la funzione cui è destinato².

Il menzionato principio – il quale soggiace invero a diverse eccezioni – è riconosciuto nella quasi totalità degli ordinamenti giuridici contemporanei³.

Le diverse tradizioni giuridiche sono da lungo tempo impegnate nella ricerca di efficaci rimedi in grado di temperare il principio di 'santità' del contratto con l'esigenza di ancorare il negozio giuridico alla permanenza di un ragionevole equilibrio tra gli obblighi e le prestazioni.

Due le possibili strade individuate.

La prima, che si verifica in caso di impossibilità – materiale o giuridica – della prestazione non determinata dall'obbligato, dà luogo all'esonero di responsabilità per i danni provocati all'altra parte e, nei casi più gravi, alla risoluzione del contratto; la seconda, riconducibile alla eccessiva onerosità di una delle prestazioni, per la quale sono state elaborate soluzioni diverse: in alcuni ordinamenti di *common law* (Inghilterra) si è giunti a negarne rilevanza giuridica; in altri si è riconosciuto all'obbligato il diritto ad un

p. 77 ss.; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, *passim*; M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, *passim*; F.P. TRAIACI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e common law*, Napoli, 2003, *passim*; F. MACARIO, *Razionalità limitata e tecniche normative nella gestione del rischio contrattuale: nuove prospettive per la correzione dello squilibrio*, in *Rivista della Scuola superiore dell'economia e delle finanze*, 2005, p. 1 ss.; E. GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 55 ss.; C. MARCHESINI, *L'impossibilità sopravvenuta. Nei recenti orientamenti giurisprudenziali*, Milano, 2008, *passim*.

² F. GALGANO, G. VISENTINI, *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare*, in *Comm. Cod. Civ., dir. Scialoja e Branca, F. Galgano (a cura di)*, Bologna - Roma, 1993, p. 7.

³ Per un'analisi della sua nascita e sviluppo nell'ambito delle diverse tradizioni giuridiche cfr. H. WEHBERG, *Pacta Sunt Servanda*, in *53 Am. J. Int'l L.*, 1959, p. 775 ss.

indennizzo, limitatamente ad alcuni rapporti (si pensi alla c.d. *théorie de l'imprévision* disciplinata dall'articolo 1195 del Codice civile francese); in altri ancora si è previsto l'intervento del giudice al fine di riequilibrare il contratto (trattasi di Spagna, Germania, Stati Uniti) o la possibilità di risoluzione del contratto, salva la facoltà per la controparte di offrire una riduzione ad equità⁴.

Emergono significative differenze.

Si consideri, infatti, che il modello inglese – nonostante taluni tiepidi temperamenti – non ha mai abdicato al principio dell'intangibilità della volontà espressa nel contratto; in modo differente, invece, nel modello nostrano il principio *pacta sunt servanda* ha subito – attraverso l'opera di dottrina e giurisprudenza, oltre che dello stesso legislatore – un notevole ridimensionamento. Nello specifico, può affermarsi che nel sistema britannico, diversamente da quello statunitense, restano pressoché intatti i principi generali della *common law* in tema di sopravvenienze; tanto comporta il rispetto assoluto della vincolatività del contratto non solo nelle ipotesi di onerosità sopravvenuta della prestazione, ma anche nell'eventualità d' impossibilità sopravvenuta della stessa. Viene così in rilievo come i due mezzi di tutela siano accomunati dall'intento di proteggere una delle parti contro le 'alterazioni' che possono colpire la fase di esecuzione della prestazione dedotta in contratto.

La discrepanza tra i sistemi citati riposa nella natura di 'diritto rimediale' del *common law* e nella differente gerarchia dei mezzi di tutela tipici. Come manifesto, in riferimento all'impossibilità sopravvenuta, in *civil law*, il principale rimedio contro l'inadempimento è rappresentato dall'esecuzione forzata, di conseguenza, divenendo impossibile l'adempimento, il debitore è tenuto al risarcimento solo se l'impossibilità è dovuta a un suo comportamento doloso o colposo; nei Paesi di *common law*, il principale mezzo di protezione è la tutela per equivalente che, in quanto tale, non è mai impossibile; ne deriva che l'adempiente viene tutelato anche quando l'inadempimento della controparte non è imputabile.

Sebbene, specie per gli ordinamenti anglofoni, si sia assistito ad un'applicazione rigida del principio *pacta sunt servanda*, ritenendo che ogni possibilità consentita al debitore di liberarsi dalla propria obbligazione a seguito di mutamento delle circostanze avrebbe minato la certezza nelle contrattazioni, in concreto, pare sostenibile la tesi in base alla quale il conflitto tra i suddetti principi sia più apparente che reale.

⁴ Trattasi del principio di *reductio ad aequitatem*, offerto dall'art. 1450 c.c., che costituisce applicazione del principio di conservazione del contratto e, al contempo, persegue finalità deflative.

Da un attento esame dell' applicazione della clausola *rebus sic stantibus* risulta come la possibilità offerta alla parte colpita dalla sopravvenienza di sciogliersi dal vincolo contrattuale non si contrapponga alla regola *pacta sunt servanda*.

L'ordinamento nostrano tollera rispetto allo schema di rigidità contrattuale le cause di scioglimento specificatamente determinate e per le quali non sarebbe ammissibile una estensione in via analogica⁵. Tra queste, la disciplina di cui all'art. 1467 c.c., che regola il rimedio alternativo alla risoluzione della *reductio ad aequitatem* su istanza del contraente contro cui sia stata presentata domanda di risoluzione; in tal caso, come noto, è necessario che l'eccessivo squilibrio derivi da 'circostanze straordinarie e imprevedibili e che l'evento sopravvenuto sia estraneo alla normale alea insita nella tipologia contrattuale⁶.

Ebbene, da siffatte preliminari considerazioni appare come la sproporzione tra le prestazioni, che può verificarsi a seguito di una sopravvenienza sfavorevole, determini non solo la perdita dell'interesse della parte che ne risulta svantaggiata, ma anche – in una prospettiva più generale – il venir meno della meritevolezza che il legislatore considera requisito necessario affinché il contratto produca i suoi effetti nell'ambito dell'ordinamento giuridico.

Il negozio giuridico rimane lecito, seppur inidoneo a perseguire quella funzione che le parti *ab origine* gli hanno attribuito.

La mancanza di rimedi codificati⁷, mediante i quali sia possibile

⁵ Si rinvia a F. GALGANO, *La forza di legge del contratto*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, Milano, 1994, p. 509; G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, *passim*; G. VETTORI, *La vincolatività*, in *Il contratto in generale*, cap. V, in *Trattato di diritto privato*, dir. da M. Bessone, XIII ed., Torino, 2002, p. 6.

⁶ Cfr. G. VILLANACCI, *Interessi e sopravvenienze contrattuali*, in *Persona e Mercato*, 2015, 3, p. 59; C. GIUSTI, *La gestione delle sopravvenienze contrattuali, rinegoziazione e intervento giudiziale. Analisi comparata e prospettive di riforma*, Napoli, 2019, p. 19 ss. Ed ancora, l'art. 1664 c.c., contenuto nella disciplina dell'appalto e che riguarda le ipotesi in cui, per effetto di circostanze imprevedibili, si siano avuti aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da comportare di conseguenza un aumento o una diminuzione del prezzo complessivamente pattuito superiore al decimo, con la facoltà per l'appaltatore di richiedere la revisione del prezzo per la parte eccedente il limite indicato.

⁷ Una recente riforma legislativa in materia - ad oggi in esame in commissione - è stata avviata con il D.D.L. n.1151/2019 (Delega al Governo per la revisione del codice civile) il quale all'art. 1, lett. i), delega il Governo a "prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione

ridefinire diritti ed obblighi a carico delle parti contrattuali, ha determinato l'affermarsi della necessità di una modalità di rinegoziazione che consentirebbe di svolgere nuove trattative qualora – in conseguenza e per effetto di circostanze sopravvenute – le prestazioni contrattuali siano divenute sperequate sino a compromettere gli interessi in gioco, con conseguente necessità di considerare una revisione delle condizioni pattuite.

Nell'ambito del tema in esame, la pandemia si configura senz'altro quale evento imprevedibile al momento della conclusione dell'accordo: sebbene tale situazione non colpisca direttamente la prestazione, si riversa in senso lato sulle condizioni del contratto rendendone estremamente difficoltoso l'adempimento, o modificando i presupposti in ragione dei quali le parti sono addivenute alla conclusione dell'accordo.

Il fenomeno è particolarmente evidente in materia di locazioni non commerciali o di compravendita, laddove sebbene l'obbligazione del conduttore non divenga impossibile, si assiste ad un mutamento delle condizioni economiche della parte tale da rendere difficilmente sostenibile il pagamento del canone o del prezzo di compravendita.

Non completamente dissimile è il caso di contratti di fornitura o di somministrazione di merci ove a causa delle interruzioni dei commerci, l'imprenditore potrebbe non aver più interesse all'acquisto dei componenti o delle materie prime oppure ai quantitativi pattuiti⁸. Rientrano in quest'ultima casistica anche le problematiche delle locazioni commerciali, in virtù delle modifiche dei presupposti che hanno condotto le parti alla conclusione del contratto visto che, di regola, non è stato possibile

tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti” (il testo è reperibile online: http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/testi/51488_testi.htm). Per una prima riflessione sull'attuale progetto di riforma, cfr. F. GAMBINO, *Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice*, in *juscivile*, 2019, p. 397 ss.

⁸ Il problema si pone anche per i contratti di somministrazione e la valutazione di come incida il *lockdown* sulla nozione di normale fabbisogno. Infatti, l'art. 1560, comma 1 c.c., volto a regolare casi analoghi, prevede che: «qualora non sia determinata l'entità della somministrazione, s'intende pattuita quella corrispondente al normale fabbisogno della parte che vi ha diritto, avuto riguardo al tempo della conclusione del contratto». In assenza di una specifica pattuizione sul punto, la disposizione non prevede la piena libertà del somministrato di determinare liberamente il quantum di prodotti da acquistare, ma statuisce che il somministrato è comunque vincolato a comprare un quantitativo di prodotti determinato sulla base del normale fabbisogno. La giurisprudenza ha però evidenziato che le parti possono liberamente derogare a tale disposizione, concludendo un contratto di somministrazione cd. 'a piacimento', che preveda che il somministrato sia libero di decidere se e quanti prodotti ordinare. Tra le sentenze più rilevanti, v.si, Trib. Monopoli, 12 aprile 2019; analogamente Trib. Taranto, 29 giugno 2018; Trib. Milano, 28 giugno 2011; Cass., 10 luglio 2008, n. 19026, in *Banca dati Pluris*.

godere dell'immobile al fine di esercitarvi l'attività resa temporaneamente impossibile in ragione del *lockdown*.

Si è al cospetto di un quadro composito; il primo caso riguarda i presupposti soggettivi del contratto, il secondo concerne invece aspetti che, anche se non specificamente contrattualizzati, sono alla base dell'accordo delle parti.

La giurisprudenza ha in passato affermato che deve considerarsi rilevante solo l'impossibilità oggettivamente intesa⁹; in tale contesto, le obbligazioni pecuniarie non sono identificate quali idonee a divenire oggettivamente impossibili. Parimenti, non sembra percorribile la via dell'eccessiva onerosità: infatti, lo schema di cui all'art. 1467 c.c. prevede che la prestazione debba essere divenuta eccessivamente onerosa rispetto a quanto originariamente atteso.

Nell'ipotesi in esame, invece, non muta il valore della prestazione quanto piuttosto la capacità della parte di farvi fronte.

A dispetto di talune aperture¹⁰, non pare vi siano rimedi esperibili dal contraente le cui condizioni soggettive siano radicalmente mutate in ragione del Covid-19, né il principio di buona fede sembra possa essere invocato al fine di ridurre la controprestazione o sospendere il pagamento¹¹.

Il contesto venutosi a creare a seguito della situazione emergenziale ha condotto al D.L. n. 6/2020¹² che, all'art. 91, nel prevedere che «il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti», contempla un'ipotesi di esonero da responsabilità del debitore qualora il mancato adempimento sia stato causato dalla necessità di osservare misure di contenimento della diffusione del virus¹³.

⁹ Cass., 10 giugno 2016, n. 11914, in *Foro it.*, 2017, 1, 1, c. 274.

¹⁰ Trib. Napoli, 3 aprile 2020, ord., in *Giur. it.*, 2020, p. 1883, con nota di T. DALLA MASSARA.

¹¹ G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Supplemento 3, 2020, p. 57 ss.; E. BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *giustiziacivile.com*, 27 aprile 2020.

¹² D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, convertito con modificazioni dalla L. 5 marzo 2020, n. 13 (in G.U. 09/03/2020, n. 61).

¹³ V. si *amplius* A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, in *Contr.*, 2020, p. 213 ss.; ID., *Obbligazioni e contratti al tempo dell'emergenza: l'esperienza italiana (art. 3, comma 6-bis, d.l. n. 6/2020)*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 12 bis, maggio 2020, p. 266 ss.; ID., *Stato di emergenza, immunità*

Si esige, in sostanza, un rapporto causale tra inadempimento e rispetto della prescrizione contenitiva del contagio, che non può ritenersi sussistente nel caso del contratto di locazione, atteso che il locatore non potrebbe invocare il rispetto di alcuna previsione emergenziale per giustificare il mancato pagamento del canone di locazione.

Al fine di rispondere all'esigenza di tutela della categoria dei conduttori si è quindi ritenuto di poter invocare l'istituto dell'eccessiva onerosità (art. 1467 c.c.), richiamando l'alterazione significativa del sinallagma contrattuale tale da imporre ad una delle parti un sacrificio economico superiore all'alea tipica del contratto, riconducibile ad avvenimenti straordinari ed imprevedibili che, nel caso di specie, sarebbero rappresentati dai provvedimenti governativi per il contenimento dell'emergenza sanitaria¹⁴.

2. L'approdo del legislatore d'oltralpe all'istituto della *révision* pour imprévision

Il legislatore francese con l'art. 1195 c.c.¹⁵ ha disciplinato la *révision*

del debitore e sospensione del contratto, in *Nuova giur. civ. comm.*, Supplemento 3, 2020, p. 68 ss.; C. BERTI, B. DE PAOLA, *Il «fatto storico» Covid-19 come criterio di riqualificazione dell'«atto» e del «rapporto»*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 578 ss. Per un'analisi critica della previsione in oggetto si rinvia a T. DELLA MASSARA, *I ritardi di pagamento nel tempo della pandemia*, in *Contr.*, 3, 2020, p. 351 ss., nonché a G. DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus. Covid-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 3, 2020, p. 571 ss.

¹⁴ *Ex multis*, A. MUSIO, *Stato di emergenza e leale collaborazione tra enti e nei rapporti tra privati*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2, 2020, p. 13 ss.; F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di «coronavirus»*, in *emergenza Covid - 19 Speciale. Uniti per l'Italia*, in *giustiziacivile.com*, 2020, p. 207 ss.; E. DAMIANI, *Le tutele civilistiche per i contratti iniqui stipulate a causa della diffusione del coronavirus*, in *Judicium*, maggio 2020; C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *Giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020; M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020; F. BENATTI, *Contratto e Covid-19: possibili scenari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, 1, p. 198 ss. Per approfondimenti in merito al settore bancario, si rinvia a A.A.M. BENEDETTI, R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*, 25 marzo 2020; T. DALLA MASSARA, *Emergenza sanitaria ed esigenza di regole: scenari e proposte*, *ivi*, 30 marzo 2020, p. 1 ss.

¹⁵ L'art. 1195 *code civil* dispone: «*Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et*

*pour imprévision*¹⁶, mediante l'ordinanza del 10 febbraio 2016¹⁷, entrata definitivamente in vigore il 1° ottobre 2016.

La disposizione codicistica ha introdotto nel diritto d'oltralpe la possibilità di scelta, sulla base di una valutazione caso per caso, tra risoluzione e revisione del contratto al sopraggiungere di circostanze impreviste: il nuovo art. 1195 c.c. consente di chiedere la risoluzione o la modifica del contratto, la cui esecuzione è divenuta eccessivamente onerosa a causa di un imprevedibile mutamento di circostanze.

La disposizione rivede integralmente l'originaria disciplina del contratto e delle obbligazioni delineata dal *Code Napoléon*, sollecitando un interessante dibattito di politica generale del diritto¹⁸. L'applicabilità della norma è però subordinata al soddisfacimento di tre condizioni: il mutamento delle circostanze deve essere imprevedibile al momento della conclusione del contratto, le mutate circostanze devono rendere eccessivamente onerosa l'esecuzione del contratto ed infine, le parti non devono aver concordato di assumersi i rischi derivanti da eventi imprevisi.

aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe».

¹⁶ Per una disamina completa della *teoria dell'imprévision*, sia consentito il rinvio a L. MOSCATI, *Sulla teoria dell'imprévision tra radici storiche e prospettive attuali*, in *Contr. impr.*, 2, 2015, p. 423 ss.

¹⁷ *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016: Ordonnance de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.*

¹⁸ La disposizione normativa pare porsi quale ostacolo al processo di armonizzazione del diritto europeo e paventando due ordini di perplessità. Il primo attiene al sostanziale naufragio della maggior parte dei progetti europei (istituzionali e dottrinali) di diritto privato e, più specificamente, di diritto contrattuale, sembrando voler confermare l'assunto secondo cui per assicurare un'unica (e sistematica) disciplina dei contratti pare indispensabile attendere la realizzazione di un'unità politica europea. Si assiste oggi ad un "ripiegamento nazionale" col rischio di delineare strumenti poco efficaci - in quanto territorialmente limitati - per fronteggiare le problematiche giuridiche derivanti da un mondo globalizzato ed economicamente interconnesso. Il secondo ordine di perplessità riguarda poi il ritardo accumulato dall'ordinamento italiano nel compiere una complessiva revisione delle regole del diritto dei contratti per fronteggiare le nuove sfide del diritto patrimoniale del terzo millennio. In altri termini, i singoli Stati nazionali europei rivendicano la loro supremazia nell'ambito giuridico senza delegare nessun significativo potere di codificazione a livello continentale, ma costringono l'Italia a valutare, a sua volta, l'effettiva competitività della propria disciplina civilistica nel tentativo di evitare la fuga degli investitori stranieri verso altri ordinamenti e di rispondere con decisione ai nuovi problemi della prassi negoziale. Sul punto v.si P. SIRENA, *Sirena, Il discorso di Portalis il futuro del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 652 ss., spec. pp. 665-666.

Il principio fondamentale del diritto francese, vigente prima della riforma ed elaborato dal codice napoleonico del 1804, trionfo della teoria dell'intangibilità del contratto, contenuto dell'art. 1134 *code civil*, secondo il quale «i contratti non possono essere modificati o risolti che per mutuo consenso dei contraenti», prevedeva dunque che nessuna delle parti potesse chiedere di non eseguire la propria prestazione divenuta eccessiva a causa del cambiamento delle circostanze¹⁹.

Tale possibilità, invece, viene ammessa dai sostenitori della *théorie de l'imprévision*, per la quale lo sconvolgimento economico delle condizioni contrattuali a causa di eventi imprevedibili determina l'obbligo di rinegoziare, concedendo altresì la possibilità di fare adattare il regolamento contrattuale dall'autorità giudiziaria.

Il classico caso giurisprudenziale fondato, da un lato, sulla massima valorizzazione della volontà originaria dei contraenti e, dall'altro, sulla mancata considerazione delle circostanze sopravvenute durante l'esecuzione del rapporto è l'*Arret Capronne*²⁰, che ha escluso la possibilità di applicare

¹⁹ P. GALLO, *op. cit.*; ID., *Il Contratto*, Torino, 2017, p. 1022 ss. e riferimenti bibliografici.

²⁰ Cass. civ., 6 marzo 1876, DP 76.1.195 in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, 12ème éd., 2008, n. 65. Per una ricostruzione dettagliata del caso del *Canal de Craponne*, v. si altresì L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, Paris, 2017, I éd., p. 232; C. LARROUMET, S. BROS, *Les obligations. Le contrat*, 3, *Traité de droit civil, sous la direction C. Larroumet*, Paris, 2016, p. 409. Nel caso di specie, il canale progettato e costruito da *Adam de Craponne* nel 1567 rappresentava per l'epoca una delle più grandi opere di ingegneria idraulica che portava l'acqua utilizzata da diverse tenute per innaffiare frutteti, viti e prati, i cui proprietari erano tenuti a sborsare in base ad un contratto di servitù una tassa periodica e fissa. Con il trascorrere del tempo, la tassa divenne irrisoria a seguito ed in concomitanza della guerra del 1870 (franco-alemana) tanto che gli eredi del proprietario del canale si determinarono a rivolgersi al *Tribunal civil d'Aix*, per chiedere mediante la revisione del contratto, l'adeguamento del prezzo originario per fronteggiare la sopravvenuta svalutazione della moneta e l'aumento contestuale del costo della manodopera. Il caso giunse fino in Cassazione ove la Corte con il celebre pronunciamento del 1876, cassando la sentenza di seconde cure che aveva accolto le istanze degli eredi, ritenne la forza vincolante del contratto e la sua intangibilità stabilendo espressamente che: «Vu l'article 1134 du Code civil; - Attendu que la disposition de cet article n'étant que la reproduction des anciens principes constamment suivis en matière d'obligations conventionnelles, la circonstance que les contrats dont l'exécution donne lieu au litige sont antérieurs à la promulgation du Code civil ne saurait être, dans l'espèce, un obstacle à l'application dudit article; - Attendu que la règle qu'il consacre est générale, absolue, et régit les contrats dont l'exécution s'étend à des époques successives de même qu'à ceux de toute autre nature; - Que, dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants; - Qu'en décidant le contraire et en élevant à 30 centimes de 1834 à 1874, puis à 60 centimes à partir de 1874, la redevance d'arrosage,

la clausola *rebus sic stantibus*, stabilendo che: «La règle que consacré l'article 1134 du Code civil étant générale et absolue et régissant notamment les contrats à exécution successive, il n'appartient pas aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qu'elles ont librement acceptées²¹».

Il caso ha condotto all'elaborazione del principio secondo cui «dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants», poi trasposto nell'art. 1134 del *Code civil* – richiamato con la formula *pacta sunt servanda* – e recepito da altri codici civili europei²² (a partire, per esempio, dall'art. 1123²³ del Codice civile italiano del 1865).

Il modello francese dell'esecuzione contrattuale, accolto nell'ambito di numerosi sistemi giuridici occidentali, è stato oggetto di talune obiezioni, sorte quali conseguenze dello sviluppo industriale e, più generalmente, di quello economico; messo in dubbio già fra le due guerre, infatti, è stato poi abbandonato nel nostro Paese dal codice civile del 1942.

fixée à 3 sols par les conventions de 1560 et 1567, sous prétexte que cette redevance n'était plus en rapport avec les frais d'entretien du canal de Craponne, l'arrêt attaqué a formellement violé l'article 1134 ci-dessus visé; - Par ces motifs, casse...». Cfr. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Imprévision. Contrat à exécution successive. Changement de circonstances. Déséquilibre des prestations. Absence de révision*, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12e édition, 2008, p. 183, sottolineano che «l'article 1134 du Code civil, texte général et absolu, l'impose. La loi du contrat est une "loi d'airain" qui s'impose au juge comme aux parties» e segnalano come: «La solution n'était pas sans précédent. A l'occasion des contrats de remplacement militaire rendus plus onéreux par la survenance de la guerre de Crimée, la Cour de cassation avait déjà censuré les décisions des cours d'appel, qui avaient admis leur résiliation».

²¹ L'articolo 1134 c.c. prevede: «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi». Per il testo si veda *www.legifrance.gouv.fr*.

²² Cfr. E. DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile*, Torino, 2000, p. 85; C. GIUSTI, *op. cit.*, p. 121 ss.

²³ L'art. 1123 del codice civile italiano del 1865 recitava: «I contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti. Non possono essere rievocati che per mutuo consenso o per cause autorizzate dalla legge». L'art. 1134 del *Code Napoléon*, dopo esser stato recepito - almeno parzialmente - dall'art. 1123 del codice italiano del 1865, fu ripreso anche dall'art. 1372 del codice civile italiano del 1942. Sul punto, v.si F. PADOVINI, *Integrazione del contratto e recesso unilaterale fra sistema nazionale e diritto comunitario*, in *Scritti in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010, p. 1844 ss.; M. DELLA CASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013, p. 1 ss.

Più di recente, i rappresentanti del mondo delle imprese hanno rimarcato la necessità che la nuova disciplina tenga in debita considerazione il valore della certezza giuridica nei contratti commerciali ed altresì, diversi esponenti di spicco del corpo accademico francese²⁴ hanno sottolineato la necessità del superamento dell'obbligo legale di rinegoziazione per far posto alla possibilità di un adeguamento giudiziale del contratto. Così, all'esito di una consultazione pubblica, è stata formulata una nuova disciplina dell'eccessiva onerosità (contenuta ora, come anticipato, nell'art. 1195 del *Code civil*).

Nel dettaglio, è previsto che la parte che non sia più in grado di adempiere alle proprie obbligazioni presenti istanza di revisione; di qui, i contraenti hanno facoltà di concordare la risoluzione del contratto alla data e alle condizioni da esse determinate, oppure chiedere di comune accordo al giudice di procedere al suo adeguamento. In mancanza di convenzione entro un termine ragionevole, l'Autorità Giudiziaria adita ha la possibilità di rivedere il contratto o di risolverlo su richiesta di una parte alla data e alle condizioni da lui fissate.

La soluzione francese, tuttavia, non è esente da criticità, emerse con il sopraggiungere della situazione pandemica che risiedono nella dimostrazione – non sempre facilmente raggiungibile – dello stato della crisi sanitaria al momento della conclusione del contratto e del nesso di causalità tra l'epidemia e / o le sue conseguenze e le eccessive difficoltà incontrate dal debitore nell'adempimento della obbligazione contrattuale.

Di certo, il sistema d'oltralpe, abiurando al rigido schema antecedente al 2016, a seguito della riforma del diritto dei contratti ha previsto una soluzione di maggiore flessibilità data dall'art. 1195 c.c., il quale attribuisce espressamente alla parte svantaggiata il diritto di ottenere, anche in via giudiziaria, una revisione del contratto per tener conto di circostanze sopravvenute e imprevedibili che abbiano l'effetto di renderne l'esecuzione eccessivamente onerosa²⁵.

Di là dal portato di siffatta previsione, la crisi sanitaria ha senz'altro posto la teoria dell'imprevisto (c.d. *théorie de l'imprévision*) al centro di un vivace ed interessante dibattito dottrinale.

Non appare pleonastico rimarcare come fin dal suo esordio la pandemia sia stata percepita come un avvenimento in grado di mettere a rischio l'equilibrio originario dei contratti in corso di esecuzione. Ben presto ci si

²⁴ Cfr. D. MAZEAUD, *Droit des contrats: réforme à l'horizon!*, in *Recueil Dalloz*, 2014, p. 291 ss.

²⁵ Cfr. E. TUCCARI, *Note sull'introduzione della "révision pour imprévision" nel codice civile francese*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 1517 ss.; Z. CRESPI REGHIZZI, *Effetti sui contratti delle misure normative di contenimento dell'epidemia Covid-19: Profili di diritto internazionale privato*, in *Dir. comm. internaz.*, 4, 2020, p. 921.

è interrogati sull'ostacolo che una clausola diretta a eliminare l'attuazione dell'articolo 1195 c.c. avrebbe potuto costituire alla possibilità di evitare un'esecuzione suscettibile di diventare eccessivamente onerosa.

Nell'ottica di preservare i rapporti negoziali gravemente incisi dalla pandemia, il governo francese ha emesso una serie di ordinanze volte a stabilire un periodo legalmente protetto durante il quale considerare inefficaci le clausole che stabiliscono effetti negativi per il debitore resosi inadempiente durante il lasso di tempo indicato nelle disposizioni stesse²⁶.

Data l'entità dell'epidemia, il giudice potrebbe riconoscere che la stessa – soprattutto le sue conseguenze (restrizioni ai viaggi, chiusura delle frontiere, divieto di assembramenti, ecc.) – costituiscano un cambiamento di circostanze; e tuttavia, la dimostrazione dell'imprevedibilità, alla data della firma del contratto, di tale evento diviene un onere probatorio di non facile dimostrazione.

A tal proposito, vale sottolineare come il Senato francese²⁷ abbia rilevato che imprevedibilità e forza maggiore abbiano in comune l'impossibilità di prevedere il verificarsi di un evento successivo alla conclusione di un contratto, pur distinguendosi in quanto la seconda nozione rende impossibile l'esecuzione del contratto, mentre la prima comporta la (mera) eccessiva onerosità; pertanto, se l'adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto non sia stato reso impossibile ma solo più oneroso, non può essere invocata la forza maggiore essendo allora opportuno porsi sul terreno dell'imprevisto.

Occorre – a questo punto – evidenziare come, ai fini dell'applicabilità dell'istituto della rinegoziazione, sia necessaria una valutazione congiunta di molteplici elementi.

In primo luogo, si rammenta che la nuova disposizione non è retroattiva, applicandosi ai soli contratti conclusi o rinnovati dopo il 1° ottobre 2016; pertanto, l'elemento essenziale risulta essere la data di sottoscrizione del contratto (a nulla rilevando l'esecuzione in data successiva con effetto nel 2020 o nel 2021).

Se il contratto è successivo a tale data, sarà poi necessario verificare che l'imprevedibilità dell'evento non sia escluso da apposita disposizione

²⁶ L'ordonnance del 25 marzo 2020 (n. 2020-306) aveva stabilito la fine del *période juridiquement protégée* al termine dello stato di emergenza inizialmente fissato per il 23 maggio 2020. Con due successive ordinanze del 15 aprile (n. 2020-427) e del 13 maggio 2020 (n. 2020-560) sono state poi introdotte modifiche coerenti con la proroga dello stato di emergenza e con la necessità di calcolare il nuovo termine per adempiere secondo le effettive circostanze impeditive del singolo caso concreto.

²⁷ Verbale Senato n. alla legge 2018-287 del 20 aprile 2018.

di legge²⁸.

Qualora la richiesta di rinegoziazione sia respinta dalla controparte negoziale oppure la trattativa non produca risultati positivi, le parti possono concordare la sua risoluzione alla data e alle condizioni da loro determinate o richiedere l'intervento giudiziale; nelle more della procedura di rinegoziazione ed altresì in fase giudiziale, non è previsto alcun effetto sospensivo, pertanto, le parti sono tenute a continuare ad eseguire il contratto.

Ebbene la giurisprudenza si è mostrata non di rado riluttante a riconoscere la forza maggiore quando i contraenti invocano un'epidemia o una malattia. A titolo esemplificativo, i giudici hanno determinato in passato che un evento non è imprevedibile se l'epidemia sia preesistente al momento della stipula del contratto²⁹ ed altresì che lo stesso non possa essere classificato quale inevitabile quando l'evento sia noto, endemico e non letale³⁰.

Per vero, il Covid-19 non risulta riconducibile ai precedenti giurisprudenziali menzionati, tanto per la diffusione quanto per la gravità del virus; i tribunali potrebbero così ritenere che in alcuni casi siano soddisfatte le condizioni di un evento di forza maggiore³¹.

Utile è probabilmente il riferimento alla materia delle locazioni, in particolare delle locazioni commerciali, poiché le aziende sono tenute al pagamento di canoni locatizi, anche se la produzione sia ridotta o addirittura cessata.

De iure condito, ai fini dell'applicabilità dell'art. 1195 c.c., sebbene non sia necessario che una stipulazione contrattuale preveda il ricorso ad imprevisti, le parti non devono aver rinunciato nel contratto ad invocarlo. Si consideri che per evitare il rischio connesso ad eventi imprevisti, talvolta

²⁸ A mero titolo esemplificativo, si consideri che l'art. 1195 è espressamente escluso nei contratti di cessioni di azioni per le transazioni in titoli e contratti stipulati dopo il 1° ottobre 2018. Cfr. article L. 211-40-1 *du Code monétaire et financier: L'article 1195 du code civil n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1 du présent code.*

²⁹ Cfr. Corte d'appello di *Saint-Denis de la Réunion*, 29 dicembre 2009, 08/02114; v.si altresì Corte d'Appello di *Besançon*, 8 gennaio 2014, n. 12/02291.

³⁰ Corte d'appello di *Basse-Terre*, 17 dicembre 2018, n. 17/00739; cfr. anche Corte d'appello di *Nancy* 22 novembre 2010 n. 09/00003.

³¹ Alcune decisioni hanno già confermato la qualifica di forza maggiore in relazione all'epidemia di Covid-19, in particolare per giustificare la mancata comparizione riguardo all'udienza di uno straniero posto in custodia cautelare: Corte d'Appello di *Colmar*, 16 marzo 2020, n. 20/01142; in merito all'audizione di un ricoverato involontario: Corte d'Appello di *Bordeaux*, 19 marzo 2020, n. 20/01415.

è espressamente esclusa l'applicazione della revisione per caso fortuito, stabilendo che le parti ne sopportino le conseguenze.

Se la Francia non ha dettato alcuna norma per i contratti di locazione commerciale, l'*Ordonnance* n. 2020-316³² del 25 marzo 2020 ha invece previsto una disciplina per i contratti di locazione abitativa, vietando l'applicazione ai beneficiari dell'Ordinanza di sanzioni pecuniarie, interessi di mora, risarcimento del danno, penalità, clausole di annullamento, nonché l'attivazione di garanzie o cauzioni, per il mancato pagamento del canone di locazione e delle spese corrispondenti al locatario. La medesima *Ordonnance* ha stabilito altresì il divieto di interruzione, sospensione o riduzione della fornitura di energia elettrica, gas e acqua, anche attraverso la risoluzione del contratto, durante il periodo che intercorre tra l'entrata in vigore della predetta ordinanza e la cessazione dello stato di emergenza sanitaria, disponendo il rinvio della data di pagamento delle fatture in scadenza tra il marzo 2020 e la fine dello stato di emergenza sanitaria.

3. *La modernizzazione della clausola rebus sic stantibus nel diritto spagnolo*

L'ordinamento giuridico spagnolo non contempla disposizioni idonee a regolamentare la modifica giudiziaria del contratto in caso di circostanze sopravvenute: questa è la ragione per la quale, sotto la spinta delle proposte europee di armonizzazione contrattuale, la dottrina è stata sollecitata ad effettuare riflessioni sulla portata della *clausola rebus sic stantibus* alla luce anche della situazione di crisi economica, tale da indurre la legislazione degli Stati ad una modifica del diritto dei contratti³³.

³² *Ordonnance* n° 2020-316 du 25 mars 2020 relative au paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité afférents aux locaux professionnels des entreprises dont l'activité est affectée par la propagation de l'épidémie de covid-19.

³³ Sebbene il codice civile del 1889 sia silente in merito all'argomento in esame, devono segnalarsi alcune specifiche previsioni. Ad esempio, la *Ley de 5 de noviembre de 1940 sobre contratación en zona roja*, ha previsto all'art. 7 che: «Las obligaciones pendientes de cumplimiento a que vengán obligados los contratantes por suministro o suministro y obra, pactadas antes del dieciocho de julio de mil novecientos treinta y seis o bajo dominio marxista, se regirán por los precios del contrato, solamente modificables equitativamente para restablecer una más justa reciprocidad en el caso de que circunstancias posteriores al contrato y derivadas de la revolución o de la guerra hubiesen determinado una grave desproporción que alcanzare a significar una lesión superior a más de la tercera parte de su verdadero valor», consentendo, pertanto, in caso di rivoluzione o guerra, di ricondurre ad equità i contratti di appalto in cui si fosse verificata una sproporzione del valore superiore ad un terzo rispetto a quanto

Nel *Código Civil* spagnolo norma cardine è l'art. 1105³⁴, il quale disciplina la causa di forza maggiore sancendo che, eccetto i casi espressamente previsti dalla legge o indicati nel contratto, il debitore sia esonerato dalla responsabilità per inadempimento qualora ricorrano eventi che non avrebbero potuto essere previsti o che, se previsti, non avrebbero potuto essere evitati.

La clausola *rebus sic stantibus* si è sviluppata in Spagna a livello giurisprudenziale, specie nei casi di crisi economica con una casistica piuttosto diffusa.

Tra le varie pronunce, si menziona la sentenza STS 1048/2000 del 15 novembre³⁵ in cui viene sintetizzato l'orientamento del *Tribunal Supremo* per il quale: «A) *Que dicha cláusula "rebus sic stantibus" no está legalmente reconocida.* B) *Que no obstante, dada su elaboración doctrinal y principios de equidad a que puede servir, existe posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales.* C) *Pero que se trata de una cláusula peligrosa y debe admitirse con mucha cautela.* D) *Que su admisión precisa: a) una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes contratantes que aniquilen el equilibrio de las prestaciones; y c) que todo acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles»* e dalla quale, dunque, emerge come l'applicazione della clausola da parte dei Tribunali spagnoli sia stata piuttosto restrittiva ed, in ogni caso, strettamente vincolata alla verifica di presupposti ben determinati. Si consideri infatti che affinché la stessa trovi applicazione, il fatto/evento che comporta l'alterazione dell'equilibrio contrattuale deve essere straordinario e 'radicalmente imprevedibile'.

inizialmente pattuito. Ulteriore legislazione speciale da menzionare è la *Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra* ed in particolare la *Ley 493*, il cui terzo paragrafo ha stabilito che: «*Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá ésta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución»*, statuendo, in tal modo, che la grave alterazione della proporzionalità della prestazione dovuta a circostanze impreviste potrà condurre ad una "revisione giudiziaria" o, in alternativa, alla risoluzione.

³⁴ «*Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie espondrá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables»*. Art. 1105, *Código Civil*.

³⁵ Disponibile in ECLI: ES:TS:2000:8311.

Siffatta impostazione, tuttavia, non è rimasta esente da critiche secondo cui sarebbe preferibile che il requisito della imprevedibilità dell'evento fosse ancorato alla mancata previsione della circostanza sopravvenuta.

In altre fattispecie³⁶, invece, la giurisprudenza spagnola si è espressa sull'applicabilità o meno della clausola subordinandone il ricorso nei casi in cui le parti avessero posto in essere operazioni a rischio, o comunque nelle ipotesi in cui fosse possibile per il contraente risultato penalizzato dall'evento, calcolarne il rischio.

Nel tentativo di affievolire la rigidità che aveva caratterizzato le statuizioni del primo decennio del nuovo secolo, si è fatto ricorso alla revisione del contratto con la sentenza STS 333/2014, 30 giugno 2014³⁷. La celebre pronuncia ha affrontato l'incidenza della crisi economica nel mercato pubblicitario, causa di una drastica riduzione del fatturato della *Promedios Exclusivas de Publicidad*, impegnatasi con la controparte (*Empresa Municipal de Transportes de Valencia: EMT*) a pagare una percentuale fluttuante in base ai proventi ed un minimo mensile garantito al proprietario degli autobus sui quali la pubblicità veniva esposta. Sebbene il contratto avesse una durata quadriennale, la società era riuscita ad adempiere per i primi due anni sino al sopraggiungere della crisi del 2007 dalla quale era derivata una contrazione del 67% delle commesse pubblicitarie. La Corte Suprema, in ragione della forte crisi subita dal settore nel periodo, ha stabilito la riduzione del prezzo della commissione concordata nonché del mensile fissato³⁸, fuggendo ogni dubbio circa l'effettività della teoria della revisione del contratto in

³⁶ STS 240/2012, de 23 de abril, in cui è stato deciso un caso sulla risoluzione di un contratto di locazione per lo sfruttamento di due miniere di carbone, conclusa nel 1980 e prorogata nel 1989 fino al 2020. Nel caso di specie, il Tribunale ritenne che l'affittuario, che aveva prorogato il contratto sulla base dell'esaurimento del carbone o della mancanza di redditività delle miniere, non potesse invocare l'applicazione della clausola *rebus sic stantibus* in quanto il locatario stava sfruttando le miniere da diversi anni e, quindi, sarebbe stato nelle condizioni di calcolare il rischio d'azienda nel momento in cui aveva consentito alla proroga del contratto fino al 2020.

³⁷ Reperibile per esteso in internet al seguente indirizzo: ECLI:ES:TS:2014: 2823.

³⁸ La causa è stata decisa in prima istanza dal Tribunale di Valencia 28 aprile 2011, il quale, preso atto della crisi economica, e della conseguente riduzione degli introiti pubblicitari, ha stabilito che a far data dal 2009 l'agenzia pubblicitaria era tenuta a pagare un canone ridotto, in misura pari all'80% di quello iniziale. Successivamente la Corte di Appello di Valencia l'11 giugno 2012 ha riformato la decisione, condannando l'impresa pubblicitaria a pagare integralmente il canone nella misura originariamente pattuita, con gli interessi. Contro questa decisione è stato infine proposto ricorso per Cassazione, la quale ha dato definitivamente ragione all'impresa pubblicitaria, con conseguente revisione giudiziale del contratto: TS 30 giugno 2014.

questione anche nel diritto spagnolo moderno³⁹.

In sostanza, la giurisprudenza sembra giungere a riconoscere la modernizzazione della clausola *rebus sic stantibus* tanto da rinvenirne il «*fundamento último de las propias directrices del orden público económico, particularmente de la regla de la conmutatividad del comercio jurídico y del principio de buena fe*». In altre parole, le clausole generali ed in particolare la buona fede in senso oggettivo consentono di veicolare nel sistema l'istituto della revisione del contratto e della sua riconduzione ad equità in presenza di circostanze sopravvenute, pur nel silenzio della legge⁴⁰.

³⁹ La Corte ha statuito: «*Respecto de la cuestión de fondo que plantea el presente caso, en torno a la valoración del régimen de aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, debe señalarse que en la actualidad se ha producido un cambio progresivo de la concepción tradicional de la figura referenciada en un marco de aplicación sumamente restrictivo o excepcional, como corresponde a una cláusula “peligrosa” y de admisión “cautelosa”, con fundamento derivado del criterio subjetivo de la equidad y con una formulación rígida de sus requisitos de aplicación: “alteración extraordinaria”, “desproporción desorbitante” y cir-cunstancias “radicalmente imprevisibles”; caso de la sentencia de esta Sala, de 10 de febrero de 1997, que es tomada como referente por la Audiencia Provincial. Por contra, en la línea del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento y al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico, la valoración del régimen de aplicación de esta figura tiende a una configuración plenamente normalizada, en donde su prudente aplicación deriva de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal del contrato. Esta tendencia hacia la aplicación normalizada de esta figura, reconocible ya en las Sentencias de esta Sala de 17 y 18 de enero de 2013 (núms. 820 y 822/2012, respectivamente) en donde se reconoce que la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias, también responde a la nueva configuración que de esta figura ofrecen los principales textos de armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos (Principios Unidroit, Principios Europeos de la Contratación o el propio Anteproyecto relativo a la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de nuestro Código Civil)*». Vale precisare come simile statuizione sia poi stata confermata dalla sentenza T.S. 15 ottobre 2014, n. 591, reperibile in ECLI:ES:TS:2014: 5090. Nella specie la Corte ha evidenziato, in particolare, che: «*En efecto, el alcance modificativo de la cláusula rebus ha resultado de aplicación preferente, con carácter general, tanto en la doctrina tradicional de esta Sala, como en su reciente caracterización llevada a cabo en la citada Sentencia de 30 de abril de 2014 (núm. 333/2014). En esta línea, también debe precisarse que esta solución se corresponde, en mayor medida, con el principio de conservación de los actos y negocios jurídicos (favor contractus); criterio, que la reciente doctrina de esta Sala ha elevado a principio informador de nuestro sistema jurídico, mas allá de su tradicional aplicación como mero criterio hermeneúutico, STS 15 de enero de 2013 (núm. 827/2012). Pero además, y en todo caso, el alcance modificativo también se corresponde mejor con la naturaleza y características del contrato celebrado, esto es, de un contrato de arrendamiento de larga duración*».

⁴⁰ P. ABAS, *Il Tribunale Supremo spagnolo ammette la revisione del contratto in caso di sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2015, p. 1194. L'Autore ravvisa alcuni

Il riconoscimento del rapporto tra buona fede e clausola *rebus sic stantibus* determina un «*equilibrio básico*» rispetto al quale la crisi economica viene ritenuta un fatto notorio, la cui incidenza deve essere sempre e comunque valutata rispetto al caso concreto, per cui, riconosciuta l'eccessiva onerosità delle prestazioni, si consente la revisione delle condizioni contrattuali⁴¹. Emerge dunque, con chiaro vigore, un'inversione di tendenza del formante giurisprudenziale, influenzata dai progetti europei di armonizzazione e necessitata dall'assenza di una disciplina esaustiva della sopravvenienza nel codice spagnolo.

Il *trend* pone in rilievo il principio di conservazione del contratto, inducendo la dottrina spagnola⁴² ad interrogarsi su quali circostanze i tribunali, in assenza di espressa regolamentazione giuridica, possano operare una modifica dell'accordo al fine di mantenere l'equilibrio inizialmente concordato, garantendo - allo stesso tempo - il principio della certezza del diritto.

Il sopraggiungere della situazione pandemica ha evidenziato la necessità di riflettere – adottando un approccio che tenga conto dei mezzi a disposizione e del fine da raggiungere⁴³ – sul regime legale da applicare ai contratti in situazioni di crisi.

Orbene, il diritto vivente sembra considerare la risoluzione del contratto come “ultimo” dei rimedi applicabili in situazioni di crisi causate

punti di contratto con stabilito dall'art. 1467, co. 1, c.c. italiano, pur rilevando tuttavia che mentre la regola spagnola faccia riferimento ad eventi imprevedibili, contemplando la revisione del contratto; la normativa nostrana richiede che si tratti di eventi non solo imprevedibili, ma anche straordinari, contemplando la sola risoluzione del contratto. Lo studioso evidenzia altresì alcune possibilità evolutive anche per quel che riguarda il diritto italiano; in particolare” l'estensione dei casi in cui è possibile far valere la sopravvenienza con conseguente eliminazione del requisito, introdotto a suo tempo dal codice civile del 1942, della straordinarietà dell'evento, nonché l'estensione della revisione del contratto anche in Italia; il che può offrire qualche spunto di riflessione, nell'attesa che anche il sistema italiano possa adeguarsi alle più recenti tendenze evolutive europee in materia di sopravvenienza contrattuale”.

⁴¹ In argomento C. GIUSTI, *La gestione delle sopravvenienze contrattuali, rinegoziazione e intervento giudiziale. Analisi comparata e prospettive di riforma*, Napoli, 2019, p. 142 ss.

⁴² V. si M.A. PARRA LUCÁN, *Riesgo imprevisible y modificación de los contratos*, in *InDret*, 4, 2015.

⁴³ Autorevole dottrina ha infatti ritenuto «*La primera idea tiene que ver con la adecuación entre medios y fines: para un problema sistémico y urgente, apliquemos medidas sistémicas y urgentes. No medidas con efecto retardado y con el foco puesto en las características individuales de la relación. Es tiempo del derecho de la macroeconomía (Listokin, 2019), no de la micro*», cfr. F. GÓMEZ POMAR, *Un primer análisis sobre los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19*, in *Derecho de los desastres: Covid-19*, 2020, p. 1444.

da un evento imprevedibile e inevitabile.

A simile accadimento può addivenirsi dimostrando l'impossibilità del rispetto delle disposizioni del contratto.

Numerosissime sono le misure approvate al fine di fronteggiare l'incidenza della crisi sanitaria sulle prestazioni contrattuali.

L'art. 36 del RDL 11/2020, in particolare, tenuto conto delle particolarità delle diverse tipologie di rapporti, garantisce al consumatore, per i contratti di vendita di beni o servizi, il diritto di recedervi per impossibilità sopravvenuta, senza alcuna penalità e durante il periodo di 14 giorni, ammissibile quando non è possibile ottenere una proposta di revisione⁴⁴.

4. *Riflessioni conclusive*

Il problema delle sopravvenienze viene declinato in maniera differente a seconda degli ordinamenti considerati.

Sicuramente la gestione degli eventi eccezionali idonei ad incidere sul negozio si presenta quale tema di grande attualità e tende a svilupparsi nella direzione della conservazione degli accordi contrattuali.

In particolare lo strumento della rinegoziazione consente di prendere in considerazione il contesto "straordinario", rimettendo alla volontà dei singoli il compito di determinare un diverso equilibrio (modificando l'oggetto o anche soltanto le modalità di esecuzione dell'accordo), nuovamente adeguato ai rispettivi interessi coinvolti.

Tale soluzione favorisce il mantenimento degli scambi e della circolazione della ricchezza, oltre ad avere un effetto – di non secondaria importanza – deflattivo del contenzioso.

Ne è consapevole il legislatore francese che, in occasione della riforma del *Code civil* del 2016, ha introdotto l'istituto dell'*imprévision*, il quale consente la possibilità di rinegoziazione contrattuale in caso di eventi imprevedibili e tali da rendere l'esecuzione del contratto eccessivamente onerosa.

⁴⁴ L'art. 36 RD-Ley 11/2020, rubricato "*Derecho de resolución de determinados contratos sin penalización por parte de los consumidores y usuarios*" precisa che le proposte di revisione potranno comprendere, tra l'altro, l'offerta di buoni sostitutivi o buoni di rimborso, che in ogni caso saranno subordinati all'accettazione da parte del consumatore o utente. Per una disamina puntuale della tutela del consumatore nella fase pandemica, v.si G. PALAO MORENO, *Protección del consumidor internacional en tiempos de COVID-19*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 12 bis, 2020, pp. 624-633.

La casistica su cui ha impattato il *lockdown* e, più in generale, la situazione emergenziale non si è presentata omogenea.

Le Corti, chiamate in prima istanza a provvedere, si sono rivolte agli istituti dell'eccessiva onerosità e della impossibilità sopravvenuta. Rimedi non sempre sufficientemente adeguati.⁴⁵

L'avvento della pandemia, rendendo centrale la discussione attorno all'istituto della rinegoziazione, induce a riflettere altresì sul tema del potere di controllo e correzione giudiziale del contenuto del contratto. Il ruolo che il giudice è chiamato a svolgere in un simile contesto assume una valenza cruciale nella gestione "eteronoma" delle sopravvenienze e nelle sorti dei rapporti negoziali che ne sono incisi.

La prospettiva comparatistica consente di registrare una certa riluttanza al riconoscimento di poteri di intervento del giudice sulle statuizioni negoziali (si allude in particolare ai sistemi di *common law*).

L'ordinamento inglese ad esempio è caratterizzato da un approccio restrittivo, fortemente legato all'inviolabile cardine della *sanctity of contract*, addivenendo ad una applicazione senza dubbio rigorosa rispetto ai sistemi di *civil law* (tra cui Italia e Spagna) del principio del *pacta sunt servanda*⁴⁶.

Chiamata a pronunciarsi sulle sopravvenienze causate dalla situazione pandemica la giurisprudenza inglese sembra mantenere la linea della rigidità che l'ha sempre caratterizzata: con la recente sentenza sugli effetti del Covid-19, la *Technology and Construction Court (TCC)* ha negato che la misura contenitiva del *lockdown* possa essere un accadimento di forza maggiore, tale da giustificare il differimento di un sopralluogo in un immobile al fine di accertare le contestazioni del committente sull'esecuzione dei lavori in un contratto di appalto⁴⁷.

In simile contesto, più opportuno appare un intervento volto a superare la parziale fragilità degli attuali strumenti di gestione delle sopravvenienze contrattuali, valorizzando le esigenze relazionali connesse ai rapporti di lungo termine in una logica correttiva e di adeguamento, mediante l'introduzione dell'istituto della rinegoziazione.

⁴⁵ Si condivide, sul punto, la posizione di R. FORNASARI, *Sopravenienze e contratto dopo il covid-19: problemi di contenuto e di metodo*, in *Contr. impr.*, 4, 2020, p. 1661 ss.

⁴⁶ Si fa riferimento al caso *Paradine v Jane*, [1647] Aley 26 [Paradine] che ha sancito il principio della *sanctity of contract*.

⁴⁷ *MillChris Developments Ltd v Waters*, 2 aprile 2020, in *NexisUni (LexisNexis Academic)*.

ABSTRACT

The pandemic situation has led doctrine and jurisprudence to question the ways in which the current system of the code deals with the issue of contingencies that affect the contract. The tools of resolution due to impossibility or excessive supercharge are, as known, 'ablative' remedies.

The epidemiological period, pouring significant effects on the negotiating field, underlines the inadequacy of the traditional remedial apparatus.

Thus, the need to resort to regulatory 'devices' characterized by greater flexibility, capable of guaranteeing the stability of economic relations over time, transpires.

*From a comparative perspective, it reflects on contractual contingencies which - due to their intrinsically exceptional nature - would seem to shake the ancient *pacta sunt servanda* brocard, in view of the instrument of renegotiation of duration contracts.*

Andrey Shirvindt*

*No Ordinary Remedies for Extraordinary Situations?
Some Remarks on the Fate of the Hardship Provisions
of the Russian Civil Code*

SUMMARY: 1. Introduction – 2. General Rules on Hardship in the Civil Code, Their Legislative History, and Intended Role – 3. Cautious Attitude of the Courts: a General Assessment of the Case Law and Summaries of Three Emblematic Decisions – 4. Concepts of Abuse of Right and Good Faith as Means to Circumvent the Prerequisites of the Hardship Rules – 5. Legal Response to COVID-19: Emergency Legislation Rather Than Codified Hardship Rules – 6. Conclusion.

1. *Introduction*

The Russian Civil Code now in force was adopted in four different parts in the years 1994-2006. Its first part (adopted on November 30, 1994, in force since January 1, 1995) introduced a set of rules on hardship (Article 451 CC RF) that had no equivalent in previous legislation¹.

Over the following years, the new legislative text has become a focal point of academic discussion and a considerable bulk of relevant case law has emerged. Thus, the Russian professional community is familiar with the notion of hardship and generally aware of the main problems, policy choices, and dangers in this area.

The prevailing attitude of the courts supported by the majority view in the literature is an extremely cautious one. Even though Russia,

* Associate Professor of Civil Law, at the Lomonosov Moscow State University, Faculty of Law.

¹ To quote the fathers of the Code: an «entirely new institution» (A.L. МАКОВСКИЈ, *О концепции первой части Гражданского кодекса* [On the Conception of the First Part of the Civil Code], in A.L. МАКОВСКИЈ, *О кодификации гражданского права* (1922–2006) [On the Codification of Civil Law (1922-2006)], Statut, Moscow 2010, p. 462); «absolutely new provisions» (V.V. ВИТРИНСКИЈ in *Научно-практический комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей* [Scientific and Practical Commentary to Part One of the Civil Code of the Russian Federation for Entrepreneurs], Moscow 1999, p. 580).

during the past 27 years, has experienced an array of economic turmoils (in 1998, 2008, 2014-2016, 2020-2021) followed by not insignificant outbreaks of litigation based on the new provisions on hardship, there are scarcely any cases where the change of circumstances was considered to have met all the necessary prerequisites set by the Code. Save for isolated exceptions at the lower courts' level, neither drastic devaluation of ruble, nor massive inflation increases, nor foreign economic sanctions imposed on Russia and private companies, nor the COVID-19 pandemic and the respective restrictions have, in the eyes of the judges, amounted to changes fundamental and unexpected enough to justify judicial intervention.

2. General Rules on Hardship in the Civil Code, Their Legislative History, and Intended Role

2.1. The Statutory Text

The new Russian Civil Code contains in its first part adopted in 1994 a detailed set of provisions on hardship. Located within the general part of contract law, which is in turn contained in the general law of obligations, these rules apply to any type of contracts. In order to introduce these provisions and to facilitate further discussion, I quote them here in full.²

«Article 451. Change and Rescission of a Contract in Connection With a Substantial Change of Circumstances

1. A substantial change of circumstances from which the parties proceeded in the conclusion of the contract shall be a basis for its change or rescission unless otherwise provided by the contract or derives from its nature.

A change of circumstances shall be considered substantial when they have changed to the extent that, if the parties could have reasonably foreseen this, the contract would not have been concluded by them at all or would have been concluded on significantly different terms.

2. If the parties have not attained agreement on bringing a contract in accordance with substantially changed circumstances or on its rescission, the contract may be rescinded or, upon the bases provided by Paragraph 4 of the present Article, changed by a court on demand of an interested

² P.B. MAGGS - A.N. ZHILTSOV (transl. and eds.), *Civil Code of the Russian Federation. Parts 1-4*, Moscow 2020, pp. 281-282.

party if the following conditions are present simultaneously:

1) at the time of the conclusion of the contract the parties proceeded on the basis that such a change of circumstances would not occur;

2) the change of circumstances was brought about by causes that the interested party could not overcome after they arose with the degree of care and caution that was demanded of it by the nature of the contract and the conditions of commerce;

3) performance of a contract without change of its terms would so disturb the correlation of the contract-related property interests of the parties and would entail such damage for the interested party that it, to a significant degree, would be deprived of that which it had the right to expect upon conclusion of the contract;

4) it does not follow from customs or the nature of the contract that the risk of change of circumstances is borne by the interested party.

3. In case of rescission of a contract as the result of substantially changed circumstances, a court, on demand of one of the parties, shall determine the consequences of rescission of the contract proceeding from the necessity of just distribution among the parties of the expenditures borne by them in connection with the performance of this contract.

4. A change in the contract in connection with a substantial change in circumstances shall be allowed by decision of a court in exceptional cases when the rescission of the contract would contradict societal interests or cause damage to the parties, significantly exceeding the expenditures necessary for performance of the contract on the terms changed by the court».

2.2. *Legislative History*

As appears from the recently published *travaux préparatoires*³ to the First Part of the Civil Code, the introduction of specific rules on hardship was not part of the initial plan⁴.

Whereas the working group has started with its endeavor in January

³ A.L. MAKOVSKIJ - A.I. MURANOV (eds.), *Zakonodatel'naja istorija časti pervoj GK RF (1991–1994 gg.)*. *Sobranie materialov* [Legislative History of the Part I of the Civil Code of the Russian Federation (1991-1994). Collected Materials], 2019, in *yadi.sk/i/4qa-n_93z7fGkQ*.

⁴ Cf. also a schematic presentation of the project at an early stage: *Vperëd, k kodeksu Napoleona! Graždanskij kodeks Respubliki* [Go for a Code Napoléon! The Civil Code of a Republic], «*Zakon*» [The Statute], 1, 1992, pp. 69-83.

1992⁵, the earliest reference to this concept in the available materials is to be found in the detailed statement by Michael Joachim Bonell on one of the drafts of the Code (Part I) dated January 1994. Here, as generally, his critical remarks and suggestions cite the then Draft UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts⁶. It should be noted, however, that Bonell did not propose to include provisions on hardship into the draft Civil Code. He cited Articles 6.2.1-6.2.3 of the Draft UPICC by way of example in order to show that judicial adaptation of contracts should be reserved for exceptional and strictly determined cases only, stating that «the only situation where at least some legal systems allow possible adaptation of the contract by a court decision is that of hardship».

The formal proposal to add a special article on hardship came later that year, on 5 July 1994, from the Supreme Arbitrazh (Commercial) Court of Russia⁷. Apart from a couple of immaterial changes, the working group has taken over the wording proposed by the Court so that the text of the law now in force can be dated back to this moment⁸.

2.3. UNIDROIT Principles as a Possible Source of Inspiration

Legislator's sources of inspiration can rarely be identified with certainty, and the case of the provisions of the Russian Civil Code on hardship is no exception. Yet, a number of circumstances make it plausible that Article 6.2.2 UNIDROIT PICC served as a template for Article 451(2) CC RF.

A juxtaposition of these provisions reveals their considerable resemblance as regards the prerequisites of judicial intervention. Thus,

⁵ A.L. MAKOVSKIJ, *Vystuplenie A.L. Makovskogo* [Speech by A.L. Makovskij], «*Vestnik graždanskogo prava*» [Civil Law Review], 1, 2020, p. 19.

⁶ M.J. BONELL, *Some Critical Reflections on the New Draft Civil Code of the Russian Federation*, in A.L. MAKOVSKIJ - A.I. MURANOV (eds.), *Legislative History*, cit., p. 3730.

⁷ *Priloženija k pis'mu Vyššego Arbitražnogo Suda Rossijskoj Federacii ot "___" 07. 94 g. N___*. *Zamečanija i dopolnenija k projektu pervoj časti Graždanskogo kodeksa Rossijskoj Federacii* [Annex to the letter of the Supreme Arbitrazh (Commercial) Court of the Russian Federation dated "___" 07.94 No. ___. Comments and additions to the draft first part of the Civil Code of the Russian Federation], in A.L. MAKOVSKIJ, A.I. MURANOV (eds.), *Legislative History*, cit., pp. 7123, 7139-41, 7881- 82.

⁸ Signs and remarks left by the members of the group on the paper margins of the Annex to the Supreme Arbitrazh Court's letter mentioned in the previous note are not easy to interpret but seem to suggest that at first the working group hesitated to adopt this amendment (A.L. MAKOVSKIJ, A.I. MURANOV (eds.), *Legislative History*, cit., pp. 7123 (anonymous copy), 7139-41 (copy of A.L. Makovskij)).

there is a rough correspondence between: Article 451(2)(1) CC RF and Article 6.2.2(b) UPICC, Article 451(2)(2) CC RF and Article 6.2.2(c) UPICC, Article 451(2)(3) CC RF and first paragraph of Article 6.2.2 UPICC, Article 451(2)(4) CC RF and Article 6.2.2(d) UPICC.

Furthermore, some indirect evidence can support the general likelihood of influence of the UNIDROIT Principles. Not only has Bonell given his extensive comments with an array of citations from the Draft UNIDROIT Principles, an explicit reference to Articles 6.2.1-6.2.3 among them. Later on, in respect to the Part II of the Civil Code the drafters emphasized Bonell's contribution to enriching it with modern rules of contract law⁹. Alexander S. Komarov, a member of the working groups for the preparation of the first three editions of the UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts of 1994, 2004, and 2010, has participated in the drafting of the Code. Overall, there seem to have existed channels and occasions for exchange between the two working groups.

Moreover, if one indeed looked around for sources of inspiration while drafting the provisions on hardship at that moment, there was not too much choice. By that time, neither the French *Code Civil*, nor the German *BGB* have taken on board special provisions on hardship. One could of course draw from another model highly respected and in fact broadly used by the drafters, namely the Dutch *Burgerlijk Wetboek*, but its Article 6:258 on unforeseen circumstances could hardly play determinant role in this particular matter given that the approach to framing the respective provision taken by the Russian legislator openly diverges from the Dutch one.

Be it as it may, taking of inspiration from the UNIDROIT Principles remains merely plausible and the rules of the Article 451 CC RF are only partly in keeping with the ones of Articles 6.2.1-6.2.3 UPICC and demonstrate a considerable degree of originality.

2.4. *Drafters' Expectations*

Occasional remarks by the fathers of the Code from the time of, or shortly after, its adoption suggest that the drafters saw the brand new set of rules on hardship designed by them as a more or less ordinary tool to be

⁹ S.A. XOXLOV, in O.M. KOZYR' - A.L. MAKOVSKIJ - S.A. XOXLOV (eds.), *Kommentarij k Graždanskomu kodeksu Rossijskoj Federacii (čast' vtoraja)* [Commentary to the Civil Code of the Russian Federation (Part II)], Moscow 1996, p. 228.

applied in strictly determined, exceptional, and yet not purely theoretical or unimaginable cases.

In December 1994, in his lecture held in the Supreme Arbitrazh (Commercial) Court Aleksandr L. Makovskij elaborated on the provisions on hardship in the context of the elevated role attributed to judiciary by the new Code. He suggested that commercial courts were unlikely to encounter any difficulties in applying the rules on termination or adaptation of contracts in hardship cases since they have inherited extensive experience of similar operations in respect of pre-contractual differences between soviet economic entities, the experience gained by their predecessor, Soviet State Arbitrazh¹⁰.

While discussing various institutions of the recently adopted Civil Code, in a treatise on contract law, which may be regarded as the main book of authority in the field of contract law and beyond during the first years of the new code, Mixail I. Braginskij highlights an array of contexts where Article 451 CC RF could apply¹¹.

In a commentary to the Civil Code that appeared in 1999, another member of the working group Vasilij V. Vitrijanskij assumes that events like the «Black Tuesday» of 11 October 1994, when the exchange rate of ruble fell dramatically, seem to call for application of the newly introduced hardship rules¹².

Another commentary, also stemming from the drafters' circle and devoted to the Part II of the Code, refers on various occasions to the hardship rules in light of their possible application to various types of contracts¹³.

Even though the explanations of the drafters as to the role of the new institution in practical terms remained understandably vague, their general attitude appears to have been that the hardship rules were destined to find a non-negligible field of application. Moreover, the fact that it was the Supreme Arbitrazh (Commercial) Court to propose the introduction

¹⁰ A.L. MAKOVSKIJ, *On the Conception of the First Part of the Civil Code*, cit., p. 462.

¹¹ M.I. BRAGINSKIJ, in M.I. BRAGINSKIJ - V.V. VITRIJANSKIJ, *Dogovornoe pravo. Obščie položennija* [Contract Law. General Provisions], Moscow 1997, pp. 79, 107, 271, 272, 312-313.

¹² V.V. VITRIJANSKIJ, in *Naučno-praktičeskij kommentarij k časti pervoj Graždanskogo kodeksa Rossijskoj Federacii dlja predprinimatelej* [Scientific and Practical Commentary to Part One of the Civil Code of the Russian Federation for Entrepreneurs], Moscow 1999, p. 580.

¹³ O.M. KOZYR' - A.L. MAKOVSKIJ - S.A. XOXL'OV (eds.), *Commentary to the Civil Code of the Russian Federation (Part II)*, cit., p. 315 (A.L. MAKOVSKIJ: donation), 371 (M.I. BRAGINSKIJ: contract for works), 503 (S.A. GERASIMENKO: insurance).

of the provisions of hardship into the draft suggests that this set of rules was hardly meant to serve purely academic or symbolic purposes.

3. *Case Law*

3.1. *General Assessment*

Obviously, Russian history following the adoption of the Civil Code provided for what appears to be an array of excellent settings for testing the new hardship rules. And indeed, they have been tested in courts on many unfortunate occasions. Yet, no event, however dramatic, has impressed the judiciary enough to be qualified as an unforeseen change of circumstances allowing for termination or adaption of contract pursuant to Article 451 CC RF.

Three dozen cases with reference to Article 451 CC RF have reached the Presidium of the Supreme Arbitrazh (Commercial) Court, the court of last resort for commercial disputes, from 1996 until 2014 (when the Court was abolished). In neither of them has the Court approved of the termination or adaptation of contract on grounds of hardship. Admittedly, in a significant part of these disputes the circumstances at hand could indeed barely qualify as falling within the ambit of the respective rules. Another part of this case law reveals too few details of the given factual situations and is thus of limited value for understanding the Court's attitude. In a couple of cases, however, the reluctance of the Court to consider major adverse economic developments as justifying judicial intervention became explicit. Thus, in a case of a monetary obligation in foreign currency that became extremely more onerous due to a drastic exchange rate movement the Court expressed its strong doubts that the financial crisis of 1998, one of the most severe ones in the modern history of Russia, may give grounds for termination or adaptation of contracts pursuant to Article 451 CC RF¹⁴. In another case, it was stressed that changes due to inflation processes cannot generally be deemed unforeseen¹⁵.

In its ruling of February 2022, the Supreme Court of the Russian Federation came up with extensive explanations on the role of hardship

¹⁴ Ruling No. 4876/01 of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court dated 7 August 2001.

¹⁵ Ruling No. 1074/10 of the Supreme Arbitrazh Court dated 13 April 2010.

provisions¹⁶. Summarizing the previous development of the relevant case law, the Supreme Court stated that «the case law that emerged after the adoption of Article 451 of the Civil Code, has proceeded from the assumption that the grounds for its application are of exceptional nature, bearing in mind that various changes in the economic situation which have led to a deterioration in the financial situation of one of the contracting parties (financial crisis in 1998, inflationary processes in 2008) are essentially risks inherent to business activity and in most cases must be foreseeable for the parties to this activity».

The higher courts' *rationes decidendi*, if any, come down mostly to the foreseeability argument. In a vast majority of cases the courts point out that the circumstance under consideration could and should have been taken into account by the parties as a possibility¹⁷. In particular, if the contract mentions the respective kind of developments or even provides for a mechanism designed to come to grips with them¹⁸, there is no place for judicial intervention pursuant to hardship provisions, no matter how drastic the changes have proven after the contract conclusion¹⁹. The courts often emphasize that when entering the contract a professional businessperson could have insisted on including a clause that would contemplate the unpleasant development at stake²⁰. Lower courts' case law follows suit in setting the foreseeability threshold extremely high²¹.

Another ground for rejection of claims based on Article 451 CC RF popular among lower courts is that such risks as galloping inflation and financial crises are inherent to commercial activities and should be borne

¹⁶ Ruling No. 308-ES21-20570 of the Presidium of the Supreme Court dated 24 February 2022.

¹⁷ Ruling No. 1654/96 of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court dated 4 March 1997.

¹⁸ Ruling No. 1074/10 of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court dated 13 April 2010; Ruling No. 15800/09 of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court dated 16 March 2010; Ruling No. 1852/96 of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court dated 18 February 1997.

¹⁹ Ruling No. 9600/10 of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court dated 30 November 2010; Ruling No. 249/98 of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court dated 6 October 1998.

²⁰ Ruling No. 305-ES21-12558 of the Supreme Court dated 23 December 2021.

²¹ Cf. D.S. PETROVA, *Posledujuščee izmenenie obstanovki i ego vlijanie na dogovornye objazatel'stva v rossijskom prave: politiko-pravovoj analiz i aktual'nye problemy pravoprimerenija* [Subsequent Change of Circumstances and Its Influence on Contractual Obligations in Russian Law: A Legal Policy Analysis and Current Problems in the Case Law], «*Vestnik èkonomičeskogo pravosudija Rossijskoj Federacii*» [The Herald of Economic Justice of the Russian Federation], 5, 2021, pp. 92-99.

by professional businesspersons²².

Even if it might be too soon to make final judgement as regards the COVID-19 case law, the attitude of the courts seems to remain generally intact. According to the Supreme Court, the pandemic or the restrictions imposed in order to cope with it can theoretically justify termination or adaptation of contracts based on Article 451 CC RF²³. Nonetheless, there are no cases where the Supreme Court itself would have recognized that the change of circumstances caused by COVID-19 or response to it amounted to a genuine hardship situation thus allowing for judicial intervention. At the same time, in the only COVID-19 hardship case decided by the Supreme Court so far, the given situation was not considered as meeting the requirements of Article 451 CC RF (see *infra* – Case No. 3)²⁴.

There are of course several isolated cases where claims based on hardship were sustained by lower courts. Most of them, however, are rather peculiar and it is only understandable that neither has become leading, the reasoning of the courts being rarely convincing and the results achieved not necessarily acceptable. For the same good reasons these cases are almost entirely ignored by academia²⁵. Besides, there are several COVID-19 cases where the lower courts have agreed to intervene in accordance with Article 451 CC RF²⁶. Sometimes Article 451 CC RF was invoked together with Article 614(4) CC RF on rent reduction so that one can not tell what the actual ground for rent adjustment was²⁷. Yet, the limited number of these cases is definitely out of all proportion to the dimensions of the pandemic's impact on contracts.

²² See *ibid*, p. 108.

²³ Question No. 8 of the «Overview No. 1 of Selected Issues of Case Law Concerning the Application of Statutory Provisions and Measures to Counter the Spread of New Coronavirus Infection (COVID-19) in the Russian Federation», affirmed by the Presidium of the Supreme Court on 21 April 2020; Ruling No. 305-ES21-12558 of the Supreme Court dated 23 December 2021.

²⁴ Ruling No. 305-ES21-12558 of the Supreme Court dated 23 December 2021.

²⁵ For an extensive analysis of this case law cf. T.G. OČXAEV, *Izmenenie i rastorženie dogovora v svjazi s suščestvennym izmenenijem obstojatel'stv* [Adaptation or Termination of a Contract Due to a Substantial Change of Circumstances], Statut, Moscow 2017, pp. 45-54.

²⁶ Ruling No. F05-26508/2021 of the Arbitrazh Court of the Moscow District dated 29 November 2021, Ruling No. F04-81/2021 of the Arbitrazh Court of the West Siberia District dated 13 December 2021.

²⁷ Ruling No. F02-3187/2021 of the Arbitrazh Court of East Siberia District dated 9 July 2021, Ruling No. F05-14149/2021 of the Arbitrazh Court of the Moscow District dated 29 June 2021.

In order to show what kind of issues have been brought before the courts and to exemplify recurring patterns of reasoning employed by judges, a couple of cases that have attracted particular attention of the legal community are described hereinafter in some detail. Summarizing the courts' reasoning, I have generally stuck to the original structures even where they did not seem cogently convincing or coherent.

3.2. Case No. 1. Devaluation of Ruble and Foreign Currency Loans²⁸

A borrower sued a bank for adaptation of a foreign currency loan to changed circumstances. The borrower demanded that the loan initially denominated in euros be converted into Russian rubles basing on the exchange rate effective on the day when the loan was granted (8 July 2013).

The claimant argued that the massive devaluation of ruble that broke out soon after the loan had been extended, i.e. in 2013 and 2014 (up to 66 per cent during the period), coupled with the Bank of Russia's transition to the floating exchange rate regime on 10 November 2014, constituted an unexpected fundamental change of circumstances and that Article 451 CC RF shall apply. Additionally, the claimant mentioned that she lost her job and that she was a mother with many children having a large family to supply.

The lower courts found for the claimant, but the Supreme Court reversed the judgement and remanded the case for new trial stating that lower courts had not considered whether the change of circumstances at hand qualified as both fundamental und unforeseeable.

Supreme Court's reasoning went as follows. Loans are to be paid off in the same currency as lent in and agreed upon. In this case, the loan had been granted in euros and the contract expressly provided for repayment in euros.

The mere fact that the borrower had assumed, that a loan in a certain foreign currency would be of advantage for her, may not be taken as proving that the parties could not, and ought not to, foresee the possibility

²⁸ Ruling No. 18-KG16-102 of the Supreme Court dated 13 September 2016. The Supreme Court considered this ruling to be of particular importance and exemplary value and included a brief of it in a digest of the Court's case law issued by its Presidium (section 8 of the Survey No. 1 (2017), approved by the Presidium of the Supreme Court on 16 February 2017). Supreme Court's Surveys of this kind are not legally binding but enjoy considerable authority.

of currency rate fluctuations. Increase of payments amount expressed in rubles due to rate fluctuations in itself does not qualify as altering the balance of contract-related interests of the parties. Hence, a variation of foreign currency rates may not be considered as a fundamental change of circumstances calling for application of Article 451 CC RF.

A loan repayment in an amount determined on the basis of an exchange rate, which is lower than the current one, may not be seen as full repayment. It would infringe property rights of the lender, because by adopting a fixed currency rate the court had in effect substituted a foreign currency loan by a loan in rubles with an interest rate used in foreign currency loans. As a result, the court by changing the loan agreement had in fact shifted to the creditor the exchange rate risk and the risk of adverse developments in financial situation of the debtor. Doing so, the court failed to assess the allocation of these risks taking regard of customs and of the nature of the loan agreement and gave no reasons for allocating the above risks to the creditor.

The facts that the claimant is a mother with many children and is unemployed since June 2014 cannot qualify as a fundamental change of circumstances, since it does not appear from these facts that the claimant had been deprived of what she was entitled to expect when entering the contract. Moreover, a deterioration of a personal financial situation resulting from a voluntary resignation is not a fundamental change in the sense of Article 451 CC RF.

3.3. *Case No. 2. Sectoral Sanctions and Fixed Term Leases*²⁹

The VTB Bank rented premises for its branch office for the period from 2006 until 2020. On 1 June 2015, the branch office was shut down. The bank sued the landlord for termination of contract arguing that it was forced to close the branch by a dramatic profit squeeze due to the sectoral sanctions imposed on it by the USA, the European Union, and Canada in 2014 and, hence, didn't need the premises any longer. According to the claimant, the fact that the bank was added to the sanctions lists, being extraordinary and unforeseeable, went far beyond normal commercial risks and amounted to a fundamental change of circumstances.

The first-instance court sustained the claim and was supported in it by the appellate and cassation courts.

The Supreme Court reversed the judgement and dismissed the claim.

²⁹ Ruling No. 301-ES16-18586 of the Supreme Court dated 23 May 2017.

It was the claimant's economic decision to shut down the branch. The bank, as a professional financial market player, should have taken into account that economic situation can change. It could for instance insist when entering the contract that it be vested with a right to unilaterally withdraw from the agreement in case of a branch shut down.

Above that, the list of extraordinary circumstances forming part of the force majeure clause included no references to foreign economic sanctions.

The opposite approach would in this case come into conflict with the very essence of fixed term contracts between businesses.

3.4. *Case No. 3. COVID-19 Pandemic and Commercial Lease of Premises*³⁰

In June 2020, a major supermarket chain Perekrestok, filed a claim for termination of a lease agreement, under which it had used one of its numerous premises since 2014. The claimant argued that measures against the COVID-19 taken by the authorities have led to a substantial change of circumstances. The number of customers has decreased and the profit of the shop has accordingly declined. After the landlord had refused to adapt or terminate the lease contract the tenant raised the claim for termination pursuant to Article 451 CC RF.

The Supreme Court upheld the appellate court's decision, which, unlike those of the first instance and the cassation courts, had dismissed the claim.

Acknowledged as a pandemic, the outburst of COVID-19 can qualify as an extraordinary and unavoidable event. The pandemic itself and the respective government measures that could not have been reasonably foreseen by the parties can be recognized as admissible grounds for adaptation or termination of contract under the rules of Article 451 CC RF if they have resulted in a substantial change of circumstances compared to those, from which the parties proceeded when concluding the contract. However, the final decision as to judicial intervention pursuant to hardship provisions depends on whether all the requirements of Article 451(2) CC RF are met in the given situation. COVID-19 or the respective measures must have effectively caused a disturbance of the contractual equilibrium. The disturbance of equilibrium must be lasting and 'very substantial'. Non-substantial, including temporary, fluctuations do not give ground for judicial intervention.

The claimant's allegation that he experienced a decrease in customers'

³⁰ Ruling No. 305-ES21-12558 of the Supreme Court dated 23 December 2021.

number during the two months period in question is not in itself conclusive of whether the prerequisites of Article 451 CC RF are complied with. The claimant has produced no conclusive proof that it was impossible for him to remedy the adverse effects of restrictive measures, considered that the claimant is a major professional enterprise focused on retail of consumer goods and that he was not prevented from going on with his activities during the period of restrictions or afterwards. Moreover, as appears from the report submitted by the respondent, the overall financial figures of the supermarket chain in general have proven positive for the respective period, in particular as regards the shops with similar location.

A decrease in profit in the current period does not exclude profits in subsequent periods, given the relaxation or removal of COVID-19 restrictions as well as the claimant's contractual right to use the premises differently or to sublet them.

Additionally, the claimant failed to establish that further performance of the lease would disturb the contractual equilibrium and entail substantial disadvantages for him as compared to what he was entitled to expect when entering the contract.

The claimant being a major enterprise with a considerable experience of operating in today's volatile global economy could have insisted on including a rent adjustment clause into the agreement.

In the Court's view, the defendant's interests at stake should also be taken into account when deciding whether termination of contract pursuant to Article 451 CC RF is appropriate. The facts of the case suggested that the defendant might incur difficulties in paying off the loan received for financing the acquisition of the premises, since the loan was denominated in euros and the pandemic has brought about a significant rise of the exchange rate.

4. Concepts of Abuse of Right and Good Faith as Means to Circumvent the Prerequisites of the Hardship Rules

4.1. General Assessment

Since the new Russian law has from the outset embraced a specific set of rules on unforeseen change of circumstances, one could presume that there would be no need for a «flight into general clauses» as a means to cope with

the respective factual scenarios. Nevertheless, in a remarkable group of cases, courts have invoked general concepts of the abuse of right and good faith in order to justify judicial intervention into contracts affected by unexpected adverse developments, which, however, did not meet the requirements of Article 451 CC RF as acknowledged by the courts themselves. Importantly, this case law includes, alongside several decisions of lower courts of limited importance, one relatively recent ruling of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court³¹ and a hotly debated judgement of a first instance arbitrazh court (see *infra* Case No. 4)³².

The above development of the case law is noteworthy not only because it, ironically, incorporates to some extent an upside down mirror image of the well-known German history of hardship rules³³.

First, this group of cases forms part of a major trend in Russian civil law jurisprudence, that is to say a trend towards increasingly vast and intensive use of the doctrines of the abuse of right and good faith by the courts. In the recent years, the earlier reluctance of the Russian judges to invoke the principle of good faith or to use the concept of the abuse of right in their reasoning has been overcome. For more than a decade, we are witnessing an explosive – partly even exponential – growth of cases where either Article 1(3) and (4) entrenching the good faith principle or Article 10 CC RF with the general clause on abuse of right are referred to³⁴. Against this background, it does not come as too big a surprise that these doctrines have found application in the context of unexpected changes of circumstances

³¹ Ruling No. 9600/10 of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court dated 30 November 2010.

³² For a brief discussion of this case law cf. M.V. ŠAVALEEV, *Dogovornoe pravo v period ekonomičeskoj nestabil'nosti: issledovanie sovremennogo opyta vlijanija suščestvennogo izmenenija obstojatel'stv na objazyvajuščuju silu dogovora* [Contract Law in Times of Economic Instability: A Study of the Modern Experience Concerning the Impact of Material Change of Circumstances on the Binding Force of Contract], «*Zakon*» [The Statute], 1, 2017, pp. 117-119.

³³ For a recent discussion, see K.P. BERGER - D. BEHN, Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study, «*McGill Journal of Dispute Resolution*», 6, 2019-2020, pp. 120-125, TH. RÜFNER, in N. JANSEN - R. ZIMMERMANN (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford 2018, pp. 904-905.

³⁴ For statistical analysis cf. J.B. FOGEL'SON, *Rossijskoe graždanskoje pravo s točki zrenija sociologičeskoj jurisprudencii (verxovenstvo GK, dobrosovestnost')* [Russian Civil Law from the Point of View of Sociological Jurisprudence (the Supremacy of the Civil Code, Good Faith)], «*Zakon*» [The Statute], 6, 2019, pp. 145-156; ID., *Princip dobrosovestnosti v rossijskoj sudebnoj praktike* [The Principle of Good Faith in the Russian Case Law], «*Vestnik ekonomičeskogo pravosudija Rossijskoj Federacii*» [The Herald of Economic Justice of the Russian Federation], 9, 2017, pp. 103-116.

as well. On the other hand, this approach has not swept aside the previous cautious attitude of the courts nor has it led so far to general replacement of the provisions of Article 451 CC RF by the concepts of good faith and abuse of right. Noticeable as it is, this trend remains quite limited and does not affect the overall picture.

Second, there is certain tension between this minor trend of case law on hardship and the widely accepted idea that in cases, where justice may be achieved with help of an ordinary tool stipulated by a statute or otherwise established, this ordinary tool should enjoy preference over extraordinary ones like those of abuse of right and good faith³⁵. Thus, the highest courts have stressed on several occasions that invalidity of a juridical act, or a contract shall not be derived from the principle of good faith or prohibition of abuse of right if there is a special provision on invalidity of juridical acts with the respective defect³⁶. Even the application of a statutory provision on invalidity by way of analogy of statute, or *analogia legis*, according to Article 6(1) CC RF shall enjoy precedence over the employment of the abuse of right concept³⁷. If a party's interest may be protected by a remedy foreseen by the standing law, there is no need to reach out for the good faith principle or prohibition of abuse of right. Parties should generally avail themselves of the existing statutory remedies instead of appealing to the concepts of good faith and abuse of right³⁸. According to a popular view, extraordinary and supplementary tools and general statutory provisions should not be used in place of specific tools or provisions in order to bypass the prescription period³⁹. Thus, the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court declared that it is unacceptable to use Article 10 CC RF as an extraordinary ground for invalidity to bypass the statute of limitations where there is a specific stat-

³⁵ To this effect, see e.g. Sections 2, 6, and 7 of the Information Letter No. 127 of the Supreme Arbitrazh Court dated 25 November 2008 «*An Overview of the Application by Arbitrazh Courts of Article 10 of the Civil Code*».

³⁶ Section 8 of the Resolution No. 25 of the Plenum of the Supreme Court dated 23 June 2015; Ruling No. 18-KG18-268 of the Supreme Court dated 5 February 2019; Ruling No. 308-ES16-16203 of the Supreme Court dated 12 December 2016.

³⁷ Resolution No. 18439/10 of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court dated 7 June 2011.

³⁸ This is, for instance, the rationale of the case summarized by the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court in the Section 7 of the Information Letter No. 127 (cit.). The law on the issue considered in the case at hand has changed since 2008 and the case should have been decided differently today. However, this particular change in the law does not affect the methods of applying the concept of the abuse of right.

³⁹ Cf. e.g. the Rulings of the Supreme Court Nos. 307-ES19-20020(8,10) and 307-ES19-20020(9) dated 9 March 2021; No. 305-ES18-22069 dated 6 March 2019.

utory provision, contemplating exactly the type of defects invoked by the claimant⁴⁰. All in all, in keeping with this principle the courts invoking the concepts of good faith or abuse of right in hardship cases would be expected to indicate the specific circumstances that justify disregarding the provisions of Article 451 CC RF in the particular case at hand.

4.2. Case No. 4. Devaluation of Ruble and Foreign Currency Denominated Leases⁴¹

A tenant, PJSC VimpelCom, sued the landlord, PJSC Tizpribor, for adaptation of a long-term lease contract. The claimant demanded that the currency clause be supplemented with maximum and minimum threshold values.

As stipulated in the contract, rental payments were due in rubles in amounts equivalent to a fixed figure in US dollars. The actual sums payable were to be calculated according to the current exchange rates.

The claimant argued that the drastic devaluation of ruble that followed in 2014 could not be reasonably expected at the time when the contract was concluded, that is to say in 2009. By that time, the exchange rates were stable for a long period. The official exchange rates did not exceed 32 rubles for 1 US dollar. At that time, the exchange rate policy applied by the Bank of Russia was to intervene in order to prevent the floating exchange rates from crossing certain lines set by the Bank. In December 2014 the exchange rate increased by 150 %. The economic sanctions imposed on Russia make it impossible to foresee the future behavior of the rates. The decision of the Bank of Russia, dated 10 November 2014, to drop the operational band and to let the exchange rates float freely creates legal and economic uncertainty for the parties.

The first instance court decided that the facts of the case did not qualify as a fundamental change of circumstances in the sense of Article 451 CC RF. The claimant must have foreseen that the relevant exchange rates may change.

⁴⁰ Resolution No. 10044/11 of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court dated 17 June 2014. See also e.g. the Rulings of the Supreme Court Nos. 307-ES19-20020(8,10) and 307-ES19-20020(9) dated 9 March 2021 and No. 305-ES18-22069 dated 6 March 2019 explicitly citing this resolution.

⁴¹ Decision of the Arbitrazh (Commercial) Court of Moscow dated 1 February 2016 in case No. A40-83845/15-54-532; Ruling No. 09AP-8243/2016-GK of the 9th Arbitrazh Appellate Court dated 29 March 2016.

However, the court basing on a long line of reasoning decided to adjust the contract to the changed circumstances. It invoked the good faith principle and the ban on unjust enrichment and pointed out that after the increase of the exchange rate the rent payments under the contract had become much higher than the average. The claim was sustained.

The appellate court reversed the judgement and dismissed the claim. Change of policy by the Bank of Russia and imposition of economic sanctions did not have devaluation of ruble against dollar as a necessary consequence. The exchange rate is ultimately determined by an interplay of many different factors. It is the market that sets the rate. This considered the parties should have taken the possibility of devaluation into account. Accordingly, an increase of an exchange rate cannot qualify as an unexpected fundamental change that would allow for application of Article 451 CC RF. After the case had reached the court of cassation, the parties concluded a settlement.

5. Legal Response to COVID-19: Emergency Legislation Rather Than Codified Hardship Rules

As the outburst of the COVID-19 pandemic and the measures taken by authorities in order to cope with it caused unprecedented disturbances for multitude of contracts in virtually every sector of the Russian economy, the urgent need for appropriate legal response became as obvious as it gets. The first part of this response came in form of emergency legislation. Special statutes and government regulations were adopted to govern consequences of COVID-19 for numerous types of contracts: real estate lease agreements, package travel contracts, contracts of carriage by air, non-commercial loans, various contracts in the sphere of housing services and utilities etc.⁴². Most of them introduced hard and fast rules like granting of grace periods and reduction of rent payments.

In light of the experience depicted above, one could at most cautiously suggest that the pandemic would work as a wake-up call for the Civil Code's rules on hardship. Even this faint possibility has been reduced

⁴² See e.g. Article 19 of the Federal Law No. 98-FZ dated 1 April 2020 on leases, Articles 6 and 7 of the Federal Law No. 106-FZ dated 3 April 2020 on loans, Regulation No. 1073 of the Government of the Russian Federation dated 20 July 2020 on package travel contracts, Regulation No. 991 of the Government of the Russian Federation dated 6 July 2020 on carriage by air.

to a minimum by the extensive emergency legislation. Since the most pressing issues were immediately addressed by new statutory framework, the potential scope of application of Article 451 CC RF narrowed down enormously. To give just one symptomatic example, a first instance court sustained a claim for termination of a package travel contract pursuant to Article 451 CC RF in view of the COVID-19 flight restrictions. The higher courts decided differently refusing to apply the hardship rules under reference to a government regulation (issued after the first instance court's decision!), which in order to meet COVID-19 challenges introduced a grace period for this kind of contracts⁴³.

The Supreme Court hesitated to take the lead in giving legal response to the effects of the COVID-19 pandemic on contracts and issued its abstract guidelines after the legislator had taken first steps in this regard. Although Article 451 CC RF didn't remain unmentioned⁴⁴, the content, the place, and the volume of the respective scarce explanations make it clear that the Civil Code's hardship rules were meant to play a subordinate role, if any, compared to emergency laws⁴⁵.

6. Conclusion

As becomes clear from the above survey, the new Russian civil law equipped from the outset with a set of general rules on hardship of the state-of-the-art quality has on many occasions chosen not to make use of this ordinary tool of coping with emergencies. Despite an array of truly dramatic and unprecedented challenges that Russia faced since the adoption of its current Civil Code the mechanism of termination or adaptation of contracts

⁴³ Ruling No. 78-KG21-40-K3 of the Supreme Court dated 7 September 2021.

⁴⁴ Question No. 8 of the «Overview No. 1 of Selected Issues of Case Law Concerning the Application of Statutory Provisions and Measures to Counter the Spread of New Coronavirus Infection (COVID-19) in the Russian Federation», affirmed by the Presidium of the Supreme Court on 21 April 2020.

⁴⁵ See detailed explanations as to the newly adopted emergency laws and regulations in Questions Nos. 2-7 of the «Overview No. 2 of Selected Issues of Case Law Concerning the Application of Statutory Provisions and Measures to Counter the Spread of New Coronavirus Infection (COVID-19) in the Russian Federation», affirmed by the Presidium of the Supreme Court on 30 April 2020, Questions Nos. 4-12 of the «Overview No. 3 of Selected Issues of Case Law Concerning the Application of Statutory Provisions and Measures to Counter the Spread of New Coronavirus Infection (COVID-19) in the Russian Federation», affirmed by the Presidium of the Supreme Court on 17 February 2021.

entrenched in Article 451 CC RF remains largely dormant.

One can think of a number of plausible explanations for that. It may be argued, for instance, that the unwillingness of the courts to adapt or terminate contracts in cases of hardship is of the same nature as the general reluctance of the judiciary to interfere with contracts be it on grounds of mistake, duress, fraud, or suchlike (Articles 178 and 179 CC RF) or in the context of policing unfair contract terms in B2B contracts (Article 428 CC RF). Furthermore, the courts' attitude towards hardship rules appears akin to their utmost hesitation to qualify any given event as amounting to force majeure (Article 401(3) CC RF). All these features of the Russian case law seem to be rooted in judiciary's conception of sanctity of contract, arguably taken to extremes. This disinclination to intervene in contracts might gain additional momentum from the judges' lack of confidence in operating with abstract notions like «foreseeability» and «substantial change of circumstances».

Another reason for the described attitude of the courts might lie in the belief – shared by both legislator and judges – that it is not up to the courts to tackle with systemic challenges like inflation, economic sanctions, or pandemics. In the case of COVID-19, it appears particularly clear that the hesitation of the judiciary to take the lead is coupled with increased activity of the legislator. One could put it differently, shifting the focus from institutions to sources of law. Apparently, the legislator and the courts share yet another belief – that the ordinary machinery of the Civil Code is not suited to dealing with outright emergencies, or, to phrase it differently, that the Code is subject to a *clausula rebus sic stantibus* itself, and that temporary and extraordinary legal framework designed specifically for the current challenges is needed to give an appropriate legal response.

ABSTRACT

The actual Russian Civil Code of 1994-2006 provides for a detailed set of rules on hardship. Yet, despite the fact that Russia has experienced a series of severe economic disturbances during the past 27 years (in 1998, 2008, 2014-2016, 2020-2021) followed by significant outbreaks of relevant litigation the prevailing attitude of the courts remains extremely cautious. Thus, according to the case law, neither drastic devaluation of ruble, nor massive inflation increases, nor foreign economic sanctions imposed on Russia and private companies, nor the COVID-19 pandemic have amounted to changes fundamental and unexpected enough to justify judicial intervention pursuant to the hardship rules of the Code. As the recent case of COVID-19 suggests, the courts and the legislator seem to share the view that it is not up to the judiciary to meet extraordinary systemic challenges and it is not for the ordinary

codified tools of contract law to govern such situations. Both actors appear to agree that emergency legislation is a more appropriate means to give a legal response to developments of this kind.

Marco Torsello

*International Emergencies in Transnational Commercial Law:
Synchronicities and Mismatches between Domestic Courts
and International Arbitral Tribunals.*

SUMMARY: 1. Introduction: the functional equivalence of court litigation and commercial arbitration in the face of international emergencies – 2. The evolving role of arbitral tribunals, from third-party interveners in commercial disputes to essential constituents of national judicial systems – 3. Domestic courts and arbitral tribunals' power to adapt contracts in times of emergencies – 4. Closing remarks.

1. Introduction: the functional equivalence of court litigation and commercial arbitration in the face of international emergencies

Several emergencies have disrupted the ordinary course of international commercial transactions in recent decades. Such emergencies include terrorist attacks, financial crises, natural disasters due to climate change, massive migrations, a global pandemic, and, as this paper is being finalized, the military invasion of an independent State in the heart of Europe. The scope of the legal effects of these emergencies ranges far beyond the area of commercial law, as evidenced by the multiple derogations to fundamental rights invoked based on the “emergency clauses” contained in Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights¹, and Article 15 of the European Convention of Human Rights². Examples

¹ The International Covenant on Civil and Political Rights was adopted by the United Nations General Assembly Resolution No. 2200^a (XXI) on 16 December 1966, and entered into force on 23 March 1976. Under Article 4(1), «[i]n time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin».

² The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (known

of such recourses to “emergency clauses” include the 2001 Patriot Act in the United States³ and the French declaration of a state of emergency following the 2015 terrorist attacks⁴; examples also include the Turkish order of a state of emergency following the 2016 failed coup⁵. *Mutatis mutandis*, examples also relate to the situation resulting from the outbreak of the Covid-19 pandemic in early 2020, as a result of which a multitude of States expressly invoked the possibility to derogate from human rights obligations under the “emergency clause” in Article 15 of the ECHR⁶.

With all due acknowledgment of the difference in severity, scope, and effects, it is undeniable that also international trade and businesses have suffered a great deal whenever emergencies have happened. Typically, however, the disruptive factor invoked by business operators is not the natural emergency *as such*, but its factual or legal consequences. For instance, this observation applies to the Covid-19 pandemic, which is not invoked *as such*, but for the factual or legal impact of the public health crisis. Factual consequences include illness, quarantine, death of key personnel, production facility closures, or interruption, delays, or disruption of supply chains. Legal consequences relate to lockdowns, curfews, travel restrictions, and other measures by governments and public authorities issued in reaction to the emergency.

In most cases, the span of the effects of these emergencies includes a multitude of different States and often covers the entire globe. However, initiatives deployed to tackle the crises have been conceived, structured,

as European Convention on Human Rights, “ECHR”) was drafted by the Council of Europe and entered into force for all member States on 3 September 1953. Article 15(1) of the ECHR states that: «[i]n time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law».

³ The Patriot Act was passed by the US Congress on October 2001 and was based on the US President’s Proclamation 7463, *Declaration of National Emergency by Reason of Certain Terrorist Attacks*, of 14 September 2001.

⁴ The declaration of a state of emergency triggered the effect set by the *Loi n° 55-385* of 3 April 1955, which had been passed during the Algerian war.

⁵ Turkish Government Decision n° 2016/9064 of 20 July 2016.

⁶ The list of States that invoked either Art. 4 ICCPR or Art. 15 ECHR include Albania, Armenia, Estonia, Georgia, Latvia, Moldova, North Macedonia, Romania, Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panama and Peru. Cr. S. JOSEPH, *A timeline on COVID-19 and Human Rights: Derogations in time of public emergency*, available online at: <https://news.griffith.edu.au/2020/05/05/a-timeline-of-covid-19-and-human-rights-derogations-in-time-of-public-emergency/> (5 May 2020).

and turned into legislative or administrative provisions at the national level, with no, or very little, international coordination, whether regional or global⁷. On the other hand, various international uniform law instruments - including the Vienna Sales Convention (“CISG”)⁸, the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (“Unidroit Principles”)⁹, the ICC Force Majeure and Hardship Model Clauses¹⁰, and others - have been repeatedly invoked to seek relief from the distress caused by the emergencies. However, reference to these instruments has been chiefly based on the abstract and somewhat vague provisions contained therein, which inevitably call upon the adjudicator (whether a State court or an arbitral tribunal) to apply the abstract uniform rules to the specificities of the case at hand.

Under these circumstances, domestic case law in many jurisdictions is developing largely self-referentially, often guided by the local government’s emergency legislation¹¹. Examples of this approach include those resulting from the issuance of “force majeure certificates” by the local chambers of

⁷ For a similar observation and further analysis on the lack of supranational coordinated action, see M. TORSELLO, M. WINKLER, *Coronavirus-infected International Business Transactions: A Preliminary Diagnosis*, EUROP. J. RISK REG. 396 (2020), also published in DIR. COMM. INT. 847 (2020); for a similar call for international supranational (primarily European) unification, based on a functional and comparative analysis, see V. JENTSCH, *Contractual Performance, Breach of Contract and Contractual Obligations in Times of Crisis: On the Need for Unification and Codification in European Contract Law*, EUROP. REV. PRIV. L. 853 (2021).

⁸ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (also known as the Vienna Sales Convention or the “CISG”) was adopted on 11 April 1980 and entered into force on 1 January 1988. It is currently in force in 94 countries.

⁹ The Unidroit Principles of International Commercial Contracts (“Unidroit Principles” or “UPICC”) are a soft law instrument drawn up since 1984 by an international working group of the inter-governmental organization UNIDROIT, and ratified by its Council. They have been published in their first edition in 1994, and subsequently amended and updated in 2004 (2nd edition), 2010 (3rd edition), and 2016 (4th edition).

¹⁰ The ICC Force Majeure and Hardship clauses (2020) are model clauses drafted by the International Chamber of Commerce (“ICC”), the latest edition of which was published in 2020. They are available for exam and download in multiple languages at: <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-and-hardship-clauses/>.

¹¹ Cf., for instance, V. JENTSCH, *Contractual Performance, Breach of Contract and Contractual Obligations in Times of Crisis: On the Need for Unification and Codification in European Contract Law*, *supra* n. 7, *passim*, comparing the law of, and judicial applications in Germany, Austria, Switzerland, France, and Italy; see also M. WILLEMS - D. HAWTHORN, *Covid-19 Business Reliefs in the United Kingdom and the Netherlands: A Comparison*, in *Bus. L. Int’l* 127 (2021). For an extensive overview of Covid-19-related legislation, case law and scholarly articles, see the collection at <http://www.comparativecovidlaw.it>.

commerce in China and other jurisdictions¹².

While it may be too early to draw any conclusion as to the reciprocal impact of these domestic solutions and to detect any phenomenon of legal transplant or cross-fertilization, the goal of this paper is to discuss how arbitral tribunals called upon to adjudicate international disputes position themselves *vis-à-vis* domestic courts as regards the remedies made available in supranational instrument and domestic laws. State court decisions are often mismatched by each other. Therefore, arbitral tribunals may be wobbling between the applicable law, the need to take account of precedents from different national systems, and the desire to promote a uniform law for international commerce based on a fair and reasonable solution for businesses compliant with the principles of good faith and solidarity. However, the risk is that, by so doing, arbitral tribunals may depart significantly from the approach of State courts, thus creating a dichotomy between these two forms of adjudication of international commercial disputes. Moreover, arbitral tribunals may also ultimately disregard the mandate received by the parties to adjudicate differences among them, thus endangering the very stability of the award.

2. The evolving role of arbitral tribunals, from third-party interveners in commercial disputes to essential constituents of national judicial systems

In past decades, international commercial arbitrators have often been perceived as third-party intervenors in commercial disputes, operating as agents of (the parties, but more generally, of) the community of merchants to settle disputes in a business-friendly fashion. As such, arbitral tribunals have often been depicted as adjudication bodies endowed, by definition, with a certain degree of equitable power. Such equitable power, in turn, was regarded as giving them the authority to take action favoring an amicable settlement or be flexible and proactive in using the remedial schemes available to them¹³.

¹² The China Council for the Promotion of International Trade (CCPIT) started the practice of issuing *Force Majeure Certificates* on 30 January 2020 to assist local businesses in prospective disputes with foreign counterparties arising as a result of the actions being taken by the Chinese government.

¹³ For a theory of private adjudication, see W.M. LANDES - R.A. POSNER, *Adjudication as a Private Good*, in 8 *J. Legal St.* 235 (1979); for a comparative overview of international commercial arbitration, see J.F. PUDRET - S. BESSON, *Comparative Law of International*

However, that time has long gone. Today, arbitral tribunals can decide equitably only within the strict limits imposed by the parties and the applicable *lex arbitri*. The arbitral award is usually subject to annulment based on the arbitrators' *excès de pouvoir* or the decision's being *ultra petita*, and it certainly is subject to refusal to recognition and enforcement under Article V(1), lit. c, of the 1958 New York Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards (the "New York Convention")¹⁴. Overall, the arbitral decision process qualifies as a fully-fledged jurisdictional activity in most legal systems¹⁵.

Concerning the limits to the arbitrators' power to decide a case *ex aequo et bono*, it is worth mentioning here Article 28 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (the "Model Law")¹⁶. The Model Law has been adopted in 85 States, for a total of 118 jurisdictions. It expressly imposes on the arbitral tribunal to «*decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so*». Arguing *a contrario*, in the absence of authorization by the parties, the arbitral tribunal *cannot* decide *ex aequo et bono* or as *amiable compositeur*.

The approach adopted by the Model Law is not isolated. Under Italian arbitration law, for instance, Article 822 of the Italian Code of Civil Procedure ("c.p.c.") provides that arbitral tribunals adjudicate on equitable grounds («*secondo equità*») *only* when the parties have so agreed¹⁷. Moreover, the said approach is consistent with Article V(2) of the 1961 European Convention on International Commercial Arbitration (the "Geneva Convention")¹⁸, according to which «*the arbitrators shall act as*

Arbitration, 2nd ed., 2007; J. LEW - L. MISTELIS - S. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003.

¹⁴ The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards was adopted in New York by a United Nations diplomatic conference on 10 June 1958 and entered into force on 7 June 1959. The New York Convention is currently in force in 169 States. The text of the convention is available at: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/new-york-convention-e.pdf>.

¹⁵ Accord, F. FERRARI - F. ROSENFELD, *International Commercial Arbitration. A Comparative Introduction* 47 (2021).

¹⁶ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, is a model law designed to assist States in reforming and modernizing their laws on arbitral procedure, originally adopted in 1986 and amended in 2006. The text of the Model Law is available at: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf.

¹⁷ For a detailed analysis of Italian arbitration law conducted in English, see M. BENEDETTELLI, *International Arbitration in Italy*, 2020.

¹⁸ European Convention on International Commercial Arbitration, prepared and open for signature on 21 April 1961. For a commentary on the Convention, see C.G. ORLANDI,

amiables compositeurs *if the parties so decide and if they may do so under the law applicable to the arbitration*».

Arbitration rules often reaffirm the same position, with a notable example being the 2021 Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce (“ICC Rules”)¹⁹. Not unlike the arbitration rules of other arbitral institutions worldwide, Article 21(3) of the ICC Rules, although affirming the arbitral tribunal’s freedom to apply, in the absence of parties’ choice, *«the rules of law which it determines to be appropriate»*, further specifies that *«[t]he arbitral tribunal shall assume the powers of an amiable compositeur or decide ex aequo et bono only if the parties have agreed to give it such power»*²⁰.

The foregoing confirms that the power to adjudicate disputes granted to arbitral tribunals does not, by default, endow them with the power to decide the dispute on merely equitable bases. Instead, arbitral tribunals are required, just like State courts, to identify the law applicable to the subject matter and to adjudicate the dispute based on that law²¹. The fact that the arbitration-specific conflict-of-law rules are often different from the rules applied in domestic courts does not change this position; nor does the fact that in some rare (yet notable) cases the arbitration-specific conflict-of-law rules lead to the application of rules of law other than the domestic law of a given State. One of the best-known example of the approach just mentioned is found in Article 1511 of the French Code of Civil Procedure, stating that: *«Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu’il estime appropriées»*. A similar approach has been adopted in Article 21 of the ICC Rules, referring to the *«rules of law»* which the arbitral tribunal *«determines to be appropriate»*²².

Convenzione europea sull’arbitrato commerciale internazionale, in F. FERRARI (ed.), *Le convenzioni di diritto del commercio internazionale* 445, 2nd ed., 2002.

¹⁹ The English text of the 2021 ICC Rules is available at: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>.

²⁰ For a commentary on the ICC Arbitration Rules, see T.H. WEBSTER - M. BÜHLER, *Handbook of ICC Arbitration: Commentary and Materials*, 5th ed., 2021.

²¹ On the law applicable to the merits in international commercial arbitration, see F. FERRARI - L. SILBERMAN, *Getting the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong*, F. FERRARI - S. KRÖLL (eds.), *Conflict of laws in international arbitration* 257 (2010).

²² For another example of arbitration rules containing a similar provision, see, e.g., Article 31 of the 2016 Rules of the Singapore International Arbitration Center (“SIAC Rules”), which, in the absence of a designation of the applicable law by the parties, requires the arbitral tribunal to apply *«the law or rules of law which it determines to be appropriate»*.

In both these examples, the arbitration-specific conflict rule supports the application of non-State rules, such as the Unidroit Principles, *Lex mercatoria* principles, or the like. However, this solution is still to be regarded as an exception to the general rule, under which, absent a choice made by the parties, the arbitral tribunal must decide the dispute based on the applicable State law²³.

This approach is well exemplified in Article 28 of the Model Law. Paragraph (1) grants the parties the power to choose the «*rules of law [...] applicable to the substance of the dispute*», thus making the choice of non-State rules possible. Conversely, under paragraph (2), absent the parties' designation, the arbitral tribunal must apply the «*law determined by the conflict of laws rules which [the tribunal] considers applicable*», thus stressing that the tribunal's determination must lead to the application of the law of some State.

I already argued *supra* that the arbitral tribunal's power to decide on merely equitable bases is limited. Additionally, I shall now mention that the tribunal's "excess of power" is universally sanctioned. In fact, the arbitral tribunal's "excess of power" is a ground for annulment of the award in most jurisdictions, as well as a ground for refusal of recognition and enforcement of a foreign arbitral award under Article V (1) lit. c. of the New York Convention²⁴. Pursuant to this provision, recognition and enforcement may be refused if «*[t]he award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration [...]*»²⁵.

This provision deals with situations where an arbitral tribunal renders a decision addressing issues beyond the arbitration agreement's subject-matter scope. To determine whether a tribunal did so, it is necessary to interpret the arbitration agreement and decide whether or not it covers a given issue in dispute²⁶.

²³ For further comments on the implication of the applicability of "rules of law", see M. TORSELLO, *A (Quasi-)Codified Lex Mercatoria Based on Soft Law Regulatory Competition and the Use of Comparative Law Methodology in International Commercial Arbitration*, in *Ius Comparatum* 211 (2020), also in *Dir. Comm. Int.* 51 (2022).

²⁴ Accord, G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Part III, Ch. 26.05, 1814 (3rd ed., 2021). For a court decision stating the same, see Court of Appeal Milan (Italy), 24 March 1998, *GIUR. IT.* 533 (1999).

²⁵ For a similar provision in domestic arbitration law, see Article 840(3), n. 3 of the Italian cpc. A similar provision is also contained in Article 829(), n. 4 cpc, setting forth the grounds for annulment of a domestic award.

²⁶ Cf. D. GIRSBERGER - N. VOSER, *International Arbitration. Comparative and Swiss Perspectives* 442 (2010).

The principle mirrors the *ne ultra petita* principle, largely applied to civil claims in court litigation²⁷.

The observation that arbitration and court litigation stand on equal footing as regards the *ne ultra petita* principle should not be surprising. It is consistent with the trend that places domestic courts and arbitral tribunals on equal footing as essential co-participants in the jurisdictional system. Legislators and constitutional courts in many jurisdictions have confirmed this approach. In Italy, for instance, the famous judgment n° 376/2001 rendered by the Constitutional Court on 28 November 2001²⁸, established the objective jurisdictional nature of arbitration, assimilating the arbitral tribunal to a national judicial authority and equating the arbitral award to a court judgment²⁹.

The foregoing is not meant to overlook the differences between arbitration and litigation. State judges enjoy adjudicatory powers derived from statutes and may also possess coercive powers. On the other hand, despite the recent creation of the Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters (the “Hague Judgments Convention”)³⁰, and the aspirations of the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements (“Hague Choice-of-Court Convention”)³¹, to become the equivalent of the New York Convention for court decisions supported by a choice-of-court agreement, court judgments are still by far more difficult to enforce internationally than arbitral awards.

All that said, however, when arbitral tribunals and State courts adjudicate international commercial disputes, they exercise the same function. Moreover, they are subject to the same fundamental rules and principles, including the foundational duty to be and appear independent and impar-

²⁷ On the *Ne Ultra Petita* principle in public international law, see A. TANZI, *Ultra Petita*, in *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law* (2019).

²⁸ Corte costituzionale (Italy), 28 November 2001, n. 376, available at: https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2001:376.

²⁹ For an overview of the process of jurisdictionalization in from the Italian perspective, see T.E. FROSINI, *Arbitrato rituale e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. arb.* 137 (2019).

³⁰ The Hague Judgments Convention was concluded on 2 July 2019; however, it is still not in force. For a comprehensive bibliography on the convention, see: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/publications1/?dtid=1&cid=137>.

³¹ The Hague Choice of Court Convention was concluded on 30 June 2005 and entered into force on 1 October 2015. The European Union (on behalf of the Member States, except Denmark), Denmark, Mexico, Montenegro, Singapore, and the United Kingdom are parties to the convention. For a comprehensive bibliography on the convention, see: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/publications1/?cid=98&dtid=1>.

tial, which the European Court of Human Rights has repeatedly affirmed as equally applicable to judges and arbitrators³².

In the face of the commonality of function and institutional framework, procedural and substantive divergences in how arbitrators and State courts deal with similar issues in international commercial disputes persist. These mismatches tend to become apparent when emergencies occur, with long-term contractual relationships being an area of particular interest, due to their vulnerability to the effects of unexpected circumstances.

In analyzing how State courts and arbitral tribunals react to severe disruptions caused by emergencies, one might consider procedural aspects and substantive ones. Hereafter, the procedural aspects will be addressed only in passing, whereas this paper's core analysis will focus on the substantive ones.

As regards the procedural aspects, suffice it to mention here that domestic courts and arbitral tribunals have both engaged with the challenge posed by emergency measures that have precluded the adoption of ordinary procedural rules, thus stress-testing the parties' fundamental right to access to justice. In particular, the Covid-19 pandemic has affected many aspects of dispute resolution procedures, from the filing to the notification of the final decision. However, the pandemic's most relevant and potentially disruptive effect on adjudication proceedings has been the impediment to in-presence hearings³³.

Domestic courts and arbitral tribunals alike have faced this problem. The final answer to the challenge is largely similar. However, the path and timing to get to that answer have not been the same. Moreover, the likelihood of the changes remaining in place after the emergency may not be the same.

Arbitral institutions were shift and effective in tackling the effects of the pandemic. A formal amendment to the arbitration rules currently in force at the time of the outbreak was not an easily feasible solution. Nonetheless, arbitral institutions were able to devise a viable solution either based on the current rules, if incorporating some express ground for

³² Cfr. ECtHR, Judgment of 20 May 2021, *BEG S.P.A. c. Italia* (Application no. 5312/11). For further references to the applicability of due process principles in arbitration, see M. BENEDETTELLI, *Human rights as a litigation tool in international arbitration: reflecting on the ECHR experience*, in *Arbitration International* p. 631 ff. (2016).

³³ The most comprehensive source of information on this matter is the ICCA Study by G. ROJAS ELGUETA - J. HOSKING - Y. LAHLOU (eds.), *Does the Right to a Physical Hearing Exist in International Arbitration?*, with national reports available at: <https://www.arbitration-icca.org/right-to-a-physical-hearing-international-arbitration>.

adaptation of the procedural regime³⁴, or issuing soft law instruments providing *nudging* guidance on how to deal with the change of circumstances from a procedural point of view³⁵.

In practice, arbitral proceedings have effectively continued via remote hearings with no or limited disruption to the adjudication of commercial disputes.

As far as the issue of the right to a physical hearing is concerned, changing the format of hearings was not a completely new scenario for most arbitral institutions. The ICC, for example, had already acknowledged the «*possibility of virtual hearings*» for case management conferences, expedited procedures, and other dispositive issues. Moreover, commentators agreed that Art. 26(4) ICC Rules (stating that «*parties may appear in person or through duly authorized representatives*») does not preclude a hearing from taking place *in person* by virtual means.

By comparison, the introduction of new procedural rules in State courts, allowing for remote hearings or other emergency measures, has been slower and, at times, more limited and less effective due to the delay in establishing an (often completely new) legal framework for the conduct of proceedings remotely. Most jurisdictions have introduced emergency legislation suitable to be applied throughout the pandemic emergency.

All in all, however, in the end, the answer provided to the question of whether a right to a physical hearing exists has been the same in arbitral tribunals and State courts. The answer can be expressed with the words of the Austrian Supreme Court (“OGH”), which in its judgment of 23 July 2020, regarding a challenge of an arbitral tribunal based on unfair procedural conduct allegedly consisting of the decision to conduct the evidentiary hearing by videoconference, held that: «*Videoconferencing technology is widely used in judicial proceedings before state courts and this is also relevant for the applicable standard in arbitration proceedings. The OGH*

³⁴ See, for instance, Art. 2.2 Annex 1, of the Rules of the German Arbitration Institute (*Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit*, or “DIS”), providing that: «*The Secretariat, under the direction of its Secretary General (the “Secretary General”), shall render such decisions and exercise such powers and activities as the Rules assign to the DIS, or as the DIS considers appropriate for the proper administration of an arbitration*».

³⁵ See, for instance, the approach adopted by the ICC, whose options were more limited due to the more strict and complex procedure for amendment set out in Art. 7 Appendix I ICC Rules. ICC thus issued a *Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the Covid-19 Pandemic* (the “ICC Note”), whereby it encouraged to make «*thoughtful use of case management tools that are either already available through the ICC Arbitration Rules*» or to follow «*additional steps the ICC International Court of Arbitration (“Court”) is taking to streamline its internal processes*».

further clarified that, as a general rule, holding a remote arbitration hearing is not only permissible if both parties agree, but also if one of the parties objects to it. The OGH based this understanding on Art 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR), which not only obliges the court to consider a party's right to be heard, but also to ensure that parties can effectively enforce or defend civil law claims. According to the OGH, conducting proceedings by videoconference can save costs and time and thus promotes the enforcement of a party's right while at the same time safeguarding the right to be heard. Particularly in the event of a pandemic threatening to bring the administration of justice to a standstill, videoconferencing technology offers an opportunity to harmoniously combine the right to effective enforcement of (civil law) claims and the right to be heard»³⁶.

Due to the peculiarity of the underlying matter, concerning the challenge of an arbitral tribunal, the OGH judgment is of particular significance in this context. Not only does it confirm the legitimacy of remote hearings, but it also highlights the need to address issues concerning the exercise of adjudicatory powers uniformly in State courts and arbitral tribunals. Notably, the OGH refers to Art. 6 ECHR, suggesting (in line with the case law of the ECtHR) that it applies in court and arbitration proceedings alike.

The consistency of procedural solutions in State courts and arbitral tribunals is welcome. However, such consistency is at risk of being lost in the post-pandemic phase. In fact, whereas there is no indication that arbitral institutions and tribunals will discontinue the use of technologies in their proceedings, some national courts are often forced to revert to the pre-pandemic procedural rules as the emergency legislation lapses.

Consistency of approaches and solutions is also a critical aspect of the comparison of substantive solutions adopted by arbitral tribunals and national courts faced with emergencies.

3. Domestic courts and arbitral tribunals' power to adapt contracts in times of emergencies

Domestic courts and arbitral tribunals may operate alternatively as adjudicators of disputes arising from the impact of emergencies on business relationships. In this context, one of the most problematic issues

³⁶ OGH, 23 July 2020, ECLI:AT:OGH0002:2020:RS0133230.

concerns the adjudicators' power to adapt existing contracts³⁷.

The traditional approach to the issue in the law of contract has been based on the general rule of the sanctity of contract³⁸, accompanied by limited exceptions operating upon the occurrence of impossibility or *force majeure*.

In common law jurisdictions, *force majeure* is a solely contractual concept. Therefore, the scope and application of exemption from liability for breach of contract depend on how the particular *force majeure* clause is drafted³⁹. Typically, *force majeure* provisions will excuse a party from performing their obligations under a contract if circumstances outside their control affect the party's ability to perform the contract. *Force majeure* provisions will also typically include the requirement that the party could not have avoided the impact of the event itself or its consequences by taking reasonable steps and that the party claiming relief has satisfied any notification requirements in the contract⁴⁰.

Conversely, a *force majeure* excuse exists as a default in most civil law jurisdictions. Nonetheless, the criteria for its application in practice are rather strict and tend to coincide with the impossibility of performance⁴¹.

The same applies under Article 79 of the 1980 United Nations

³⁷ For recent papers addressing the issues, see, *ex multis*, M. BRIDGE, *Force Majeure and International Supply Contracts*, in *Transnational Comm. L. Rev.* 76 (2020); A. GENTILI, *Una proposta sui contratti di impresa al tempo del coronavirus*, in *Giustiziacivile.com* (Special Issue No. 3, *Emergenza Covid-19*) 396, 2020; N. CIPRIANI, *L'impatto del lockdown da COVID-19 sui contratti*, in *Riv. dir. bancario* 661, 2021; F. MACARIO, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del "coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti* 129, 2020; by the same Author, see also, in more general terms and before the pandemic, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, 1996.

³⁸ For a study on the principle of "sanctity of contracts" in the common law, see D.H. PARRY, *The Sanctity of Contracts in English Law*, 1959; K.M. SHARMA, *From "Sanctity" to "Fairness": An Uneasy Transition in the Law of Contract?*, in 18 *N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L.* 95 (1999).

³⁹ For a study on the drafting of force majeure and hardship clauses, see M. FONTAINE, F. DE LY, *Drafting international contracts* 401 (2006); A. FRIGNANI - M. TORSSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale* 293 (2nd ed., 2010).

⁴⁰ On the salient features of force majeure clauses, see C. BRUNNER, *Rules of Force Majeure as Illustrated in Recent Case Law*, in F. BORTOLOTTI - D. UFOT (eds.), *Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts. Dealing with Unforeseen Events in a Changing World*, Dossier XXII of the ICC Institute of World Business Law 82 (2018).

⁴¹ Accord, and for a broader comparative and historical overview, with specific reference to the application of force majeure and hardship doctrines to the Corona-19 pandemic, see K.P. BERGER - D. BEHN, *Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study*, in 6 *McGill J. Disp. Res.* 79, at 90 (2019-2020).

Convention on Contracts for the International Sale of Goods (“CISG”)⁴², as confirmed by the arbitral decision rendered in the *MacroMex case*⁴³, concerning an alleged impediment to performance consisting of the governmental issue of an import ban of poultry products due to the outbreak of the avian flu.

What is more of interest here is the different types of situations where the emergency or its factual or legal consequences do not make the performance of the contractual obligations impossible but rather alter the equilibrium of the contract and make performance excessively more onerous, or the counter-performance excessively less valuable. This situation is commonly referred to as “*hardship*”⁴⁴.

The first question regarding the adjudicators’ power to adapt a contract concerns the substantive legitimacy of the adaptation decision⁴⁵.

No major problem arises when the parties grant the power to the court or arbitral tribunal⁴⁶. For instance, if the parties make the 2020 ICC Hardship Model Clause applicable or write a similar clause in their contract, they may incorporate in the agreement “Option 3B” of the model clause, which provides that «*where the parties have been unable to agree alternative contractual terms [...], either party is entitled to request the judge or arbitrator to adapt the contract with a view to restoring its equilibrium, or to terminate the contract, as appropriate*»⁴⁷.

⁴² The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (“CISG”) was adopted on 11 April 1980 and entered into force on 1 January 1988. It is currently in force in 94 States. The English text of the CISG is available at: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf. For a recent commentary on the CISG, see F. FERRARI, M. TORSSELLO, *International Sales Law – CISG in a Nutshell* (3rd ed. 2022).

⁴³ *Macromex Srl v. Globex International Inc.*, American Arbitration Association Award, 23 October 2007, available at: <http://www.unilex.info/cisg/case/1346>; the arbitral award was then sustained in court in the proceedings for the setting aside. On the applicability of the CISG to issue of supervening change of circumstances, see CISG ADVISORY COUNCIL (Rapporteur: A. GARRO), *Opinion No. 7 - Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG* (2007).

⁴⁴ In addition to the many authors cited *supra*, in previous notes, see, *ex multis*, J. GORDLEY, *Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances*, in 52 *Am. J. Comp. L.* 513 (2004).

⁴⁵ This approach is proposed, in particular, by K.P. BERGER, *Adaptation of Long-Term Contracts by International Arbitrators in the Face of Severe Economic Disruptions: Three Salient Problems*, in *J. Int’l Arb.* 37 (2020); also in *Foro pad.* 2 (2020).

⁴⁶ ACCORD, A. CRIVELLARO, *La révision du contrat dans la pratique de l’arbitrage international*, in *Rev. Arb.* 69 (2017).

⁴⁷ Cf. H.E. ERDEM, *Revision of the ICC Force Majeure and Hardship Clause*, in F. BORTOLOTTI, D. UFOT (eds.), *supra* n. 40, Ch. 5 (2018).

A similar result applies if the parties expressly incorporate into the terms of the contract the Unidroit Principles, which provide in Article 6.2.3(4) (*Effects of hardship*) that «[i]f the court finds hardship it may, if reasonable, // (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed; or // (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium»⁴⁸.

Present a determination of the parties, the solution should not differ in national courts and before arbitral tribunals. A possible exception to this statement may apply in some Islamic jurisdictions, whose domestic rule on change of circumstances is treated as mandatory, to the effect that local courts may be bound to apply the mandatory domestic rule with preference over the contract terms⁴⁹.

In the absence of the parties' endowment with the power to adapt the contract, the conferral to the competent adjudicator of the substantive legitimacy to equitably redesign the terms of the agreement may result from substantive rules that, by necessity, imply a corresponding conferral of procedural power to the adjudicator, be it the national court or an arbitral tribunal⁵⁰. Examples of substantive rules of this kind are not rare in domestic contract laws, at least in civil law jurisdictions⁵¹.

In a context other than an emergency causing a change of circumstances, for instance, an example could be Article 1384 of the Italian civil code, which establishes the adjudicator's power to reduce an excessively onerous penalty clause⁵². Another example is § 315(3) BGB, dealing with the

⁴⁸ Cf., *ex multis*, M.J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* 117 et seq., 3rd ed., 2005; A. HARMATY, *Hardship*, in *Eppur si Muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*, vol. 2, 1035, 2016; L. FURLANETTO - G. PAGNACCO, *The Unidroit Principles in EPC Contracts of Industrial Process Plants: Contractors' Experience*, in P. GALIZZI - G. ROJAS ELGUETA - A. VENEZIANO (eds.), *The Multiple Uses of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Theory and Practice*, 2020. For a recent legal document dealing with the use of the Unidroit Principles in the face of the outbreak of Covid-19, see UNIDROIT SECRETARIAT, *Note of the Unidroit Secretariat on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Covid-19 Health Crisis* (2020), available at: <https://www.unidroit.org/english/news/2020/200721-principles-covid19-note/note-e.pdf>.

⁴⁹ W. EL-MALIK, *The Islamic Concept of Changed Circumstances and Its Application to Mineral Agreements*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law online*, 1995.

⁵⁰ Accord, K.P. BERGER, *supra* n. 45, at 6.

⁵¹ For a comparative overview, see, *e.g.*, I. SCHWENZER - E. MUÑOZ, *Duty to Re-Negotiate and Contract Adaptation in Case of Hardship*, in *IHR* 150 (2020); P. ACCAOUI LORFING, *Adaptation of Contracts by Arbitrators*, in F. BORTOLOTTI - D. UFOT (eds.), *supra* n. 40, at 43 et seq., 2018.

⁵² On Article 1384 of the Italian civil code, see F. AGNINO, *Clausola penale tra autonomia*

“Specification of performance”, which states that «[w]here the specification is to be made at the reasonably exercised discretion of a party, the specification made is binding on the other party only if it is equitable. If it is not equitable, the specification is made by judicial decision; the same applies if the specification is delayed»⁵³.

However, with respect to supervening changes of circumstances, it is all but clear that a universally accepted substantive rule exists that confers to adjudicators the power to adapt the contract based on the sole observation of the (original or supervening) disparity or disequilibrium of performances⁵⁴.

One could concede that this would be the case if the Unidroit Principles applied⁵⁵. However, the applicability of the Unidroit Principles absent a choice of the parties is at best questionable and, in the practice of international commercial litigation, a rather rare occurrence⁵⁶.

More frequently, international commercial contracts are governed by national domestic laws, whether chosen by the parties or applicable under the conflict rules of the forum. Moreover, in many circumstances, the applicable domestic law includes an international convention, such as the CISG.

It is no surprise that when the applicable law is English law or the law of another common law jurisdiction, the applicable substantive law does not provide any support to the adjudicator’s power to adapt the contract⁵⁷. Indeed, even in the limited cases where common law courts would apply doctrines such as the frustration of purposes or impracticability, the remedy available under those doctrines would be the exemption from liability and possibly the affected party’s right to terminate the contract. Conversely, in no event, would those doctrines justify the conferral of power to adapt the contract to the competent court or arbitral tribunal⁵⁸.

privata ed intervento autoritativo del giudice, in *Giustiziacivile.com*, 2014.

⁵³ For a comment on § 315(3) BGB, see, e.g., N. HORN, *Procedures of Contract Adaptation and Renegotiation in International Commerce*, in *Adaptation and Renegotiations of Contracts* 173, 1985.

⁵⁴ See F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, 2010, p. 535.

⁵⁵ Accord, G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell’equilibrio negoziale*, 2006.

⁵⁶ Cf. F. FERRARI - C. GILLETTE - M. TORSSELLO - S. WALT, *The Inappropriate Use of the PICC to Interpret Hardship Claims under the CISG*, in *IHR* 97 (2017).

⁵⁷ Accord, C. ROSSELLO, *Sopravvenienze impreviste e adattamento del contratto nel diritto inglese e statunitense*, in *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, 1992, p. 373.

⁵⁸ Cf. K.P. BERGER, D. BEHN, *supra* n. 41, at p. 98.

As far as civil law jurisdictions are concerned, a careful review of the codified provisions on supervening changes of circumstances suggests that in these legal systems as well, the conferral of the power to adapt the contract to the adjudicator should not be presumed.

Under Article 1467 of the Italian Civil Code, the remedy for supervening excessive onerosness of the contract is contract termination. It is for the non-affected party to prevent termination by offering an equitable adjustment of the contract terms. Conversely, the provision at hand does not confer to the court or arbitrator the power to redetermine the terms of the agreement⁵⁹.

Also the often cited German provision of § 313 BGB (as resulting from the 2002 Reform of the law of obligations) does not support a different conclusion. To be sure, the rule at hand contains a reference to the adaptation of the contract. However, the reference contained in § 313(1) merely posits the party's right to *demand* adaptation⁶⁰. The language is, in this regard, rather clear: «*[i]f circumstances which became the basis of a contract have significantly changed since the contract was entered into and if the parties would not have entered into the contract or would have entered into it with different contents if they had foreseen this change, adaptation of the contract may be demanded*».

However, demanding adaptation does not necessarily lead to obtaining it. § 313(3) provides that the disadvantaged party may revoke the contract, «*[i]f adaptation of the contract is not possible or one party cannot reasonably be expected to accept*». In other words, if one party cannot reasonably be expected to accept, adaptation is not possible, which in turn shows that the legitimacy of the power to adapt the contract comes from the will of the parties. It is not an inherent power of the court or arbitral tribunal adjudicating the dispute, when German substantive law applies to the merits.

It is now worth reviewing a third, greatly influential civil law jurisdiction, namely France. The interest in French law is not only justified by its historical relevance, but also because of the recent reform of several

⁵⁹ For further details on the Italian codified provision on supervening excessive onerosness, with further bibliographical references, may I refer to M. TORSSELLO, "All Roads Lead to Rome": The Multiple Grounds under Italian Law to Challenge a Contract Due to Supervening Changes of Circumstances, in B. BASOGLU (ed.), *The Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts – Renegotiation, Rescission or Revision, Ius Comparatum*, Global Studies in Comparative Law (vol. 17), 2016, p. 163 ff..

⁶⁰ For a similar position and further details, see K.P. BERGER - D. BEHN, *supra* n. 41, p. 305 ff.

important aspects of the law of obligations as set in the *Code Civil*⁶¹. Most notably, as a result of the 2016 Reform, Article 1194 of the *Code Civil* now contains an express conferral of power to adapt the contract to the adjudicator in case of supervening change of circumstances. The conferral of power, however, operates only upon the failure of negotiations between the parties. Moreover, relevant negotiations are not limited to possible alternative contract terms, as the parties are also expected to negotiate on the possible remedies⁶².

Therefore, in the event of supervening excessive onerousness, the affected party may request renegotiation of the contract terms. In case of refusal to renegotiate or failure of the negotiation, the parties may terminate the contract or, jointly (that is, by agreement), confer the power to adapt the contract to the court. Only in the absence of any agreement may the court intervene at the request of one party, either by terminating the contract or adapting it to the new circumstances.

The French solution is innovative in the very jurisdiction where it has been introduced. Moreover, it presents a significant change, capable of having a broad impact on other civil law legal systems⁶³ and setting itself and the other followers wide apart from the past, as well as from the common law tradition.

The new solution implemented by the 2016 French reform also sets this legal system apart from the law of international sales.

Article 79 CISG is a provision framed according to the legal structure of a *force majeure* provision. However, the language used to describe the supervening event (“impediment”) and causal link with the affected party’s failure to perform (“due to” the impediment), make it suitable to be also applied in cases of hardship and other changes of circumstances⁶⁴.

⁶¹ The Reform was implemented through *Ordonnance* n° 2016-131 of 11 February 2016.

⁶² On the reform, see, *ex multis*, H. MUIR WATT, *The Reform of the Civil Code at a Distance: An International and Comparative Perspective*, in *Europ. Rev. Contr. L.* 3 (2017); R. SOLÈNE, *The New French Law of Contract*, in *Int’l & Comp. L. Quart.* 805 (2017).

⁶³ A notable precedent in civil law legal systems is Article 6:258 of the 1992 Dutch civil code, which provides that: «[u]pon a right of action (legal claim) of one of the parties to an agreement, the court may change the legal effects of that agreement or it may dissolve this agreement in full or in part if there are unforeseen circumstances of such a nature that the opposite party, according to standards of reasonableness and fairness, may not expect an unchanged continuation of the agreement. The court may change or dissolve the agreement with retroactive effect». For a court decision applying the rule on change of circumstances in a case of lockdown due to Covid-19, see District Court, 29 May 2020 (*Vitesse / Gelredome*), ECLI:NL:RBGEL:2020:2768.

⁶⁴ For comments on Article 79 CISG, see F. FERRARI - M. TORSSELLO, *supra* n. 42, at

Even if deemed applicable to supervening changes of circumstances causing hardship, Article 79 CISG could not be construed as conferring the power to adapt the contract to the adjudicator. Conversely, suppose Article 79 was deemed not to apply to supervening changes of circumstances and the CISG was deemed to contain a gap in this respect. In that event, such gap should be filled under Article 7(2) CISG by resorting to the general principles on which the Convention is based or, in the absence of such principles, in conformity with the applicable law. Contrary to the view expressed by a few court decisions, it is posited here that the principles on which the CISG is based cannot include the Unidroit Principles, which came into existence only a few decades after the drafting of the CISG⁶⁵.

Based on the above analysis, in a significant number of civil law legal systems, in (most likely) all common law systems, as well as under the CISG, an express conferral to the adjudicator of the power to adapt the contract is not present.

However, the observation just made is not conclusive on the issue at hand. It is still necessary to consider whether the authority to adapt a contract can be an inherent power of the court or arbitral tribunal in charge of adjudicating the dispute, irrespective of any conferral of power under the applicable substantive law.

An approach to the issue at hand that has gained momentum in recent years in several jurisdictions elaborates on the scope and consequence of the general duty of good faith⁶⁶. In essence, the argument under scrutiny holds that the parties to any long-term contract are subject to a general duty to act in good faith in the performance of the contract⁶⁷. In the event of hardship, this good faith obligation triggers a duty to renegotiate the

463 et seq., 2022; D.P. FLAMBOURAS, *Article 79 CISG-PECL*, in J. FELEMEGAS (ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law* 499, 2007; M. DAVIES, *Excuse of Impediment and Its Usefulness*, in L.A. DIMATTEO (ed.) *International Sales Law. A Global Challenge* 295, 2014.

⁶⁵ For a more articulated argument in support to this conclusion, see F. FERRARI - C. GILLETTE - M. TORSELLO - S. WALT, *supra* n. 56, at 97 et seq., 2017.

⁶⁶ For a court decision applying the reported approach, see Cour the Cassation (France), 3 November 1992. This French judicial approach is likely to have directly influenced the Reform implemented in 2016.

⁶⁷ See, e.g., F. GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*, in N. LIPARI (ed.), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche* 193, 1998; in more recent times and with express reference to the impact of the Covid-19 pandemic, see G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova giur. comm.*, Suppl. III, 60, 2020.

terms of the contract⁶⁸. Suppose the parties fail to reach an agreement through renegotiation. In that case, the argument goes, the court or arbitral tribunal may step in and remedy the failure to renegotiate or to agree on reasonable alternative terms by imposing those reasonable alternative terms. The resulting remedial scheme corresponds, in essence, to a judgment for specific performance applied to the obligation to renegotiate or - more troubling - to the obligation to reach a new agreement through renegotiation.

I already noted that the Italian provision on supervening excessive onerousness of performance (*i.e.*, Article 1467 of the Italian Civil Code) does not endow domestic courts and arbitral tribunals with the power to adapt the contract on the grounds of supervening changes of circumstances. Against this backdrop, before the outbreak of the Covid-19 emergencies, only scattered and isolated decisions rendered by courts of first instance had posited their power to adapt the contract based on one party's failure to renegotiate in good faith⁶⁹. This position could rely on the support of distinguished scholars⁷⁰. However, it appeared isolated in case law and unlikely to gain general support from the Italian Supreme Court. However, following the outbreak of the Covid-19 pandemic, in the absence of a case to be decided on the issue at hand, on 8 July 2020, the Italian Supreme Court took the unconventional initiative of rendering a *Thematic Report* on the Covid-19 emergency legislation as regards contracts and insolvency (the "Report")⁷¹. The Report rejects a formalistic understanding of the rule *pacta sunt servanda*. Conversely, based on the

⁶⁸ Cf. F. CRISCUOLO, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice) di equità*, in *Riv. arbitrato* 71 et seq., 1999.

⁶⁹ See Trib. Bari, 14 June 2011, in *Contratti*, VII, 571, 2012, with comment by F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*; Trib. Bari, 31 July 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 117, 2013 with comment by F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*; Trib. Bologna, 26 April 2013, available at: www.ildirittodegliaffari.it. For a similar approach applied to the effects of the Covid-19 pandemic, see Trib. Rome, 27 August 2020, in *Giur. it.*, XI 2443, 2020, with critical comment by G. SICCHIERO, *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex art. 1374 c.c.*, and a supportive comment by P. GALLO, *Emergenza Covid e revisione del contratto*.

⁷⁰ In particular, although Italian courts cannot expressly cite scholars, it is apparent that the above decisions rendered by the courts of Bari and Bologna were inspired by F. MACARIO, *supra* n. 37, 1996.

⁷¹ Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Relazione n. 56 of 8 July 2020, *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, available at: https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Tematica_Civile_056-2020.pdf.

general principle of good faith, it expressly posits the existence of a duty to renegotiate in the event of a supervening change of circumstances. Accordingly, in the event of a breach of the duty to renegotiate, the Report contemplates the possible access to the remedy of adaptation of the contract⁷².

It is still to be seen whether the position expressed in the Report will become law in action should the Italian Supreme Court be called upon to decide cases involving supervening changes of circumstances and requests for adaptation of the contract. However, the reported approach is not entirely convincing. In essence, it posits the rendering of a judgment for specific performance to produce the effects of a personal act, such as renegotiating, which is unsuitable to be demanded to a third party.

Reference to a remedy essentially corresponding to a judgment for specific performance imposes a change of focus in the analysis. The question is no longer the substantive legitimacy of the adjudicator's power to adapt the contract, but rather the procedural authority to do so⁷³.

In other words, the analysis must focus on whether the competent domestic court or international arbitral tribunal is procedurally entitled to enter a judgment of the kind described above, adapting the terms of the contract?

With respect to domestic courts, the question must be answered based on the *lex fori*. Under German law, for instance, § 888 ZPO excludes specific performance for personal obligations which cannot be performed by a substitute third party. The same result is reached by Italian case-law and scholars in the construction of Article 2931 c.p.c.⁷⁴. These provisions arguably exclude the availability of specific performance in case of failure to negotiate or reach an agreement through the negotiations.

However, what about courts applying the CISG? And what about arbitral tribunals called upon to apply the approach to contract adaptation described above?

First, a court applying the CISG should consider that the Convention does not provide for a duty to renegotiate, whereas it contains a provision, namely Article 79, which deals with the effects of impediments and

⁷² For a convincingly critical reading of the Report, see T.V. Russo, *L'arma letale della buona fede. Riflessioni a margine della "manutenzione" dei contratti in seguito alla sopravvenienza pandemica*, in *Riv. dir. bancario*, 2021, p. 133.

⁷³ Accord, K.P. BERGER, *supra* n. 45, at 3, 2020.

⁷⁴ Cf. E. SILVESTRI, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare o non fare*, in *Enc. giur.*, Diritto online, 2013, available at: [https://www.treccani.it/enciclopedia/esecuzione-forzata-degli-obblighi-di-fare-o-non-fare_\(Diritto-on-line\)/](https://www.treccani.it/enciclopedia/esecuzione-forzata-degli-obblighi-di-fare-o-non-fare_(Diritto-on-line)/).

contemplates a different set of rights and remedies.

Second, even if one were to deduce a duty to renegotiate under the CISG, one should consider the legal implications of Art. 28 CISG, which states that, «[i]f, in accordance with the provisions of this Convention, one party is entitled to require performance of any obligation by the other party, a court is not bound to enter a judgement for specific performance unless the court would do so under its own law in respect of similar contracts of sale not governed by this Convention»⁷⁵.

Suppose the basis of the claim for adaptation of the contract was the alleged breach of the duty to renegotiate. In this event, the court should look at the forum's procedural rules on the compulsory enforcement of the duty to perform a personal act, such as *renegotiation*.

Now, suppose the issue under scrutiny arises before an arbitral tribunal. In this event, the question would be even more troublesome due to the difficulty of identifying the relevant procedural rules corresponding to the forum rules for a national court. It is worth recalling, in this regard, that the arbitral seat does not correspond to the forum for a State court⁷⁶.

It is thus apparent that in arbitration, doubts may arise about the power of arbitrators to adapt a contract. With a view to tackling these doubts and make contract adaptation possible, the drafters of some recent pieces of arbitration legislation have included in the law the specific authorization for arbitral tribunals to adapt contracts and fill gaps. This is the case, for instance, with Article 1020(4)(c) of the Dutch Arbitration Act of 2015. It is also the case with Section 1(2) of the Swedish Arbitration Act of 2019⁷⁷.

In the absence of specific rules in the *lex arbitri*, however, the question remains open, whether the arbitral tribunal has the procedural power to adapt the contract. The contractual nature of arbitration, which places it in close contact with contract law, and the trend in domestic arbitration laws may induce arbitral tribunals to be proactive in offering remedies that

⁷⁵ On Article 28 CISG, see, *ex multis*, S. OMLOR, *Article 28 CISG*, in P. MANKOWSKI (ed.) *Commercial Law. Article-by-Article Commentary*, International and European Business Law by Schulze / Lehmann 150 (2019); HERMAN, *Specific Performance: A Comparative Analysis*, 7 EDINBURGH L. REV. 5 (2003); M. TORSSELLO, *Remedies for Breach of Contract under the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 9 VINDOBONA J. INT'L COMM. L. & ARB. 275 (2005).

⁷⁶ *Accord*, F. FERRARI, *Plures leges faciunt arbitrum*, 37 ARB. INT'L 579 (2021).

⁷⁷ Observation and examples made by K.P. BERGER, *supra* n. 45, at 4 (2020). The Author also observes that in other arbitration laws, the notion of "dispute" as a basic prerequisite of arbitration is replaced with the broader notion of "difference", as exemplified by Article 82(1) of the English Arbitration Act of 1996. Moreover, the term "difference" is also used in the context of the New York Convention.

adapt the terms of the agreement to the new circumstances⁷⁸.

By doing so, however, arbitral tribunals act as “third-party equitable interveners”, rather than adjudicators of disputes. Therefore, they perform a suppletive contract-making role in place of the parties, which is distant from (and possibly incompatible with) the typical function of the judiciary.

The dichotomy between judicial activity and the business-driven decision-making task of contract adaptation becomes even clearer if one reviews the adaptation standards available to perform the task under consideration. The task implied by the use of such standards is clearly more commercial than legal⁷⁹. Therefore, it is questionable whether judges or lawyers acting as arbitrators are the most suitable individuals to perform that task.

In particular, the analysis is puzzling because individuals appointed as arbitrators are often lawyers skilled in resolving disputes by reference to past experiences. However, these skills do not necessarily make them capable of (re-)designing complex and long-term commercial agreements, the rewriting of which may have continuing financial effects for many years.

The question thus arises how can adjudicators be expected to render decisions that make business sense. A factor that would greatly support proper decision-making would be the availability of reasonable adaptation standards, which adjudicators would be in a position to rely on. However, the observation of business practice suggests that most contract clauses dealing with supervening changes of circumstances do not provide specific criteria guiding adjudicators in their activity. In particular, hardship clauses tend to merely refer to vague principles aiming at a *reasonable* outcome⁸⁰. The reason for this is rather obvious: it is difficult if not impossible to specify the adaptation standards in the contract long before the change of circumstances actually arises⁸¹. However, the uncertainties caused by the vague adaptation standard leave the question of the suitability of the adjudicators unresolved.

The situation does not change significantly when the power to adapt the contract is conferred by a specific legislative provision. Even if one were to consider a domestic provision on hardship as detailed as the one

⁷⁸ Cf. P. ACCAOUI LORFING, *Adaptation of Contracts by Arbitrators*, in F. BORTOLOTTI - D. UFOT (eds.), *supra* n. 40 (2018).

⁷⁹ The review of the adaptation standards is also conducted by K.P. BERGER, *supra* n. 45, at 10 et seq., 2020.

⁸⁰ *Accord*, P. ACCAOUI LORFING, *Adaptation of Contracts by Arbitrators*, in F. BORTOLOTTI - D. UFOT (eds.), *supra* n. 40, at 51 et seq., 2018.

⁸¹ For a similar observation, see M. FONTAINE - F. DE LY, *supra* n. 39, at 401, 2006.

set forth in Art. 6.2.3(4)(b) of the Unidroit Principles, one would still be confronted with the vagueness of re-establishing the initial economic equilibrium of the contract between the parties, which the adjudicators are called upon to remodel equitably. In other words, the adaptation should succeed in mirroring what would have been a suitable outcome of the negotiations between the parties, although those negotiations have, most likely, failed *in concreto*⁸².

Failing viable alternatives, adjudicators will often be left with the only option of following a Solomonic equal-sharing loss-distribution rule⁸³. However, this approach is not supported by a business-oriented rationale. Therefore, its concrete application may produce a worse result than the situation caused by the emergency and resulting changes of circumstances.

4. *Closing remarks*

In conclusion, arbitral tribunals shall not overlook the constraints to the power to adapt the contract that emerge from the normative analysis of the substantive and procedural rules of the domestic legal systems involved in the transaction submitted to arbitration.

It is undeniable that arbitration is beneficial to businesses due to its adaptability to changes and suitability to offer an efficient and effective dispute resolution tool. However, unless a different and broader task is assigned by the arbitration agreement or the applicable arbitration law or rules, arbitration is and should remain a dispute resolution mechanism aimed at resolving a bi-polar, claim-dominated difference between the parties, rather than performing a more complex, open-ended suppletive role in contract-making.

In particular, arbitral tribunals should resist the temptation to depart from the set of remedies available under the applicable law and reject the idea that they are endowed with some sort of inherent equitable powers beyond those assigned by the applicable law, including the power to adapt the contract, unless such power was expressly assigned to the arbitrators by the parties.

Lack of uniformity and mismatching of legal solutions and remedies

⁸² N. NASSAR, *Sanctity of contracts revisited: A study in the theory and practice of long-term international commercial transactions* 182, 1994.

⁸³ For references to judicial applications of this equal distribution rule in German case-law, see K.P. BERGER, *supra* n. 45, at 16, note 70 and accompanying text, 2020.

between national courts and arbitral tribunals would not only be a cause of confusion and distress for business operators; they would also undermine the credibility of arbitral tribunals as an essential co-participant to the judicial system.

ABSTRACT

Several emergencies have disrupted the ordinary course of international commercial transactions in recent decades, including terrorist attacks, financial crises, natural disasters linked to climate change, massive migrations, a global pandemic, and, as this paper was being finalized, the military invasion of an independent State in the heart of Europe. Although the scope of the effects of these emergencies ranges far beyond the area of commercial law, it is undeniable that international trade and businesses have suffered a great deal whenever emergencies have happened.

In most cases, the span of the effects of these emergencies includes a multitude of different States; however, initiatives deployed to tackle the crises have been conceived, structured, and turned into legislative or administrative provisions at the national level, with no, or very little, international coordination. The question thus arises how arbitral tribunals position themselves vis-à-vis domestic courts as regards the remedies made available in supranational instrument and domestic laws. Arbitration offers businesses an efficient and adaptable dispute resolution tool. However, this work supports the view that arbitral tribunals should resist the temptation to depart from the set of remedies available under the applicable law and reject the idea that they are endowed with some sort of inherent equitable powers beyond those assigned by the applicable law, including the power to adapt the contract, unless such power was expressly assigned to the arbitrators by the parties.

Antonio Las Casas*

*Mercati finanziari e transizione ecologica:
il modello dei green bonds*

SUMMARY: 1. I *green bonds* e la finanza sostenibile – 2. Benefici privati e benefici sociali della finanza *green* – 3. La finanza *green* nel quadro dei modelli economici di tutela dell'ambiente e le esigenze di disciplina – 4. I modelli di disciplina – 5. Benefici privati, benefici sociali e giuridicità dello scopo di miglioramento ambientale.

1. *I green bonds e la finanza sostenibile*

La strategia globale per la gestione dell'emergenza ambientale fa specifico affidamento sui capitali privati al fine di coprire gli imponenti costi per la riconversione in senso 'ecosostenibile' di strutture e modelli di produzione e consumo. In particolare, assumendo l'insufficienza degli strumenti di finanza pubblica, si invoca generalmente il ricorso ai mercati finanziari quale veicolo per il reperimento di risorse economiche da destinare alla transizione verso tecnologie e modelli di produzione e consumo 'puliti' ed ecosostenibili e, più in generale, alla realizzazione di modelli di sviluppo socialmente responsabile o sostenibile¹. L'idea dell'impiego dei mercati finanziari per il

* Professore Associato di Diritto Privato Comparato e Sistemi Giuridici Comparati presso l'Università di Catania, Dipartimento di Giurisprudenza. Il presente contributo raccoglie parte dei risultati della ricerca svolta in esecuzione del progetto «Ecologia e diritto», finanziato dall'Università di Catania nel quadro del Piano triennale della ricerca 2016-2018.

¹ cfr. UNITED NATIONS, *Transforming our World: the 2030 Agenda for sustainable development*, 2015 <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/21252030%20Agenda%20for%20Sustainable%20Development%20web.pdf>; UNITED NATIONS, *Addis Ababa Action Agenda of the Third International Conference on Financing for Development*, 2015 https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/2051AAAA_Outcome.pdf; UNITED NATIONS, *Paris Agreement*, 2015; COMMISSIONE EUROPEA, *Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile*, COM(2018) 97 final.; OECD, *Green bonds: mobilizing bond markets for a low-carbon transition*, Oecd Publishing, Paris, 2017, p. 22 e ss.; https://read.oecd-ilibrary.org/environment/mobilising-bond-markets-for-a-low-carbon-transition_9789264272323-en#page24; sul rilievo dell'idea di sviluppo sostenibile rispetto alle politiche e all'attività normativa dell'Unione Europea v. B. Pozzo, *Sustainable development*, in S. Baldin, S. De Vido (eds.), *Environmental Sustainability in the European*

perseguimento di obiettivi di c.d. sviluppo sostenibile, sempre sulla scorta del medesimo presupposto della insufficienza delle politiche di finanza pubblica, è stata anzi generalizzata e indirizzata (in particolare con il Piano Agenda 2030 delle Nazioni Unite) non più soltanto alla tutela dell'ambiente ma al reperimento di risorse per la realizzazione di modelli di sviluppo socialmente responsabile sotto molteplici profili (esemplificati dai ben noti *Sustainable development goals* enumerati nel Piano Agenda 2030). Queste idee delimitano il campo di operatività e il più generale 'discorso' della c.d. finanza *green* o, più in generale, della finanza sociale o di impatto².

Con specifico riguardo alla tutela e al miglioramento dell'ambiente, tali idee hanno dato luogo al modello dei c.d. *green bonds*: titoli obbligazionari emessi con il dichiarato fine di impiegare i capitali raccolti per lo sviluppo di progetti ('*green*') che contribuiscano al miglioramento o alla cura dell'ambiente³.

La vicenda dei *green bonds* (e della finanza orientata alla sostenibilità), nel quadro di una riflessione sul «diritto comparato dell'emergenza», offre l'occasione per indagare un rilevante modello che affida agli attori privati il perseguimento di obiettivi 'sociali' nella gestione dell'emergenza ambientale, mediante incentivi economici che operano essenzialmente attraverso strumenti giuridici privatistici⁴.

In relazione al modello dei *green bonds* e della finanza ecosostenibile

Union: Socio-Legal Perspectives, EUT, Trieste, 2020, pp. 11-35.

² V., nella prospettiva italiana, D. LENZI, *La finanza d'impatto e i green e social bonds. Fattispecie e disciplina tra norme speciali e principi generali*, in *Banca Impresa Società*, XL, 1, 2021, pp. 115-156.

³ Cfr. OECD, *Green bonds: mobilizing bond markets for a low-carbon transition*, cit. p. 23 e ss.: «Green bonds are debt instruments used to finance green projects that deliver environmental benefits. A green bond is differentiated from a regular bond by its commitment to use the funds raised to finance or refinance "green" projects, assets or business activities»; per un quadro generale sul modello dei *green bonds* e sulle questioni che pone, v. LENZI, *La finanza d'impatto e i green e social bonds*, cit., p. 115 e ss.; T. ASHRAF 2016, *Bond, green bond: a licence to tackle climate change*, in *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 4, 2016, pp. 228-229; B. FASKE, *Turning Billions into (Green) Trillions: Tracking the Growth and Development of the Green Bond Market in China, France, India, and the United States*, in *Tulane Environmental Law Journal*, 31(2), 2018, pp. 293-325; S. K. PARK, *Investors as Regulators: Green Bonds and the Governance Challenges of the Sustainable Finance Revolution*, in *Stanford Journal of International Law*, 54(1), 2018, pp. 1-48; J. MATHEW, *Shades of green in financing: a discussion on green bonds and green loans*, in *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 5, 2018, pp. 311-314.

⁴ In generale, sul *private environmental governance* come alternativa di '*second-best*' rispetto alla regolazione pubblica, v. M.P. VANDENBERGH - J.M. GILLIGAN, *Beyond Gridlock*, in *Columbia Journal of Environmental Law*, 40(2), 2015, pp. 217-304.

appaiono infatti all'opera differenti approcci di disciplina, a partire dall'originaria opzione verso modelli di *private governance* e *soft law*, che tuttora caratterizza il contesto statunitense, fino alla regolazione più incisiva che oggi contraddistingue il sistema dell'Unione Europea. L'indagine comparata di tali modelli di disciplina consente di valutare se e in che modo l'intervento del diritto riesca effettivamente a perseguire l'allineamento tra i benefici 'privati' collocati entro la sfera individuale degli attori del mercato – cui gli istituti privatistici e i relativi rimedi sono tipicamente attrezzati per attribuire rilievo – e i benefici 'sociali' che invece la prospettiva del «diritto dell'emergenza» nel campo ambientale segnala quali obiettivi della regolazione giuridica.

2. *Benefici privati e benefici sociali della finanza green*

Inaugurato nel 2007 con l'emissione del primo bond definito *green* da parte della Banca Europea per gli Investimenti, il mercato dei titoli verdi sembra aver conosciuto una costante espansione grazie all'ingresso, almeno a partire dal 2013, di emittenti privati, quali banche, fondi pensione e società commerciali – indotti anche da vincoli e indicazioni statutarie in ordine al carattere socialmente responsabile delle strategie di investimento e, più in generale, dall'idea della c.d. *Corporate Social Responsibility* – che ne ha decisamente ampliato il volume d'affari⁵.

Sul piano dei modelli giuridici, lo schema essenziale dell'operazione conclusa tra emittente e investitore rimane naturalmente quello del finanziamento (e in particolare del prestito obbligazionario) remunerato innanzitutto da un interesse e tuttavia, al tempo stesso, orientato al perseguimento di un preciso scopo di miglioramento ambientale⁶. Nel

⁵ cfr. FASKE, *Turning Billions into (Green) Trillions*, cit., p. 297 e ss.; 2018; K. M. TALBOT, *What Does Green Really Mean: How Increased Transparency and Standardization Can Grow the Green Bond Market*, in *Villanova Environmental Law Journal*, 28(1), 2017, pp. 127-146; sulla *Corporate social responsibility* v. in generale, di recente, nel dibattito italiano, M. LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 1, 2013, pp. 1-27; C. ANGELICI, *Divagazioni sulla "responsabilità sociale" d'impresa*, in *Rivista delle Società*, 1, 2018, pp. 3-19; con riguardo all'approccio europeo alla sostenibilità dell'attività di impresa, G. RIOLFO, *La "visione" europea di impresa "sostenibile": mito o realtà?*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 3, 2021, pp. 533-562.

⁶ Lo schema essenziale del finanziamento che coinvolge due soggetti (emittente quale soggetto finanziato e investitore/finanziatore), nel caso di bond "di impatto" (aventi cioè il precipuo scopo di favorire la realizzazione di uno specifico obiettivo di carattere sociale o ambientale),

quadro dell'operazione di finanziamento, però, proprio questa vocazione "ecosostenibile" dell'investimento determina un peculiare incrocio tra benefici privati e benefici sociali connessi all'operazione.

Sul versante sociale, la finanza verde si presenta quale meccanismo atto a produrre benefici, di contenuto non esattamente o non esclusivamente patrimoniale, sotto forma di tutela e miglioramento dell'ambiente, e in ragione di tale suo carattere viene generalmente assunta nel discorso pubblico quale modello socialmente virtuoso in quanto orientato alla produzione di utilità che rispondono a interessi collettivi. Naturalmente, l'investimento verso progetti sostenibili, al di là del versante sociale entro il quale il miglioramento dell'ambiente può essere valutato quale beneficio 'in sé' destinato alla fruizione collettiva, determina ulteriori benefici di contenuto economico sia per il sistema produttivo e i mercati finanziari nel loro complesso, sia per i singoli attori economici coinvolti nell'operazione.

Tale investimento, infatti, da un canto, contribuisce a ridurre rischi di origine ambientale che nel medio-lungo periodo possono determinare effetti avversi, anche di carattere sistemico, sulle attività produttive, modificando le condizioni della produzione e comunque incrementando i costi o diminuendo il valore di beni o attività produttive (con conseguenti rischi di stabilità per le imprese e per gli attori finanziari o assicurativi eventualmente esposti verso tali imprese). La destinazione di risorse alla ristrutturazione dei processi in chiave di sostenibilità riduce poi il c.d. rischio di transizione e cioè il rischio di un incremento futuro dei costi necessari per adeguarsi a più stringenti standard ambientali imposti dalla legge. L'orientamento verso la sostenibilità ambientale delle attività produttive e dei connessi investimenti risponde quindi, in qualche modo, ad esigenze ormai strutturali delle imprese e del sistema economico generale⁷.

D'altro canto, con riguardo all'economia individuale dei singoli attori di mercato coinvolti, i progetti ai quali i proventi dell'emissione vengono destinati sono normalmente idonei a generare, attraverso l'attivazione di processi virtuosi dal punto di vista ambientale, anche utilità economiche

può arricchirsi con la presenza di un terzo soggetto quale destinatario del capitale raccolto (e dunque soggetto in concreto finanziato) e pertanto preposto alla realizzazione dell'obiettivo, cfr. LENZI *La finanza d'impatto e i green e social bonds*, cit., p. 125.

⁷ Cfr. N. LINCIANO *et al.*, *La finanza per lo sviluppo sostenibile. Tendenze, questioni in corso e prospettive alla luce dell'evoluzione del quadro regolamentare dell'Unione europea*, Consob, Roma, 2021, p. 53 e ss.; ma più in generale, sul rapporto tra fattori di sostenibilità e strategie di investimento degli investitori istituzionali, v. G. STRAMPELLI, *Gli investitori istituzionali salveranno il mondo? Note a margine dell'ultima lettera annuale di BlackRock*, in *Rivista delle società*, 1, 2020, pp. 51-71.

private, quali quelle connesse alla riqualificazione di beni o processi produttivi (ad es.: la riconversione o ristrutturazione di sistemi di produzione di energia) o allo sviluppo di progetti imprenditoriali nel rispetto di standard ambientali (ad es.: la costruzione di un edificio a ridotto impatto energetico destinato al mercato). Proprio la esplicita vocazione ecosostenibile (e quindi 'sociale') dell'investimento fa sì, quindi, che alla raccolta di capitali destinati a generare profitti privati si accompagni la contestuale produzione di ulteriori e diversi benefici, sempre di carattere privato (e suscettibili di valutazione economica), di tipo reputazionale, per tutti i soggetti coinvolti (emittenti, intermediari, investitori).

Inoltre, sembra che gli investitori, proprio in considerazione del carattere *green* dell'investimento, siano generalmente disposti a pagare un premio sul titolo (detto perciò «*greenium*») e cioè ad accettare un tasso di interesse che tende ad essere inferiore rispetto a un titolo non *green*⁸.

Queste complessive caratteristiche del modello dei c.d. *green bonds* inducono allora a ritenere, ulteriormente, in primo luogo, che il 'valore aggiunto', essenzialmente di tipo reputazionale, derivante dal dichiarato carattere *green* del titolo, si traduca tendenzialmente in un risparmio per l'emittente, il quale quindi potrebbe riuscire a raccogliere capitali sul mercato ad un costo inferiore rispetto ad un'emissione ordinaria. Inoltre, dal punto di vista dell'investitore e rispetto alla complessiva funzione economica dell'operazione, la realizzazione dell'obiettivo di miglioramento ambientale sottostante all'emissione dovrebbe ritenersi assuma specifico rilievo giuridico sul piano degli interessi cui la stipulazione risponde. La realizzazione dello scopo di miglioramento ambientale, cioè, sembrerebbe destinata in qualche modo a far parte delle complessive utilità che l'operazione dovrebbe procurare all'investitore, in quanto 'acquistate' mediante la sottoscrizione del titolo, quale contropartita, oltre all'interesse, della messa a disposizione del capitale⁹.

⁸ R. PRECLAW, A. BAKSHI, *The cost of being green*, Barclays Bank plc, London, 2015, https://www.environmental-finance.com/assets/files/US_Credit_Focus_The_Cost_of_Being_Green.pdf; per analisi più approfondite sulla formazione del prezzo dei *green bonds* e sul c.d. *green bond premium* v. E. AGLIARDI - R. AGLIARDI, *Financing environmentally-sustainable projects with green bonds*, in «Environment and Development Economics» 24, 2019, pp. 608-623; O. D. ZERBIB, *The effect of pro-environmental preferences on bond prices: Evidence from green bonds*, in *Journal of Banking and Finance*, 98, 2019, pp. 39-60; T. EHLERS - F. PACKER, *Green bond finance and certification*, in *BIS Quarterly Review*, 2017, pp. 89-104, p. 95 e ss.

⁹ Nella prospettiva della causa del contratto che contraddistingue i sistemi romanisti ciò può essere espresso nei termini di «una compenetrazione funzionale della realizzazione di un beneficio comune nella causa contrattuale dello strumento finanziario, così che la causa del contratto assume in concreto una configurazione originale [...] alla funzione negoziale

3. *La finanza green nel quadro dei modelli economici di tutela dell'ambiente e le esigenze di disciplina*

Quanto al rapporto tra modelli giuridici e gestione della questione ambientale, il modello dei *green bond* può quindi essere ascritto all'ambito dei c.d. 'modelli economici' o 'di mercato' (per la cura dell'ambiente), che affidano agli attori privati e a sistemi di mercato il perseguimento degli obiettivi di miglioramento ambientale¹⁰. Tali modelli operano essenzialmente sulla scorta di strumenti giuridici privatistici che mettono in opera incentivi economici al fine di allineare – nel caso di specie attraverso il *medium* del contratto – i benefici economici privati a quelli sociali e indirizzare così la logica dell'autonomia privata e del mercato verso obiettivi 'sociali'. Sarebbero dunque gli stessi emittenti e investitori ad assumere un ruolo, per così dire, regolativo, quali attori incaricati di orientare il mercato verso la produzione di benefici in termini di sostenibilità ambientale.

Nella prospettiva dell'analisi giuridica, l'elemento critico del sistema dei *green bonds*, in relazione alla sua effettiva capacità di generare benefici sociali in termini di miglioramento ambientale (e cioè quale specifico modello economico di tutela dell'ambiente), è costituito dal modo in cui il perseguimento dell'obiettivo '*green*' riesca effettivamente a disciplinare il rapporto tra le parti, indirizzandone mediante incentivi giuridici il comportamento, e quindi dal tipo di conseguenze giuridiche che l'eventuale fallimento di tale obiettivo determini.

Il modello dei *green bonds* segnala, in particolare, due esigenze di disciplina che la regolazione giuridica deve affrontare. In primo luogo, occorre individuare dei criteri atti a definire cosa è *green*. Tale prima questione si articola a sua volta in due problemi tra loro connessi ma concettualmente distinti. È necessario cioè sia definire quali opere o

concorrono interessi economici, quali la restituzione del capitale e il pagamento degli interessi, e interessi non economici, quale la generazione di un beneficio comune a opera dell'emittente, da realizzarsi per mezzo del capitale raccolto con l'emissione», così LENZI, *La finanza d'impatto e i green e social bonds*, cit., p. 124; un cenno nel medesimo senso si trova anche in R. ROLLI, *L'impatto dei fattori ESG sull'impresa. Modelli di governance e nuove responsabilità*, Bologna, 2020, p. 172.

¹⁰ V. U. MATTEI, *I modelli nella tutela dell'ambiente*, in «Rivista di diritto civile», 1985, pp. 389-427; M. MELI, *Il principio comunitario "chi inquina paga"*, Milano, 1996; EAD., *Oltre il principio chi inquina paga: verso un'economia circolare*, in *Rivista critica del diritto privato*, 35(1), 2017, pp. 63-80; M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2007, pp. 219-239.

attività possano legittimamente ritenersi migliorative dell'ambiente – così da giustificare l'etichetta *green* in relazione allo strumento finanziario ad esse collegato – ma anche, al tempo stesso, precisare in che modo e in quale misura l'emissione debba contribuire alla realizzazione di tali opere e attività affinché il titolo possa definirsi *green*.

Questi aspetti segnalano dunque la posizione di asimmetria informativa che tipicamente affligge l'investitore. Su quest'ultimo, cioè, incomberebbe l'onere di valutare, sopportando il costo per l'acquisizione della relativa informazione, sia il 'merito' ambientale del progetto o dell'attività sottostante al titolo (accertare cioè se esso apporta effettivi benefici all'ambiente) sia l'efficacia dell'operazione finanziaria rispetto alla realizzazione del progetto (se cioè il modo in cui verranno impiegate le risorse contribuisca effettivamente in modo determinante alla realizzazione dell'attività, una volta accertato il carattere astrattamente *green*).

Sussiste poi, in secondo luogo, il rischio del mancato o inesatto conseguimento del beneficio ambientale dichiarato in sede di emissione. Tale eventualità pone evidentemente una questione che può descriversi nei termini di un problema *principal-agent*, con il tipico rischio di infedeltà o opportunismo dell'*agent* nell'uso delle risorse affidategli, che richiede di chiarire quali meccanismi giuridici o rimedi possano in effetti vincolare l'emittente o comunque il beneficiario del capitale raccolto al perseguimento dello scopo, in che modo e in quale misura.

I due problemi descritti danno corpo al rischio di c.d. *greenwashing*, cui questi strumenti finanziari rimangono tipicamente esposti. L'aspirazione a conseguire benefici di tipo reputazionale o di altro genere (derivanti, ad esempio, dal trattamento fiscale favorevole talvolta riservato ad operazioni che contribuiscano alla transizione verso la sostenibilità) senza sopportare i costi relativi all'effettivo perseguimento dell'obiettivo ambientale, può cioè indurre gli attori del mercato all'uso opportunistico e infedele dell'etichetta *green*¹¹.

4. I modelli di disciplina

La peculiarità del modello dei *green bond*, in confronto ad altri "modelli

¹¹ Per un'analisi economica del *greenwashing* e delle implicazioni dell'uso distorto della disclosure ambientale in termini di costi e benefici per l'impresa v. F. BERNINI, F. LA ROSA, *A Conceptual Framework for the Greenwashing Strategy Research*, di prossima pubblicazione in *University of Catania Law Review*, 1, 2022.

economici” di tutela dell’ambiente (ad esempio il ben noto e sperimentato sistema dell’*emission trading*¹²), risiede nel fatto che esso – sebbene spesso sollecitato e invocato soprattutto da organismi internazionali – si sia originariamente sviluppato integralmente “nel mercato”, in conseguenza della iniziativa dei suoi attori e solo successivamente abbia stimolato l’intervento della regolazione giuridica¹³. La carenza di un quadro di regolazione definito ha indotto il mercato globale a svilupparsi, almeno in prima battuta, attorno al presupposto secondo il quale è ‘green’ ciò che viene definito ed etichettato tale dall’emittente, affidando così la definizione dell’obiettivo essenzialmente alla descrizione fornita nei documenti informativi che accompagnano l’emissione e trasferendo del tutto sugli investitori ogni onere di valutazione del miglioramento ambientale¹⁴. Sotto il primo dei profili sopra evidenziati

¹² Sul quale, fra la dottrina italiana, v. V. JACOMETTI, *Lo scambio di quote di emissione*, Giuffrè, Milano, 2010; B. POZZO, *La nuova direttiva sullo scambio di quote di emissione*, Milano, 2003. EAD., *Il nuovo sistema di emission trading comunitario*, Milano, 2010. Il sistema dei permessi di emissione commerciabili costituisce in qualche modo l’archetipo dei modelli economici per la tutela dell’ambiente (la cui originaria elaborazione si deve a J. H. DALES, *Pollution, property and prices*, Toronto, 1968; ma l’idea generale di associare un costo al comportamento socialmente dannoso e un beneficio a quello virtuoso risale, com’è noto, almeno a A. C. PIGOU, *The economics of welfare*, London, 1932, spec. pp. 172-203) messi in opera attraverso un sofisticato apparato di regolazione giuridica incentrato sui dispositivi privatistici della assegnazione proprietaria e della circolazione mediante contratto. L’ambito dei modelli che impiegano strumenti privatistici per la tutela degli interessi collettivi connessi all’ambiente si è nel corso del tempo ampliato fino a comprendere, ad esempio, i sistemi di etichettatura che diano informazioni sul consumo energetico o l’impronta ambientale del prodotto (così agendo sulla *disclosure* precontrattuale destinata ai consumatori, al fine di incentivare scelte di acquisto sostenibili), v. ad esempio, C. BENANTI, *L’etichettatura energetica*, in «Le nuove leggi civili commentate», 6, 2018, pp. 1364-1386 e, più in generale, sui “claims” pubblicitari che enfatizzino caratteristiche dei prodotti positive dal punto di vista ambientale, v. F. BERTELLI, *I green claims tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza*, in *Contratto e impresa*, 1, 2021, pp. 286-316; guadagna rilievo di recente, soprattutto, il capitolo della c.d. “giustizia climatica” che si avvale direttamente del contenzioso giudiziale e in gran parte dell’apparato dell’illecito extracontrattuale (soprattutto il *tort law* statunitense) con funzione di regolazione delle condotte di soggetti pubblici e privati per la lotta al cambiamento climatico, v. B. POZZO, *Climate Change Litigation in a Comparative Law Perspective*, in F. SINDICO - M. M. MBENGUE (eds.), *Comparative Climate change litigation. Beyond the Usual Suspects*, Cham, 2021, pp. 593-619; M. MELI, *Piove. Governo ladro! Cambiamenti climatici e nuove istanze di tutela*, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, 2, 2020, pp. 88-108.

¹³ Cfr. PARK, *Investors as Regulators: Green Bonds and the Governance Challenges of the Sustainable Finance Revolution*, cit., pp. 17-36.

¹⁴ Questo il senso del c.d. *labeled green bond* e cioè il titolo i cui proventi sono dedicati alla realizzazione di un progetto ‘green’ secondo la dichiarazione dell’emittente, distinto dal c.d. *unlabeled green bond* che invece designa il titolo obbligazionario ordinario emesso

– e cioè la questione della asimmetria informativa – l’originaria logica della *green label*, essenzialmente rimessa all’iniziativa dell’emittente e alla sua capacità di ‘persuasione’ del mercato, non può quindi che lasciare in capo all’investitore l’onere di valutare sia il merito ambientale del progetto sottostante al titolo sia la concreta strumentalità ed efficacia dell’operazione finanziaria rispetto alla realizzazione del progetto.

Alle esigenze di regolazione del mercato della finanza *green* si è data una prima risposta, in dimensione transnazionale, mediante meccanismi di autoorganizzazione degli stessi attori del mercato che hanno dato luogo a strumenti di c.d. *private governance*, volti a garantire una certa trasparenza al fine di incrementare la fiducia degli investitori e di favorire lo sviluppo del mercato.

Enti privati – normalmente associazioni fra gli stessi emittenti e intermediari, talvolta estese alla partecipazione di altri c.d. *stakeholders* – hanno infatti elaborato sistemi di ‘certificazione’, su base volontaria, del carattere *green* degli strumenti finanziari, fondati sul rispetto di determinati standard fissati dall’ente stesso e sulla pubblicazione di c.d. ‘*second party opinions*’ provenienti da revisori esterni che verifichino il processo di emissione dei *bond*, ovvero sull’inserimento del titolo entro appositi indici di borsa che misurano il rendimento di panieri di titoli verdi rispetto ad analoghi titoli ordinari¹⁵. In questo contesto, i *Green Bond Principles* (GBP) elaborati dalla

da un soggetto la cui attività sia tale da contribuire istituzionalmente e in generale al miglioramento ambientale (ad esempio produttori di energia eolica o solare), cfr. PRECLAW, BAKSHI, *The cost of being green*, cit., p. 6.

¹⁵ Per l’analisi approfondita di tali meccanismi e del loro grado di ‘inclusività’ e di ‘prescrittività’ v. PARK, *Investors as Regulators: Green Bonds and the Governance Challenges of the Sustainable Finance Revolution*, cit., pp. 17-36; poi EHLERS - PACKER, *Green bond finance and certification*, cit., p. 92 e ss. Quanto ai principi e standard, assumono rilievo i *Green Bond Principles* (sui quali v. infra nel testo), elaborati dalla *International Capital Market Association* (composta da emittenti, banche e investitori) e gli standard elaborati dalla *Climate Bond Initiative*. Quest’ultima fornisce una certificazione del carattere *green* dei *bond* che rispettino certi standards, fissati dall’organizzazione stessa, sulla base di una verifica di un ente terzo (che operi quale ‘verificatore’ approvato dalla CBI). La CBI sembra presentare un maggior livello di inclusività (ne fanno parte anche ONG con fini di tutela dell’ambiente) e di prescrittività, perché affida il controllo del rispetto degli standard a un soggetto terzo la cui approvazione è richiesta per la concessione dell’etichetta verde al *bond*. Il maggior fornitore di *second party opinions* è CICERO (*Centre for International Climate and Environmental Research Oslo*), che qualifica i *bond* sulla base di una scala tra diverse ‘sfumature’ di verde, a seconda della performance ambientale attesa (*dark green, medium green, light green*). Il ruolo dei fornitori di *second opinions* è tuttavia limitato ad una revisione *ex ante* dell’operazione prospettata dall’emittente ed esclude la verifica *ex post* dell’effettivo raggiungimento degli obiettivi comunicati, inoltre gli emittenti non sono naturalmente

*International Capital Market Association*¹⁶ hanno rappresentato, nel mercato globale, un punto di riferimento per l'elaborazione di un quadro di disciplina di carattere 'privato' realizzato attraverso strumenti di *soft law*. Tale modello di regolazione appare 'soft', oltre che per il carattere informale della fonte, anche per l'adozione di una tecnica di disciplina (spiegabile anche in ragione del carattere non autoritativo della fonte) che riguarda soltanto il piano procedurale dell'emissione ed evita invece di dettare criteri che ancorino la qualifica *green* del titolo a specifiche e definite caratteristiche contenutistiche del progetto o dell'attività ai quali l'emissione è collegata¹⁷. I GBP, si limitano infatti a indicare delle linee guida agli emittenti volte ad assicurare un certo livello di trasparenza nella comunicazione relativa alla descrizione del progetto per il quale verranno utilizzate le risorse, al modo in cui il progetto è stato selezionato, al modo in cui verranno gestite le risorse per la realizzazione del progetto e alla successiva rendicontazione su quanto svolto (*Use of Proceeds; Process for Project Evaluation and Selection; Management of Proceeds; Reporting*), raccomandando inoltre il coinvolgimento di revisori esterni che confermino la conformità dell'operazione a quanto richiesto dai GBP¹⁸. Si astengono tuttavia deliberatamente dal prendere posizione sul 'merito' del carattere *green* dei progetti, limitandosi ad elencare alcune *green project categories* a titolo solo esemplificativo¹⁹. Questo assetto normativo ha condotto, in certi casi, a emissioni etichettate *green* in conformità ai GBP e tuttavia particolarmente controverse quanto ai benefici netti effettivamente prodotti dal punto di vista sociale e ambientale²⁰.

tenuti a rendere pubbliche le valutazioni ricevute.

¹⁶ L'ultima edizione è del 2021, cfr. INTERNATIONAL CAPITAL MARKET ASSOCIATION, *Green Bond Principles*, 2021, <https://www.icmagroup.org/assets/documents/Sustainable-finance/2021-updates/Green-Bond-Principles-June-2021-140621.pdf>.

¹⁷ I GBP definiscono *green bond* «any type of bond instrument where the proceeds or an equivalent amount will be exclusively applied to finance or re-finance, in part or in full, new and/or existing eligible Green Projects [...] and which are aligned with the four core components of the GBP», cfr. INTERNATIONAL CAPITAL MARKET ASSOCIATION, *Green bond principles*, 2021, cit., p. 3.

¹⁸ «The Green Bond Principles (GBP) are voluntary process guidelines that recommend transparency and disclosure and promote integrity in the development of the Green Bond market by clarifying the approach for issuance of a Green Bond [...] The GBP recommend a clear process and disclosure for issuers, which investors, banks, underwriters, arrangers, placement agents and others may use to understand the characteristics of any given Green Bond. The GBP emphasise the required transparency, accuracy and integrity of the information that will be disclosed and reported by issuers to stakeholders», *Ivi*, p. 4.

¹⁹ «The GBP's purpose is not to take a position on which green technologies, standards, claims and declarations are optimal for environmentally sustainable benefits», *Ivi*, p. 5.

²⁰ È il caso, ad esempio, del *green bond* emesso nel 2017 dalla compagnia petrolifera Repsol,

Da questo iniziale modello di regolazione – che costituisce tuttora il quadro di riferimento per il mercato statunitense – si è poi distinto l’approccio seguito dai sistemi cinese e indiano, che invece hanno impiegato strumenti formalizzati di disciplina affidandone l’*enforcement* alle autorità regolatrici dei mercati, e che così, per la prima volta, nello scenario globale, hanno fornito definizioni e regole legali per l’emissione di titoli denominati verdi o sostenibili²¹.

Un rilevante mutamento di prospettiva si è avuto però a seguito dell’iniziativa legislativa dell’Unione Europea, che è intervenuta nel 2020 al dichiarato scopo di contrastare il c.d. *greenwashing* e incrementare la fiducia

i cui proventi erano destinati a migliorare l’efficienza energetica di attività comunque basate sull’uso di combustibili fossili (v. PARK, *Investors as Regulators*, cit., p. 46) e che, per questa ragione, pur essendo conforme ai criteri dei GBP, è stato escluso da alcuni indici dei titoli *green* (cfr. P. CRIPP, *Of Repsol and reputation*, in «Environmental finance», 2017, <https://www.environmental-finance.com/content/analysis/green-bond-comment-june-of-repsol-and-reputation.html>; K. MULLIN, *Time the green bond market grew up*, in «Environmental finance», 2017, <https://www.environmental-finance.com/content/analysis/time-the-green-bond-market-grew-up.html>), e del *bond* emesso da GDF Suez nel 2014, utilizzato per finanziare la costruzione di una grande diga in Brasile che è stata ritenuta fonte di enormi costi sociali, ambientali e in termini di violazione dei diritti umani, cfr. BANKTRACK, *Open Letter on the 2015 update of the green bond principles*, 2015, https://www.banktrack.org/ems_files/download/150430_open_letter_to_green_bond_principles_pdf/150430_open_letter_to_green_bond_principles.pdf, p. 2; v. poi su altri casi controversi E. K. WANG, *Financing green: reforming green bond regulation in the United States*, in *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, 12(2), 2018, pp. 467-491, pp. 482-486; S. BREEN - C. CAMPBELL, *Legal Considerations for a Skyrocketing Green Bond Market*, in *Natural Resources and Environment*, 31, 3, 2017, pp. 16-20.

²¹ V. le linee guida sui *Green Bonds* emesse dalla Banca centrale cinese nel 2015 (*People’s Bank of China Announcement* (2015) N. 39), le *Guidelines on Green Bond Issuance* della *National Development and Reform Commission* (2015), e le *Guiding Opinions for Supporting the Green Bonds* emesse dalla *China Securities Regulatory Commission* nel 2017; le fonti cinesi consentono di qualificare come *green*, ad esempio, anche i finanziamenti diretti alla produzione di energia e allo sviluppo o al rinnovamento di sistemi di trasporto attraverso combustibili fossili (c.d. carbone ‘pulito’, energia nucleare, gasolio) e progetti nei quali più del 10% dell’ammontare del finanziamento sia diretto a scopi generali dell’impresa piuttosto che a specifici progetti ‘*green*’, che non sarebbero ammissibili secondo gli standard internazionali, cfr.: B. FASKE, *Turning Billions into (Green) Trillions: Tracking the Growth and Development of the Green Bond Market in China, France, India, and the United States* in *Tulane Environmental Law Journal*, 31(2), 2018, pp. 293-325, p. 303; PARK, *Investors as Regulators*, cit., p. 41; H. ZHANG, *Regulating Green Bonds in the People’s Republic of China: Definitional Divergence and Implications for Policy making*, ADBI Working Paper, 1072, 2020 <https://www.adb.org/publications/regulating-green-bonds-prc-definitional-divergence-implications>; le linee guida emesse dal *Security and Exchange Board of India* appaiono invece maggiormente in linea con gli standard internazionali, cfr. FASKE, *Turning Billions into (Green) Trillions*, cit., p. 313.

nel mercato della finanza sostenibile²². Mediante strumenti normativi tipicamente “*hard*” (regolamenti), l’Unione ha perseguito l’obiettivo – già enunciato nel Piano d’azione per finanziare la crescita sostenibile del 2018²³ – di dar luogo ad un «*green bond standard* europeo» fondato su una tassonomia armonizzata degli investimenti ‘ecosostenibili’ e sulla previsione di specifici obblighi giuridici, soprattutto di informazione, a carico degli attori del mercato.

In particolare, il Regolamento 2020/852 del giugno 2020 (c.d. «Regolamento tassonomia») ha definito un sistema di classificazione unificato delle attività e dei relativi investimenti legittimamente qualificabili come ‘ecosostenibili’ ai sensi del diritto dell’Unione²⁴ e ne ha formulato in modo dettagliato i requisiti tecnici, sulla base del contributo netto e sostanziale che l’attività economica ad essi sottostante apporti al raggiungimento di uno dei sei obiettivi di sviluppo ambientale definiti dal regolamento stesso (mitigazione dei cambiamenti climatici, adattamento ai cambiamenti climatici, uso sostenibile e protezione delle acque e delle risorse marine, transizione verso un’economia circolare, prevenzione e riduzione dell’inquinamento, protezione e ripristino della biodiversità e degli ecosistemi)²⁵. Esso, inoltre, prescrive specifici obblighi di informazione

²² V. il considerando n. 11 del Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all’istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088, in GUUE L 198/13 del 22.6.2020: «I requisiti per commercializzare prodotti finanziari o obbligazioni societarie come investimenti ecosostenibili, inclusi i requisiti posti dagli Stati membri e dall’Unione per consentire ai partecipanti ai mercati finanziari e agli emittenti di usare marchi nazionali, puntano ad aumentare la fiducia degli investitori e a sensibilizzarli maggiormente agli impatti ambientali di tali prodotti finanziari o obbligazioni societarie, creare visibilità e affrontare le preoccupazioni legate alla pratica della “verniciatura verde” (*greenwashing*). Nell’ambito del presente regolamento, tale pratica consiste nell’ottenere un vantaggio sulla concorrenza in modo sleale commercializzando un prodotto finanziario come ecocompatibile quando in realtà gli standard ambientali di base non sono soddisfatti».

²³ COMMISSIONE EUROPEA, *Piano d’azione per finanziare la crescita sostenibile*, COM(2018) 97 final.

²⁴ V. considerando n. 14 del Regolamento 2020/852, cit.: «Gli Stati membri e l’Unione dovrebbero essere tenuti a usare un concetto comune di investimento ecosostenibile all’atto di introdurre a livello nazionale e dell’Unione i requisiti che i partecipanti ai mercati finanziari o gli emittenti devono soddisfare per etichettare i prodotti finanziari o le obbligazioni societarie commercializzati come ecosostenibili».

²⁵ V. considerando n. 34 del Regolamento 2020/852, cit.: «Per ciascun obiettivo ambientale dovrebbero essere stabiliti criteri uniformi per determinare se un’attività economica fornisca un contributo sostanziale all’obiettivo. Uno dei criteri dovrebbe consistere nell’evitare di nuocere significativamente a qualsiasi obiettivo ambientale di cui al presente regolamento. In tal modo si eviterebbe che degli investimenti siano considerati ecosostenibili nei casi in

uniformi ai sensi del diritto dell'Unione, a carico di emittenti, intermediari e consulenti, in relazione al modo alla misura in cui gli investimenti proposti diano luogo ad attività qualificabili come ecosostenibili in quanto contribuiscano agli obiettivi ambientali individuati²⁶.

Sotto il profilo degli obblighi di informazione sulle implicazioni degli investimenti e dei prodotti finanziari in termini di sostenibilità, con particolare riguardo a quei prodotti finanziari ai quali gli emittenti o intermediari espressamente attribuiscono obiettivi di sostenibilità, il c.d. «Regolamento tassonomia» modifica e sviluppa la disciplina posta dal precedente Regolamento n. 2088 del 2019 (relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari), il quale aveva già pienamente integrato il profilo della sostenibilità entro l'ambito dell'informazione dovuta ai mercati finanziari, sia in sede di informazione generale sulle politiche di investimento e le scelte delle imprese, sia con riguardo a singoli prodotti rispetto ai quali vengano dichiarati obiettivi di sostenibilità²⁷.

5. Benefici privati, benefici sociali e giuridicità dello scopo di miglioramento ambientale

L'intervento dell'Unione europea da ultimo richiamato segna probabilmente un mutamento di prospettiva determinante nello scenario globale, con la fissazione di un nuovo standard per la disciplina della finanza 'ecosostenibile' che distingue marcatamente il contesto europeo dal modello

cui le attività economiche che ne beneficiano danneggiano l'ambiente in misura superiore al loro contributo a un obiettivo ambientale.»

²⁶ V. considerando n. 13 del Regolamento 2020/852, cit.: «Se i partecipanti ai mercati finanziari non forniscono nessuna spiegazione agli investitori rispetto a come le attività in cui investono contribuiscono agli obiettivi ambientali oppure se, per spiegare quel che costituisce un'attività economica "ecosostenibile", usano concetti differenti, per gli investitori è troppo gravoso controllare e confrontare i vari prodotti finanziari»; sul punto v. D. BUSCH, *Sustainability Disclosure in the EU Financial Sector*, European Banking Institute Working Paper Series, 70, 2021 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3650407.

²⁷ Regolamento (UE) 2019/2088 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari, in GUUE L 317/1 del 9.12.2019; v. sul punto, M. SIRI - S. ZHU, *L'integrazione della sostenibilità nel sistema europeo di protezione degli investitori*, in *Banca Impresa Società*, 1, 2020, pp. 3-45; ROLLI, *L'impatto dei fattori ESG sull'impresa. Modelli di governance e nuove responsabilità*, cit., p. 174 e ss.

del *private governance*, dell'autoorganizzazione degli attori economici mirata alla fissazione di requisiti soltanto procedurali, per affidarlo invece ad un modello di regolazione che disciplina e delimita direttamente il 'merito' *green* dei progetti sottostanti agli investimenti²⁸.

Tale intervento, tuttavia, opera essenzialmente sul piano della asimmetria informativa che tipicamente affligge gli investitori, la quale viene colmata non soltanto mediante regole di informazione ma anche con la previsione di specifiche caratteristiche che le attività economiche sottostanti alle emissioni devono presentare sul piano tecnico per poter essere legittimamente definite 'ecosostenibili'. Si affronta cioè anche attraverso regole 'di contenuto', che delimitano il tipo di attività legittimamente qualificabili come 'ecosostenibili', il problema dell'onere di valutazione da parte dell'investitore dell'effettivo carattere *green* degli investimenti e dei prodotti finanziari.

Se ciò rappresenta certamente un rilevante incremento dell'incisività della disciplina del mercato dei titoli 'verdi' in relazione al tipico rischio di *greenwashing*, rimane tuttavia in gran parte aperta la seconda questione sopra richiamata (e tipicamente descritta nei termini di un problema *principal-agent*). Accertato, cioè, in qualche modo, il carattere 'green' del progetto sottostante allo strumento finanziario e accertato il tipo di contributo che l'emissione dà al raggiungimento dell'obiettivo, sussiste comunque il rischio dell'infedele destinazione delle risorse raccolte e cioè del mancato o inesatto conseguimento del miglioramento ambientale dichiarato in sede di emissione di titoli.

Proprio su questo piano dovrebbe misurarsi, nella prospettiva giuridica (e in particolare in una prospettiva che si interroghi sul diritto privato delle emergenze), il senso dell'utilizzo del contratto, quale dispositivo – che costituisce il modello giuridico privatistico sottostante a tali strumenti – volto a fornire alle parti meccanismi coercitivi per il soddisfacimento degli interessi affidati al programma convenzionale. Data la specifica vocazione 'ecosostenibile' del progetto sottostante allo strumento finanziario, dovrebbe del resto ritenersi che l'investitore abbia inteso conseguire, mediante l'operazione, oltre alla remunerazione del capitale investito, proprio l'ulteriore utilità – attinente non esclusivamente alla sfera privata dell'investitore ma anche all'interesse sociale in vista del quale tali strumenti vengono promossi – derivante dal contributo offerto al raggiungimento di un obiettivo di 'sostenibilità ambientale'²⁹.

²⁸ Sull'effettiva attitudine di tale intervento a determinare una piena armonizzazione nel contesto europeo e a fissare un nuovo standard di rilievo globale quanto alla finanza ecosostenibile v. BUSCH, *Sustainability Disclosure in the EU Financial Sector*, cit., pp. 32-42.

²⁹ Cfr., nella prospettiva (italiana) della causa del contratto, LENZI, *La finanza d'impatto e i*

La peculiare strutturazione di questi strumenti finanziari nella prassi, tuttavia, tipicamente esclude quest'ultimo aspetto dall'ambito delle obbligazioni contrattuali gravanti sull'emittente, relegandolo al piano dell'informazione precontrattuale e prevedendo peraltro, talvolta, soprattutto nel mercato statunitense, specifici *disclaimer* volti a escluderne il rilievo giuridico³⁰. Lo schema contrattuale solitamente impiegato limita cioè la portata dell'obbligazione contrattuale a carico dell'emittente essenzialmente al pagamento dell'interesse convenuto, secondo il modello tipico dell'operazione di finanziamento, e generalmente esclude, in particolare, che l'inesatto conseguimento del beneficio ambientale possa assumere rilievo quale inadempimento dell'emittente. Il tipo di tutela astrattamente configurabile a vantaggio dell'investitore – per il caso di mancata realizzazione del beneficio ambientale comunicato – si collocherebbe dunque essenzialmente entro l'articolato ambito dei rimedi risarcitori per inesatta informazione al mercato³¹.

La prassi contrattuale e alcuni modelli nazionali di disciplina (in particolare, ad esempio, quello cinese) segnalano poi l'impiego di rimedi, per così dire, 'auto-esecutivi' che incidono direttamente sul piano del rapporto di scambio tra le parti. È il caso, ad esempio, di quelle pattuizioni che prevedano un automatico incremento del tasso di interesse

green e social bonds, cit., p. 124 e 135 e ss.

³⁰ Cfr., quanto al mercato statunitense, P. LUDVIGSEN, *Advanced topics in green bonds: risk*, in «Environmental finance», 2015, <https://www.environmental-finance.com/content/analysis/advanced-topics-in-green-bonds-risks.html>; WANG, *Financing green: reforming green bond regulation in the United States*, cit., p. 485 e ss.; S. BREEN, C. CAMPBELL, *Legal Considerations for a Skyrocketing Green Bond Market*, cit., p. 20; nella prospettiva italiana, la centralità delle pattuizioni contenute nel contratto di emissione, quanto alla definizione dell'oggetto dell'obbligazione a carico dell'emittente e alla specificità del beneficio ambientale, ai fini della tutela del sottoscrittore, è evidenziata da LENZI, *La finanza d'impatto e i green e social bonds*, cit., p. 154 e ss.

³¹ Cfr., con riferimento al sistema statunitense, S. BREEN - C. CAMPBELL, *Legal Considerations for a Skyrocketing Green Bond Market*, cit., p. 20; K. CZERNIECKI - S. SAUNDERS, *Green Bonds: An Introduction and Legal Considerations*, Bloomberg Law, 2016, <https://news.bloomberglaw.com/environment-and-energy/green-bonds-an-introduction-and-legal-considerations>; sui particolari obblighi di informazione previsti per l'emissione di prodotti finanziari «etici» o «socialmente responsabili» ai sensi dell'art. 117-ter del T.U.F. nell'ordinamento italiano, v. LENZI, *La finanza d'impatto e i green e social bonds*, cit., p. 142 e ss.; per il possibile inquadramento giuridico nell'ordinamento italiano della responsabilità da inesatta informazione sui profili di sostenibilità dell'investimento sottostante agli strumenti finanziari, v. ROLLI, *L'impatto dei fattori ESG sull'impresa. Modelli di governance e nuove responsabilità*, cit., p. 186 e ss.; per un'analisi dei medesimi profili con riguardo al diritto portoghese v. M. M. BARBOSA, *Green bonds: riscos e responsabilidade*, in *Boletim de Ciencias Economicas*, 62, 2019, pp. 77-120.

dovuto al sottoscrittore nel caso di mancato raggiungimento dell'obiettivo ambientale dichiarato o l'automatica efficacia di un'opzione *put* in favore del sottoscrittore, che obblighi l'emittente al riacquisto dei titoli qualora il processo di verifica dell'impiego dei proventi per il conseguimento dell'obiettivo di miglioramento dell'ambiente abbia dato esito negativo³².

Per quanto i rimedi, comunque articolati, che comportino conseguenze patrimoniali sfavorevoli per l'emittente per il caso di mancata realizzazione dello scopo di miglioramento ambientale possano esercitare una funzione deterrente e quindi determinare incentivi economici per l'effettivo perseguimento del beneficio ambientale, il modello dei *green bonds* si espone probabilmente ad alcune più generali riserve circa la attitudine degli strumenti giuridici privatistici a perseguire la funzione di regolazione del comportamento degli attori economici per la effettiva produzione di benefici sociali.

Caratteristica strutturale dei modelli giuridici privatistici e dei relativi rimedi che tali strumenti evocano è infatti il loro strutturale orientamento verso l'economia individuale dei soggetti coinvolti e cioè verso costi e benefici privati, ai quali soltanto essi sono attrezzati per attribuire rilievo, peraltro valutandoli essenzialmente sotto il profilo patrimoniale. Ciò inevitabilmente interferisce con l'applicazione dei modelli privatistici in funzione strumentale, per la creazione di incentivi al conseguimento di benefici sociali.

Con specifico riguardo ai *green bonds*, la questione si manifesta nei termini di un radicale disallineamento tra il tipo di beneficio atteso dalla loro funzione 'regolativa' – situato sul piano sociale, degli interessi collettivi: miglioramento dell'ambiente – e il tipo di interesse relativo alla mancata *performance* ambientale o all'infedele informazione sulla stessa, cui i modelli privatistici sarebbero in grado di dare rilievo collocandolo in modo tendenzialmente esclusivo sul piano della sfera privata dell'investitore e valutandolo in termini essenzialmente patrimoniali. Il problema, sotto questo profilo, sembra risiedere cioè nella irriducibilità tra sfera sociale entro

³² La disciplina cinese prevede la costituzione dell'opzione *put* quale conseguenza legale del mancato raggiungimento dell'obiettivo di sostenibilità, secondo un modello comunque già sperimentato dalla prassi contrattuale, v. A. OCHE, *Comparative Analysis of Green Bond Regimes*, in *Journal of Sustainable Development Law and Policy*, 11, 2020, pp. 160-184, p. 179; sulla prassi contrattuale del mercato statunitense, v. S. BREEN, C. CAMPBELL, *Legal Considerations for a Skyrocketing Green Bond Market*, cit., p. 20; K. CZERNIECKI S. SAUNDERS, *Green Bonds: An Introduction and Legal Considerations*, cit.; secondo la medesima logica funzionano i «Sustainability-linked bond» emessi dal Gruppo ENEL che legano un aumento del tasso di interesse al mancato raggiungimento dell'obiettivo ambientale dichiarato, cfr. LENZI, *La finanza d'impatto e i green e social bonds*, cit., p. 128.

la quale dovrebbe prodursi il beneficio atteso dal punto di vista ambientale e sfera privata, alla quale invece si rivolgono i modelli privatistici con i relativi rimedi.

Infatti, per quanto il beneficio ambientale atteso possa essere esattamente quantificabile *ex ante* (sulla base delle informazioni fornite dall'emittente) nei suoi termini di utilità sociale, il tipo di interesse che assumerebbe rilievo nella prospettiva risarcitoria (sia a titolo contrattuale, ove per ipotesi la performance ambientale sia oggetto di obbligazione, sia a titolo di responsabilità per informazioni inesatte) sarebbe con tutta probabilità esclusivamente di contenuto patrimoniale e relativo all'economia individuale del soggetto che si assuma lesa dal suo mancato conseguimento. Esso potrà dunque consistere, per ipotesi, nel danno di tipo reputazionale (di contenuto patrimoniale) in capo all'investitore o nella diminuzione del valore del titolo nel mercato secondario, una volta che esso si sia rivelato inefficace rispetto alla *performance* ambientale. Al tempo stesso, tuttavia, poiché non sussiste necessaria correlazione tra l'effettiva attitudine dell'investimento a produrre benefici sociali in termini di ecosostenibilità e la sua redditività dal punto di vista della sfera privata e patrimoniale dell'investitore, il solo mancato conseguimento dell'obiettivo di miglioramento ambientale ben potrebbe non determinare alcun danno giuridicamente rilevante sotto il profilo patrimoniale a carico dell'investitore, qualora esso non incida sul rendimento e sul valore del titolo nel mercato secondario.

Ciò vale per il contesto statunitense, rispetto al quale si segnala che, sia al fine di attivare i rimedi fondati sulle false informazioni al mercato sia al fine di attivare eventuali rimedi contrattuali nei confronti dell'emittente (dei quali comunque generalmente mancano i presupposti), sotto il profilo del c.d. *standing*, l'attore dovrebbe comunque essere in grado di provare la sussistenza di un danno individuale e patrimoniale. Tale danno, per il solo fatto del mancato conseguimento del beneficio ambientale e nel caso in cui l'emittente continui a corrispondere gli interessi e il titolo non perda valore nel mercato secondario, sarebbe tipicamente assente e la mancata realizzazione dell'obiettivo ambientale potrebbe quindi non avere alcun rilievo a fini rimediali³³.

Considerazioni in parte analoghe sembrano valere tuttavia, almeno finora, anche per il mercato europeo dove la disciplina, sia pure avanzata, recentemente varata dall'UE – sebbene idonea a fondare nuove forme di responsabilità per inesatta informazione sulla sostenibilità dei prodotti

³³ S. BREEN - C. CAMPBELL, *Legal Considerations for a Skyrocketing Green Bond Market*, cit., p. 20.

finanziari – non sembra, da sola, in grado di incidere su alcuni caratteri e limiti strutturali dei modelli giuridici privatistici dei sistemi nazionali³⁴.

La recente disciplina dell'UE, a seguito dei due regolamenti ricordati, si caratterizza infatti, nel panorama globale, proprio per la definizione in via legislativa di specifici requisiti tecnici che gli investimenti devono soddisfare al fine di poter essere etichettati come ecosostenibili e per la previsione di obblighi legali di informazione a beneficio degli investitori in merito alle caratteristiche di sostenibilità degli investimenti sottostanti gli strumenti finanziari, profili che ormai integrano pienamente l'informazione ordinariamente dovuta al mercato³⁵. In questo modo la disciplina dell'Unione fornisce effettivamente parametri legali idonei a fondare specifiche responsabilità a carico di emittenti e intermediari per inesatta informazione circa le caratteristiche di sostenibilità degli investimenti (falsa rappresentazione del carattere sostenibile di un titolo, in contrasto con la definizione legale; inesatta informazione in ordine ai profili e rischi di sostenibilità).

Rispetto all'inquadramento giuridico della responsabilità e agli aspetti strettamente patrimoniali del danno, potrebbero allora farsi operare, proprio alla luce delle innovazioni introdotte dalla legislazione europea, i modelli di disciplina essenzialmente riconducibili alla responsabilità da prospetto e alla responsabilità degli intermediari³⁶. Rimane però in ogni caso aperta, anche con riguardo al contesto europeo, la possibilità che un danno patrimoniale si riveli in concreto assente per il sottoscrittore data la non necessaria correlazione tra difetto di sostenibilità del titolo (e cioè della sottostante attività economica) o di informazione sulla stessa e rendimento del medesimo o suo valore nel mercato secondario³⁷.

È vero però che, sul versante europeo, la riflessione sul concetto di danno giuridico entro alcuni sistemi nazionali potrebbe forse mostrarsi

³⁴ BUSCH, *Sustainability Disclosure in the EU Financial Sector*, cit., p. 38 e ss.

³⁵ Peraltro, l'Ue aveva già intrapreso la via della integrazione entro l'ambito della informazione dovuta al mercato dei profili relativi all'impatto ambientale e sociale dell'attività di impresa con la Direttiva 2014/95/UE relativa alla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario, in GUUE L330/1 del 15.11.2014, recepita in Italia con il Decreto legislativo n. 254 del 2016.

³⁶ V., per l'applicazione dei paradigmi tipici della responsabilità da prospetto e della responsabilità da inesatta informazione nei mercati finanziari al campo delle informazioni relative alla sostenibilità dei prodotti, quanto al sistema italiano, ROLLI, *L'impatto dei fattori ESG sull'impresa. Modelli di governance e nuove responsabilità*, cit., p. 174 e ss.; LENZI, *La finanza d'impatto e i green e social bonds*, cit., p. 151 e ss.

³⁷ Cfr., con riferimento alla disciplina europea, BUSCH, *Sustainability Disclosure in the EU Financial Sector*, cit., p. 38 e ss.

attrezzata per dare ingresso, entro l'ambito del danno risarcibile, anche alla lesione, in sé considerata, dell'interesse dell'investitore al conseguimento del miglioramento ambientale. Nel sistema italiano potrebbe soccorrere a tal fine la ben nota «incontenibilità costituzionale» del danno non patrimoniale³⁸ che, secondo il consueto modello argomentativo che fa affidamento sulle potenzialità generative dell'art. 2 Cost., potrebbe supportare, almeno sul piano delle proposte interpretative, anche l'inclusione della frustrazione dell'interesse dell'investitore al conseguimento dell'obiettivo ambientale entro il campo del danno risarcibile, sotto il profilo non patrimoniale³⁹.

In ogni caso, tutti i rimedi evocati – ai quali possono aggiungersi la sanzione «reputazionale» che il mercato infliggerebbe all'emittente infedele o, con riguardo al diritto statunitense, eventuali danni punitivi, che non sembrano comunque generalmente disponibili per casi di questo genere⁴⁰ – ove in concreto disponibili e applicati, al netto della loro possibile funzione deterrente rispetto all'emittente (la cui efficacia è naturalmente anch'essa affidata ad un calcolo economico, secondo il paradigma dell'inadempimento efficiente), determinerebbero costi e benefici rispetto alle sfere private dei soggetti coinvolti nell'operazione, ma dal punto di vista sociale non inciderebbero in alcun modo sull'effettiva produzione, in via rimediabile, del miglioramento ambientale rappresentato.

Ciò varrebbe anche rispetto alla ipotetica inclusione entro il campo del danno risarcibile dell'interesse dell'investitore al conseguimento del miglioramento ambientale quale danno non patrimoniale. Per quanto una soluzione di questo tipo avrebbe l'effetto di 'giuridicizzare' sotto il profilo risarcitorio la vocazione sociale dello strumento finanziario, ciò avverrebbe, sul piano dei rimedi, soltanto in funzione compensativa (o 'satisfattoria') della sfera individuale dell'investitore medesimo e non determinerebbe l'effettiva produzione in natura del beneficio ambientale rappresentato.

In definitiva, l'effettiva realizzazione del miglioramento ambientale in via rimediabile, piuttosto che dai rimedi di tipo risarcitorio fondati sulla informazione al mercato, dipenderebbe dalla concreta portata dell'obbligazione contrattuale incombente sull'emittente e quindi dalla possibilità (o interesse) per il sottoscrittore di agire anche per ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obiettivo di sostenibilità, nel caso in

³⁸ Così M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 809 e ss.

³⁹ Un'argomentazione in questo senso è svolta da ROLLI, *L'impatto dei fattori ESG sull'impresa. Modelli di governance e nuove responsabilità*, cit., p. 197 e ss.

⁴⁰ S. BREEN - C. CAMPBELL, *Legal Considerations for a Skyrocketing Green Bond Market*, cit., p. 20

cui questo sia reso oggetto di espressi obblighi contrattuali. Tale profilo, anche alla luce della recente disciplina europea, rimane tuttavia affidato alle pattuizioni del contratto di emissione e quindi essenzialmente rimesso alla disponibilità dell'emittente ad assumersi un'esplicita obbligazione in tal senso⁴¹.

L'effettiva attitudine 'regolativa' della finanza sostenibile – quale modello giuridico privatistico di gestione dell'emergenza ambientale che incarica gli attori privati di perseguire obiettivi sociali mediante incentivi economici – richiederebbe allora, probabilmente, un ulteriore sforzo di elaborazione di forme di responsabilità sociale dell'impresa in senso 'forte' e cioè specificamente rivolte alla produzione del beneficio sociale (ambientale) rappresentato, quali obblighi di fare o di adottare misure equivalenti o compensative⁴².

Rimedi, questi, peraltro tipici della materia della responsabilità per danno all'ambiente, ma che, nel campo degli strumenti finanziari specificamente rivolti alla produzione di benefici ambientali esterni alla sfera individuale delle parti, sembrano allo stato non pienamente articolabili e ancora in attesa di una compiuta elaborazione.

ABSTRACT

This paper investigates the model of green bonds as a legal tool designed to offer to private actors on financial markets legal and economic incentives to pursue the protection of environment as a socially desirable goal. The risk of greenwashing that green finance typically entails has prompted different regulatory approaches throughout the world. Whilst the US system still mainly relies on private governance tools, the European Union has recently enacted a more effective regulation based on a harmonized taxonomy of sustainable investments and detailed duties of disclosure upon participants to financial markets. The comparative analysis of those regulatory approaches offers the opportunity to assess whether and to what extent private law tools succeed in aligning private benefits with social benefits to achieve sustainable development goals.

⁴¹ Cfr. LENZI, *La finanza d'impatto e i green e social bonds*, cit., p. 154 e ss.

⁴² Cfr. BUSCH, *Sustainability Disclosure in the EU Financial Sector*, cit., p. 39.

Gianluca Scarchillo*

*Come le pandemie cambiano il diritto
attraverso le lenti del comparatista*

SOMMARIO: 1. Premessa: Il burocrate e il marinaio. – 2. Pandemie e diritto: ovvero degli stravolgimenti totali e globali – 3. Quale sorte per la libertà dei singoli? I diversi modelli *Quarantinist*, *Sanitationist* e Sudcoreano – 4. Qualche riflessione a mo' di conclusione.

1. *Premessa: Il burocrate e il marinaio*

Il presente scritto intende affrontare le interrelazioni tra le pandemie e il diritto, cercando di fornire una visione di insieme delle modalità attraverso cui le prime impattano sul secondo, nella specie sul diritto privato. Le riflessioni che seguiranno sono state suscitate da una lettura di notevole interesse, e latamente qualificabile come indagine comparatistica, ancorché svolta da un non addetto al settore¹.

Si tratta di un passo contenuto nella pregevole opera di Carlo M. Cipolla, *Il burocrate e il marinaio*²:

* Professore associato di Sistemi giuridici comparati e Diritto privato comparato presso la Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma, Dipartimento di Scienze Giuridiche..

¹ È oramai noto ai più il fatto che sempre più spesso si fa comparazione senza neanche accorgersene. Il mio Maestro Diego Corapi ama sempre ricordare, citando Molière, l'episodio in cui il borghese gentiluomo disse al suo precettore che non sapeva di fare prosa tutti i giorni. La comprensione del diritto implica sempre una comparazione.

² Cfr. C.M. CIPOLLA, *Il burocrate e il marinaio. La «Sanità» toscana e le tribolazioni degli inglesi a Livorno nel XVII secolo*, Bologna, 1992. La scelta non è ricaduta esclusivamente sul testo ma anche sull'uomo. Carlo M. Cipolla, storico dell'economia dell'Università di Pavia, è stato uno dei primi a studiare le epidemie e le loro conseguenze socio-economiche (al di là della sanità pubblica). Cipolla, a differenza di altri storici dell'economia, interpreta in senso molto ampio la sua disciplina: non la vede solamente con gli occhi e la tecnica dell'economista ma la concepisce nella sua dimensione sociale e soprattutto culturale. Tratto peculiare della sua personalità è l'atteggiamento umanistico che ha nell'accostarsi alle realtà economiche. Straordinaria è la diversità dei suoi interessi. Niente sfugge alla sua attenzione, ogni argomento gli offre l'occasione per porsi un problema (e quindi trovare soluzioni).

«Agli inizi del Seicento, visitando la penisola italiana, il viaggiatore inglese Moryson scriveva: «Gli Italiani stanno molto attenti onde evitare l'infezione di peste ed a questo scopo in ogni città hanno Magistrati di Sanità³». Così scrivendo, Moryson implicitamente ammetteva che non esistevano in Inghilterra magistrature analoghe. Questa era la lacuna fondamentale della situazione inglese: lacuna che non fu colmata nel corso del secolo. Il fatto è che sostanzialmente gli inglesi non credevano nell'efficacia delle misure preventive contro il contagio. Di più: nella cultura inglese gli interessi commerciali avevano la precedenza sugli interessi della sanità. Ancora nel secolo XVIII un medico inglese, George Pye, sosteneva che le misure di quarantena fossero del tutto ingiustificate in una grande potenza commerciale: «La peste - scriveva l'ineffabile medico - può anche distruggere un centinaio di migliaia di persone ma la perdita del traffico può affamare e distruggere dieci volte centomila persone» ... Contrariamente all'atteggiamento inglese, gli italiani del Cinque e Seicento applicavano gli ordinamenti sanitari con un pignoleria ed una puntigliosità esasperanti ...»⁴.

Non esiste un dominio in cui non si sia avventurato con audacia, con rara erudizione e con un entusiasmo che è la chiave per capire la sua sensibilità ed il suo modo di affrontare i vari e veri problemi. Tutto ciò combinando sempre l'approccio macro-storico con studi di micro-storia, infondendo nella sua disciplina uno spirito innovatore grazie soprattutto alla sua creatività e alla ricerca costante del dubbio. Dunque, tratti peculiari di un comparatista a sua insaputa!

³ «Tutto era cominciato con la pandemia di peste del 1348-51. Dopo la pandemia la peste restò endemica in una regione dopo l'altra. Di fronte a questi ricorrenti disastri le città dell'Italia settentrionale elaborarono un sistema di difesa che, benché inficiato dalle erronee idee mediche del tempo sulla natura del male ed i suoi meccanismi di diffusione, rappresentò un eccezionale sforzo amministrativo ammirevole per certe intuizioni che lo caratterizzarono. In un primo tempo le città maggiori, quando invase dalla peste, istituirono uffici d'emergenza con il compito di provvedere all'assunzione di medici per la cura degli appestati, all'isolamento dei contagiati, alla eliminazione della sporcizia, all'abbruciamento di panni e masserizie ritenuti infetti, al seppellimento dei morti di peste in speciali cimiteri. In prosieguo di tempo uffici analoghi comparvero anche nelle città minori quando colpite dalla peste, mentre nelle città maggiori gli uffici temporanei di emergenza furono sostituiti da uffici permanenti [...] chiamati Magistrature perché assommavano un proprio potere legislativo, giudiziario ed esecutivo. [...] Nel timore che la peste potesse essere diffusa da persone o da oggetti, i Magistrati alla Sanità assunsero il controllo di ogni movimento di persone e di cose, delle condizioni delle locande (che dovevano denunciare gli ospiti di passaggio), del rilascio e dell'uso dei passaporti sanitari, della chiusura e dell'apertura delle porte delle città e del movimento di persone e di merci che vi si verificava. [...] Presto ci si rese anche conto che l'opera di un Magistrato acquisiva maggior senso e valore se coordinata ed in collaborazione con l'opera delle Magistrature di altri Stati», così ricorda Cipolla, cit., pp. 35-37.

⁴ *Ivi*, pp. 44-45.

Le parole di Cipolla risuonano estremamente attuali se ci si guarda intorno e se si osserva la situazione in cui ci troviamo immersi dopo lo scoppio della pandemia da Covid-19. Certo, molto è cambiato rispetto alle epidemie di peste da un punto di vista di evoluzione scientifica, ma sembra di potersi ancora affermare come nel contesto attuale esistono perlomeno due opposte culture in materia di reazione giuridica alle pandemie: i Paesi che si professano *Quarantinist*, che impongono cioè misure fortemente limitative della libertà, e che in definitiva privilegiano la salute sopra gli altri interessi; e quelli qualificabili come *Sanitationist*, che tendono invece a non incidere sulle vite dei singoli o, comunque, ad evitarne quanto più possibile limitazioni e costrizioni⁵.

Ecco, se volessimo applicare questa modellistica alla ricostruzione che ci è stata offerta da Carlo Cipolla, dovremmo concludere che gli inglesi del '600 erano fortemente *Sanitationist*, mentre gli italiani dell'epoca alacramente *Quarantinist*. A riprova del seicentesco *Quarantinism* nostrano vale la pena anche ricordare il memorabile caso di quella sentenza milanese del 1630 con la quale – racconta Manzoni – ai giudici che condannarono a pene severe coloro i quali erano accusati di aver diffuso la peste (presunti untori secondo l'accusa di Caterina Rosa, poi rivelatasi infondata) sembrava di aver raggiunto un risultato così memorabile che nella stessa sentenza disposero anche la demolizione dell'abitazione di uno dei condannati e l'innalzamento di una colonna a memoria di quegli eventi e della relativa condanna, la quale prese il nome di "*Colonna Infame*". E per quest'ultimo aspetto, aggiunge l'illustre Autore, «non s'ingannarono: quel giudizio fu veramente memorabile»⁶. Riportando tale provvedimento, a dir poco draconiano, Manzoni si domanda (nella introduzione della *Storia della colonna infame*)

⁵ Per questa contrapposizione, cfr. J.F. WITT, *American Contagions: Epidemics And The Law From Smallpox To COVID-19*, New Haven, 2020, *passim*.

⁶ «Ai giudici che, in Milano, nel 1630, condannarono a supplizi atrocissimi alcuni accusai d'aver propagata la peste con certi ritrovati sciocchi non men che orribili, parve d'aver fatto una cosa talmente degna di memoria, che, nella sentenza medesima, dopo aver decretata, in aggiunta de' supplizi, la demolizion della casa d'uno di quegli sventurati, decretaron di più, che in quello spazio s'innalzasse una colonna, la quale dovesse chiamarsi infame, con un'iscrizione che tramandasse ai posteri la notizia dell'attentato e della pena. E in ciò non s'ingannarono: quel giudizio fu veramente memorabile». A. MANZONI, *Storia della colonna infame*, *Introduzione* di L. Sciascia, Milano, 1985, p. 3. Il processo svoltosi a Milano nell'estate del 1630 decretò la condanna di Guglielmo Piazza (Commissario di Sanità) e Giangiacomo Mora (barbiere) al supplizio della ruota e distruzione della casa-bottega del Mora. Solo nel 1778 (148 anni dopo) la Colonna Infame, ormai divenuta testimonianza d'infamia non più a carico dei condannati ma dei giudici che avevano commesso un'enorme ingiustizia, fu abbattuta. Nel Castello Sforzesco di Milano se ne conserva la lapide con descrizione latina delle pene.

cosa avesse portato i giudici a mettere in secondo piano il senso di profonda giustizia e soprattutto cosa li avesse portati ad ignorare il «*timore, veramente nobile e veramente sapiente, di commetter l'ingiustizia*»⁷. Era la rabbia verso i pericoli oscuri (il nemico invisibile) che si faceva andar bene ogni risposta? O la preoccupazione di non tradire le aspettative della collettività esasperata dal flagello? Insomma, si è barattata l'efficienza con la certezza del diritto e la conseguente giustizia!

Ciò che è evidente è che in questo caso siamo ben oltre lo zelo di cui parla Cipolla.

Ma siamo già andati troppo avanti, ci siamo già di molto addentrati nel fitto intreccio di vicende, spunti e prospettive. Cerchiamo quindi di riavvolgere il filo del discorso. Di andare con ordine.

2. *Pandemie e diritto: ovvero degli stravolgimenti totali e globali*

In questi anni, oramai, di contesto pandemico, noi giuristi, in particolare come comparatisti, abbiamo avuto modo di riflettere abbondantemente su quali siano le implicazioni profonde delle pandemie sul fenomeno giuridico. Abbiamo imparato che non esiste, in buona sostanza, branca del diritto che non sia stata intaccata dagli stravolgimenti a cui abbiamo assistito.

Si prenda il settore dei contratti (con particolare riferimento al rapporto tra il contratto ed il tempo): in questo particolare frangente, sono emersi notevoli studi, determinati da esigenze pratiche, che si sono occupati del tema della rinegoziazione del regolamento contrattuale in ragione delle sopravvenienze (ossia del mutamento delle circostanze rilevanti successive alla conclusione del contratto)⁸. In larga parte si tratta di vino vecchio

⁷ *Ivi*, p. 5.

⁸ In tal senso, F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Giustizia civile.com, Emergenza Covid-19, Speciale Uniti per l'Italia*, 1/2020, p. 207 ss.; F. VERZONI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19*, in *Giustizia civile.com*, 25 marzo 2020, p. 1 ss.; A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del corona virus*, *ivi*, 29 aprile 2020, p. 1 ss.; R. FRANCO, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, *ivi*, 6 maggio 2020, p. 1 ss.; A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, *ivi*, 4 giugno 2020, p. 1 ss.; sul tema si veda anche il saggio comparatistico di F. P. TRAISCI, *La gestione delle sopravvenienze nei modelli di civil law e common law*, in «*La riforma del Code Civil: una prospettiva italo-francese*», a cura di D. VALENTINO, Napoli, 2018, scritto in occasione della riforma contrattuale del Code Civil, il quale oltre ad offrire una completa panoramica sul tema, ci fa riflettere su come la comparazione debba trovare l'equilibrio delle soluzioni apprezzando più le convergenze che con-

in botti nuove, certamente. E pur tuttavia non può non concedersi alla letteratura giuridica una certa prontezza allo stimolo esterno derivante da problemi pratici che si sono concretizzati in domande e istanze che sulle prime sembravano esser semplici: posso non adempiere al contratto che ho concluso essendo sopravvenuto un evento imprevedibile e straordinario? Ci sono i margini per una rinegoziazione con la controparte? E così via. Insomma, l'intelaiatura teorica degli istituti di diritto privato si è trovata a fare i conti con scenari che, pur non del tutto inediti, hanno posto nuove sfide nel XXI secolo che ci troviamo ad abitare. Non possiamo sottacere il fatto che soluzioni erano già state previste e poi riaggornate con la riforma tedesca del 2001 e, soprattutto, quella francese del 2016, che ha introdotto la disciplina codicistica suppletiva dell'*imprévision* (ossia l'ipotesi del cambiamento di circostanze imprevedibili che rendono l'esecuzione del contratto eccessivamente onerosa e non impossibile, altrimenti si rientrerebbe nel campo della *force majeure*). Ma, sul punto, soluzioni preventive spesso erano già previste ed inserite nel sinallagma contrattuale direttamente dall'autonomia delle parti (es. clausole di *hardship* e *force majeure*, sensibilizzate dai Principi Unidroit). Insomma, mai come in questo ambito "prevenire è meglio che curare".

Ma ancora, si prenda pure un altro aspetto del diritto civile: istituti che venivano tutto sommato relegati ad una generale e tendenziale desuetudine sono stati in qualche modo "risuscitati". Si pensi alla gestione degli affari altrui, prevista dall'art. 2028 c.c.⁹: specie durante le prime ondate, perlomeno in linea teorica, si è guardato a questo istituto affinché fosse possibile non lasciare incolte o inattive le attività di coloro i o le quali si trovavano in stato di degenza ospedaliera ovvero in quarantena, ovvero ancora che non potevano lasciare il proprio comune di residenza in virtù delle misure restrittive imposte dalle autorità sanitarie pubbliche.

E veniamo con questo all'argomento principe, la pietra angolare, che pare opportuno trattare in questa sede: cioè quella del movimento, della libertà di movimento dei singoli¹⁰. Fino al marzo 2020, si nutriva la convinzione che in nessuna misura si sarebbe potuto limitare la libertà di spostamento dei singoli. Anzi, si affermava pacificamente che la globalizzazione, tra gli altri effetti che aveva prodotto, aveva senz'altro contribuito ad un'inedita ed impensabile libertà nei movimenti dei singoli.

testando le divergenze, condividendo così lo spirito unificatore della comparazione stessa.

⁹ *Ex plurimis*, sul punto, cfr. P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999, *passim*.

¹⁰ In argomento, P. CARROZZINO, *Libertà di circolazione e soggiorno, principio di legalità e gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Osservatorio AIC*, 3/2020, p. 1 ss.

Ciascun individuo, prime della pandemia, ad esempio, avrebbe potuto liberamente recarsi negli Stati Uniti d'America dopo aver acquistato un contratto di trasporto aereo, il tutto facilitato, peraltro, dal fatto che gli Stati Uniti non richiedevano alcun tipo di visto grazie al *Visa Waiver program*¹¹, di cui fan parte i Paesi dell'Area Schengen.

Ebbene, a lungo durante l'emergenza da Covid-19, abbiamo sperimentato come gli spazi riconosciuti ai singoli siano stati fortemente ristretti. Quello spazio di libertà, che era straordinariamente ampio in precedenza, è andato riducendosi in una maniera impensabile. Anzitutto, si ricorderà come in una prima fase della pandemia, i voli e le altre forme di spostamento erano sostanzialmente interrotti, fatte salve situazioni eccezionali limitatissime. In un secondo momento, i voli sono certamente ripresi, ma non è pensabile dire agli individui fosse riconosciuto lo stesso margine di libertà che vantavano in precedenza. In primo luogo, l'acquisto di un biglietto aereo è stato sottoposto a vistose forme di scoraggiamento, quando non a propri divieti: in virtù dell'ordine esecutivo emesso inizialmente da Trump, e inizialmente conservato da Biden, il *Visa Waiver Program* è stato per una significativa porzione di tempo sospeso¹². Sicché, a lungo, ci si poteva recare negli Stati Uniti solo a condizione di ottenere un visto valido e di ricadere in una delle cosiddette *National Interest Exceptions*: lavoratori in ambito medico, o accademici che si recano negli Stati Uniti per motivi di ricerca etc.

Alla luce di quanto fin qui detto, è possibile formulare un primo rilievo: in un contesto globalizzato, le scelte normative assunte in una parte del globo si ripercuotono direttamente, e in maniera immediata, sulla sfera dei privati. Certo, questo accadeva anche prima, ma mai come ora siamo consapevoli di tale circostanza.

Anche a voler cambiare destinazione di viaggio, la situazione non cambia di molto. Poniamo che io scelga di recarmi in uno dei Paesi membri dell'Unione europea. Ironia della sorte, questa si fonda proprio sulla libertà di movimento, prima fra tutte quella delle persone. Ad ogni modo, dicevamo, se volessi recarmi in uno Stato membro dovrei dare prova di, alternativamente, essere negativo al Covid-19, ovvero di aver completato il ciclo vaccinale contro questo virus.

Tradotto nello specifico contesto del diritto privato, questo ci consente di avanzare un secondo rilievo: il paradigma contrattuale, che è poi espressione concreta della libertà di movimento nel caso di un contratto di trasporto aereo, appare in tutta la sua chiarezza come fortemente conformato da

¹¹ *Section 217 of the Immigration and Nationality Act*, 8 U.S.C. 1187.

¹² *Executive Order*, 11 marzo 2020.

ordini esterni. In altre parole, l'autonomia privata viene oggi fortemente limitata da almeno due fattori: le chiusure delle frontiere; la richiesta del rispetto di taluni requisiti, tra cui quello di non costituire un pericolo per la salute pubblica (ed essere munito dell'apposita certificazione verde, o *green pass*, che dir si voglia)¹³.

Lo scenario che abbiamo descritto è valido tanto nel contesto italiano, quanto ripetibile per tutti gli altri 27 Stati membri dell'Unione europea. Stiamo assistendo, lo si vede con estremo nitore, ad un fortissimo assottigliamento della linea di demarcazione tra diritto privato e diritto pubblico, e la pandemia da Covid-19 ha dato una poderosa accelerata a questi processi che erano largamente già in atto.

Insomma, il contratto forse non è morto (come sosteneva Gilmore nella sua celeberrima opera¹⁴), ma di certo non gode di una buona salute.

3. *Quale sorte per la libertà dei singoli? I diversi modelli Quarantinist, Sanitationist e Sudcoreano*

Rimane da chiedersi quale sia la sorte della libertà dei singoli negli scenari descritti.

È di tutta evidenza come l'individuo si trovi a dover confrontare, e rispettare, comandi provenienti da diverse autorità (Cipolla menzionava il Magistrato alla Sanità): le autorità sanitarie locali, quelle nazionali, quelle sovranazionali, quelle internazionali, nonché i dettami delle autorità nazionali del Paese o dei Paesi nei quali intende recarsi, fare affari, trasferire la propria residenza etc.

Ed è per questo che mi è parso opportuno provare in questa sede ad avanzare una sorta di "modellistica" di quelli che sono le tecniche, le strategie, i programmi normativi posti in essere dai vari Stati a livello globale.

Questa classificazione è effettuata partendo dalla misurazione dell'importanza data ai due poli della, da un lato, libertà di movimento del singolo e, dall'altro, dell'interesse della collettività, nella sua declinazione di salute pubblica.

¹³ R. RORDORF, *Autonomia negoziale e "giustizia del contratto" in tempo di pandemia*, in *Questione giustizia*, 2 marzo 2022, p. 1 ss., in <<https://www.questionegiustizia.it/data/doc/3157/autonomia-negoziale.pdf>> (articolo destinato all'*Annuario del contratto 2021*, diretto da A. D'ANGELO - V. ROPPO, Torino, in corso di pubblicazione).

¹⁴ G. GILMORE, *La morte del contratto*, Milano, 1989; ed. orig. Columbus, 1974.

Riprendiamo per un secondo le pagine argute di Cipolla¹⁵. Ivi si ritrovano delle considerazioni estremamente calzanti ai nostri fini.

Può dirsi che gli Stati, nel contesto della peste, abbiano risposto in maniera differente ad un medesimo problema? Sì, è possibile: possiamo assolutamente dire che l'Italia e l'Inghilterra rappresentavano due differenti culture, opposte, antitetiche.

L'Inghilterra prediligeva i traffici commerciali, e riteneva essere, in larga parte, la misura di quarantena un'aberrazione giuridica, un qualcosa da evitare... come la peste, per l'appunto. Si è detto che questo è un approccio che possiamo definire *Sanitationist*.

Si tratta di esperienze giuridiche le quali adottano politiche maggiormente liberali, e che tendono il meno possibile ad incidere sulle vite dei singoli cittadini, nonché ad intaccare il meno possibile l'attività economica privata. Di esempi nella storia se ne ritrovano: si tratta di una posizione reiterata dalla stessa Inghilterra durante l'epidemia di colera nell'Ottocento, ma più recentemente è l'approccio assunto dalla Svezia proprio con riferimento alla pandemia da Covid-19. Si ricorderà di come il governo svedese non avesse assunto norme vincolanti per la gestione della situazione pandemica, limitandosi a raccomandare ai propri cittadini di limitare quanto più possibile gli spostamenti non necessari e di utilizzare al chiuso la mascherina, nonché di evitare quanto più possibile assembramenti e riunioni. Pericolo questo che difficilmente si corre in uno Stato con una bassissima densità di popolazione e una cultura fortemente impregnata di individualismo, per la verità.

L'Italia del Cinquecento, in particolare la Venezia del Doge, assomiglia invece più ai sistemi *Quarantinist*: stringenti misure di limitazione della libertà personale affinché sia possibile, da un lato, limitare il contagio, dall'altro prevenirlo, e, dall'altro ancora, riprendere il prima possibile, quando ci si riesce, a circolare in libertà. Generalmente le esperienze *Quarantinist* condividono alcuni tratti comuni: si tratta di Stati autoritari che esercitano una pervasiva forma di controllo sulle vite dei cittadini, ricorrendo a misure di confinamento personale servendosi degli apparati militari e del controllo sociale. In tale categoria sono inquadrabili, certamente, la Prussia e l'Austria all'inizio del XVIII secolo alle prese con le epidemie di colera. Odiernamente, a pieno titolo vi rientrano le misure che ha assunto la Cina nel contesto del Covid-19 e che continua a reintrodurre con una certa regolarità. Misure che si concretizzano in istituzioni di "zone rosse", nelle quali è vietata ogni forma di spostamento, e che si presentano,

¹⁵ *Ivi*, pp. 44-45.

a seconda dei casi, più o meno estese sul territorio.

Sulla Cina vale la pena di fare qualche precisazione: nei connotati genetici del Partito Comunista è presente un imperativo categorico che potremmo tradurre con la formula di “mantenimento della stabilità”. Si tratta di una espressione affermata dopo la più grande manifestazione di dissenso di massa avvenuta a Tiananmen contro il Partito Comunista. E in questa espressione è sintetizzabile, anche se sulle prime potrebbe apparire paradossale, sia il silenzio serbato inizialmente dalla Cina sui contagi che stavano avvenendo sul suo territorio, sia le conseguenti azioni di confinamento e controllo per la repressione del virus.

Reprimere quelli che venivano inizialmente liquidati come pettegolezzi era un obiettivo fondamentale per il mantenimento dell'armonia sociale.

Parimenti, trovare delle soluzioni alla diffusione del virus era conseguenza e corollario del compito del partito unico di assicurare la stabilità. La stabilità, difatti, passa in primo luogo per la garanzia della salute ai cittadini. Il patto, cioè, tra la comunità e il Leviatano è basilamente semplice: io cedo a porzioni significative di libertà, ma tu devi assicurarmi il benessere, primo fra tutti quello fisico.

Per comprendere la pervasività delle misure cinesi, e quanto siano gli interessi della salute pubblica a prevalere, talvolta anche sulla dignità dei singoli, mi pare opportuno ricordare quanto accaduto al giornalista di Repubblica, Filippo Santelli. Costui, recatosi in Cina e risultato lì positivo al Covid, è stato rinchiuso per più di 30 giorni in una stanza senza poter uscire. Senza nemmeno poter prendere una boccata d'aria. Quando ha chiesto il motivo di tutto questo ad un'infermiera con la quale era in contatto telefonico, questa gli ha candidamente risposto che - in quel preciso momento - lui rappresentava una minaccia alla pace sociale, essendo un vettore virale a tutti gli effetti.

Questa divagazione sul modello cinese ci consente di comprendere quale sia, nei fatti, l'importanza delle misure draconiane assunte dai regimi autoritari, e più in generale degli Stati che abbiamo definito *Quarantinist*: se, per un verso, le forti limitazioni della libertà dei singoli sono espressione della forza di chi detiene il potere, per un altro l'assunzione di siffatte misure costituisce un elemento di rafforzamento del potere stesso. Come d'altronde era avvenuto con la caccia agli untori di manzoniana memoria. In quel caso, infatti, il diritto venne usato non nell'ottica di un'equilibrata giustizia, non per l'adozione della misura più giusta, oltre che ponderata ed efficace, ma come strumento politico, volto a placare il panico e l'incertezza piuttosto che l'emergenza stessa. Il diritto invece deve imporsi quale strumento

della giustizia ovvero della equilibrata attuazione dei principi di libertà, uguaglianza e fraternità (solidarietà¹⁶) con cui si esprime il valore essenziale della dignità umana.

Il superamento dell'emergenza rappresenta dunque un banco di prova della solidità del potere, così come Manzoni aveva acutamente messo in luce facendo notare che tra le possibili ragioni dell'ingiusta sentenza contro gli asseriti untori vi fosse proprio anche il timore di tradire l'aspettativa della comunità, di apparire inadeguati e di attirare l'ira del popolo.¹⁷

Considerate, dunque, le declinazioni *Sanitazionist/Quarantinist* che abbiamo delineato, possiamo dire che la modellistica offerta sia sufficiente ad esaurire tutte le possibili alternative delle modalità attraverso cui il diritto, nella specifica declinazione delle limitazioni alla libertà di movimento, interagisce con le pandemie?

No, evidentemente no.

Si è, infatti, affermata una terza via, in una qualche misura di ibridazione tra i due modelli e che intende sfruttare la tecnologia, e il tracciamento dei dati personali, per consentire la più ampia circolazione dei singoli.

In altri termini, non è la limitazione della libertà di movimento a essere messa in discussione, bensì la tutela dei dati personali, e della riservatezza.

Un modello che può essere assunto a paradigma della terza via è senza dubbio la Sud Corea. Anche per evidenti ragioni di tipo politico, di reazione all'egemonia nell'Asia orientale della Cina, i sudcoreani hanno sviluppato un modello di controllo pandemico che sfrutta le tecnologie per prevenire, tracciare e bersagliare la diffusione virale.

La media potenza sudcoreana ha tentato di colmare il vuoto di leadership questa volta scaturito dalla sostanziale impreparazione di molte democrazie consolidate di fronte alla pandemia, finanziando iniziative sanitarie globali e aiutando a coordinare le politiche fiscali e monetarie.

La risposta delle autorità di Seul nella prima fase della pandemia si è concretizzata nel contenimento del contagio senza tuttavia sospendere le attività produttive. Questa strategia si è fondata su protocolli elaborati e testati in occasione delle passate epidemie di SARS-CoV (2003) e MERS (2015).

Da un punto di vista della salute pubblica e da quello economico, la

¹⁶ Sul tema della solidarietà si vedano le celebri riflessioni di S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014.

¹⁷ L'illustre Autore parla infatti del: «timor di mancare a un'aspettativa generale, altrettanto sicura quanto avventata, di parer meno abili se scoprivano degl'innocenti, di voltar contro di sé le grida della moltitudine, col non ascoltarle». MANZONI, *Storia della colonna infame*, cit., p. 5.

Sud Corea è riuscita a rafforzare l'immagine di democrazia competente e di attore internazionale responsabile.

Anche per ragioni di posizionamento, il Presidente Moon Jae-in si è impegnato in prima persona a condividere la strategia sudcoreana, in modo tale da farla assurgere a modello di riferimento internazionale per la gestione delle malattie infettive.

Basilarmente, questa strategia sfrutta i *big data* per il tracciamento dei contatti, usando lo storico di utilizzo delle carte di credito e i dati sul posizionamento degli operatori di telefonia cellulare per rintracciare i movimenti dei soggetti infetti.

I sondaggi indicano che la maggior parte dei cittadini coreani accetta di buon grado di sacrificare la *privacy* digitale al fine di arrestare l'epidemia. Allo stesso tempo le autorità hanno messo in atto un'intensa campagna di distanziamento sociale – per lo più messa in pratica su base volontaria – lasciando aperta la stragrande maggioranza degli esercizi commerciali.

Perché il modello sudcoreano è così importante? Lo si è già detto, in qualche modo tra le righe: perché consente di mediare gli interessi individuali con quelli della collettività in un contesto democratico. E, dunque, rappresenta un modello alternativo a quello cinese, che sarebbe inaccettabile nel contesto occidentale, a meno di non voler rivedere interamente le nostre più basilari regole di convivenza civile, primo fra tutti il principio democratico. Ma anche ad approcci eccessivamente lascivi, che si limitino a non prendere misura alcuna e a navigare a vista.

Non sorprenderà che il nostro Paese, ma più in generale l'Unione europea, si stia dotando sempre di più di strumenti che riescano nell'obiettivo di conciliare la libertà individuale con la salute collettiva: ne è esempio calzante la certificazione verde, che consente di accedere a talune attività precluse a chi ne sia sprovvisto.

Si tratta, lo si capisce, di un delicatissimo bilanciamento tra valori, certamente migliorabile, ma che si ispira – evidentemente – alla terza via, al modello sudcoreano. Alla possibilità cioè di assicurare ai singoli spazi di libertà che sarebbero altrimenti compromessi da misure troppo draconiane, ma – alla lunga – anche da misure troppo largheggianti.

E proprio sul fronte dell'approccio delle democrazie liberali, volto a realizzare tale bilanciamento, sia consentito aggiungere un'ulteriore riflessione.

La realizzazione di questo delicato equilibrio è motivata dalla necessità di individuare misure che curino i corpi fisici senza però compromettere la tenuta della compagine sociale, della molteplicità degli individui che vivono

l'emergenza e le necessarie regole e limitazioni¹⁸. Ma soprattutto, occorre che la collettività sia messa nelle condizioni di comprendere le misure che vengono adottate, e perciò non solo di recepirle come atto di fede, ma anche di essere nelle condizioni di poterle “condividerle” (in senso ampio) a fronte di una chiarezza scientifica, politica e giuridica.

Abbiamo il dovere (oltreché il diritto) della consapevolezza oltre che della responsabilità, della dignità umana e della persona.

In tale prospettiva e nella direzione di una più profonda riflessione vengono in soccorso le recentissime parole – sempre illuminanti – di Natalino Irti, tratte dal libro *“Viaggio tra gli obbedienti”*, nel quale, riprendendo le analisi di Josef Esser, osserva che l'obbligatorietà, e quindi il fatto che il soggetto che ascolta obbedisca a chi parla, ha come presupposto l'“omogeneità linguistica”. Occorre in sostanza essere in grado, innanzi tutto, di comprendere, di “ritrovarsi in un tramite comune”. Mancando infatti la comprensione a monte, come si può ottenere l'obbedienza dell'altro?¹⁹

È chiaro, dunque, il valore della comunicazione, di una comunicazione efficace, dell'operare una “mediazione”. Osserva, infatti, Irti che «[i]l comandare ha già in sé un atto di obbedienza: appunto, alla legalità linguistica, che, gettando un ponte tra gli individui, fa capire il contenuto dell'ordine o divieto»²⁰.

Peraltro, non è un caso che tale aspetto venga affrontato attraverso la visuale del comparatista considerato che, giova ricordarlo, Gino Gorla ammoniva che la comparazione è strumento non di conoscenza pura, ma di comunicazione che consente di intendere le connessioni tra i principi, le regole del diritto e i problemi da risolvere²¹.

Questo approccio assume un certo rilievo se si considera che sia l'emergenza che le misure per contrastarla si inseriscono a gamba tesa nella vita dei privati, nei rapporti giuridici tra questi, generando delle “novità giuridiche” dalla cui applicazione pratica dovrebbero discendere (o almeno così auspica il suo artefice) degli effetti positivi, “curativi”. Dunque, proprio

¹⁸ Per alcune riflessioni circa la metafora del corpo fisico e del corpo politico v. SERPICO, *Corpi infetti. Paura e controllo sociale ai tempi del covid-19*, in «Oltre la pandemia, Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19», vol. I, a cura di G. PALMIERI, Napoli, 2020.

¹⁹ «L'obbligatorietà, cioè il vincolo di obbedienza tra chi parla e chi ascolta, presuppone “omogeneità linguistica”: il ritrovarsi in un tramite comune, capace di garantire la comprensione. E come obbligare mediante parole, se, essendo il significato “eterogeneo”, non vengano comprese dal destinatario del comando? Omogeneità è comunanza di significato, attribuzione di concorde pensiero alle parole pronunciate e ascoltate». Così N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti. (Quasi un diario)*, Milano, 2021, pp. 16-17.

²⁰ *Ivi*, p. 18.

²¹ G. GORLA, voce *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 930 ss.

per questo inserirsi nelle dinamiche – non solo pubbliche, ma anche e con un certo peso – private, occorre considerare che nelle democrazie liberali non potrà bastare la “nuda norma” cui dare seguito, ma occorrerà anche un coinvolgimento ed una responsabilizzazione dei singoli come potenziali artefici di grandi risultati. In questo senso potrà parlarsi di recupero della ricercata normalità.

Se la psicosi e l’exasperazione possono portare a risultati sociali e giuridici indegni, come si ha avuto modo di vedere, allora potrà essere vero anche il contrario. È, infatti, importante – soprattutto oggi, in un mondo interconnesso – il coinvolgimento, la condivisione e la chiarezza circa lo stato di emergenza, le circostanze, le risorse, le misure. I legittimi timori, i dubbi devono incontrare chiarezza, uniformità di risposta scientifica (specialmente poi nel dialogo con le istituzioni ed il decisore politico): evitare che un legittimo timore, anziché essere confortato da un dialogo, trovi un muro di silenzio e schernimento il cui esito è la *radicalizzazione*, un *fondamentalismo* che, come spesso accade, nasce dalla paura dell’ignoto e dall’assenza di autentico dialogo.

Il diritto è infatti legato alla realtà sociale, occorre quindi che la realtà sociale sia – se non preparata, almeno – in condizione di comprendere la necessità, le fattezze e la ragionevolezza del “nuovo diritto”, cioè quello che viene generato dall’emergenza.

Ed un contributo consapevole dei singoli è determinante affinché la “terza via” possa funzionare.

In questo quadro articolato e complesso, che unisce speranze e timori, propositi e perplessità sia consentito, infine, indugiare sul tema cui ho fatto solamente cenno nel corso della presente trattazione, e che si colloca all’interno di quella che abbiamo considerato come una “terza via”: la certificazione verde.

Occorre però premettere che è compito ineludibile del giurista (se non trovare le risposte, quantomeno) porsi delle domande, interrogarsi.

Il c.d. *green pass* è sicuramente funzionale al raggiungimento dello scopo cui è prefisso e cioè, per il meccanismo suo proprio, permette il recupero della socialità fisica in una dimensione condivisa di spazi (“in presenza”), facendo sì che l’assembramento riduca quella connotazione di pericolo cui ci siamo – nostro malgrado – abituati e possa essere auspicabilmente “*covid free*” avvenendo o tra persone vaccinate o con tampone negativo o “negativizzate”.

Tuttavia, ci sono dei risvolti che rendono più complesso il tema e che attengono al metodo e all’approccio, non tanto allo strumento in sé.

Per la sua meccanica lo strumento, in virtù del quale quindi si accede alla socialità o a taluni servizi se e solo se si ha la certificazione, determina il naturale passaggio dal condizionare l'accesso alla socialità al fatto della presenza/assenza del virus al condizionarlo al rilascio o meno di un dato documento. Con ciò si sta registrando un fatto, si badi. Un fatto che tuttavia ci pone il quesito circa il punto in cui si colloca il confine del mezzo rispetto al fine.

Se dunque – facendo di necessità virtù e visto che le risorse sono sempre insufficienti rispetto alle emergenze (Guido Calabresi parlava di “scelte tragiche”²²) – ci si affida alla meccanica del dato formale per il recupero delle libertà, allora dove si pone (e con quali criteri riusciamo ad individuare) il margine oltre il quale il mezzo non sarà più giustificato dal fine? Abbiamo il dovere di interrogarci visto il potenziale uso del “precedente” in una eventuale, e scongiurata, emergenza futura.

Considerando anche che l'orientamento eurounitario²³ è quello di non rendere il “certificato covid digitale dell'UE” una condizione preliminare per esercitare il diritto alla libera circolazione, dove si supera, a livello nazionale, il margine oltre il quale si introduce, invece, tale condizione?

Rodotà, nella prefazione alla edizione del 2006 del volume “Scelte tragiche” di Guido Calabresi e Philip Bobbit, soffriva l'incisione profonda che talune scelte (tragiche) hanno prodotto sui diritti fondamentali delle persone. Qui è la radice della tragedia. Una tragedia del quotidiano che si ripropone. Le scelte tragiche, e l'interrogarsi dei giuristi intorno alle condizioni che le legittimerebbero, ci dicono che vi sono situazioni in cui è la legittimità stessa di alcune scelte a dover essere rifiutata, perché negano l'umanità stessa delle persone.

Forse è bene, dunque, prestare attenzione – anche *pro futuro* – affinché il livello di “incartamento” non vada ad ingessare e burocratizzare (ricordando proprio “Il burocrate e il marinaio” di Cipolla) il diaframma che separa emergenza e riconquista della normalità.

²² G. CALABRESI - P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, a cura di C.M. MAZZONI - V. VARANO, Milano, 2006.

²³ Regolamento (UE) 2021/953 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2021, *su un quadro per il rilascio, la verifica e l'accettazione di certificati interoperabili di vaccinazione, di test e di guarigione in relazione alla COVID-19 (certificato COVID digitale dell'UE) per agevolare la libera circolazione delle persone durante la pandemia.*

4. Qualche riflessione a mo' di conclusione

La breve panoramica offerta consente di formulare qualche riflessione conclusiva: conclusiva per questa sede, ma che lascia aperte numerose domande alle quali intendo fornire delle plausibili risposte con un auspicabile prossimo lavoro monografico che si occupi proprio di comprendere l'intreccio tra pandemie e diritto.

Vieppiù in considerazione del fatto che da più parti si afferma che staremmo entrando nella stagione delle pandemie: allora meglio non farsi trovare più impreparati, anche noi come giuristi! Stefano Rodotà, nella prefazione citata, ricordava come uno dei tanti ossimori che accompagnano ormai l'opinione pubblica, oltre che la discussione, è quello di “*emergenza permanente*”.

Abbiamo applicato i tre modelli, in questa sede, alla sola tematica, specifica, della libertà di movimento delle persone.

Abbiamo detto che i modelli *Quarantinist* adottano misure pesanti e di forte limitazione delle libertà personali; che i modelli *Sanitationist*, invece, sono orientati verso un generale *laissez faire*. Infine, abbiamo concluso dicendo come il modello sudcoreano si affermi come via mediana delle due estremità, e che in qualche modo sia una soluzione di compromesso che consente alle moderne democrazie, e ai moderni diritti democratici, di fare fronte alle pandemie evitando rapporti di forza e gerarchie tra Stati sovrani²⁴.

Ecco, mi sento di formulare l'auspicio di poter estendere questa modellistica al di là della stretta tematica della libertà di circolazione, e di poter sussumere entro i diversi modelli i vari settori del diritto privato: sicuramente i contratti, ma anche la disciplina delle società commerciali, con gli obblighi che gravano su di esse, e al diritto del lavoro.

²⁴ «Come aveva facilmente previsto il capitano Stoakes, la burocrazia toscana, messa alle strette, aveva ceduto. L'allentamento delle misure e delle coercizioni sanitarie, che divenne progressivo non fu però soltanto risultato delle manovre concorrenziali genovesi. C'era in gioco anche un altro fenomeno, più sottile da cogliere e tuttavia di gran lunga più possente, e che operava sul più lungo periodo: il mutamento, cioè, dei rapporti di forza e delle gerarchie tra Stati sovrani e la percezione che di tale mutamento ebbero gli uomini del tempo. Prima del 1664, quando una nave da guerra inglese arrivava al porto di Livorno salutava con il tradizionale colpo di cannone e la fortezza di Livorno non si degnava di rispondere. Nel dicembre del 1664 il console inglese a Livorno, dando l'annuncio dell'arrivo della fregata *Essex* della Royal Navy, inoltrò formale richiesta che la fortezza di Livorno rispondesse col cannone al saluto della nave inglese. Nell'ottobre del 1673 il Residente veneto a Firenze segnalava al Doge ed al Senato veneziani che le navi da guerra inglesi e francesi che entravano nel porto di Livorno omettevano regolarmente il saluto. Sic transit gloria mundi», così conclude Cipolla, cit., p. 109.

Questo mi consentirà di verificare la validità della modellistica a cui ho fatto riferimento... e magari di sviluppare altri modelli, per una maggiore accuratezza descrittiva. Questione di tempo non mi hanno certamente consentito di dare il giusto rilievo alla storia. Anche se penso lo si evinca dall'apertura con il testo di Cipolla riferito all'Inghilterra e alla Venezia della peste cinquecentesca: non c'è comparazione che tenga senza lo studio diacronico del diritto.

E credo che questa sia la traiettoria da seguire per realizzare, anche nel contesto dell'intreccio tra fenomeni giuridico e pandemico, ricostruzioni accurate e che valga la pena di effettuare cercando sempre, con le parole di Christian Mouly, di colmare «*la distance qui sépare la règle de la solution*», quella distanza che, per lo stesso studioso, «*est la part la plus importante du droit*»²⁵.

Spero vivamente che gli occhi del giurista-comparatista siano sempre animati dal dubbio perché è elemento essenziale della vita, è libertà, è intelligenza. Con forza ed entusiasmo, pertanto, rivolgo agli studenti e alle generazioni future un invito a coltivare sempre la ricerca di un sapere critico ricordando che il dubbio inizia con la conoscenza, come sentenziò Cartesio; il dubbio cresce con la conoscenza, come rilanciò Goethe; con il dubbio siamo giunti alla verità, come aveva diacronicamente sempre intuito Cicerone!

Ho iniziato con le parole profetiche di Carlo M. Cipolla, ma se una conclusione vuol trarsi da queste pagine non posso allora, e ancora, che chiudere con l'importanza del dubbio costruttivo e prospettico a cui ci richiama Natalino Irti, per il quale «il comandare, almeno negli Stati moderni, sempre consiste in un atto di linguaggio, in un testo di parole, le quali descrivono la condotta voluta o vietata, ed entrano nella coscienza del destinatario, e suscitano il dubbio dell'obbedire o disobbedire. Nel "dubbio" c'è il "duo": la dualità delle strade che si aprono dinanzi al destinatario del comando, il quale, nella solitudine della propria decisione, una soltanto ne sceglierà e percorrerà. L'intensità del dubbio, che può farsi lacerante e doloroso, rivela la gravità del comando e la finezza spirituale dell'ascoltatore. Non dubitano le coscienze o rese forti dalla fede o disciolte, direbbe Vitaliano Brancati, nel "tempore dell'opinione comune"»²⁶.

²⁵ C. MOULY, *La doctrine, source d'unification internationale du droit*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2/1986, p. 351 ss.

²⁶ *Ivi*, pp. 20-21.

ABSTRACT

The status of emergency we are facing due to the outbreak of covid 19, affected inevitably the law other than society and lifestyle. Indeed, before the pandemic people were entitled to enjoy greater freedoms, which have been significantly reduced by the massive – and well-known – limitations resulted from the status of emergency. In this complex scenario, a valid example of this phenomenon is the ‘contract’ tool through which parties exercise their freedom.

Furthermore, it is important to take into account that the relationship between freedom and emergency fall within different models. These models – that the paper attempts to identify – lead us to consider how the values enshrined in a specific legal order affect the choices and the use of legal tools to address this emergency or the impact they may have on the legal system itself.

The comparative perspective of this study, therefore, brings about complex considerations (which should not be simplified) along with some ineluctable perplexities, as well as the need to persistently seek balance and new perspectives.

Laura Vagni*

*Forme testamentarie e libertà di testare:
emergenza pandemica e transizione digitale*

SOMMARIO: 1. Emergenza pandemica e testamenti speciali – 2. Legislazioni d'emergenza e nuove forme di testamento nei paesi di *common law* – 3. Volontà testamentaria espressa in forma digitale e 'validazione' del giudice – 4. Emergenza pandemica e transizione digitale: tra formalismo legislativo e discrezionalità giudiziale.

1. *Emergenza pandemica e testamenti speciali*

La diffusione del contagio da coronavirus, lo stato di malattia, la condizione di paura per l'aggravarsi della propria salute che hanno colpito gran parte della popolazione mondiale hanno avuto come riflesso un aumento del desiderio di testare dei cittadini. Studi condotti in alcuni ordinamenti hanno rilevato che durante il 2020 la percentuale dei cittadini che ha fatto testamento è aumentata esponenzialmente rispetto agli anni precedenti¹. La pandemia, al contempo, ha avuto anche effetti negativi sull'accesso dei cittadini alle forme ordinarie di testamento: il rispetto dei requisiti formali, richiesti dalla maggior parte dei diritti nazionali, è stato difficile o impossibile in alcune circostanze, come la malattia o la quarantena. In questo contesto, è emerso il problema di individuare delle basi giuridiche per consentire forme alternative di espressione della

* Professore ordinario di Diritto Privato Comparato, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Macerata.

¹ Si tratta per lo più di studi di società private inglesi ed americane, cfr. ad esempio quanto riportato con riferimento al Regno Unito da *thegazette.co.uk*, <https://www.thegazette.co.uk/wills-and-probate/content/103539>, ultimo accesso 15-01-2022. Il trend nel 2020 è stato registrato anche in Italia dai vari consigli degli ordini notarili e riportato dalla stampa a livello nazionale; v. ad esempio <https://www.lastampa.it/topnews/primopiano/2020/03/25/news/aumentano-le-richieste-di-testamento-i-notai-ci-chiamano-molti-parenti-di-malati-1.38635215>. Così come è stato rilevato in Italia un aumento dei lasciti solidali, cfr. anche la ricerca per il 2020 effettuata da Welden lab per il Comitato testamento solidale, reperibile al sito web <https://testamentosolidale.org/eventi/giornata-internazionale-del-lascito-solidale-2020>, ultimo accesso 15-1-2021.

volontà testamentaria.

Parte della dottrina ha suggerito il ricorso a testamenti speciali, previsti in occasione di eventi eccezionali e straordinari². Si tratta di istituti che trovano precedenti già nel diritto romano classico: nella costituzione di Diocleziano del 290 si stabiliva che nel *testamentum tempore pestis confectum* i testimoni potevano essere dispensati dall'assistere simultaneamente al testamento (C.6.23.8). La norma derogava al principio dell'*unitas actum*, ovvero dell'assenza d'interruzione nel compimento dell'atto nelle sue varie fasi, ammessa per garantire il distanziamento in una situazione di pericolo di contagio³.

Il testamento speciale, redatto in luogo dove domina una malattia contagiosa, trova disciplina nella maggior parte dei codici civili dei Paesi di *civil law* ed è caratterizzato, da un lato, da un allentamento delle formalità previste per la validità delle forme ordinarie di testamento; dall'altro lato, da un'efficacia limitata nel tempo.

Il nostro codice civile, come è noto, disciplina la fattispecie all'art. 609 c.c., stabilendo che il testamento che non può essere redatto nelle forme ordinarie a causa della presenza nel luogo di una malattia contagiosa «[...] è valido se ricevuto da un notaio, dal giudice di pace del luogo, dal sindaco o da chi ne fa le veci, o da un ministro di culto, in presenza di due testimoni di età non inferiore a 16 anni. Il testamento è redatto e sottoscritto da chi lo riceve; è sottoscritto anche dal testatore e dai testimoni. Se il testatore o i testimoni non possono sottoscrivere, se ne indica la causa»⁴. Il testamento

² Nel nostro ordinamento, con riguardo alla difficoltà di conciliare la normativa d'emergenza emanata per il contenimento del virus e i doveri del notaio sulla base della legge notarile cfr. da ultimo A. SEMPRINI, *Sulla ricevibilità dell'atto richiesto dal soggetto positivo al covid-19 o in isolamento fiduciario*, in *Notariato*, 2021, vol. 2, p. 179 ss.; l'ipotesi di un ricorso ai testamenti speciali durante la pandemia è stata oggetto di particolare dibattito in Spagna, v. F. RAMÓN FERNÁNDEZ, *El coronavirus, el testamento en situación de epidemia y el uso de las TICs en el derecho español*, in *Revista de derecho privado*, 2021, n. 40, p. 395 ss.; E. SERRANO CHAMORRO, *Covid-19. Testamento ológrafo. Testamento ante testigos*, in *Revista de derecho civil*, 2020, vol. 4, p. 287 ss.

³ Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, Milano, 1963, vol. II, p. 101 ss.; Cfr. M. VINCI, *Il testamento redatto in tempo di malattia contagiosa: radici romanistiche e letture attualizzanti*, in *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, 2020, p. 283 ss.

⁴ Secondo la dottrina prevalente la norma ha natura eccezionale e disciplina un tipo particolare di testamento pubblico, con la conseguenza che a quest'ultima disciplina occorre far riferimento nel caso di lacune. Cfr. V.G. BRANCA, *Dei testamenti speciali. Della pubblicazione dei testamenti olografi e dei testamenti segreti*, in F. GALGANO (cur.), *Commentario al codice civile Scialoja-Branca, Libro II - delle successioni*, Roma, 1988, p. 17 ss.; AA.VV., *La successione testamentaria*, in G. BONILINI (cur.), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, Milano, 2009, vol. II, p. 1410 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Successioni - II*,

perde efficacia dopo tre mesi dalla cessazione della causa che ha impedito al testatore di avvalersi delle forme ordinarie (art. 610 c.c.). Trascorso il periodo di emergenza, il testatore deve confermare la volontà testamentaria nelle forme previste dalla legge.

Disposizioni simili all'art. 609 c.c. si rinvencono nei codici civili spagnolo e francese. L'art. 701 *código civil* stabilisce che, in caso di epidemia, si può ugualmente disporre per testamento senza intervento del notaio, alla presenza di tre testimoni maggiori di dieci anni⁵. L'articolo 700 *código civil* disciplina invece il testamento redatto in pericolo di morte e stabilisce che in tal caso il soggetto «[...] può disporre per testamento davanti a cinque testimoni idonei, senza ricorrere al notaio»⁶. Nell'ordinamento giuridico francese l'art. 985 *code civil* stabilisce che, in un luogo nel quale ogni comunicazione è impossibile a causa di una malattia contagiosa, si può fare testamento davanti al giudice del tribunale o davanti ad un ufficiale del comune, alla presenza di due testimoni⁷.

In circostanze similari, gli ordinamenti dell'area germanica consentono di esprimere le ultime volontà oralmente, alla presenza di testimoni. La disciplina più risalente è prevista dal codice civile austriaco, che fin dalla sua entrata in vigore riconosceva validità al testamento nuncupativo⁸. Il codice disciplinava specificamente il testamento in luogo "dove domina

in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1997, I, 6, p. 185, che osserva come le disposizioni sui testamenti speciali del codice civile siano «[...] assai più di quante siano state le decisioni giurisprudenziali in materia»; S.M. CHIARI - M. DI MARZIO - P. CENDON, *Le successioni testamentarie*, in P. CENDON (cur.), *Trattati*, Milano, 2013, vol. III, p. 310 ss.

⁵ Art. 701 *código civil*: «En caso de pandemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de dieciséis años».

⁶ Art. 700 *código civil*: «Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse et testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario». [traduzione mia].

⁷ Art. 985 *code civil*: «Les testaments faits dans un lieu avec lequel toute communication est impossible à cause d'une maladie contagieuse peuvent être faits par toute personne atteinte de cette maladie ou située dans des lieux qui en sont infectés, devant le juge du tribunal judiciaire ou devant l'un des officiers municipaux de la commune, en présence de deux témoins». L'articolo è stato da ultimo riformato dall'*Ordonnance* n. 2019-964 del 18 settembre 2019, entrata in vigore il 1-01-2020.

⁸ §584 *Codice civile generale austriaco*: «Il testatore che non possa o non voglia osservare le solennità richieste per testamento scritto, può fare testamento nuncupativo», trad. it a cura della Facoltà di Giurisprudenza, Milano, Cesarea Regia Stamperia, 1815, ed. II, parte I. I paragrafi 585 e 586 prevedevano che il testamento orale fosse redatto alla presenza di tre testimoni, che dovevano confermare la disposizione testamentaria con una disposizione concorde giurata.

la peste o simili morbi contagiosi”⁹, stabilendo in queste ipotesi un ulteriore allentamento dei requisiti previsti per la validità del testamento orale. La norma è stata abrogata nel 2004¹⁰. L’attuale disciplina prevede generalmente che il testatore, che si senta in pericolo di vita o abbia un fondato timore di perdere la capacità di testare, possa redigere testamento per mano di terzi o oralmente, alla presenza di due testimoni. Il testamento perde efficacia se non confermato trascorsi tre mesi dalla cessazione del pericolo (§ 584).

Il testamento orale, alla presenza di due testimoni o il testamento in forma audiovisiva è ammesso dal codice civile svizzero quando il testatore, a causa di un’epidemia, non possa ricorrere alle forme ordinarie di testamento (§ 506 ZGB). Il § 2250 BGB, che s’ispira alla regola svizzera¹¹, disciplina più generalmente il testamento redatto in circostanze straordinarie, tali da impedire o rendere difficoltoso al testatore di recarsi dinanzi a un notaio, riconoscendo la validità del testamento orale ricevuto da tre testimoni¹².

Le disposizioni sui testamenti speciali sopra richiamate sono state

⁹ §597 *Codice civile generale austriaco*, cit.: «Nelle disposizioni di ultima volontà che si fanno nei viaggi di mare o in luogo dove domina la peste o simili morbi contagiosi, anche i membri di ordini religiosi, gli adolescenti e le donne che abbiano compiuto il quattordicesimo anno di età sono validi testimoni»; §598: «In queste disposizioni di ultima volontà si richiedono soltanto due testimoni, uno dei quali può scrivere il testamento. In caso di pericolo di contagione non è nemmeno necessario che ambedue siano presenti allo stesso tempo»; § 599: «Scorsi sei mesi dopo terminato il viaggio di mare o cessato il contagio, le disposizioni privilegiate di ultima volontà cessano di essere valide».

¹⁰ K.C.G REID - M.J. DE WALL - R. ZIMMERMANN, *Comparative succession law: testamentary formalities*, Oxford, 2011, vol. I, p. 226. Successivamente in Austria è intervenuta la legge n. 87 del 2015, tra le cui finalità vi era una più ampia tutela della libertà di testare. La legge non ha apportato modifiche sostanziali al testamento speciale, ma ha modificato il testamento allografo, scritto in tutto o in parte da un testimone e sottoscritto dal testatore alla presenza di tre testimoni (§ 579 ABGB). La legge ha anche ridotto i soggetti che possono testimoniare, escludendo ad esempio i coabitanti del testatore, beneficiari delle disposizioni testamentarie (§ 588 ABGB). Cfr. G. CHRISTANDL - K. NEMETH, *Austrian succession law rewritten: a comparative analysis*, in «*European review of private law*», 2020, vol. 1, p. 151.

¹¹ REID - DE WALL - ZIMMERMANN, *Comparative succession law: testamentary formalities*, cit., pp. 217-218.

¹² Nel progetto preliminare del codice civile del 1942 era stata inserita una norma simile (art. 166), che consentiva il testamento orale alla presenza di due testimoni nel caso in cui il testatore si trovava in un luogo dove dominava una malattia contagiosa. La norma è stata esclusa dal progetto definitivo. Nella relazione del Guardasigilli si poneva in risalto il rischio di fraintendimento di disposizioni di ultima volontà effettuate oralmente, cfr. C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, 2a ed., Milano, 1953, vol. I, p. 111.

formulate dai legislatori nazionali in contesti molto diversi da quello contemporaneo. Il ricorso ad esse, per ovviare alla difficoltà di relazione e alle limitazioni della libertà di movimento durante l'emergenza pandemica, sembra piuttosto artificioso. Occorre considerare che alcuni requisiti formali per la validità dei testamenti speciali, quali quello della presenza dei testimoni, appaiono difficili da rispettare da parte di chi si trovi in condizioni di isolamento, mentre permane sempre la possibilità per il testatore di redigere un testamento olografo. Volgendo lo sguardo oltre Manica, ci si avvede che la presenza dei testimoni, che è richiesta dalla legge ai fini della validità del testamento, è stata in effetti uno dei principali impedimenti alla libertà di testare dei cittadini durante la pandemia, tanto che è emersa la necessità di modificare la legge e consentire al testatore di servizi dei mezzi di comunicazione digitale per rispettare il requisito. Il problema del rispetto delle forme testamentarie durante la pandemia, si è così presto evoluto in Inghilterra un dibattito sull'uso delle tecnologie digitali in sostituzione di uno o più requisiti formali del testamento.

2. Legislazioni d'emergenza e nuove forme di testamento nei paesi di common law

In ambito europeo, il principale esempio di modifica legislativa dei requisiti formali previsti per la validità del testamento durante l'emergenza pandemica è rappresentato dall'ordinamento giuridico inglese, dove la successione testamentaria è regolata ancor oggi da una legge delle prime decenni dell'ottocento. Il *Will Act 1837* distingue tra una forma ordinaria unica di testamento e testamenti speciali, ma non disciplina l'ipotesi del testamento redatto in luogo dove domina una malattia contagiosa¹³. Il testamento ordinario, a pena d'invalidità, deve essere redatto per iscritto, sottoscritto dal testatore alla presenza di due o più testimoni che attestino la provenienza della sottoscrizione da parte del testatore e sottoscrivano la scheda testamentaria¹⁴.

Nel 2020, il Parlamento ha modificato l'art. 9 del *Will Act 1837*,

¹³ Sec. 11, *Will Act 1837*, che richiama il *Wills (Soldiers and Sailors) Act 1918*, volto a disciplinare il testamento redatto da soldato o marinaio in servizio effettivo o da marinaio imbarcato che si trovi in situazioni eccezionali e di pericolo di vita. I testamenti speciali prevedono una semplificazione dei requisiti formali stabiliti a pena d'invalidità. Sul tema v. diffusamente A. MIRANDA, *Il testamento nel diritto inglese. Fondamento e sistema*, Padova, 1995, p. 205 ss.

¹⁴ A. MIRANDA, *op. ult. cit.*, p. 189 ss.

consentendo il testamento ‘a distanza’, con testimoni collegati con il testatore tramite videoconferenza o altri mezzi di trasmissione virtuale¹⁵. L'intervento legislativo è stato annunciato dal Governo come una risposta all'esigenza di testare di molta parte della popolazione e, allo stesso tempo, una soluzione alla difficoltà dei testatori in isolamento o in quarantena di rispettare le forme stabilite dalla legge¹⁶.

La riforma ha efficacia temporanea e retroattiva, essendo applicabile ai testamenti redatti dal 31 gennaio 2020 al 31 gennaio 2022.

Durante l'emergenza pandemica anche altri ordinamenti di *common law* hanno riformato per via legislativa la disciplina del testamento. Così, gli Stati australiani del Nuovo Galles del Sud¹⁷ e del Queensland hanno introdotto specifiche norme per consentire ai testimoni di assistere alla sottoscrizione del testamento in video collegamento. In Nuova Zelanda sono stati modificati i requisiti previsti dal *Will Act* 2007, prevedendo la possibilità di testare con testimoni a distanza o anche per mano altrui, fornendo istruzioni ad una persona di fiducia in collegamento audiovisivo, che scrive e sottoscrive la scheda testamentaria. Una simile legislazione d'emergenza è stata emanata in alcuni Stati americani¹⁸.

Le norme menzionate intervengono essenzialmente sul requisito

¹⁵ *Wills Act 1837 (electronic communications) (emendment) (Coronavirus) order* 2020, n. 952, sec. 2. Nella vicina Scozia il *Requirement of Writing (Scotland) Act* 2005 consente già ai testimoni di assistere alla redazione del testamento in collegamento video.

¹⁶ Ministry of Justice, UK Government, *Guidance of making will using video-conferencing*, luglio 2020, consultabile al sito <https://www.gov.uk/guidance/guidance-on-making-wills-using-video-conferencing>, ultimo accesso 14 gennaio 2022: «An increasing number of people have sought to make wills during the Covid 19 pandemic, but for people shielding or self-isolating it is extremely challenging to follow the normal legalities of making a will - namely it being witnessed by two people. In response to this The law (the Wills Act 1837) will be amended to state that whilst this legislation is in force, the 'presence' of those making and witnessing wills includes a virtual presence, via video-link, as an alternative to physical presence».

¹⁷ Per il Nuovo Galles del Sud v. *Electronic Transactions Amendment (COVID-19 Witnessing of Documents) Regulation* 2020 (NSW), per il Queensland v. *Justice Legislation (COVID-19 Emergency Response – Documents and Oaths) Regulation* 2020 (Qld), part. 12b; v. il regolamento con cui in Nuova Zelanda è stato modificato il *Wills Act* 2007, introducendo la possibilità del testatore di fornire istruzioni ad un'altra persona in collegamento audiovisivo che sottoscrive la scheda testamentaria a suo posto o di redigere il testamento alla presenza di testimoni in video collegamento, *Epidemic Preparedness (Wills Act 2007 – Signing and Witnessing of Wills) Immediate Modification Order* 2020, sec. 4.

¹⁸ V. ad esempio *New York Executive Order* 202.14 (7 April 2020), che consente ai testimoni di partecipare in video collegamento alla redazione del testamento. Cfr. K. PURSER - T. COCKBURN - B. CRAWFORD, *Wills formalities beyond COVID-19: an Australian-United States perspective*; in *University of New South Wales Law Journal Forum*, 2020, vol. 5, pp. 1-14.

c.d. della “*light of sight*” richiesto per la validità del testamento, ossia la necessità che vi sia una linea di visuale non interrotta tra il testimone e il testatore¹⁹.

Nella tradizione di *common law* e, in particolare, nel diritto inglese, il significato di “*light of sight*” è stato oggetto d’interpretazione giurisprudenziale e da tempo risalente è emerso che il suo rispetto non è incompatibile con il distanziamento sociale. Senza poter indagare compiutamente il tema, ci si limita a richiamare il precedente *Casson v. Dade* deciso dalla *Court of Chancery* nel 1781²⁰. Nel caso di specie, una signora asmatica aveva redatto testamento restando seduta in carrozza, fuori dallo studio dell’avvocato, mentre il testimone guardava a distanza l’attività di scrittura, dalla finestra dello studio. La Corte, chiamata a giudicare la validità del testamento, rispose positivamente, essendo presente una “*line of sight*” tra il testatore e il testimone. Si riconosceva così il principio della ‘linea di vista visiva’ (*visual sightline*), ancor oggi applicato nel diritto inglese e in altri ordinamenti di *common law*: la regola consente la scrittura della scheda testamentaria a persone in isolamento, purché l’attività sia visibile dai testimoni²¹. La riforma legislativa del 2020, pertanto, si è limitata ad adeguare il requisito della “*light of sight*” allo sviluppo tecnologico, includendo nel significato di “linea di vista visiva” anche quelle ipotesi in cui la visuale è garantita da mezzi di tecnologia digitale. Il requisito non è rispettato se, ad esempio, il testatore pre-registra il video della scrittura della scheda o dà le spalle alla telecamera mentre scrive il testamento, interrompendo la visuale ‘virtuale’ dei testimoni.

La modifica del *Will Act* 1837 durante la pandemia e gli interventi simili avvenuti in altri ordinamenti di *common law* sembrerebbero rispondere ad un problema avvertito solo in questi Paesi, dove è prevista la redazione del testamento alla presenza di testimoni²². Ciò non di meno,

¹⁹ Cfr. R. KERRIDGE - A.H.R. BRIERLEY, *Parry and Kerridge: the law of succession*, London, 2016, 13a ed., p. 49 ss.; B. SLOAN, *Borkowski’s law of succession*, 3a ed., Oxford, 2017, p. 127 ss.

²⁰ *Casson v. Dade*, 28 E.R. 1010; [1781] 6 WLUK 25 (*Ct. of Chancery*), sul quale v. di recente il commento di B. RICH, *Succession: Honora Jenkins and her legacy: coronavirus and the validity of wills in England and Wales*, in «*Private Client Business*», 2020, 4, pp. 182-188.

²¹ MINISTRY OF JUSTICE, *UK Government, Guidance of making will using video-conferencing*, cit., *Distanced witnessing - ‘clear line of sight’*, dove porta l’esempio del testimone che assiste alla scrittura del testamento dalla finestra, stando in altra stanza rispetto al testatore, attraverso la porta aperta o in giardino a distanza debita.

²² In Spagna l’associazione dei professori di diritto civile ha proposto una modifica delle norme del codice così da consentire soluzioni simili per la redazione del testamento in luogo dove domina una pandemia, cfr. RAMÓN FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 417 ss.

queste legislazioni d'emergenza hanno posto in risalto la necessità di un ripensamento della forma ordinaria di testamento, aprendo un dibattito d'interesse comparatistico sull'adeguamento delle forme di testamento alla società contemporanea, largamente digitalizzata. Il tema, in verità, era già stato posto in luce precedentemente alla pandemia dalla *English Law Commission*, che nel 2017 aveva emanato un *Consultation Paper* dal titolo *Making a will*, auspicando un ammodernamento della forma ordinaria di testamento, con lo scopo di offrire una maggiore tutela alla libertà testamentaria²³. Un capitolo del *Consultation paper* è dedicato agli "electronic wills" e analizza l'ipotesi di una disciplina legislativa del testamento digitale²⁴. In questa prospettiva, sono indagati i rischi e i benefici di una sostituzione dei requisiti della presenza dei testimoni, della sottoscrizione e della scrittura, rispettivamente con testimoni 'a distanza', forme di firme elettroniche della scheda e finanche testamenti espressi tramite registrazioni audio o audio-video.

Questa strada è stata intrapresa, già prima della diffusione dell'epidemia da coronavirus, in alcuni ordinamenti degli Stati Uniti d'America, che hanno introdotto per legge forme digitali di testamento alternative alla forma ordinaria, richiedendo il rispetto di requisiti specifici a pena d'invalidità²⁵.

Nel 2019 la *Uniform Law Commission* degli Stati Uniti d'America ha emanato una legge modello – *Uniform Electronic Wills Act 2019* – che prevede specifici requisiti ai fini del riconoscimento di un documento elettronico come testamento: il documento deve presentarsi nella forma di un testo al momento della sottoscrizione da parte del testatore, la firma apposta elettronicamente deve essere leggibile e ci deve essere la presenza e la sottoscrizione di almeno due testimoni, nelle modalità stabilite dalla legge. Sulla base di questo modello, leggi sui testamenti digitali sono al

²³ ENGLISH LAW COMMISSION, *Making a Will, Consultation Paper*, 2017, n. 231, paragr. 1.30, p. 13, dove tra gli obiettivi della riforma si individua: «[...] Supporting testamentary freedom, including reform aimed at encouraging and facilitating will-making and reform aimed at supporting testators' intentions».

²⁴ *Ibidem.*, p. 105, paragr. 6.1: «[...] the increasing prevalence of digital technology in many aspects of our lives raises the question of whether and how that technology can be applied in relation to wills». La *Law Commission* sottolinea l'imprecisione dell'espressione "electronic wills" che può essere utilizzata, indifferentemente, per l'uso di tecnologie digitali a vari livelli: per la preparazione della scheda testamentaria, per l'esecuzione del testamento o per la prova della volontà testamentaria, *Ibidem*, paragr. 6.2

²⁵ Leggi in materia sono state emanate in Arizona, Florida, Nevada, Indiana. Sul tema cfr. D. HORTON - R. WEISBORD, *COVID-19 and Formal Wills*, in *Stanford Law Review Online*, 2020, vol. 73, pp. 18-27, in particolare p. 28 ss.

vaglio dei Parlamenti di altri Stati della Federazione²⁶. L'approccio sembra comunque improntato ad un formalismo, tendendo al riconoscimento da parte dell'ordinamento di un *vestmentum* della volontà testamentaria alternativo alle forme ordinarie, basato su requisiti che tengano conto dello sviluppo tecnologico.

Nei sistemi di *common law*, soprattutto a seguito della situazione d'emergenza pandemica, è emerso anche un dibattito sulla possibilità di utilizzare le nuove tecnologie come mezzi di prova della volontà testamentaria, piuttosto che come *vestmentum* della volontà. Questa seconda ipotesi vede nella tecnologia digitale, ormai di comune uso da parte dei cittadini, la possibilità di una più ampia tutela della libertà testamentaria, in ogni modo espressa. In quest'ottica, la transizione digitale del testamento aprirebbe al riconoscimento del testamento informale.

3. Volontà testamentaria espressa in forma digitale e 'validazione' del giudice

Nel *Consultation paper* precedentemente menzionato, la *English Law Commission* afferma che la forma del testamento dovrebbe essere considerata come un mezzo per tutelare l'autonomia del testatore e non un fine in se stessa²⁷. In questa prospettiva, propone d'introdurre nel diritto inglese il c.d. potere di dispensa del giudice dal rispetto dei requisiti formali del testamento, allo scopo di realizzare una più ampia tutela dell'autonomia negoziale.

Attraverso l'esercizio del potere di dispensa, il giudice può dare esecuzione ad un testamento carente delle forme previste dalla legge, qualora sia provata la paternità e la serietà della volontà del testatore²⁸. Quest'ultime possono essere accertate con diversi mezzi, assumendo

²⁶ Hanno adottato leggi sul modello del *Uniform Electronic Wills Act 2019* gli Stati del Colorado, Nord Dakota, Utah e Washington, cfr. G.W. BEYER, *Electronic wills: the changing future of the estate practice*, Texas, 2021, p. 6 ss.

²⁷ Così la *Law Commission, Making a Will, Consultation Paper*, cit., p. 97, paragr. 5.86, citando J.G. MILLER, *Substantial compliance and the Execution of Wills*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 1987, vol. 36, p. 559.

²⁸ Si parla in tal caso di *intention-based dispensing power*, ossia una dispensa dal rispetto delle forme basata sull'accertamento della volontà del testatore. Diversamente, il potere di dispensa può essere utilizzato quando la forma del testamento, benché non pienamente conforme a quanto previsto dalla legge, risponde generalmente alla *ratio* della norma che prevede i requisiti formali. Cfr. LAW COMMISSION, *Making a Will, Consultation Paper*, cit., p. 94, paragr. 5.82.

rilevanza probatoria anche scritture non datate o carenti di sottoscrizione, registrazioni di comunicazioni orali o audiovisive, scritture redatte per mano di terzi o su dispositivi digitali o tramite Apps²⁹. Attraverso un allentamento della regola probatoria, si riconosce una volontà informalmente espressa, sulla base di una valutazione effettuata *ex post* e per il caso concreto dal giudice. Il potere di dispensa del giudice, quindi, costituisce un varco attraverso cui realizzare la ‘validazione’ del testamento informale digitale.

Questa tendenza, in effetti, sembra registrarsi in quegli ordinamenti di *common law* che riconoscono il potere di dispensa, dove le corti in alcune decisioni hanno ammesso sms o messaggi postati sui social o comunicati tramite Apps come prove della volontà testamentaria, dando esecuzione a testamenti informali.

Nel 2017, per esempio, la Corte Suprema del Queensland³⁰ ha dato esecuzione alle ultime volontà espresse dal signor Mark Nichols tramite un sms indirizzato al fratello, memorizzato nel telefono e mai inviato, con cui lasciava i suoi averi ai nipoti e stabiliva che la moglie poteva riprendersi il proprio mobilio nella casa di comune abitazione. Il messaggio non terminava con il nome e cognome dell’autore, ma con la data e la scritta “*my will*”³¹.

La Corte ha ritenuto che il testo del messaggio, unito ad altre circostanze del caso, quali la difficile relazione del testatore con la moglie e con altri familiari non menzionati nel ‘testamento’, costituisse una prova sufficiente della paternità della scrittura e della serietà dell’intento di disporre. Ciò sulla base dell’art. 18 del *Queensland Succession Act* 1981, come modificato nel 2006, che riconosce al giudice il potere di dispensare dal rispetto dei requisiti formali del testamento se ci sia la prova che il documento esprima la volontà testamentaria della persona³². Altre

²⁹ La *Law Commission* porta l’esempio di una scheda testamentaria redatta da un cittadino del New Jersey mentre era in ospedale gravemente malato. Il testatore aveva fornito per iscritto all’avvocato istruzioni per modificare il testamento, chiedendo all’infermiera di attestare la propria volontà. La Corte riteneva valido il testamento, anche se non redatto nella forma richiesta dalla legge, considerando il documento probatorio della volontà di testare (*Neuman v. Brinkgreve; The Estate of Floris Verzijden*, [2013] NSWSC 371), *Making a Will, Consultation Paper*, p. 96, paragr. 5.85.

³⁰ *Nichol v. Nichol & Anor*, [2017] QSC 220.

³¹ *Ibidem*, il testo del messaggio era il seguente: «Dave Nic you and Jack keep all that I have house and superannuation, put my ashes in the back garden with Trish Julie will take her stuff only she’s ok gone back to her ex AGAIN I’m beaten . A bit of cash behind TV and a bit in the bank Cash card pin 3636. MRN190162Q. 10/10/2016. My will».

³² *Queensland Succession Act* 1981, sec. 18: «Court may dispense with execution

decisioni hanno riguardato messaggi testuali o vocali composti prima del suicidio dal testatore o video-messaggi contenenti le ultime volontà, a cui le corti hanno dato esecuzione come testamenti³³.

Casi simili sono stati decisi dalle Corti del Sud Africa e degli ordinamenti degli Stati Uniti dove è regolato per via legislativa il potere di dispensa del giudice. In Sud Africa la regola è prevista dal *Wills Act* 1953, in vigore dal 1992. L'art. 2(3) della legge impone alla *High Court* il dovere di 'validare' un documento come testamento, anche se carente delle formalità previste dalla legge, se sia raggiunta la prova che il documento è stato scritto dal *de cuius* ed esprime la sua volontà testamentaria³⁴. I giuristi si riferiscono alla norma come alla "regola del condono", proprio perché ha consentito alle corti di sanare testamenti invalidi, espressi anche in forme digitali non sempre convertibili in un testo scritto.

Volgendo lo sguardo agli Stati Uniti d'America, in Michigan, sulla base dell'art. 700.2503 del *Michigan Estates and Protected Individuals Code* (MCLA)³⁵, le corti hanno dato esecuzione a disposizioni testamentarie

requirements for will, alteration or revocation: (1) This section applies to a document, or a part of a document, that – (a) purports to state the testamentary intentions of a deceased person; and (b) has not been executed under this part. (2) The document or the part forms a will, an alteration of a will, or a full or partial revocation of a will, of the deceased person if the court is satisfied that the person intended the document or part to form the person's will, an alteration to the person's will or a full or partial revocation of the person's will».

³³ V. ad esempio il caso *Re Quinn*, [2019] QSC 99, dove la Corte suprema del Queensland riconosce la validità di un video registrato sul proprio iPhone dal signor Leslie Quinn, quattro anni prima di togliersi la vita.

³⁴ S. 2(3), *Wills Act* 1953, n. 7: «(3) If a court is satisfied that a document or the amendment of a document drafted or executed by a person who has died since the drafting or execution thereof, was intended to be his will or an amendment of his will, the court shall order the Master to accept that document, or that document as amended, for the purposes of the Administration of Estates Act, 1955, as a will, although it does not comply with all the formalities for the execution or amendment of wills referred to in subsection (1)». Per i primi riferimenti cfr. F. DU TOIT, *The proposed dispensing power regarding formally-irregular wills: lessons from the South African experience with testamentary rescue*, in *Law Quarterly Review*, 2020, vol. 136, pp. 191-195, che sottolinea come, a differenza di quanto stabilito da regole simili di altre giurisdizioni, il legislatore sudafricano pone un dovere di validare il testamento in capo alla Corte.

³⁵ *Sec. 700.2503 Michigan Estates and Protected Individuals Code*: «Writings intended as wills. Although a document or writing added upon a document was not executed in compliance with section 2502, the document or writing is treated as if it had been executed in compliance with that section if the proponent of the document or writing establishes by clear and convincing evidence that the decedent intended the document or writing to constitute any of the following: (a) The decedent's will. (b) A partial or complete revocation of the decedent's will. (c) An addition to or an alteration of the decedent's will. (d) A partial or complete revival of the decedent's formerly revoked will or of a formerly revoked

contenute in sms o messaggi WhatsApp o registrate sul telefono. Così, ad esempio, nel caso *In re estate of Horton*³⁶, il sig. Horton, prima di togliersi la vita, aveva lasciato un biglietto indicando che il suo testamento era registrato nel proprio iPhone. La madre del *de cuius*, diseredata, riteneva che il documento elettronico costituisse solo una prova della volontà del *de cuius* di redigere un testamento olografo, che poi non aveva potuto portare a termine³⁷. Il documento, non avendo i requisiti formali dell'autografia e della sottoscrizione stabiliti dalla legge, era nullo, né il giudice poteva validarlo, aggirando la norma sul testamento olografo, riconosciuto in Michigan. La Corte d'appello del Michigan respingeva la domanda della signora, stabilendo al contrario che l'art. 700.2503 MCLA consente in ogni caso di validare un testamento informale, purché ci sia una chiara prova della volontà di testare³⁸.

Il diffondersi del coronavirus e il conseguente stato di emergenza dovuto alla pandemia hanno riaperto il dibattito sull'opportunità di riconoscere un potere di dispensa al giudice anche nell'ordinamento inglese, consentendo alle corti di validare *ex post* molti testamenti redatti durante il lockdown o in stato di malattia, carenti delle formalità previste dalla legge. L'esigenza sottesa ad una riforma del genere non trova soddisfazione nella modifica del *Will Act 1837* del 2020, sopra esposta. Molte disposizioni di ultima volontà, espresse attraverso mezzi di comunicazione entrati oramai nell'uso comune dei cittadini, resterebbero comunque irrilevanti giuridicamente, in contrasto con il principio della più ampia tutela della volontà negoziale, da sempre accolto nel diritto inglese³⁹. La regolazione

portion of the decedent's will». La norma è basata sul §2-503 dello *Uniform Probate Code*, che regola la c.d. *harmless error rule*, con lo scopo di sanare errori di scarsa rilevanza nella redazione del testamento. Nel commento alla regola si aggiunge che essa ha l'ulteriore finalità di ridurre un divario tra le formalità richieste per la validità del testamento olografo e i più stringenti requisiti formali stabiliti dal testamento redatto alla presenza di testimoni.

³⁶ *In re Estate of Horton*, 925 N.W. 2d 207 (Mich. Ct. App. 2018).

³⁷ *Sec. 700.2052 Michigan Estates and Protected Individuals Code*: «[...] (2) A will that does not comply with subsection (1) is valid as a holographic will, whether or not witnessed, if it is dated, and if the testator's signature and the document's material portions are in the testator's handwriting. (3) Intent that the document constitutes a testator's will can be established by extrinsic evidence, including, for a holographic will, portions of the document that are not in the testator's handwriting».

³⁸ Sul caso ed altre decisioni simili cfr. in senso critico A.A. MAY - K.L. RINGLER, *Electronics and Estate Planning*, in «*Michigan Probate & Estate Planning Journal*», 2018, vol. 38(1), pp. 44-48, che sottolinea come quest'orientamento prevalso nella giurisprudenza dello Stato possa consentire la validazione di testamenti orali, con pericolo di compromissione della serietà dell'intento.

³⁹ Cfr. A. MIRANDA, *Il testamento nel diritto inglese. Fondamento e sistema*, cit., p. 5 ss.

del potere di dispensa sembrerebbe allora necessaria nella misura in cui avvicina il diritto ai modi di relazionarsi e comunicare e alle abitudini di vita della società contemporanea.

La proposta della *Law Commission* ha incontrato il favore della *Law Society* che, in un recente comunicato, ha evidenziato che circa il 40% della popolazione non fa testamento nella forma ordinaria⁴⁰. Il potere di dispensa potrebbe far emergere agli occhi del diritto le effettive volontà testamentarie delle persone. Nello stesso tempo, occorre considerare la libertà anche di non testare e, quindi, la necessità che la regola non finisca per consentire il riconoscimento di disposizioni testamentarie al di là delle reali intenzioni del soggetto.

In questo contesto, il ruolo del giudice e la possibilità di suoi interventi d'equità anche in materia testamentaria emergono come questioni centrali.

Il potere di dispensa del giudice, nei casi di uso delle tecnologie digitali per esprimere le ultime volontà, sembra rispondere a ragioni di equità del caso concreto: non si tratta del riconoscimento di forme digitali come *vestmentum* della volontà, ma della decisione del giudice di dare esecuzione, per evidenti ragioni d'equità, ad una volontà non espressa nelle forme indicate dalla legge quando si possa rinvenire *aliunde* la serietà dell'intento. Le forme digitali di comunicazione costituiscono, in tal caso, un elemento rilevante di una più ampia valutazione fattuale operata dal giudice. Il riconoscimento di testamenti informali digitali sembra realizzarsi, per questa via, attraverso un ampliamento dello spazio d'intervento del giudizio d'equità.

Il tema assume interesse non solo nella tradizione *common law*, ma anche in *civil law*, seppure in un contesto estraneo ad un'idea di diritto a formazione casistica-giurisprudenziale, facendo interrogare sulla possibilità che il giudice riconosca e tuteli disposizioni di ultima volontà espresse informalmente. Con riguardo al nostro ordinamento, simili problematiche sono evocate dall'interpretazione dell'art. 590 c.c. sulla conferma del testamento. L'articolo, come è noto, impedisce di esercitare l'azione giudiziale volta a far valere la nullità del testamento, a colui che ha posto in essere atti di esecuzione della volontà testamentaria. La norma ha un ambito di applicazione affatto diverso rispetto alle regole sulla dispensa dalle forme di testamento conosciute in *common law*, ma è ugualmente ispirata a ragioni di equità, consentendo un intervento *ex post* del giudice

⁴⁰ LAW SOCIETY, *Reform of the law of making a will*, 14 aprile 2021, consultabile al sito internet <https://www.lawsociety.org.uk/topics/private-client/reform-of-the-law-on-making-a-will>, ultimo accesso il 21-01-2022, ha ribadito di apprezzare le proposte formulate dalla *Law Commission* per «far entrare il diritto dei testamenti nel 21° secolo».

sul testamento, volto a ‘sanare’ i vizi d’invalidità⁴¹. La giurisprudenza di legittimità, sulla base dell’art. 590 c.c., ritiene confermabile anche il testamento che presenti vizi di forma e il testamento nuncupativo⁴². Non si vedono allora ostacoli alla confermabilità nel nostro ordinamento di disposizioni testamentarie effettuate tramite registrazioni audio-video, messaggi telefonici o altri documenti digitali, qualora ci sia stato un principio di esecuzione della volontà del *de cuius*. Norme simili disseminate nei codici civili dei sistemi giuridici continentali⁴³, che hanno avuto scarsa applicazione nella prassi, potrebbero allora offrire una base giuridica per tutelare forme digitali di espressione della volontà, con l’esito di riconoscere al giudice un ruolo niente affatto secondario nella transizione digitale delle forme di testamento, anche negli ordinamenti di *civil law*. L’ipotesi non appare così peregrina se si pensa al proliferare nella rete di proposte a scopo commerciale finalizzate ad accompagnare gli utenti nella redazione di testamenti in piena autonomia. Si tratta dei c.d. Testamenti fai da te (*DIY wills*) che offrono soluzioni standard, non sempre conformi alle norme imperative dei diritti nazionali, potendo quindi indurre un soggetto a formulare disposizione di ultima volontà in una forma non considerata valida dal diritto nazionale applicabile. Non sembra allora improbabile che anche le corti italiane si trovino in un prossimo futuro a giudicare la confermabilità di testamenti del genere.

⁴¹ Sul punto mi permetto di rinviare al mio *Proprietà e tutela dell’affidamento: note a margine di alcune decisioni giurisprudenziali*, in *Liber Amicorum* Moccia, Roma, 2020, p. 505 ss. e riferimenti *ivi*.

⁴² Cfr. Cass. civ., sez. II, 12 aprile 2018, n. 9091, consultabile in *dejure*; Cass. civ., sez. III; 11 luglio 1996, n. 6313, sulla quale v. il commento di L. SCALIA, *Confermabilità del testamento orale: prova della volontà del de cuius, certezza dei rapporti e funzione notarile. Alcune riflessioni sul tema*, in *Rivista del Notariato*, 1997, vol. 1-2, p. 164 ss.; S. LANDINI, *Testamento nuncupativo e nuove tecnologie*, in *Le corti fiorentine*, 2019, vol. 3, p. 126 ss.

⁴³ Cfr. ad esempio il previgente art. 1340 *code civil* francese, recentemente abrogato dalla riforma introdotta con *Ordonnance*. n. 2016-131, ed ora l’art. 931-1 *code civil*. Sul rapporto tra l’art. 1340 *code civil* (*abr.*) e l’istituto italiano della conferma cfr. N. DE CRESCENZIO, *La dottrina della conferma e della ratifica degli atti nulli per difetto di forma secondo il codice civile italiano*, Napoli, 1885, *passim*. In Spagna, la conferma del testamento nullo è possibile, a condizioni simili, sulla base di una *doctrina legal* stabilita dal *Tribunal Supremo*, cfr. A.G. BALLESTEROS, *La confirmación*, in *Anuario de derecho civil*, 1960, p. 1195 ss.

4. *Emergenza pandemica e transizione digitale: tra formalismo legislativo e discrezionalità giudiziale*

L'emergenza pandemica ha impresso un'accelerazione al processo di digitalizzazione della società, con riflessi anche sulle modalità con cui i cittadini esprimono le ultime volontà, dando impulso ad un dibattito sulla riforma delle forme di testamento, già esistente in diversi ordinamenti.

Nei sistemi di *common law*, le restrizioni attuate dai legislatori per contenere la diffusione del virus sono state di sovente accompagnate da interventi legislativi, volti ad introdurre eccezioni al rispetto dei requisiti formali stabiliti dalla legge per la validità del testamento. Si è aperta una discussione sulla permanenza di questa legislazione d'emergenza anche successivamente al termine della pandemia e, più in generale, sulla reversibilità di un processo di adeguamento delle forme di testamento ai nuovi mezzi di comunicazione digitale, ormai di comune uso da parte dei cittadini. In questo contesto si colloca il problema della riconoscibilità anche di testamenti informali, redatti mediante l'uso delle nuove tecnologie, attraverso l'esercizio da parte del giudice del potere di dispensa dal rispetto delle forme previste dalla legge.

Il tema, oggetto di maggiore attenzione negli ordinamenti di *common law*, si è posto anche negli ordinamenti di *civil law*. Nel nostro ordinamento, in particolare, la dottrina ha evidenziato come nella società attuale, caratterizzata da un abbandono dell'autografia come modalità comunicativa e una vera e propria "crisi della sottoscrizione"⁴⁴, il rispetto di alcuni requisiti formali per la validità del testamento rappresenta più una limitazione della libertà testamentaria che una garanzia posta a presidio della certezza della paternità e della serietà della volontà.

In questo scenario, di cui è stato possibile fornire un quadro estremamente sommario, ci sembra di poter individuare due tendenze principali, in apparenza opposte, conseguenti alla digitalizzazione della società e al diffondersi di forme digitali di espressione e comunicazione della volontà testamentaria.

Un primo approccio è orientato ad una sorta di "formalismo digitale", proponendo la modifica delle discipline legislative sulle forme ordinarie di testamento, al fine d'introdurre specifici requisiti per redigere validamente un testamento digitale, in alternativa quelli già previsti per i testamenti ordinari.

⁴⁴ Cfr. da ultimo S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, in *Rivista di diritto civile*, 2014, vol. 5, p. 994, citando N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, p. 25.

In tal caso, la digitalizzazione del testamento è maggiormente improntata al principio di certezza, ma non necessariamente si accompagna a una maggiore facilità di redazione da parte dei cittadini. Non è detto, infatti, che le nuove tecnologie siano più accessibili rispetto ad altre forme ordinarie di testamento e consentano una più ampia tutela della libertà di testare.

Un altro approccio è invece improntato ad una prevalente tutela dell'autonomia negoziale, anche se informalmente espressa. Secondo quest'impostazione, le tecnologie digitali consentono un ampliamento del quadro probatorio che può essere messo a disposizione del giudice per accertare l'esistenza di una volontà di testare e tutelarla. Il potere di dispensa del giudice dalle formalità del testamento, attualmente al centro di un vivace dibattito nella tradizione di *common law*, è in linea con questa prospettiva, facendo emergere con più evidenza la dimensione fattuale del diritto testamentario e, inevitabilmente, il ruolo del giudice.

Questi orientamenti richiamano esigenze da sempre avvertite come fondamentali: da un lato, tutelare la libertà testamentaria e non ostacolarla impedendo che sia espressa attraverso forme di comunicazione divenute abituali; dall'altro lato, garantire la certezza della paternità delle disposizioni testamentarie e della volontà testamentaria. La transizione digitale delle forme di testamento si può realizzare solo nella cornice di un adeguato bilanciamento di questi interessi.

In quest'ottica e con riguardo al nostro ordinamento, mentre un'introduzione per via legislativa di forme digitali di testamento sembra un'ipotesi attuabile⁴⁵, la percorribilità di soluzioni assimilabili alla dispensa giudiziale dal rispetto delle forme appare quantomeno dubbia. La regola, infatti, è espressione di un'idea di diritto a base casistico-giurisprudenziale non accolta negli ordinamenti di *civil law*, dove l'intervento del giudice secondo equità costituisce un'ipotesi del tutto eccezionale e limitata ai soli

⁴⁵ Riforme in tal senso sono auspicate anche da quella parte della dottrina secondo la quale il testamento olografo nella società contemporanea non garantisce più la certezza, essendo facilmente falsificabile, v. S. PATTI, *ult. op. cit.*, p. 1008 e s. che si esprime in favore del riconoscimento di un "testamento (olografo) informatico", proponendo una modifica dell'art. 602 c.c.. Diversi autori sostengono che la redazione di un testamento digitale dinanzi al notaio sia possibile sulla base dell'art. 21 del Codice dell'Amministrazione Digitale, che equipara la firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, al requisito della sottoscrizione della scrittura privata previsto dall'art. 1350 c.c. L'apposizione della firma digitale, in ogni caso, è possibile solo dinanzi al notaio. Sul punto cfr. F. CRISTIANI, *Testamento e nuove tecnologie*, Torino, 2012, *passim*; ID., *Nuove Tecnologie e testamento: presente e futuro*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2013, p. 562, che tuttavia si esprime in senso critico, ritenendo la firma digitale più soggetta a contraffazione rispetto alla firma autografa.

casi specificamente previsti dalla legge. Ciò ancor più in una materia, come quella del testamento, dove i requisiti formali hanno sempre rappresentato il presidio invalicabile della certezza del diritto. Allo stesso tempo, occorre considerare che la trasformazione sociale e culturale impressa dall'innovazione tecnologica ha gradualmente modificato il modo di relazionarsi e comunicare di gran parte della popolazione, realizzando anche una sorta di omologazione dei comportamenti e del linguaggio nella rete, che investe in modo trasversale i cittadini dei diversi Stati nazionali ed è destinata a riflettersi sui modi di espressione delle ultime volontà. L'innovazione del diritto testamentario, arginata dalla disciplina legislativa delle forme di testamento, potrebbe allora trovare un fertile laboratorio nelle aule di giustizia anche dei paesi di *civil law*, dove i giudici saranno inevitabilmente chiamati a valutare la riconoscibilità di testamenti redatti secondo nuovi linguaggi e modi di comunicare, confrontandoli con categorie e principi della legge nazionale.

Seppur in un contesto diverso, il diffondersi nella società di modi di redazione informale di testamenti, attraverso l'uso delle tecnologie digitali, porrà il quesito della rilevanza giuridica e della qualificazione da parte del giudice di queste nuove fattispecie. L'istituto della conferma del testamento costituisce in questo senso un potenziale pertugio, attraverso il quale potrebbe filtrare l'innovazione digitale nel diritto testamentario, per decisione del giudice, anche nel nostro ordinamento.

ABSTRACT

The state of emergency due to the Covid-19 pandemic impacted in many fields of law, included the testamentary wills, traditionally less influenced by social changes. The formal requirements for the validity of wills were under scrutiny in many legal systems, because of the difficulty to comply with these rules for people in isolation or quarantine. In this context, the use of digital technologies to make a will was questioned and some jurisdictions emended legislations about the will formalities. The Author analyses this phenomenon, from a comparative perspective, in order to evaluate how and to what extent the pandemic contributed to a digital transition of will formalities and the recognition of informal wills in national laws.

Noah Vardi

Le politiche di accesso al credito nei contesti emergenziali

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il significato dell'accesso al credito nei contesti emergenziali – 2. Politiche di accesso al credito tra pubblico e privato e ruolo degli intermediari bancari – 3. Il ruolo del diritto privato – 4. Qualche osservazione conclusiva.

1. Introduzione. Il significato dell'accesso al credito nei contesti emergenziali

L'oggetto di queste brevi riflessioni nasce dalla constatazione che negli ultimi quindici anni l'economia globale ha attraversato una serie di crisi che hanno indotto legislatori e regolatori ad adottare misure cosiddette 'emergenziali' in diversi settori; tra queste, le politiche sull'accesso al credito- per le imprese così come per i singoli (consumatori)- hanno sempre avuto un peso molto rilevante. Ai fini di quanto segue, basterà ricordare e confrontare due tra le crisi economiche più significative del periodo richiamato: la crisi finanziaria globale scaturita dalla cd. crisi dei *subprime* nel 2007 e, la crisi dell'economia reale dovuta allo scoppio della pandemia da Covid-19 nel 2020.

Che l'accesso al credito sia oggetto di interventi regolatori diretti da parte del legislatore o dell'esecutivo in un contesto di crisi non sorprende naturalmente, dato il ruolo cruciale svolto dal prestito di capitali non solo per l'economia e per il prosieguo delle attività di produzione e di consumo, ma anche, in una prospettiva più ampia, per gli effetti che l'accesso (o il diniego) ai finanziamenti hanno da un punto di vista sociale e culturale. Basti pensare all'impatto sulla società derivante dalla moltiplicazione di procedure fallimentari di grandi imprese così come di piccole aziende; o al ruolo dell'accesso al credito ipotecario in relazione al diritto all'abitazione¹.

¹ Sul diritto all'abitazione si veda *infra* par.III. Basti qui solo ricordare come le condizioni di accesso al credito ipotecario siano notoriamente fondamentali per l'incidenza che hanno sull'esercizio del diritto all'abitazione. Se i prestiti sono concessi a condizioni particolarmente sfavorevoli può essere compromessa la probabilità di conservare nel tempo l'abitazione ipotecata, mentre un'eccessiva protezione del mutuatario (cioè procedure costose, lunghe e incerte per il recupero della proprietà ipotecata che neutralizzano la funzione di sicurezza

Se il tema dell'accesso al credito è dunque rilevante sotto molteplici profili disciplinari (di cui è sempre stato oggetto di studio), si intende qui adottare una specifica prospettiva, quella legale, per analizzare gli strumenti attraverso i quali viene data concreta attuazione alle politiche governative in materia. È proprio da quest'ultima prospettiva che si ritiene interessante svolgere alcune considerazioni, con particolare attenzione (dettata anche dal contesto tuttora attuale di emergenza sanitaria) ai momenti in cui alle dinamiche normalmente affidate a domanda e offerta del mercato del credito, si aggiungono- e talvolta si sostituiscono- interventi regolatori di carattere imperativo.

La prima osservazione – e cioè che l'intervento sull'accesso al credito rientra tra le misure prioritarie ad essere adottate in un contesto di crisi economica– rafforza la premessa stessa di queste riflessioni, ovvero l'urgenza di evitare fenomeni di contrazione del credito sia per le attività produttive, sia per i singoli (credito attraverso il quale questi ultimi in molti casi accedono anche a beni e servizi di carattere fondamentale). Questa centralità non è prerogativa esclusiva dei contesti emergenziali, tanto che la ricostruzione storica delle fasi di politica economica si può caratterizzare anche per le politiche legate al credito adottate in particolari momenti.

Tuttavia- e qui si può constatare una seconda caratteristica- se le politiche di accesso al credito durante le congiunture non-emergenziali e relativamente stabili, possono anche essere lasciate ad interventi regolatori indiretti o alle dinamiche di mercato, nel contesto di urgenza si osserva un intervento pubblico diretto, (e nel caso della crisi dovuta al Covid-

dell'ipoteca) può portare a un approccio restrittivo al credito da parte degli istituti di credito e quindi ostacolarne l'accesso, oppure indurre alla richiesta di acconti più elevati (si veda G. COMPARATO, *The Financialisation of the Citizen*, Oxford, 2018, a p.18-19; e per uno studio dei primi anni 2000 sull'impatto delle diverse leggi statali statunitensi sul pignoramento sulle effettive dimensioni dei prestiti, K. M. PENCE, *Foreclosing on Opportunity: State Laws and Mortgage Credit*, in 88 *The Review of Economics and Statistics* 177, 2006, rilevando che le dimensioni dei prestiti sono dal 3% al 7% inferiori negli stati "defaulter-friendly"). Sul fondamentale ruolo del diritto processuale, la cui analisi va oltre queste brevi riflessioni, si veda ad esempio D. KENNEDY, *Cost Benefit Analysis of Debtor Protection Rules in Subprime Market Default Situations*, in E. BELSKY - N. RETSINAS (Eds.), *Building Assets, Building Credit: Creating Wealth in Low-Income Communities*, Brookings Institution Press, 2005, che offre un'analisi dettagliata e comparativa dell'impatto delle diverse regole di protezione del debitore *post-default* sui vari modelli di credito e prestito. Si vedano infine *infra* nel testo le considerazioni sul ruolo della Corte di giustizia dell'Unione europea nel mettere in discussione se le leggi nazionali che regolano le procedure di esecuzione delle ipoteche garantiscano un efficace controllo giudiziario delle clausole abusive nei contratti dei consumatori e nel confermare che i procedimenti ipotecari rientrano nel campo di applicazione della direttiva europea sulle clausole abusive nei contratti.

19, in un quadro di *soft law* sovranazionale sotto forma di linee guida e raccomandazioni) spesso supportato da sostanziosi finanziamenti pubblici, laddove sia necessario attuare delle politiche espansive².

È bene precisare subito che gli interventi regolatori sulle attività di prestito non sono necessariamente interventi volti ad attuare politiche espansive, anzi. Proprio osservando il susseguirsi di diverse ‘epoche’ di politiche sul credito, si delinea chiaramente una maggiore o minore contrazione delle stesse come reazione -anche- agli effetti di politiche precedenti.

Emblematico e fin troppo noto è il caso delle misure regolatorie adottate

² Ad esempio, nei primi mesi della pandemia da Covid-19, in Europa è stato adottato un pacchetto di misure volte a sostenere l'occupazione e le imprese, che include l'allentamento delle regole dell'UE sugli aiuti di stato e l'applicazione della piena flessibilità delle regole fiscali dell'UE per permettere ai Governi di fornire liquidità all'economia per sostenere le imprese e l'occupazione. Nell'aprile 2020 è stato approvato un pacchetto di salvataggio di emergenza da 540 miliardi di euro comprendente un fondo di garanzia paneuropeo istituito dalla Banca europea per gli investimenti, (che fornisce 200 miliardi di euro di finanziamenti alle imprese, in particolare alle PMI), e la creazione di un nuovo fondo che arriva a 100 miliardi per sostenere gli Stati membri che attuano regimi di lavoro a tempo ridotto nel tentativo di salvaguardare i posti di lavoro durante la pandemia di COVID-19 (nota come iniziativa *SURE*). Anche la flessibilità dell'uso dei fondi strutturali è stata aumentata per permettere agli Stati membri di trasferire denaro tra diversi fondi e regioni per mitigare l'impatto della pandemia. L'Unione europea e gli Stati membri hanno reagito investendo risorse importanti per mitigare l'impatto della pandemia su imprese, lavoratori e cittadini, tanto che nei soli mesi di marzo-aprile 2020 sono state approvate circa 300 nuove misure legislative e circa 200 riforme di atti in vigore aventi ad oggetto l'emergenza economica, lavorativa e sociale derivante dalla pandemia (si veda il database raccolto da Eurofund nel suo COVID-19 EU Policywatch (<https://static.eurofound.europa.eu/covid19db/index.html>) e i dati riportati nel rapporto Eurofund, *COVID-19: Policy responses across Europe*, 2020, Luxembourg, a pp. 9-12). Di queste misure, circa il 35% è stato destinato all'aiuto alle imprese, traducendosi principalmente in sovvenzioni a fondo perduto destinate ai lavoratori autonomi, alle micro e alle piccole imprese (37%), con la dilazione dei pagamenti e l'accesso facilitato a finanziamenti a basso costo (sostenuti dallo Stato) concessi anche per consentire alle imprese di superare l'impatto a breve-medio termine della chiusura totale o parziale e la perdita di entrate e consentire loro di coprire i costi di gestione correnti. Le garanzie dello Stato per i prestiti alle imprese sono state in media nella misura dell'80% dell'importo finanziato e i tassi di interesse agevolati si sono tenuti sotto l'1%. (cfr. Eurofund, *COVID-19: Policy responses across Europe*, cit. a p. 21). È significativo poi che tra le misure a sostegno del reddito dei singoli, siano state introdotte dilazioni sul pagamento di affitti e mutui; ed in alcuni Stati membri dell'UE anche deferimenti dei pagamenti delle rate di credito al consumo o delle utenze domestiche con lo scopo di evitare fenomeni di sovraindebitamento dei consumatori. Si vedano infine, a titolo esemplificativo, i dati riguardanti prestiti e moratorie sui pagamenti concessi in Italia in attuazione delle misure a sostegno della liquidità: https://www.bancaditalia.it/media/comunicati/documenti/2021-01/cs_task_force_13012021.pdf).

all'indomani della crisi finanziaria globale del 2008³; l'introduzione di misure di carattere prudenziale, di rafforzamento dei requisiti di capitale per gli istituti bancari, di riforma nella gestione del rischio di credito e, di supervisione bancaria hanno determinato una politica di accesso al credito molto più restrittiva, soprattutto se confrontata con la fase ad essa immediatamente precedente durante la quale si è addirittura parlato di "rivoluzione dei prestiti"⁴.

Che le misure approvate dopo il 2008 siano state dettate nel contenuto anche dalla necessità di correggere alcune storture delle prassi precedenti è ben noto. Da un lato è sufficiente ricordare il peso che prassi come quelle dei prestiti cd. NINJA (*no income, no job, no asset*) hanno avuto nella genesi della crisi dei *subprime* negli Stati Uniti⁵. Dall'altro, le politiche di

³ Si possono ad esempio ricordare gli Accordi di Basilea III approvati nel 2010; la creazione di Autorità macroprudenziali in molti ordinamenti e l'istituzione del *Financial Stability Board* nel 2009; la fondazione nell'Unione europea del Comitato europeo per il rischio sistemico (CERS-ESRB), dell'Autorità bancaria europea, dell'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali o professionali (EIOPA) e della Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA) e il conseguente quadro per la creazione e implementazione dell'Unione bancaria a partire dal 2012; e l'adozione della vasta riforma del diritto statunitense contenuta nel *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* del 2010.

⁴ La cosiddetta "rivoluzione dei prestiti", detta anche di "democratizzazione del credito", iniziata alla fine degli anni '70 del secolo scorso, si basava su una promozione della liberalizzazione finanziaria, la deregolamentazione dei tassi d'interesse, il processo di cartolarizzazione, lo sviluppo e l'uso del punteggio del credito (*credit scoring*) computerizzato, e l'aumento dell'uso delle carte di credito multiuso. Si veda I. RAMSAY - T. WILLIAMS, *The Crash that launched a thousand fixes-Regulation of Consumer Credit after the Lending Revolution and the Credit Crunch*, in A. KERN - N. MOLONEY, *Law Reform and Financial Markets*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing 2011, a p. 221. Per una ricostruzione della "democratizzazione del credito" si veda J. NIEMI-KIESILÄINEN - I. RAMSAY - W.C. WHITFORD (a cura di), *Consumer Bankruptcy in Global Perspective*, Oxford, 2003; D. BURTON, *Credit and Consumer Society*, Abingdon, 2008. Il riferimento alla "democratizzazione" deriva dal contesto statunitense in cui queste politiche sono state applicate al mercato dei mutui e delle abitazioni, consentendo ai cittadini a basso reddito di accedere alla proprietà privata delle abitazioni; da qui l'enfasi sull'inclusione finanziaria e sociale (cfr. G. COMPARATO, *The Financialisation of the Citizen*, cit., a p. 41). Questo discorso ha naturalmente portato in primo piano anche il problema di garantire l'accesso al credito su base non discriminatoria (cfr. I. RAMSAY, *Consumer Credit Law, Distributive Justice and the Welfare State*, in 15 *Oxford Journal of Legal Studies*, 177, 1995, a 177 e 193 e ss; A.D. TAIBI, *Banking, Finance, and Community Economic Empowerment: Structural Economic Theory, Procedural Civil Rights and Substantive Racial Justice*, in 107 *Harvard Law Review* 1465, 1994).

⁵ Si vedano *ex multis* S. L. SCHWARCZ, *Understanding the Subprime Financial Crisis*, in 60 *South Carolina Law Review* 549, 2008-2009; Ö. BAR-GILL, *The Law, Economics*

incentivazione al debito, in cui il ricorso al credito aveva ricevuto un forte impulso come strumento per alimentare la produzione di beni di consumo, furono accompagnate spesso da un graduale ritiro del Welfare pubblico nell'offerta di beni e servizi anche di carattere essenziale, con il conseguente bisogno di ricorrere al mercato privato per accedere a quegli stessi beni⁶. Questi fenomeni contribuirono ad innescare pericolose spirali di debito privato, con importanti fenomeni di sovra-indebitamento dei consumatori⁷.

and Psychology of Subprime Mortgage Contracts, in 94 *Cornell Law Review* 1073, 2009. Il mercato dei mutui *subprime* è sorto negli anni '90, dopo che due leggi federali (il *Depository Institutions Deregulation and Monetary Control Act* del 1980 e l'*Alternative Mortgage Transaction Parity Act* del 1982, seguito dal *Tax Reform Act* del 1986 che ha reso deducibili i pagamenti degli interessi sui mutui e sui prestiti per la casa) avevano aperto la strada all'adozione da parte dei prestatori di standard di prezzo basati sul rischio nei mutui e alla deregolamentazione dei tassi di interesse. Anche la crescita della cartolarizzazione dei mutui (iniziata negli anni '70, con i titoli *subprime* resi disponibili negli anni '90) ha giocato un ruolo importante nello sviluppo del mercato *subprime*. Un ulteriore stimolo al mercato dei *subprime* è derivato da regolamenti di politica specifici come il *Community Reinvestment Act* (promulgato per la prima volta nel 1977 e aggiornato nel 2005), che mira ad aumentare la proprietà della casa tra i gruppi tradizionalmente esclusi dal mercato del credito, incoraggiando gli istituti di deposito a contribuire a soddisfare le esigenze di finanziamento delle comunità in cui operano. Cfr. T. J. ZYWICKI - J. D. ADAMSON, *The Law and Economics of Subprime Lending*, in 80 *University of Colorado Law Review* 1, 2009, a p. 6-8; M.S. FELDSTEIN, *Housing, Credit Markets and the Business Cycle*, in 3 *Nat'l Bureau of Econ Research*, Working Paper No. 13471, 2007, a p. 2.

⁶ Il graduale ridimensionamento del *Welfare State* in molti paesi ha comportato, per esempio, l'acquisto privato (spesso finanziato attraverso prestiti) di piani sanitari, piani pensionistici, assicurazioni o istruzione superiore. Cfr. NIEMI-KIESILÄINEN - RAMSAY - WHITFORD (a cura di), *Consumer Bankruptcy in Global Perspective*, cit. a p 4 i quali rilevano anche che la democratizzazione del credito ha permesso la privatizzazione dell'assicurazione sociale, sotto forma di disponibilità di credito, nelle società in cui l'assicurazione pubblica fornita dallo stato sociale è stata ridotta; G. COMPARATO, *The Financialisation of the Citizen*, cit. a p 41 e ss. sulle implicazioni in termini di inclusione sociale e finanziaria della "democratizzazione della finanza e del credito"; C. CROUCH, *Privatised Keynesianism: An Unacknowledged Policy Regime*, in 11 *British Journal of Politics and International Relations*, 2009, p. 382; I. RAMSAY, *Consumer Credit Law, Distributive Justice and the Welfare State*, cit. Per un riconoscimento del fenomeno, si veda ad esempio il Libro Bianco della Commissione europea sulla politica dei servizi finanziari 2005-2010 (COM (2005) 629) che ha riconosciuto il graduale ritiro del settore pubblico dal finanziamento di determinati elementi dei regimi di sicurezza sociale e la necessità di promuovere "scelte adeguate di investimento" (ad esempio per le pensioni) e una partecipazione diretta dei cittadini nelle questioni finanziarie (Libro Bianco, n. 2.6). Si veda anche T.A. DURKIN - G. ELLIEHAUSEN, *Consumer Lending*, in A.N. BERGER - P. MOLYNEUX - J.O.S. WILSON (a cura di), *The Oxford Handbook of Banking*, Oxford, 2d ed. 2015, p. 312, a p. 313 sul ruolo del credito al consumo nel contribuire alla crescita delle industrie di beni durevoli.

⁷ Come noto, uno degli effetti della 'rivoluzione dei prestiti' - anche se non derivante solo

Di qui, proprio a partire dalle macerie lasciate sul campo dopo il 2008, la nascita di concetti quali ‘credito responsabile’ e ‘prestito sostenibile’ e l’introduzione di politiche di carattere prudenziale e di maggior contrazione nella concessione del credito volte ad evitare i rischi sistemici di questo tipo di crisi⁸.

Di diverso tenore invece le misure adottate allo scoppio della pandemia da Covid-19 nei primi mesi del 2020. Qui gli interventi volti a garantire che il flusso di credito non venisse interrotto hanno agito su due fronti: la parziale rimozione o l’allentamento dei requisiti patrimoniali prudenziali per gli istituti di credito (permettendo ad esempio di sospendere momentaneamente i rigidi parametri in termini di prestiti in sofferenza (*NPL*)) da un lato, e la semplificazione dei processi di valutazione del merito creditizio per le imprese e i singoli debitori dall’altro.

È a partire da questi stessi eventi a carattere economico e non, che si

da essa - è stato un aumento dell’indebitamento e del sovraindebitamento dei consumatori. In questo senso, alcuni hanno evidenziato che la ‘democratizzazione della finanza’ ha una sua intrinseca contraddizione: da un lato deve promuovere l’accesso ai prodotti finanziari, e quindi l’indebitamento dei consumatori, ma dall’altro deve evitarne il sovraindebitamento (COMPARATO, *The Financialisation of the Citizen*, cit., a p. 72). Cfr. F. FERRETTI - D. VANDONE, *Personal Debt in Europe. The EU Financial Market and Consumer Insolvency*, Cambridge, 2019. Si veda anche G. ROJAS ELGUETA, *Profili sistematici dell’esdebitazione: dalla limitazione di responsabilità dell’imprenditore alla protezione sociale del consumatore*, in *Rivista di diritto privato* 2/2014, p. 261, p. 269 e ss. per un’analisi dei modelli economici e culturali dell’esdebitazione del consumatore.

⁸ È stato evidenziato come non tutte le misure del cosiddetto approccio “neoliberale” al credito ai consumatori (largamente sostenuto per esempio dalla Banca Mondiale con lo scopo di facilitare l’accesso al mercato del credito al consumo), basato sull’utilizzo di sistemi di informazione creditizia, sulla segnalazione anche dei dati positivi nel *credit scoring*, sull’uso del paradigma informativo sui prodotti finanziari, sull’educazione finanziaria, sull’istituzione di arbitri bancari e finanziari e sul divieto di pratiche commerciali abusive da parte dei fornitori di servizi finanziari), si siano sempre dimostrate efficaci nel proteggere i consumatori da pratiche predatorie e di vendita scorretta e dall’entrare in pericolose spirali di debito. Cfr. RAMSAY - WILLIAMS *The Crash that launched a thousand fixes—Regulation of Consumer Credit after the Lending Revolution and the Credit Crunch*, cit, a p. 223-224; S. RUTLEDGE - N. ANNAMALAI - R. LESTER - R. SYMONDS, *Good practices for consumer protection and financial literacy in Europe and Central Asia: a diagnostic tool*, Washington D.C., 2010; si veda anche il rapporto a cura di N. HELBERGER - O. LYSKEY - H.-W. MICKLITZ - P. ROTT - M. SAX - J. STRYCHARZ, *EU Consumer Protection 2.0. Structural asymmetries in digital consumer markets*, BEUC, Brussels, Marzo 2021, p. 94 e ss., dove vengono evidenziati ad esempio i problemi dello sfruttamento dei *bias* cognitivi dei mutuatari, gli effetti potenzialmente discriminatori dei prezzi basati sul rischio resi possibili dal *credit scoring* su larga scala e, più in generale, i rischi derivanti dalle asimmetrie strutturali nei mercati digitali dei consumatori (compresi i problemi di equità e discriminazione derivanti da prezzi personalizzati e marketing individualizzato).

può leggere l'attenzione rivolta agli istituti bancari ed al loro ruolo anche di intermediazione nell'attuazione delle politiche sul credito.

L'ultima considerazione appena fatta induce ad una terza osservazione: la tendenza ad utilizzare intermediari (banche) anche quando si tratta di intervenire direttamente con misure autoritative nel mercato del credito, con possibili conseguenze di tipo sistemico.

Gli intermediari infatti non sono attori neutrali sul mercato del credito e sono vincolati da parametri di carattere prudenziale. Il loro ruolo, quale *longa manus* del potere esecutivo, di implementazione dei piani d'azione governativi e delle politiche specifiche sull'accesso al credito, soprattutto quando queste politiche mirano a facilitarne l'accesso, può avere conseguenze sulla solidità a lungo termine di quegli stessi istituti di credito⁹.

2. Politiche di accesso al credito tra pubblico e privato e ruolo degli intermediari bancari

Per analizzare il ruolo degli intermediari bancari nei contesti emergenziali è nuovamente interessante confrontare le crisi scaturite nel 2008 e nel 2020, seppure per cause e con effetti tra loro diversi.

Innanzitutto, in entrambi i casi, le politiche governative si sono concentrate sulle banche e sulle loro pratiche di prestito. Durante la crisi dei *subprime* del 2008 e la successiva crisi del debito sovrano del 2011 le banche furono messe sotto osservazione, attirando forti critiche per il loro ruolo nell'origine della crisi. Le riforme successive, come ricordato in precedenza, hanno agito sulla gestione del rischio di credito degli istituti di credito e sugli standard prudenziali loro richiesti. Ciò ha comportato, tra le altre conseguenze, parametri di valutazione più severi prima della concessione di prestiti, con una crescente importanza delle procedure di valutazione del merito creditizio dei mutuatari (evidente anche nel caso dei consumatori, con le disposizioni contenute ad esempio sia nella Direttiva europea sul

⁹ Cfr. A. BROZZETTI - E. CECCHINATO - E. MARTINO, *Supervisione bancaria e Covid-19*, in U. MALVAGNA - A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Sistema produttivo e finanziario post Covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità. Voci dal diritto dell'economia*, Pisa, 2021, a p. 170-171; 174.

credito al consumo¹⁰ e nella Direttiva sul credito ipotecario¹¹, sia nel *Dodd-Frank Act* statunitense¹²).

Durante l'emergenza dovuta al Covid19 le banche sono state ancora una volta al centro delle politiche, ma questa volta come intermediari preferiti (anche se non unici) per l'attuazione delle misure di emergenza¹³. È stata spesso richiamata l'affermazione fatta dal Presidente del Consiglio di vigilanza della BCE, secondo cui "A differenza della crisi finanziaria del 2008, oggi le banche non sono all'origine del problema. Dobbiamo però assicurare che possano essere parte della soluzione¹⁴".

Le misure riguardanti il settore bancario in Europa, sotto l'egida delle istituzioni europee (in particolare con il "Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19" della Commissione¹⁵) e regolate dalle linee guida della Banca centrale europea, dell'Autorità bancaria europea e del Comitato di Basilea, sono state adottate insieme a una serie di altre decisioni di politica economica aventi quattro macro-obiettivi: affrontare i bisogni derivanti dall'emergenza sanitaria; sostenere l'attività economica e l'occupazione; preservare la stabilità monetaria e finanziaria; e preparare il terreno per la ripresa¹⁶. Queste includono la sospensione temporanea del Patto di Stabilità, la flessibilità negli aiuti di Stato e l'approvazione di strumenti come il sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione in un'emergenza (*SURE*) ed il Piano per la ripresa dell'Europa (*Recovery plan*).

Con riferimento più specificamente alle attività di prestito e di

¹⁰ Direttiva 2008/48/EC del Parlamento europeo del 23 April 2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori, in *GU L133*, 22.5.2008, p 66, articolo 8; Cfr. anche l'articolo 18 della Proposta di Direttiva relativa ai crediti al consumo del 30.6.2021 (COM (2021) 347 final).

¹¹ Direttiva 2014/17/EU del Parlamento europeo del 4 febbraio 2014 in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, in *GU L60*, 28.2.2014, p 34, articolo 18.

¹² Title XIV, Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, 15 U.S.C. § 1639(c) - Dodd-Frank Act § 1411.

¹³ È interessante notare che nel caso del piano di emergenza italiano, il cosiddetto Decreto cura Italia (d.lgs n. 18/2020), contiene un capitolo (titolo III) intitolato "Misure a sostegno della liquidità attraverso il sistema bancario".

¹⁴ Andrea Enria, Presidente del Consiglio di vigilanza della BCE, Editoriale pubblicato il 1 aprile 2020 (accessibile all'indirizzo <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/interviews/date/2020/html/ssm.in200401-c19a2ad1ed.it.html>).

¹⁵ Comunicazione della Commissione del 20 marzo 2020 (2020/C 91 I/01).

¹⁶ Cfr. C.V. GORTSOS, *The response of the European Central Bank to the current pandemic crisis: monetary policy and prudential banking supervision decisions*, EBI Working Paper Series n.68/2020, p. 3.

accesso al credito quali strumenti per il supporto al finanziamento delle attività produttive, le autorità di regolazione e di vigilanza bancaria hanno autorizzato disposizioni relative alla stabilità finanziaria che consentono, entro limiti stabiliti, la deroga di molte di quelle stesse regole che erano state adottate all'indomani della crisi finanziaria globale. La crisi dovuta al Covid-19 ha colpito infatti quando sarebbero dovute entrare in vigore una serie di misure adottate nel maggio 2019 e note come “nuovo pacchetto bancario”¹⁷, che inaspriscono ulteriormente alcuni parametri in termini di requisiti di capitale e risoluzione bancaria. È stato rilevato che la scelta di attuare i provvedimenti con l'aiuto degli istituti bancari è stata resa possibile proprio perché quegli stessi istituti bancari erano stati rafforzati da riforme importanti (e tuttora in corso) attuate dopo la crisi finanziaria del 2008¹⁸.

Le citate misure di deroga approvate nei primi mesi del 2020 comprendono dunque una flessibilità nell'applicazione della regolamentazione bancaria micro-prudenziale e l'autorizzazione all'uso eccezionale delle riserve di capitale prudenziale¹⁹. Le disposizioni hanno inciso sull'accesso al credito sia

¹⁷ Il cd. *new banking package* dell'Unione europea (comprendente nuove regole del Comitato di Basilea) è stato approvato nel maggio 2019 con modifiche alla Direttiva sui requisiti patrimoniali e al Regolamento sui requisiti prudenziali (tramite i cosiddetti CRD5/CRR2 (Direttiva 2019/878 e Regolamento 2019/876), alla Direttiva sul risanamento e la risoluzione delle banche (tramite la Direttiva 2019/879) e al Meccanismo di risoluzione unico (tramite il Regolamento 2019/877). L'entrata in vigore di questo pacchetto (insieme a quella delle nuove regole di Basilea III) è stata tuttavia sospesa a causa crisi provocata dalla pandemia di Covid19 nel 2020. Cfr. BROZZETTI - CECCHINATO - MARTINO, *Supervisione bancaria e Covid-19*, cit., a p 165 e ss.

¹⁸ A. BROZZETTI - E. CECCHINATO - E. MARTINO, *Supervisione bancaria e Covid-19*, cit., a p 167.

¹⁹ La BCE, avvalendosi della “flessibilità” consentita sulla base del Regolamento UE 575/2013 relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento (CRR) e della Direttiva 2013/36/UE sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento (CRD IV) ha adottato misure sul capitale temporaneo e sullo sgravio operativo (attenuando alcuni *buffer* e adattando la composizione di specifici requisiti patrimoniali); ha consentito flessibilità nel trattamento degli *NPL* e norme transitorie sul principio contabile internazionale IFRS 9; ha raccomandato un divieto temporaneo di pagamento dei dividendi da parte degli istituti di credito. Cfr. C.V. GORTSOS, *The response of the European Central Bank to the current pandemic crisis: monetary policy and prudential banking supervision decisions*, cit. a p 15 e ss. Per una panoramica, cfr. BCE, “Our response to the coronavirus pandemic” (accessibile all'indirizzo <https://www.ecb.europa.eu/home/search/coronavirus/html/index.en.html>); EBA, “Our response to Coronavirus (Covid-19)” (<https://www.eba.europa.eu/coronavirus>) e EBA “Guidelines on legislative and non-legislative moratoria on loan repayments applied in the light of the COVID-19 crisis” (aprile 2020); cfr. anche le misure adottate dal Comitato di Basilea per alleviare l'impatto del Covid-19 (<https://www.bis.org/press/p200403.htm>).

con tassi di interesse agevolati, sia adottando misure di *forbearance* (anche se non classificabili come tali²⁰) nei confronti dei debitori attraverso moratorie sui pagamenti in corso e procedure semplificate - comprese le valutazioni del merito creditizio - per la concessione di nuovi prestiti (con l'intervento dello Stato come garante)²¹. Il contenuto di queste misure, che devono essere eseguite da intermediari, induce una ulteriore e conclusiva osservazione riguardante l'impatto di questi provvedimenti sul diritto dei contratti.

3. *Il ruolo del diritto privato*

L'attuazione delle politiche richiamate è affidata principalmente al diritto contrattuale privato. Le diverse norme e raccomandazioni emanate per garantire i flussi di credito alle imprese e alle famiglie incidono infatti direttamente sulla fase precontrattuale e sul contenuto sostanziale dei contratti di prestito ancora da concludere, oltre a introdurre deroghe sui contratti di prestito in vigore.

Se da un lato non c'è nulla di inaudito in questa forma di regolamentazione dei contratti, il ruolo specifico degli intermediari scelti - banche e istituti di credito - può tuttavia portare a specifiche fonti di "tensione" che possono essere individuate se si esaminano i diversi interessi sottesi ai contratti di prestito.

Ogni volta che vengono infatti adottate misure che incidono sull'accesso al credito, sia che esse implicino un accesso "facilitato" al credito o, al contrario, una restrizione nella concessione di prestiti, c'è spesso un disallineamento tra l'autonomia contrattuale privata di prestatori e mutuatari da una parte, e la sfera pubblica (che mira alla stabilità finanziaria e sistemica, allo sviluppo dei mercati del credito e/o all'inclusione finanziaria dei consumatori)

²⁰ Cfr. EBA, Guidelines on legislative and non-legislative moratoria on loan repayments applied in the light of the COVID-19 crisis (consolidated version 2.12.2020), n. 10-14

²¹ Questi provvedimenti fanno parte delle misure di politica monetaria adottate dalla BCE, tra cui una serie di decisioni a sostegno dei prestiti bancari alle piccole e medie imprese (Decisione BCE 2020/407 del 16 marzo 2020) e alle famiglie e alle imprese (Decisione BCE 2020/614 del 30 aprile 2020), che hanno fornito la base per le misure nazionali citate. Si veda, per una panoramica dettagliata delle misure, C.V. GORTSOS, *The response of the European Central Bank to the current pandemic crisis: monetary policy and prudential banking supervision decisions*, cit., a p. 7 e ss.; C. BRESCIA MORRA, *Lending activity in the time of coronavirus* in W.G. RINGE - C. GORTSOS (a cura di), *Pandemic Crisis and Financial Stability*, EBI e-Book Series, 2020, a p. 394 e ss.

dall'altra²². I contrasti possono diventare particolarmente esacerbati quando si introducono misure nuove o derogatorie alla legislazione esistente per far fronte alle conseguenze economiche di un'emergenza, agendo direttamente sul funzionamento del mercato con potenziali interferenze sulla sua stabilità. Si può spiegare così anche l'attenzione che le politiche di accesso al credito attirano non solo da parte degli operatori, ma anche dell'opinione pubblica; le politiche hanno un impatto visibile e ben percepito sull'accesso al capitale delle imprese; sull'inclusione (o esclusione) finanziaria e sociale degli individui e delle famiglie; e sul sistema bancario.

Ci sono almeno tre prospettive dalle quali si può esaminare un contratto di prestito e che evidenziano potenziali frizioni, specialmente quando il mutuatario è un consumatore. Un contratto di credito è innanzitutto una relazione contrattuale privata tra un prestatore e un mutuatario, con una naturale contrapposizione di interessi tra le parti. Qualsiasi misura a favore di un debitore che miri a promuovere l'accesso al credito (anche in un contesto temporaneo, di emergenza), fa nascere da un lato un'aspettativa o anche un potenziale "diritto" al credito del richiedente mutuatario (per esempio uno che soddisfi i requisiti formali stabiliti nelle disposizioni specifiche di sostegno alle imprese o alle famiglie, o che rientri in alcune categorie di mutuatari vulnerabili o socialmente esclusi oggetto di apposite politiche inclusive). Questo può tuttavia entrare in conflitto con la libertà contrattuale e di impresa del prestatore (anche questa riconosciuta

²² Se generalmente la crescita la crescita dell'offerta di credito (cioè la volontà dei prestatori di estendere il credito a condizioni migliori o a classi di mutuatari precedentemente escluse dai mercati del credito) dipende da una serie di fattori, come i progressi tecnologici, una maggiore concorrenza sul mercato del credito o le politiche governative, l'aumento dell'offerta di credito non è tuttavia senza conseguenze a livello sistemico e può avere un impatto sulla stabilità finanziaria (G. DONADIO - A. LEHNERT, *Residential Mortgages*, in A. N. BERGER - P. MOLYNEUX - J.O.S. WILSON, *The Oxford Handbook of Banking*, 2 ed., 2015, Oxford, p. 326, a p. 346). Per esempio, la cartolarizzazione aumenta l'offerta di credito, ma un disallineamento degli incentivi può influire sulla stabilità del sistema finanziario. Inoltre, un aumento dell'accesso al credito coinvolge un numero crescente di soggetti, alcuni dei quali erano precedentemente esclusi dal credito. Questi sono però gli stessi soggetti più fragili, che possono essere bersaglio di pratiche di cd. prestito predatorio, e che possono essere più facilmente colpiti dal sovraindebitamento; i soggetti finanziariamente fragili sono spesso tra i primi ad essere toccati dalla stretta creditizia che segue le crisi sistemiche. Quando, come conseguenza di crisi di forte impatto (per esempio la crisi finanziaria globale del 2007-2008, o la crisi pandemica del Covid-19 nel 2020), c'è un'impennata dei prestiti in sofferenza, l'offerta di credito si riduce a meno che non vengano prese misure esterne, tra cui per esempio misure per liberare gli istituti di credito dagli *NPL* nei loro bilanci e permettere loro di riprendere l'attività di prestito. A meno che, e fino a quando, questo non accada, le crisi possono provocare una riduzione del capitale complessivo disponibile per i prestiti che tende ad escludere i mutuatari più fragili.

come libertà fondamentale in molte Costituzioni nazionali e nelle Carte internazionali).

A ciò si aggiungono i problemi relativi al contenuto sostanziale di un contratto di prestito, quali in particolare i tassi di interesse e le condizioni contrattuali applicate al singolo contratto. Non a caso i contratti di credito dei consumatori (il credito al consumo e il credito ipotecario) sono dettagliatamente regolamentati non solo con riguardo alla fase precontrattuale, attraverso il paradigma informativo, ma anche per quanto riguarda le condizioni sostanziali del prestito inserite nel contratto²³. È proprio in questa prospettiva che una delle principali questioni affrontate quando si analizzano le politiche di accesso al credito riguarda non tanto l'accesso in quanto tale, bensì l'accesso ad un credito "sostenibile" e a condizioni "equie"²⁴.

La concessione di un prestito o di un credito ipotecario tuttavia trascende la mera sfera contrattuale privata di un debito e di un credito. L'estensione del credito dipende infatti da una valutazione preventiva della situazione finanziaria del consumatore (affidabilità creditizia, capacità di pagamento, adeguatezza, e così via). Il rispetto di questo requisito risponde a due funzioni correlate: l'osservanza dei requisiti prudenziali per i prestatori e la prevenzione del sovra-indebitamento dei mutuatari. La cogenza del requisito e l'impatto della valutazione sulla successiva decisione dei prestatori di concedere il credito introducono quindi ulteriori elementi di potenziale attrito tra le controparti contrattuali²⁵.

C'è un ulteriore aspetto da considerare quando si guarda ai singoli consumatori mutuatari. Per questa categoria, l'accesso a beni e servizi che sono considerati fondamentali e che ricevono un riconoscimento a livello costituzionale spesso passa da (ed è condizionato alla concessione di)

²³ Basti richiamare ad esempio le due Direttive sul credito al consumo (Direttiva 2008/48/CE) e sul credito ipotecario (Direttiva 2008/48/CE) nel diritto europeo; o il *Dodd Frank Act* del 2010 e il *Truth in Lending Act* del 1968 (15 U.S.C. § 1601 et seq.) nel diritto statunitense.

²⁴ Si veda ad esempio *ex multis* G. HOWELLS, *Seeking Social Justice for Poor Consumers*, in I. RAMSAY (a cura di), *Consumer Law in the Global Economy*, Dartmouth, 1997, a p. 266 e ss., che introduce, ancor prima dell'impatto devastante della crisi finanziaria globale del 2007-2008, argomenti sul "benessere" dei mutuatari (soprattutto di quelli fragili e/o a basso reddito spesso presi di mira dal credito ad alto costo), di cui i prestatori dovrebbero tenere conto.

²⁵ Sulla vincolatività della valutazione del merito creditizio e sul problema del cd. "obbligo di diniego" (del credito), sia consentito rinviare a N. VARDI, *Framing Duties of Responsible Credit Policies in EU Law*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2/2019, 471, a p. 494 e ss e alla letteratura ivi citata.

finanziamenti. Basti pensare, ad esempio, all'accesso alla casa attraverso il credito ipotecario; all'accesso all'istruzione attraverso i prestiti agli studenti; o all'accesso ai servizi sanitari attraverso le assicurazioni sulla salute private²⁶.

Ne consegue che l'accesso al credito in questi casi ha implicazioni più ampie, o meglio, in una prospettiva inversa, il diniego del credito preclude l'accesso a certi diritti fondamentali e ha ulteriore rilevanza in termini di esclusione finanziaria e (conseguentemente) sociale degli individui. L'efficacia delle politiche volte a garantire l'accesso al credito, come mezzo per accedere ad ulteriori diritti, diventa di fondamentale importanza. È in questa prospettiva che si può immaginare una dimensione negativa e una positiva dell'accesso al credito: la dimensione negativa può essere identificata con le politiche contro la discriminazione, mentre la dimensione positiva si riferisce alle politiche volte all'inclusione finanziaria e sociale. Di qui l'importanza e l'attenzione dell'azione pubblica quando interviene nel regolare l'accesso al credito.

Se tutto ciò significa che le decisioni se concedere o negare un prestito incidono su un ampio spettro di diritti che vanno al di là del contratto

²⁶ Il diritto all'abitazione, per esempio, ha ricevuto una costituzionalizzazione multilivello non solo nei sistemi giuridici nazionali, ma anche a livello sovranazionale (attraverso la CEDU e il diritto privato dell'UE), dove è affrontato indirettamente attraverso la regolamentazione di altri settori del diritto privato europeo come il credito al consumo, il credito ipotecario e le clausole abusive nei contratti (cfr. I. DOMURATH - C. MAK, *Private Law and Housing Justice in Europe*, in 83 *Modern Law Review* 1188, 2020, a p. 1189). Il diritto all'abitazione è stato invocato nella giurisprudenza della CGUE che si occupa, non a caso, di procedimenti di esecuzione ipotecaria, soprattutto in riferimento alla loro compatibilità con l'effettiva protezione dei consumatori ai sensi della Direttiva 93/13 sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori (ovvero se nelle procedure di sfratto ipotecario i consumatori abbiano rimedi procedurali efficaci e se possano invocare l'invalidità di alcune condizioni del contratto di mutuo ipotecario sottostante). Cfr. causa C-415/11 *Mohamed Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, 14 marzo 2013, EU:C:2013:164; causa C-169/14, *Juan Carlos Sánchez Morcillo e María del Carmen Abril García c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, 17 luglio 2014, EU:C:2014:2099; CGUE causa C-34/13 *Monika Kušionová c. SMART Capital*, 10 settembre 2014, EU:C:2014:2189; CGUE causa C-407/18 *Aleš Kuhar c. Addiko Bank d.d.*, 26 giugno 2019 e CGUE cause riunite C-70/17 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria SA c. Alberto García Salamanca Santos e Bankia SA c. Alfonso Antonio Lau Mendoza*, del 26 marzo 2019). Sul significato di questo filone di casi della CGUE nel promuovere una "giustizia inclusiva" indiretta per consumatori e PMI, si veda E. NAVARETTA, *Principi dell'Unione europea, politiche economiche e diritto privato*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale* n. 2/2020, p. 409, a p. 430 e ss. Per una ricostruzione sull'evoluzione e sul significato del diritto all'abitazione, anche con riferimento al credito ipotecario, si veda anche M.C. PAGLIETTI, *Percorsi evolutivi del diritto all'abitazione*, in *Rivista di diritto privato*, 1/2008, p. 5.

individuale, e se si comprendono gli effetti che possono avere sulla comunità (ancora una volta basti pensare all'impatto della carenza di alloggi sul tessuto sociale), c'è un terzo aspetto che richiede considerazione e che riguarda la posizione e gli obblighi dei prestatori. Le decisioni di questi ultimi, come ricordato in precedenza, non sono completamente svincolate in quanto ottemperano a norme prudenziali imposte da cautele di stabilità sistemica. Pertanto, se le tecniche di gestione del rischio di credito rispondono normalmente alla necessità di rispettare queste norme, l'introduzione di misure speciali -derogatorie- in una congiuntura di emergenza può mettere in pericolo determinati meccanismi di equilibrio.

Questo è evidente, per esempio, con le citate misure temporanee sugli *NPL* adottate nel quadro dei provvedimenti per far fronte al Covid-19; l'eventuale termine delle sospensioni potrà rivelarsi complicata dal rischio di un accumulo di crediti deteriorati nei bilanci delle banche in seguito ad un periodo caratterizzato dall'aumento della domanda di credito da parte di imprese e famiglie²⁷.

Se un allentamento di alcuni requisiti obbligatori (per esempio sulle riserve di capitale e di liquidità per le banche) non incide di per sé sulla libertà contrattuale dei prestatori, può comportare, se prolungato, il cosiddetto effetto *boomerang* che molti hanno segnalato²⁸.

La "pressione" (questa volta al di là della contrapposizione tra le parti) è visibile ancora una volta nell'esempio dell'obbligo di valutazione del merito creditizio dei mutuatari. Da un lato questo dovere risponde, come evidenziato in precedenza, alla gestione prudenziale del rischio di credito da parte degli istituti bancari (esigenze di stabilità sistemica). Dall'altro, alcune delle misure nazionali adottate con la legislazione di emergenza durante il Covid-19 hanno previsto una procedura di valutazione di meritevolezza del credito semplificata. Il Decreto cd. "Cura Italia" (d.lgs. n. 18/2020) ad esempio ha introdotto all'articolo 56 una valutazione semplificata del merito di credito per le PMI che soddisfano determinati requisiti al fine di ottenere una moratoria sui pagamenti. Questa specifica disposizione ha

²⁷ C.V. GORTSOS, *The response of the European Central Bank to the current pandemic crisis: monetary policy and prudential banking supervision decisions*, cit., a p. 20

²⁸ A. BROZZETTI - E. CECCHINATO - E. MARTINO, *Supervisione bancaria e Covid-19*, cit., a p. 170; si veda anche P. ROSSI, "La sfida della gestione (condivisa o autogestita?) degli effetti tossici del Covid-19 sul sistema bancario europeo e nazionale", in U. MALVAGNA - A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Sistema produttivo e finanziario post Covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità. Voci dal diritto dell'economia*, cit., p. 193 e ss.; M. MAGGIOLINO, *Le esposizioni deteriorate ai tempi della pandemia*, in A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Sistema produttivo e finanziario post Covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità. Voci dal diritto dell'economia*, cit., p. 200-201.

attirato l'attenzione e le critiche con riferimento a quanto sia effettivamente richiesto alle banche e sulla compatibilità di tali disposizioni con le Linee guida (sebbene non vincolanti) adottate dall'EBA nell'aprile 2020 sulle moratorie legislative e non legislative sui rimborsi dei prestiti applicate alla luce della crisi Covid-19²⁹.

È evidente in questa congiuntura la tensione tra l'obbligo di implementazione delle misure di emergenza, la necessità di mantenere una struttura finanziaria solida degli intermediari, e l'autonomia contrattuale nella conclusione di ogni nuovo contratto di prestito. Ciò è tanto più problematico se si considera che mentre le misure di emergenza adottate sono destinate ad essere temporanee, gli effetti sui bilanci (e sulla stabilità) degli istituti bancari derivanti da una crescita dei crediti deteriorati saranno verosimilmente di lungo termine³⁰.

4. *Qualche osservazione conclusiva*

È proprio con riferimento agli effetti di lungo periodo delle misure finora ricordate che si possono fare alcune osservazioni conclusive. Ci si può chiedere innanzitutto se la scelta di intervenire attraverso gli intermediari sia una scelta efficiente e sostenibile nel lungo periodo e se le misure adottate lasceranno traccia (e quale) sull'attività creditizia e sui contratti di credito oltre il contesto emergenziale. La maggior parte delle disposizioni approvate nell'immediata concomitanza del diffondersi della pandemia sono state espressamente etichettate e intese come misure temporanee. Da un lato, però, la crisi economica è lungi dall'essere finita dato che la pandemia, nel momento in cui si svolgono queste riflessioni, continua a imperversare e a causare disagi a diversi livelli a molti settori dell'economia reale e alle famiglie. Ci sono forti aspettative che molte delle disposizioni saranno estese o rinnovate. Al di là dell'impatto prevedibile che le misure prolungate avranno dal punto di vista sistemico (cioè l'accumulo di prestiti

²⁹ Cfr. M. CONDEMI, *Il 'merito creditizio' nel contesto normativo conseguente alla pandemia da Covid-19*, in U. MALVAGNA - A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Sistema produttivo e finanziario post Covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità. Voci dal diritto dell'economia*, cit., a p. 237-238 e p. 242; sul ruolo e le funzioni richieste alle banche in questa contingenza, si veda C. BRESCIA MORRA, *Lending activity in the time of coronavirus*, cit., a p. 395-396; e a p. 402, che evidenzia come le misure emergenziali non abbiano alterato il ruolo e le attività richieste alle banche (anche nella valutazione del merito creditizio dei mutuatari).

³⁰ C. BRESCIA MORRA, *Lending activity in the time of coronavirus*, cit., a p. 396.

in sofferenza), c'è un'altra questione interessante dal punto di vista giuridico. Vale a dire, se certi meccanismi semplificati (in termini di procedura) di accesso ai prestiti per conto di imprese o individui continueranno a caratterizzare i contratti di prestito; e se sì, come ciò sarà compatibile con il quadro normativo faticosamente approvato nel decennio circa intercorso tra la crisi finanziaria globale del 2008 e la deflagrazione della crisi da Covid-19.

Strettamente legata, è la questione se le disposizioni adottate in un contesto di emergenza possano aver gettato le basi non di un'instabilità futura, bensì di un nuovo *modus agendi* - che continui a fare affidamento sugli intermediari e con tutti i bilanciamenti necessari per evitare effetti distorsivi - per l'attuazione di politiche di accesso al credito volte a combattere l'esclusione finanziaria. Oppure, come scenario opposto, se gli effetti a lungo termine della deroga agli standard prudenziali porteranno a una stretta sul credito una volta terminate le misure eccezionali. In questa seconda ipotesi, a essere colpiti duramente sarebbero prima di tutto le categorie di mutuatari più fragili.

ABSTRACT

Access to credit, with its multiple implications in terms of financial and social inclusion (the latter especially when consumers are involved), has been subject to important interventions at the outbreak of the Covid-19 pandemic crisis. The paper examines the impact of these 'emergency' measures on the existing framework of private law regulating loans and the opposition of interests which follow from the adoption of these policies. It also evaluates more in general the role of financial institutions as actors, often on behalf of the State, in the governance of emergency situations.

COMMERCIAL AND COMPANY LAW

Sabrina Bruno*

International Corporate Law and the Emergency of Climate Change

SUMMARY: 1. Introduction – 2. The Emergency of International Corporate Law (“ICL”) with reference to climate change – 3. Characteristics of ICL with reference to climate change – 4. ICL and its implementation in the various jurisdictions – 5. ICL and different implementations: final considerations.

1. *Introduction*

This paper shows that, with reference to the emergency of climate change, is possible to identify, looking at jurisdictions worldwide, the so-called International Corporate Law (“ICL”). The characteristics of ICL with reference to climate change will be identified and analyzed. Final considerations will evaluate whether, in this field, ICL may replace hard or soft law in addressing such global emergency in an efficient way.

2. *The Emergency of ICL with reference to climate change*

The emergency arising from climate change has recently brought at the forefront international actors to deal with it, namely scientists, international finance and international organizations. Scientists’ research was at the basis of the United Nations IPCC’s Special Report released in October 2018 and emphasizing the urgent necessity to keep global warming even below 1.5°C as – if failing – the consequences would be worse than expected¹. In June 2017, the Task Force on Climate-related Financial Disclosures (“TCFD”), established by the G20’s Financial Stability Board, published

* Full Professor of Comparative Private Law at University of Calabria and Luiss G. Carli, Phd., M.Litt. (Oxon).

¹ INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (“IPCC”), *Global Warming of 1.5°C. Summary for Policymakers*, 6 October 2018, at <https://www.ipcc.ch/sr15/>.

Recommendations to foster financial institutions and companies to disclose clear, comparable and consistent information on climate-related risks and opportunities in order to correctly price assets' values². With particular reference to the governance of corporations, the World Economic Forum issued in 2019 eight Principles containing both theoretical and practical provisions on: climate accountability, competence, governance, management, disclosure and dialogue. The Principles address boards of directors belonging to jurisdictions worldwide and can be considered a melting pot of diverse solutions in terms of contents of directors' duties and responsibilities³. The same institution launched in 2017 the Climate Governance Initiative addressing non-executive directors around the world in order to increase their awareness and expertise with reference to climate change by focusing on directors' role in the long-term stewardship of the companies⁴. The core mission of the Climate Governance Initiative, as explained in its Charter, is to promote the implementation of the above-mentioned WEF Principles and the role of non-executive directors as advocates for the adoption of a Paris-aligned climate transition strategy by companies by setting up Chapters at national level that support boards of directors to form networks committed to share knowledge and expertise with reference to risks and opportunities related to climate change⁵. Even more recently, in 2021 IFRS Foundation launched a public consultation on Sustainability Reporting where the main aim is to address climate change disclosure and make it more consistent and comparable around the world by possibly creating a Sustainability Standards Board to become a global standard-setter body⁶. At the same time international finance, namely the Network for Greening the Financial System ("NGFS"), established in 2017 among central bankers and supervisors and representing five continents, has been aiming to accelerate the work of central banks and supervisors

² TASK FORCE ON CLIMATE-RELATED FINANCIAL DISCLOSURES ("TCFD"), *Recommendations of the Task Force on Climate-related Financial Disclosures. Final Report*, June 2017, ii *et seq.*, at <https://www.fsb-tcf.org/publications/>.

³ WORLD ECONOMIC FORUM, *How to Set Up Effective Climate Governance on Corporate Boards. Guiding Principles and Questions*, 2019, at <https://www.weforum.org/whitepapers/how-to-set-up-effective-climate-governance-on-corporate-boards-guiding-principles-and-questions>. For an analysis see: S. BRUNO, *The World Economic Forum Principles on "Climate Governance on Corporate Boards": Can Soft Law Help to Face Climate Change Around the World?*, in *Corporate Governance and Research & Development Studies*, 2019, p. 37-55.

⁴ See <http://climate-governance.org>. The Initiative will set up 20 local Chapters by the end of 2021 belonging to all continents.

⁵ *Ibidem*.

⁶ See www.ifrs.org/projects/open-for-comment/.

on climate and environmental risk and on scaling up green finance⁷. In addition, various associations of institutional investors have been promoting disclosure and consideration of climate-related risks and opportunities in portfolio companies (e.g. the subscribers to the UN Principles of Responsible Investment, the Carbon Disclosure Project, the Science Based Targets, the We Mean Business). The most recent agreements were reached by the insurance and the banking industries under the auspices of the United Nations in 2021: the Net-Zero Insurance Alliance, that brings together eight of the world's leading insurers and reinsurers who pledged to play their part in accelerating the transition to a net zero economy by individually committing to reach net-zero greenhouse gas emissions in their underwriting portfolios by 2050⁸; and the Net-Zero Banking Alliance that brings together banks worldwide representing over 40% of global banking assets which are committed to aligning their lending and investment portfolios with net-zero emissions by 2050 with an intermediate target for 2030 or sooner using robust, science-based guidelines⁹.

In other words, what has been defined, in general, International Corporate Law ("ICL") is emerging to deal with, among other issues, this insurgent emergency, climate change. By this definition, "the body of corporate governance rules and standards produced by international organizations, standard setters, and international agreements"..." is meant; the characteristics is not only that "ICL (like all forms of international law) escape coercive enforcement, but it has also largely eschewed the traditional modes of "hard" international law in the form of treaties or customary international law. Instead, ICL relies primarily on soft, decentralized, and highly networked forms of international coordination and standard setting that characterize "the new world order"¹⁰. Even if not law, in this sector, its role in shaping climate corporate governance and, in some instances, corporate or financial regulation has been fundamental.

It is not the first time that international actors and finance do promote a global convergence on corporate governance. The actors that in the past 30 years have contributed to a global governance through the widespread adoption of corporate governance reforms have been: the IMF, the World Bank and the Organization for Economic Development (OECD) and, in the aftermath of the global financial crisis of 2007-09, the same Financial

⁷ See <https://www.ngfs.net/en>.

⁸ See <https://www.unepfi.org/net-zero-insurance/>.

⁹ See <https://www.unepfi.org/net-zero>.

¹⁰ See M. PARGENDLER, *The Rise of International Law, Working Paper N°. 555/2020*, in http://ssrn.com/abstract_id=3728650, p. 6.

Stability Board empowered by the G-20 group of national leaders¹¹. With reference to both climate change and corporate governance in general one conclusion is that the convergence, pushed through global governance, was motivated by financial stability concerns¹². The novelty with ICL on climate is that scientists add up to the international and financial actors.

3. *The characteristics of ICL on climate change*

International Corporate Law on climate change – even though developed by different bodies or institutions and along several years - has been built around two common notions which are based on research made by scientists and economists: climate change is mainly anthropogenic and is a financial risk. It is anthropogenic because humans are increasingly influencing the earth's temperature by burning fossil fuels, cutting down forests and killing biodiversity all of which add amounts of greenhouses gases in the atmosphere and cause global warming; therefore only a sharp change in human activity can reduce such effects¹³. It is a financial risk because of the possible negative influence on the value and profitability not only of fossil fuels companies that could be impaired as consequence of environmental policy and regulations – the amount of fossil fuels in reserves cannot be burned in the medium-long term otherwise there would be a catastrophe – but also of almost all other industries (e.g. transportation, food, tourism, fashion, banking, insurance, etc.) because of the *physical impacts* of climate change (direct and indirect damage to a company's assets and employees as consequence of extreme weather events, i.e. cyclones, hurricanes, floods, sea level rise etc.) and of the *transition* to a lower-carbon (or a net-zero, as more recently claimed) economy which implies addressing, starting from

¹¹ See R.N. GORDON, *Convergence and Persistence in Corporate Law and Governance, Working Paper N° 370/2017*, in *ECGI Working Paper Series in Law*, p. 18 *et seq.*, 23

¹² With reference to corporate governance in general it is R.N. GORDON, *Ivi*, p. 23 who motivates convergence push, through global convergence, by financial stability.

¹³ With reference to human influence, see extensively: INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (“IPCC”), *Climate Change 2021. The Physical Science Basis*, at https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_Full_Report.pdf, p. 5 ff. The characteristic of being a financial risk arose in economic studies since the 80's (see S. BRUNO, *Climate Corporate Governance: Europe vs. USA?*, in *European Company and Financial Law Review*, 2019, p. 687). In 2019 it was made clear that climate change is a financial systemic risk by the Network of Central Banks and Supervisors for Greening the Financial System (NGFS) mentioned above in the text.

now, mitigation and adaptation requirements to meet extensive policy, legal, fiscal, technology and market changes¹⁴. The transition to a net-zero carbon economy recently received major attention after the publication by the International Energy Agency of the model for a feasible pathway to net-zero GHG emissions by 2050 which means undertaking significant changes in energy generation, transport, infrastructure etc. by 2030, including an immediate stop on all new fossil fuel exploration and development¹⁵.

4. ICL and its implementation in the various jurisdictions

These two common notions, i.e. climate change is mainly anthropogenic and is a financial risk, have been emerging around the world through ICL, despite original differences among the various jurisdictions arising from legal background, political or religious dimensions, different ownership structure. The legal instruments (hard vs. soft law) to implement ICL though vary enormously. European legislation has been and is at the forefront worldwide in addressing climate change by hard law but it was influenced by ICL itself: relevant documents underpinning European Directives and the various whereas to them clearly show references to economic and scientific studies on climate change and to the documentation mentioned in parag. 2 above; not to mention that the TCFD Recommendations have been specifically embedded in the Guidelines by the European Commission dated 2019 with reference to climate change, even though as recommendation to companies¹⁶. Europe adopted in 2018 the European Action Plan on Sustainable Growth to identify future legislative steps on climate change¹⁷ and imposed a disclosure obligation on large corporations (non-financial corporations with over 500 employees) and banks and insurance companies of any size in 2014. The latter obligation was defined by the *European Directive (EU) 2014/95*, also known as the Non-Financial Reporting Directive (the Directive) – in force since 2018 – and requires

¹⁴ See extensively S. BRUNO, *Climate Corporate Governance*, cit., p. 687 ff.

¹⁵ See INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, *Net Zero by 2050: A Roadmap for the Global Energy Sector*, May 2021, p. 20-21, at <https://www.iea.org/reports/net-zero-by-2050>.

¹⁶ EUROPEAN COMMISSION, *Guidelines on reporting climate-related information*, 17.6.2019 C(2019) 4490 final.

¹⁷ Regulation (EU) 2018/1999 of the European Parliament and of the Council on the Governance of the Energy Union and Climate Action planning 2030 targets and a transition to a climate neutral economy of 11 December 2018, L 328/1.

the publication, either in the management report or in a separate report, of information on the impact of corporate activity on, among other factors, “environmental matters”, i.e. the “short-term, medium-term and long-term implications” “based on the expected impact of science-based climate change scenarios on corporate strategies and activities”; this information is to be made available in the so-called “non-financial statement”. The Directive does not formally require adoption of disclosure policies in the non-financial statement, but in cases where corporations do not adopt any such policies, their non-financial statement “shall provide a clear and reasoned explanation for not doing so”¹⁸. The European Directive represents the most comprehensive legislation on climate change disclosure in the world and a Proposal to amend it (the Corporate Social Responsibility Directive) will make information on climate change more standardized and efficacious by mandatorily embedding the TCFD Recommendations in it¹⁹.

However also in the other continents, mainly financial regulators have started to address climate change in particular by requiring disclosure of climate related risks by corporations: the influence by the TCFD Recommendations is paramount. For example, in Malaysia, which is an Islamic country, on 30 April 2021, the Central Bank issued the Climate Change and Principle-based Taxonomy Guidance Document which acknowledges that climate change has significant impacts on the society, economy and financial system by causing three dimensions of risk: physical risk (damaged property, reduced productivity and disrupted trade), transition risk (changes in legislative and regulatory framework, shift in consumer and investor behaviour) and liability risk (legal risk and claims on damages and losses)²⁰. The Guidance Document also provides that it is imperative that financial institutions integrate climate change considerations in all aspects of their business strategies and that they play a pivotal role in accelerating their customers’ transition towards more sustainable practices in their business operations²¹. In addition, the Securities Commission issued the Guidelines on Conduct of Directors of Listed Corporations and their Subsidiaries dated 30 July 2020 (revised 12 April 2021) which reiterate the

¹⁸ Art.1(1) inserting Art.19a (1) EU Directive 2014/95.

¹⁹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No. 537/2014, as regards corporate sustainability reporting, April 2021, COM/2021/189 final.

²⁰ See BNM, Climate Change and Principle-based Taxonomy (30 April 2021), at <<https://www.bnm.gov.my/documents/20124/938039/Climate+Change+and+Principle-based+Taxonomy.pdf>> .

²¹ *Ivi*, paragraph 1.6.

duties provided by the Companies Act 2016 and further provides, under Chapter 5 on group governance (in force since 1st January 2021), that a listed corporation and its directors must establish and ensure that the group-wide framework on corporate governance include, amongst others, managing material sustainability risks²². Furthermore, Chapter 9 of the Main Market Listing Requirements (updated on 1st March 2021) issued by Bursa Malaysia Securities provides that listed corporations need to include a statement on how they manage material economic, environmental and social risks and opportunities (so called Sustainability Statement)²³. In the same continent, in Singapore, regulators are increasingly scrutinising financial institutions' and companies' responses (or lack thereof) to climate risks: in June 2020, the Monetary Authority of Singapore (MAS), a founding member of the NGFS, urged financial institutions to report the impact of material climate-related risks on their business and operations in accordance with international guidelines such as the TCFD recommendations²⁴. Another jurisdiction to consider is India (one of the main responsible of GHG emissions in the world) where, in August 2020, the Securities & Exchange Board (SEBI) required India's 1,000 largest companies to publish annually Business Responsibility and Sustainability Reports - starting from the 2021-2022 financial year - to state whether they have any strategies or initiatives in place to address climate change, as well as any ongoing projects related to the low-carbon economy²⁵. It must be however pointed out that, quite independently from ICL, it is already a specific duty of corporate directors to take into account the environment: under section 166(2) of the Indian *Companies Act* 2013, directors' duty to act in good

²² SECURITIES COMMISSION MALAYSIA, *Guidelines on Conduct of Directors of Listed Corporations and their Subsidiaries*, SC-GL/4-2020 (12 April 2021), 4, Paragraph 5.02, Chapter 5, at <https://www.sc.com.my/api/documentms/download.ashx?id=e5c77f58-2055-4d1c-82f2-79f552a67682>.

²³ BURSA MALAYSIA SECURITIES, *Sustainability Reporting Guide 2018* (edition) (2018), at [https://bursa-malaysia.s3.amazonaws.com/reports/Bursa%20Malaysia%20Sustainability%20Reporting%20Guide%20\(2nd-Edition\).pdf](https://bursa-malaysia.s3.amazonaws.com/reports/Bursa%20Malaysia%20Sustainability%20Reporting%20Guide%20(2nd-Edition).pdf).

²⁴ MAS, *Consultation Paper on Proposed Guidelines on Environmental Risk Management for Banks* (25 June 2020), at <https://www.mas.gov.sg/publications/consultations/2020/consultation-paper-on-proposed-guidelines-on-environmental-risk-management-for-banks>; MAS, *Consultation Paper on Proposed Guidelines on Environmental Risk Management for Insurers* (25 June 2020).

²⁵ SECURITIES AND EXCHANGE BOARD OF INDIA, *Consultation Paper on the format for Business Responsibility and Sustainability Reporting* (2020), at https://www.sebi.gov.in/reports-and-statistics/reports/aug-2020/consultation-paper-on-the-format-for-business-responsibility-and-sustainability-reporting_47345.html.

faith and best interests is explained as a duty “to promote the objects of the company for the benefit of its members as a whole, and in the best interests of the company, its employees, the shareholders, the community and *for the protection of environment*”. Furthermore, and consequently to the latter provision, in the annual reports Indian companies must address the company’s risk management policy and the means by which they identify and address risks that pose an existential threat to the company and how they approach energy conservation, and more particularly, use of alternative forms of energy and investments made in company energy conservation initiatives²⁶. Finally, within the duty of continuous disclosure, Indian companies shall publish material that include information arising from the impacts of climatic events, such as flooding and fires and on strategies and initiatives they have adopted “to address global environmental issues such as climate change, global warming, etc.” and also information about whether they “identify and assess potential environmental risks”²⁷. On the same continent, the Monetary Authority of Hong Kong has announced that corporations will be required to comply with TCFD Recommendations starting from 2025²⁸.

Another country to mention is Russia where there is no specific piece of regulation on the issue but, in 2014, the Bank of Russia approved the Corporate Governance Code, recommended but not mandatory for public companies, which provides for company directors the duty to: assess and take into account non-financial environmental risk; disclose additional information in the areas of social and environmental responsibility, in particular, on the company’s policies and management systems related to the environment; and include in annual reports information on the company’s policy in the field of environmental protection and environmental policy²⁹. In another continent, Australia, the securities regulator, ASIC, has recommended that listed companies disclose meaningful and useful climate risk-related information to investors, and strongly encouraged listed companies with material exposure to climate change to consider

²⁶ Companies Act (2013) section 134(3)(n) and (m).

²⁷ SECURITIES AND EXCHANGE BOARD OF INDIA, *Format for Business Responsibility Report (BRR)*, Circular CIR/CFD/CMD/10/2015 (4 November 2015), at https://www.sebi.gov.in/sebi_data/attachdocs/1446638214636.pdf;

¹D., LODR Regulations, Schedule III, Part A.

²⁸ See <https://mobile.reuters.com/article/us-hong-kong-regulator-climate-change-idUSKBN28R0Y5>.

²⁹ BANK OF RUSSIA, *Letter of the Bank of Russia “On the Corporate Governance Code”*, No.06-52/2463, 10 April 2014.

reporting voluntarily under the TCFD framework³⁰. Still in another continent, Brazil, the United Nations Framework Convention on Climate Change International Climate Change Agreement (Paris Agreement) was transformed into a federal law by means of Federal Decree No.9.073/2017 and the Constitutional Amendment Bill No.233/2019 was adopted aiming at including, in the Brazilian Federal Constitution, a provision stating that all economic activity in Brazil must be guided by the need to “promote climate stability, by usage of mitigating measures to prevent climate change and adapt to its negative effects”. In addition, with reference to listed companies, Rule No.480/09 of the Securities and Exchange Commission of Brazil (*Comissão de Valores Mobiliários – CVM*) establishes an obligation to disclose in their filings (i) risk factors related to environmental matters, (ii) the effects of regulation on the company’s environmental policy and compliance costs and (iii) information related to the company’s environmental policy. In addition, in South America, the Financial Markets Commission of Chile is going to amend General Rule N. 386 to require listed companies to disclose impact on the environment to be in force from 2022³¹.

Moving to another continent, in Canada, there is no specific piece of legislation on the issue yet. Still, a Canadian Securities Administrators (CSA) report states that despite the potential uncertainties and longer time horizon associated with climate change-related risks, boards and management should take appropriate steps to understand and assess the materiality of these risks to their business and should assess their expertise with respect to sector-specific climate-related risks, and increase that expertise, as necessary; it also suggests that the board asks itself whether directors have been provided sufficient information, including management’s materiality assessments in respect of the issuer’s climate-related risks, to appropriately oversee and consider management’s assessment of these risks³². On the same continent, the United States still lack specific regulation because of political choices made by the past administration and are at delay if compared to other jurisdictions³³. President Biden, however, emphasized climate change as part of both US foreign and domestic policy and the Securities and

³⁰ ASIC, *Report 593: Climate risk disclosure by Australia’s listed companies*, (September 2018), at <https://download.asic.gov.au/media/4871341/rep593-published-20-september-2018.pdf>.

³¹ COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO, *Estrategia de la Comisión para el mercado financiero para enfrentar el cambio climático*, September 2020, p. 26 ff.

³² CSA, *Staff Notice 51-358 Reporting of Climate Change-related Risks* (2019), p. 4, at <https://www.osc.gov.on.ca/en/SecuritiesLaw_csa_20190801_51-358_reporting-of-climate-change-related-risks.htm>.

³³ See S. BRUNO, *Climate Corporate Governance*, cit., p. 707 ff.

Exchange Commission is now expected to adopt climate change and ESG disclosure requirements³⁴.

5. ICL and different implementations: final considerations

The analysis conducted so far shows that the climate change emergency brought at the forefront scientists and financial actors; the latter made pressure to regulators worldwide because financial stability is at risk. This is perfectly coherent with the nature of climate change which is a global problem and has to be handled globally to be meaningful. For this reason the great pressure from international actors, in particular finance, has been homogeneous. As result, an international convergence, in particular, towards disclosure of climate risks, fostered by the role played by ICL, can be testified.

Interestingly, in the case of climate change, convergence is driven not by competition (where the best rules win or should win)³⁵; there is actually no competition among jurisdictions on how to address climate change with reference to companies; rather, the various jurisdictions have been reacting to the emergency by adopting the same mechanisms because of financial pressure. However, Europe is leading the way of the other jurisdictions also with reference to the legal instrument to be used to regulate climate change for corporations: disclosure of climate related risks was firstly adopted in Europe and has been producing extraterritorial effects on corporate law because global financial stability is impaired; this legislative model, i.e. disclosure, is circulating by reason of this emergency and because it is a neutral tool that can be applied regardless from their own characteristics of legal families, differences in corporate governance rules, divergence of ownership structures, varieties arising from cultural, political and religious dimensions. Indeed an international model of climate governance is emerging because of ICL and it is winning against path dependence, contrary to major legal analysis so far conducted with reference to corporate governance in general³⁶. In addition, this legal instrument, i.e. disclosure,

³⁴ See the consultation launched in March 2021 at <https://www.sec.gov/news/press-release/2021-39>.

³⁵ Gordon and Roe, writing in 2003, emphasized the role of global competition in promoting convergence: J.N. GORDON - M. ROE, *Convergence and Persistence in Corporate Governance*, Cambridge, 2004, p. 1 ff.

³⁶ According to J.N. GORDON - M. ROE, *ivi*, p. 11 ff. the key feature of corporate governance

can produce results that go beyond itself and may affect directors' conduct and duties: in all jurisdictions it is a common rule, within the enterprise risk management process, that once a risk has been disclosed it has to be addressed and mitigated by boards of directors. Therefore directors are indirectly induced to take into due account climate risks while managing companies to be compliant with their duty of care and loyalty. There is no need and no time to address internationally the contents of directors' duties – which vary across jurisdictions - with reference to climate and the challenge would be at any rate burdensome and complicated to be pursued because of path dependence with reference to corporate internal organization. In other words disclosure is a sort of shortcut to address climate change for all corporations around the world.

Does this mean that ICL can really and fully be efficacious to drive corporate directors in addressing climate-related risks and opportunities – since ICL does lack enforcement and is mainly made of soft law - or is national regulation instead necessary? Is ICL enough to address the most important emergency we face? ICL role in shaping climate governance developments cannot be overlooked; however, the necessity of regulation has to be, at the same time, recognized because regulation is more efficient to implement the transition to a net zero economy by 2050 at a faster pace and climate change can be handled only if the various jurisdictions act as soon as possible through various pieces of legislations, including regulation of corporate directors' duties. But we know that political consensus for climate regulation is not homogeneous around the world. In the meanwhile, therefore, ICL is a wonderful boost and can play a fundamental role to gradually induce a common legal culture that will make the regulation, once enacted, more efficacious. In addition, by creating a common culture around climate, ICL may be currently helpful not only for boards of directors on how to address climate change but also it may foster climate litigation and therefore reactions by companies to prevent legal actions. As a matter of fact, litigation started in countries where there is no legislation yet on climate (i.e. USA). Climate -related litigation cases are rising around the world, with some using litigation as a tool to leverage more ambitious climate policy and actions: between 1986 and 2020, 1,727 litigation cases have been documented worldwide; of these, 1,308 were brought in the U.S. and more than 50% have been brought since 2015 when the Paris

is its embeddedness in national legal systems and in particular in patterns of ownership, control, and monitoring that have national origin. In consequence, notwithstanding the impact of globalization, the rate and extent of convergence will be constrained by the forces of path-dependency.

Agreement was adopted³⁷. Apart from litigation, the common culture fostered by ICL also means that in some countries - mainly belonging to common law jurisdictions- where specific climate legislation is missing, legal opinions have been released built around the exact content of directors' fiduciary duties with reference to climate. Legal opinions may produce great impact in common law jurisdictions. In this respect, it is worth mentioning Australia, where a seminal legal opinion was released in 2016 by barrister Noel Hutley considering that "climate risks would be regarded as foreseeable by courts, and relevant to a director's duty of care to the extent that those risks intersect with the interests of the company" and therefore "directors certainly can, and in some cases should be considering the impact of climate change risks on their company – and those directors who fail to do so now could conceivably be found liable for breaching their duty of care in the future"³⁸; this legal opinion was updated in 2021 by declaring that: "[i]t is no longer safe to assume that directors adequately discharge their duties simply by considering and disclosing climate-related trends and risks; in relevant sectors, directors of listed companies must also take reasonable steps to see that positive action is taken: to identify and manage risks, to design and implement strategies, to select and use appropriate standards, to make accurate assessments and disclosures, and to deliver on their company's public commitments and targets"³⁹. In New Zealand, the law firm Chapman Tripp published a legal opinion in 2019 stating that climate change is a foreseeable financial risk and must be considered by directors; therefore where companies are affected by climate-related financial risk, directors' duty of care requires that they, at a minimum: identify that risk; periodically assess the nature and extent of the risk to the company and decide whether, and if so, how to take action in response, taking into account the likelihood of the risk occurring and possible resulting harm⁴⁰. In Singapore, in 2021, barrister Jeffrey Chan released a legal opinion and concluded that "directors in Singapore are obliged, when carrying out their

³⁷ See extensively, THE GENEVA ASSOCIATION, *Climate Change Litigation. Insights into the Evolving Global Landscape*, April 2021, *passim*.

³⁸ N. HUTLEY SC - S. HARTFORD-DAVIS, *Climate Change and Directors' Duties: Memorandum of Opinion*, (October 2016), p. 2-3, at <https://cpd.org.au/wp-content/uploads/2016/10/Legal-Opinion-on-Climate-Change-and-Directors-Duties.pdf>.

³⁹ EI, *Climate Change and Directors' Duties: Further Supplementary Memorandum of Opinion*, (23 April 2021) p. 4, at <https://cpd.org.au/wp-content/uploads/2021/04/Further-Supplementary-Opinion-2021-3.pdf>.

⁴⁰ CHAPMAN TRIPP, *Legal Opinion* (October 2019), p. 3, at <https://chapmantripp.com/media/r30jdd05/climate-change-risk-legal-opinion-2019.pdf>.

responsibilities as directors, to take into account climate change and its associated risks, particularly insofar as those risks are or may be material to the interests of the company”. Under the Chan Opinion such obligations arise from the directors’ duties of care and diligence and to act in good faith, as well as statutes addressing environmental sustainability and climate change; the business judgement defense will not protect a director who fails to make a conscious decision, does not exercise their judgment, or fails to properly inform him/herself of the relevant facts and circumstances before undertaking a course of action; Singaporean law requires “at the very least” that directors consider their companies’ exposure to the physical, transitional, and liability risks associated with climate change, with directors who fail to do so potentially facing criminal prosecution as well as personal liability⁴¹. Also in Canada an important legal opinion was issued in 2020 by Carol Hansell identifying both directors’ fiduciary duty of loyalty and of care as requiring engagement and consideration of climate-related risk clarifying that, in order to discharge their duty to act in the best interests of the company, directors must consider the long- term interests of the company and, to this end, any environmental risks also; their duty of care also implies the duty of soliciting reports and recommendations from management and external sources on climate- related risk as necessary and be satisfied that the company is addressing climate related risks properly⁴².

Therefore ICL, even though less efficient than regulation, is fundamental to build common standards for a global climate governance by corporations and their boards.

ABSTRACT

Climate change brought international actors and scientists at the forefront. Among others, the United Nations urged to keep global warming even below 1.5°C. The Task Force, established by the Financial Stability Board, fostered companies to disclose clear, comparable and consistent information on climate risks and opportunities. The World Economic Forum issued eight Principles to govern climate change and launched the Climate Governance Initiative to increase directors’ climate awareness. The IFRS Foundation is proposing to set a global standard-setter body for a more consistent and

⁴¹ J. CHAN SC ET AL, *Legal Opinion on Directors’ Responsibilities and Climate Change Under Singaporean Law* (April 2021) p. 79, at <https://ccli.ubc.ca/wp-content/uploads/2021/04/Legal-Opinion-on-Directors-Responsibilities-and-Climate-Change-under-Singapore-Law.pdf>.

⁴² HANSELL LLP, *Legal Opinion: Putting Climate Change Risk on the Boardroom Table* (June 2020), at <https://www.hanselladvisory.com/content/uploads/Hansell-Climate-Change-Opinion.pdf>.)

comparable climate change reporting. International finance has been accelerating the work of regulators on climate risk and on scaling up green finance. Institutional investors have been promoting consideration of climate risks and opportunities by portfolio companies. Looking at them it is possible to identify the so-called International Corporate Law ("ICL") that has influenced the various jurisdictions worldwide with reference to climate change as it will be analyzed.

Can ICL effectively drive corporate directors in addressing climate emergency or is hard regulation necessary? Jurisdictions that have decided to regulate directors' climate duties will be compared with those who did not. Are the former better equipped to address climate change? Or are international actors a structural feature for a global emergency - such as climate change - that can replace hard regulation?

Barbara De Donno*, Livia Ventura**

*Verso un nuovo Statuto delle imprese “for benefit” del “Quarto settore”
e il new normal post-covid*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Diritto dell’impresa e sostenibilità – 3. La circolazione del modello “for benefit” – 4. Il modello “for benefit” nel diritto italiano.

1. *Introduzione*

Il costo umano ed economico della diffusione della pandemia da SARS-CoV-2 minaccia di ridimensionare anni di progressi nella lotta alla povertà e alla disuguaglianza e di indebolire la coesione sociale e la cooperazione globale¹.

Nella complessità delle sue cause e dei suoi effetti, la pandemia ha dato ancor più eco ad un tema già da tempo posto al centro del dibattito, quello dello sviluppo sostenibile che, così come definito dal *Rapporto Brundtland* del 1987² e dall’Agenda 2030 delle Nazioni Unite³, si fonda

* Barbara De Donno è autrice del paragrafo 4. Department of Law, LUISS Guido Carli University, viale Pola 12, 00198 Rome . Email: bdedonno@luiss.it

** Livia Ventura è autrice dei paragrafi 1, 2, e 3. University of Cambridge Institute for Sustainability Leadership, 2 Trumpington Street, Cambridge-UK; Department of Law, LUISS Guido Carli University, viale Pola 12, 00198 Rome. Email: Livia.Ventura@cisl.cam.ac.uk.

¹ Cfr. WORLD ECONOMIC FORUM, *The Global Risks Report 2021*, 16th Edition, 2021.

² Secondo il *Rapporto Brundtland* del 1987, lo sviluppo sostenibile è quello sviluppo che «soddisfa i bisogni dell’attuale generazione senza compromettere la capacità di quelle future di rispondere alle loro esigenze». Il *Rapporto* specifica inoltre che lo sviluppo sostenibile «is not a fixed state of harmony, but rather a process of change in which the exploitation of resources, the direction of investments, the orientation of technological development, and institutional change are made consistent with future as well as present needs», cfr. BRUNDTLAND COMMISSION, Report to the World Commission on Environment and Development (WCED), *Our Common Future*, United Nations, 1987, Transmitted to the General Assembly as an Annex to document A/42/427, in particolare §27 e §30.

³ A/RES/70/1, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*,

sulla necessaria interconnessione fra la dimensione economica, sociale e ambientale.

Con riferimento a quest'ultima, a causa dell'azione combinata di riscaldamento globale, perdita di biodiversità, infertilità del suolo, acidificazione degli oceani, sversamenti chimici e inquinamento atmosferico e delle falde acquifere, il cambiamento climatico e la crisi ambientale rappresentano un nuovo fattore di rischio per le imprese e la principale minaccia per l'economia del XXI secolo⁴. La tutela dell'ambiente, inoltre, assume un ruolo centrale non solo per i suoi possibili effetti sull'economia e la società nel suo complesso, ma anche in ragione della sua possibile correlazione con lo sviluppo di nuove pandemie⁵. Ancora, in termini di tutela della salute e tenuta dei servizi sanitari nazionali, è utile richiamare il rapporto dell'Organizzazione Mondiale della Sanità "*Protecting Health from Climate Change: Global Research Priorities*", secondo il quale l'impatto dei cambiamenti climatici rappresenta una delle priorità per la tutela della salute pubblica e necessita di politiche di mitigazione, considerato che i rischi ambientali causano circa un quarto del carico sanitario globale⁶.

Quanto alla dimensione sociale, la crisi generata dalla diffusione della pandemia ha evidenziato ancor di più l'importanza di misure volte a fronteggiare ed attutire le ricadute delle crisi sanitarie e ambientali in tale ambito. La pandemia ha generato nel 2020 una crisi economica globale senza precedenti ed un periodo di recessione dopo anni di crescita quasi continua. Inoltre, le misure di *lockdown* imposte dai governi per contenere il contagio hanno avuto l'effetto di bloccare larga parte delle attività produttive. Ciò ha determinato un problema di liquidità per attività

Risoluzione adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 25 settembre 2015.

⁴ M.E. KAHN, ET AL., *Long-term macroeconomic effects of climate change: A cross-country analysis*, No. w26167, National Bureau of Economic Research, 2019.

⁵ In tal senso, sono diverse le interferenze fra i due fenomeni. Tra queste, ad esempio, si pensi all'espansione dell'uomo ai danni dell'ambiente (attraverso deforestazione, commercio di animali selvatici, insediamento di realtà urbane e agro-industriali a ridosso di ambienti naturali selvatici) che favorisce lo *spillover* e la diffusione di malattie zoonotiche a causa del contatto ravvicinato tra uomo e animali selvatici, e tra animali domestici e animali selvatici. Ancora, si pensi al problema della scarsità dell'acqua potabile (causata dal riscaldamento globale e dall'inquinamento delle falde acquifere), che da un lato può essere un veicolo di diffusione di malattie infettive (se contaminata) e, dall'altro, è un necessario strumento di igiene nella prevenzione della diffusione di agenti patogeni. Infine, si pensi al ruolo dell'inquinamento atmosferico, sia con riguardo alla sua possibile correlazione con la diffusione di virus, sia con riguardo ai suoi effetti avversi sulla salute dell'uomo che possono rappresentare un fattore di suscettibilità o acutizzazione della severità delle malattie infettive.

⁶ World Health Organization, *Protecting health from climate change: Global research priorities*, 2009, reperibile in www.who.int/globalchange/publications/9789241598187/en/.

commerciali ed imprese, con il conseguente aggravamento della crisi occupazionale e rilevanti ripercussioni sul piano sociale che hanno colpito in particolar modo i giovani e le fasce più vulnerabili della popolazione, accrescendo il problema delle disuguaglianze e sottolineando l'importanza di una ripresa economica inclusiva.

Il tema della sostenibilità, dunque, in tutte le sue diverse declinazioni, è divenuto centrale in un periodo di emergenze come quello attuale. Tale centralità è stata ribadita nei piani di ripresa e resilienza elaborati sia a livello comunitario⁷ che nazionale⁸.

Quanto alle modalità attraverso le quali raggiungere gli obiettivi di rilancio economico e sviluppo sostenibile, come evidenziato dall'Agenda 2030, appare chiara la necessità di una forte cooperazione tra governi, società civile e settore privato. In tale contesto è indiscusso il ruolo essenziale rivestito dalle imprese di ogni dimensione, considerato l'impatto delle attività economiche sulle risorse naturali, sul benessere delle persone e sulla società civile nel suo complesso.

Il Covid-19 ha trovato impreparate le società moderne, e ciò non dovrebbe ripetersi in relazione alla crisi climatica e al possibile sviluppo di future pandemie, ora più di prima prevedibili. A tal fine, è necessario predisporre in modo adeguato non solo i sistemi politici, economici e finanziari, ma anche e soprattutto quelli produttivi. Da un lato, infatti, le imprese hanno un ruolo primario nel contribuire al perseguimento di una crescita economica equa, inclusiva e sostenibile, dall'altro, la sostenibilità rappresenta oggi una chiave fondamentale della crescita aziendale stessa⁹. La pandemia, ad esempio, ha mostrato l'impatto della globalizzazione sulla filiera produttiva, evidenziando la necessità di costruire catene di fornitura solide e in grado di resistere ad eventuali crisi di diversa origine.

Il diritto dell'impresa e delle società commerciali, quale strumento di *policy*, può e deve pertanto contribuire al rafforzamento della capacità di resilienza delle imprese e al raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile a livello nazionale e internazionale, individuando soluzioni volte

⁷ Commission Communication on *Europe's moment: repair and prepare for the next generation*, of 27 May 2020, COM(2020) 456.

⁸ Cfr. e.g., il Piano Nazionale Di Ripresa E Resilienza. #Nextgenerationitalia, trasmesso dal Governo italiano alla Commissione europea il 30 aprile 2021 ai sensi dell'art. 18 del Regolamento (UE) n. 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, e definitivamente approvato con Decisione di esecuzione del Consiglio dell'Unione europea del 13 luglio 2021.

⁹ Cfr. A.C.A. BRIGANTI, *Anticipare il cambiamento. Sostenibilità, chiave della crescita aziendale. Gli impatti sociali, ambientali, finanziari*, Lucca, 2021.

a prevenire e contrastare gli effetti di crisi, presenti e future, innescate dal cambiamento climatico e dallo sviluppo di nuove pandemie.

2. Diritto dell'impresa e sostenibilità

Nell'ambito del diritto dell'impresa, superando l'impostazione volontaria¹⁰ tipica della *corporate social responsibility* (CSR)¹¹, sin da prima dello sviluppo della pandemia era possibile individuare in ordinamenti appartenenti a diverse tradizioni giuridiche una tendenza a ripensare alcune regole di diritto societario e finanziario in chiave di sostenibilità.

In tal senso, è significativa l'attività dell'Unione Europea che, coerentemente la *UN Framework Convention on Climate Change – UNFCCC* e con le proprie politiche di sviluppo sostenibile¹² e transizione

¹⁰ Sul valore non imperativo della CSR cfr. F. PERNAZZA, *Legalità e Corporate Social Responsibility nelle imprese transnazionali*, in M.B. DELI - M.R. MAURO - F. PERNAZZA - F.P. TRAISCI (a cura di), *Impresa e diritti fondamentali nella prospettiva transnazionale*, Napoli, 2012, p. 147 ss.

¹¹ La CSR può essere in breve definita come la responsabilità di un'azienda verso la comunità e l'ambiente in cui opera. L'attuazione di programmi di CSR dovrebbe andare oltre il rispetto dei requisiti normativi sostanziandosi in un impegno in azioni che promuovono il bene sociale al di là degli interessi dell'azienda e di ciò che è richiesto dalla legge, cfr. A. MCWILLIAMS - D. SIEGEL, *Corporate Social Responsibility: A Theory of the Firm Perspective*, in 26 *Acad. Manag. Rev.* (2001), p. 117. Il concetto di CSR è stato introdotto da Bowen e Davis, cfr. H.R. BOWEN, *Social Responsibilities of The Businessman*, University of Iowa Press, 1953; K. DAVIS, *Can Business Afford to Ignore Social Responsibilities?*, in 2 *Calif. Manag. Rev.* (1960), p. 70; K. DAVIS, *Understanding the Social Responsibility Puzzle: What Does the Businessman Owe to Society?*, in 10 *Bus. Horiz.* (1967), p. 45. Alla fine degli anni settanta, è stato ulteriormente sviluppato da Carroll, il quale ha definite la CSR come “[t]he social responsibility of business encompasses the economic, legal, ethical, and discretionary expectation that society has of organizations at a given point in time”, cfr. A.B. CARROLL, *A Three Dimensional Model of Corporate Performance*, in 4 *Acad. Manag. Rev.* (1979), p. 497; A.B. CARROLL, *The Pyramid of Corporate Social Responsibility: Toward the Moral Management of Organizational Stakeholders*, in 34 *Bus. Horiz.* (1991), p. 39.

¹² Il tema dello sviluppo sostenibile è al centro del progetto di integrazione europea sin dal 2001, quando la Commissione ha pubblicato Strategia Europea per lo sviluppo sostenibile, cfr. Commission Communication on *A Sustainable Europe for a Better World: A European Union Strategy for Sustainable Development*, of 15 March 2001, COM/2001/0264. Tale strategia è stata più volte rivista e nel 2010 è stata integrata nella strategia c.d. Europa 2020, cfr. Commission Communication on *EUROPE 2020. A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*, of 3 March 2010, COM(2010) 2020.

ecologica previste dall'*Action Plan on Financing Sustainable Growth*¹³ e dallo *European Green Deal*¹⁴, ha da tempo avviato un processo di revisione della normativa applicabile ai mercati finanziari e alle grandi imprese europee.

In particolare, è possibile osservare come il tema dell'integrazione della sostenibilità nell'attività d'impresa sia stato inizialmente affrontato a livello europeo con strumenti di *soft law*, si pensi alla promozione di programmi di responsabilità sociale di impresa¹⁵ o alle norme di *good governance* concernenti la remunerazione degli amministratori delle società quotate¹⁶.

Solo in un secondo momento le Istituzioni europee hanno fatto ricorso a strumenti di *hard law*, modificando regole esistenti o introducendo nuove norme volte ad incoraggiare o richiedere l'adozione di pratiche commerciali sostenibili. Ne sono un esempio la Direttiva sulle informazioni non finanziarie del 2014¹⁷, che impone ad alcune grandi aziende di interesse pubblico obblighi di rendicontazione di informazioni relative all'ambiente, al rispetto dei diritti umani e alla *diversity* (oggi oggetto di revisione a seguito della proposta di direttiva sul reporting di sostenibilità¹⁸) e la Direttiva sull'impegno a lungo termine degli azionisti

¹³ Commission Communication on *Action Plan: Financing Sustainable Growth* of 8 March 2018, COM/2018/097.

¹⁴ Communication on *The European Green Deal*, of 11 December 2019, COM/2019/640.

¹⁵ Cfr. Green Paper 'Promoting a European framework for corporate social responsibility', 18.7.2001, COM(2001) 366.

¹⁶ Commission Recommendations 2004/913/EC, 2005/162/EC and 2009/385/EC. Le raccomandazioni hanno promosso l'inclusione di norme di buon governo in materia di remunerazione degli amministratori nei codici di *corporate governance* basati sul modello "comply or explain" presenti in tutti gli Stati membri e adottati dalle associazioni di imprese o dai mercati azionari. L'inefficacia di questo approccio è stata evidenziata da due report, Report on the application of the Commission Recommendation on directors' remuneration (SEC 2007, 1022, of 13 July, 2007), e Report on the application of the Commission 2009/385/EC Recommendation (SEC(2010)285).

¹⁷ Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups (the Non-Financial Reporting Directive). La direttiva è applicabile alle grandi imprese di interesse pubblico con più di 500 dipendenti e un bilancio di più di 20 milioni di euro, o un fatturato netto di più di 40 milioni di euro.

¹⁸ Proposal for a Directive amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards corporate sustainability reporting, of 21 April 2021, COM(2021) 189, 2021/0104 (COD). La proposta di modifica è volta a: estendere il campo di applicazione degli obblighi di rendicontazione relativi ad informazioni di sostenibilità ad un numero maggiore di imprese (a tutte le grandi imprese che soddisfano almeno due dei tre criteri seguenti: i) fatturato

del 2017¹⁹. A queste si sono aggiunti, più di recente, nell'ambito del *Sustainable Finance Package*, il Regolamento sulla trasparenza delle informazioni di sostenibilità nel settore dei servizi finanziari del 2019²⁰ e il Regolamento Tassonomia del 2020, volto a favorire gli investimenti sostenibili e contrastare il *greenwashing*²¹.

È possibile osservare come le Istituzioni europee abbiano cercato di realizzare la transizione verso un'economia sostenibile dapprima intervenendo su contenuti e processi di formazione della documentazione di informazione non finanziaria²², poi intervenendo sulle modalità di organizzazione e gestione delle società²³. Si è andati poi oltre, con

netto superiore a 40 milioni di euro, ii) attivo di bilancio superiore a 20 milioni di euro, iii) più di 250 dipendenti; a tutte le imprese quotate su mercati regolamentati europei, ad eccezione delle microimprese quotate; a imprese di assicurazione e istituti di credito indipendentemente dalla loro forma giuridica); imporre l'obbligo di certificazione delle informazioni sulla sostenibilità; e mettere fine alla flessibilità nelle modalità di *reporting* prevedendo, da un lato che le informazioni siano pubblicate nell'ambito delle relazioni sulla gestione redatte dalle imprese e siano divulgate in un formato digitale leggibile da un dispositivo automatico, e dall'altro la standardizzazione del *reporting* non finanziario con l'adozione di standard Europei obbligatori (EU Sustainability Reporting Standards) la cui predisposizione è stata affidata al Financial Reporting Advisory Group (EFRAG).

¹⁹ Il riferimento è alla c.d. Shareholders Rights Directive II, Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement, complemented by the Commission Implementing Regulation (EU) 2018/1212.

²⁰ Regulation (EU) 2019/2088 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 on sustainability-related disclosures in the financial services sector.

²¹ Regulation (EU) 2020/852 of the European Parliament and of the Council of 18 June 2020 on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment, and amending Regulation (EU) 2019/2088 (the EU Taxonomy Regulation). Cfr. anche la Commission Communication on *EU taxonomy, corporate sustainability reporting, sustainability preferences and fiduciary duties: directing finance towards the European Green Deal*, of 21 April 2021, COM(2021) 188. La classificazione delle attività economiche ambientali sostenibili sarà basata su criteri tecnici per ogni obiettivo ambientale (1. mitigazione dei cambiamenti climatici, 2. adattamento ai cambiamenti climatici, 3. uso sostenibile e protezione delle risorse idriche e marine, 4. transizione verso un'economia circolare, 5. prevenzione e controllo dell'inquinamento, 6. protezione e ripristino della biodiversità e degli ecosistemi). Il primo atto delegato sulle attività sostenibili per gli obiettivi di adattamento e mitigazione dei cambiamenti climatici è stato adottato nel dicembre 2021 (Commission Delegated Regulation (EU) 2021/2139, of 4 June 2021) e un secondo atto delegato è previsto per il 2022.

²² Cfr. la già citata Direttiva sulle informazioni non finanziarie (Directive 2014/95/EU).

²³ Si pensi alla già citata Shareholders Rights Directive II, Directive (EU) 2017/828; o alla direttiva del 2019 su trasformazione, fusione e scissione transfrontaliera, Directive (EU) 2019/2121 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019

la proposta di direttiva sulla *due diligence* delle imprese in materia di sostenibilità della catena di fornitura presentata dalla Commissione a febbraio 2022²⁴.

Guardando in generale al dibattito dottrinario in seno al diritto societario, negli ultimi anni si registra una convergenza degli ordinamenti verso una ritrovata attenzione sul tema del c.d. “*corporate purpose*”²⁵ nelle

amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions (Text with EEA relevance).

²⁴ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, of 23 February 2022, COM(2022) 71, 2022/0051 (COD). La proposta di direttiva impone obblighi di *due diligence* sulla catena di fornitura a grandi imprese (con più di 500 dipendenti e un fatturato netto mondiale/europeo di più di 150 milioni di euro) o imprese attive in settori al alto rischio (con più di 250 dipendenti e un fatturato netto mondiale di più di 40 milioni di euro, il 50% del quale è generato in settori ad alto rischio, *i.e.*, attività tessili, agricole, minerarie e loro attività connesse), sia europee che di paesi terzi ma attive sul mercato europeo. Le imprese hanno l’obbligo di individuare i rischi sui diritti umani e ambiente e, se necessario, evitare, far cessare o attenuare gli effetti negativi delle loro attività, della attività delle loro controllate e delle attività di imprese inserite nella catena del valore con le quali l’impresa ha rapporti commerciali diretti e indiretti consolidati (*established business relationship*). La proposta impone inoltre: *i*) alle grandi imprese, europee o di paesi terzi operanti in Europa, di disporre un piano per garantire che la loro strategia commerciale sia compatibile con la limitazione del riscaldamento globale a 1,5°C, in linea con l’accordo di Parigi; *ii*) alle imprese europee alle quali si applica la direttiva, un obbligo armonizzato di diligenza degli amministratori volto alla considerazione dei fattori di sostenibilità nell’assunzione delle decisioni nel medio e nel lungo periodo, oltre all’obbligo di implementare le strategie di due diligence. Infine, è prevista una specifica ipotesi di responsabilità civile per la violazione degli obblighi di *due diligence*.

²⁵ Sul tema del corporate purpose cfr. *e.g.*, C. MAYER, *Firm commitment*, Oxford University Press, Oxford, 2013; C. MAYER, *Who’s responsible for irresponsible business? An assessment*, in 33 *Oxford Review of Economic Policy*, p. 157 ss.; C. MAYER, *Prosperity. Better business makes the greater good*, Oxford University Press, Oxford, 2018; The British Academy, *The Future of the Corporation: Principles for Purposeful Business* (Nov. 2019), <https://www.thebritishacademy.ac.uk/publications/future-of-the-corporation-principles-for-purposeful-business>; L.A. BEBCHUK, R. TALLARITA, *The illusory promise of stakeholder governance*, in 106 *Cornell L. Rev.* (2020), p. 91 ss.; C. MAYER, *Shareholderism versus Stakeholderism-A Misconceived Contradiction: A Comment on “The Illusory Promise of Stakeholder Governance” by Lucian Bebchuk and Roberto Tallarita*, in 106 *Cornell L. Rev.* (2020), p. 1859; E.B. ROCK, *For Whom Is The Corporation Managed in 2020?: The Debate Over Corporate Purpose*, European Corporate Governance Institute, Law Working Paper N° 515/2020, <https://ssrn.com/abstract=3589951>; J.E. FISCH, S. DAVIDOFF SOLOMON, *Should Corporations Have a Purpose?*, in 99 *Tex. L. Rev.* (2020), p. 1309; A. EDMANS, *Grow the Pie. How Great Companies Deliver Both Purpose and Profit*, 2 ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2021; D.S. LUND, E. POLLMAN, *The Corporate Governance Machine*, European Corporate Governance Institute, Law Working Paper N° 564/2021, <https://ssrn.com/>

sue due accezioni, manageriale e giuridica²⁶. Parallelamente, dal punto di vista legislativo, si rileva l'introduzione, in diversi paesi, di forme associative ibride, ispirate a nuovi paradigmi²⁷ in grado di integrare obiettivi sociali e ambientali con il metodo economico lucrativo. Si tratta di imprese che operano all'interno di quello che viene definito il nuovo "quarto settore" dell'economia²⁸, nel quale le linee di confine tra settore pubblico e privato e tra scopo *profit* e *non-profit* sbiadiscono. e le imprese integrano gli scopi sociali e ambientali con il metodo economico.

Esempio paradigmatico di tale evoluzione è rappresentato dallo sviluppo del modello "for benefit" nato con le *benefit corporation* statunitensi, *business corporation* il cui scopo, oltre alla produzione di utili, è quello di ridurre le esternalità negative o generare esternalità positive per l'ambiente e la comunità in cui operano.

Il modello ibrido della *benefit corporation* è nato negli Stati Uniti in risposta alle esigenze sollevate dallo sviluppo della moderna "*social enterprise*"²⁹. Il legislatore è intervenuto predisponendo una forma organizzativa

abstract=3775846. Nella dottrina italiana G. FERRARINI, *An Alternative View of Corporate Purpose: Colin Mayer on Prosperity*, in *Rivista delle società*, 2020, p. 27 ss.; M. VENTURUZZO, *Brief Remarks on "Prosperity" by Colin Mayer and the often Misunderstood Notion of Corporate Purpose*, in *Rivista delle società* 2020, p. 43.

²⁶ Sulla distinzione tra le due aree, cfr. H. FLEISCHER, *Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law*, ECGI Working Paper Series in Law N° 561/2021.

²⁷ Vedi ad esempio il c.d. "*triple bottom line*" approach (TBL o 3P, con riferimento a *people, planet, profit*), delineato sul finire degli anni novanta da Elkington per descrivere quelle società che, nello svolgimento della loro attività, prendono in considerazione non solo il risultato economico (*profit*), ma perseguono allo stesso tempo obiettivi di equità sociale (*people*) e tutela ambientale (*planet*), J. ELKINGTON, *Cannibals with Forks: The Triple Bottom Line of 21st Century Business*, Oxford, Capstone, 1997. Sul tema anche T.F. SLAPER - T. HALL, *Triple Bottom Line: What Is It And How Does It Work?*, in 4 *Indiana Business Review* (2011), p. 4 ss.

²⁸ Sul tema T. KELLEY, *Law and Choice of Entity on the Social Enterprise Frontier*, in 84 *Tul. L. Rev.* (2009), p. 347 ss.; R.J. GAFFNEY, *Hype and Hostility for Hybrid Companies: A Fourth Sector Case Study*, in 5 *J. Bus. Entrepreneurship & L.* (2012), p. 329 ss.; R.T. ESPOSITO, *The Social Enterprise Revolution in Corporate Law: A Primer on Emerging Corporate Entities in Europe and The United States and The Case for The Benefit Corporation*, in 4 *Wm. & Mary Bus. L. Rev.* (2013), p. 648; J.W. YOCKEY, *Does Social Enterprise law matter?*, in 66 *Ala. L. Rev.* (2015), p. 772.

²⁹ L'accezione di *social enterprise* qui utilizzata non coincide con quella di "impresa sociale" propria del nostro ordinamento. Mentre nei paesi europei l'"impresa sociale" viene considerata come un'alternativa alle tradizionali organizzazioni senza scopo di lucro, negli Stati Uniti, rappresenta invece una categoria più ampia che ricomprende tutte quelle organizzazioni private, comprese le società lucrative, che svolgono attività commerciale - con metodo

ibrida, ancorché riconducibile nell'alveo delle società lucrative, che si caratterizza in particolare per la modifica alla configurazione dello scopo tipico della business corporation. Infatti, la maggiore innovazione apportata dal “modello benefit” è quella di porre un limite interno allo scopo di lucro e alla logica della massimizzazione del valore per l'azionista, internalizzando in maniera giuridicamente vincolante per la società e gli amministratori obiettivi tipici della responsabilità sociale d'impresa.

Con l'introduzione dello scopo di *public benefit* all'interno dell'atto costitutivo (*corporate charter, articles of incorporation* o *certificate of incorporation* a seconda dell'ordinamento di riferimento) lo scopo sociale originario si amplia e comprende oltre al lucro (*for profit*) anche il beneficio comune (*for benefit*). In particolare, il *public benefit* assume un ruolo complementare rispetto al profitto, paritario o frutto comunque di bilanciamento di interessi. La diretta conseguenza di tale diversa prospettiva dello scopo sociale è la modifica dei contorni dell'interesse sociale e della *governance* interna, dell'assetto di poteri, doveri e responsabilità della società e degli amministratori.

La prima normativa in materia, la *Model Benefit Corporation Legislation (Model Act)*, è stata predisposta come strumento di *soft law*, sotto forma di legge modello, da un gruppo di giuristi sostenuti dall'organizzazione non profit B Lab, con il supporto dell'*American Sustainable Business Council*³⁰. Il primo Stato a recepire l'atto modello è stato il Maryland nel 2010³¹. Il Delaware, confermando l'autonoma fisionomia della propria *corporate law*, nel 2013, ha emanato il *Public Benefit Corporation Act*³², sviluppando

economico - al fine di perseguire obiettivi sociali ed ambientali, oltre che economici. Sulla definizione di *social enterprise* cfr. tra gli altri J.J. FISHMAN, *Wrong Way Corrigan and Recent Developments in the Nonprofit Landscape: A Need for New Legal Approaches*, in 76 *Fordham L. Rev.* (2007), p. 600; R.A. KATZ - A. PAGE, *The Role of Social Enterprise*, in 35 *Vt. L. Rev.* (2010), pp. 59, 61-62; B. CUMMINGS, *Benefit Corporations: How to Enforce A Mandate To Promote The Public Interest*, in 122 *Colum. L. Rev.* (2012), pp. 578-379; A.E. PLERHOPLES, *Can an Old Dog Learn New Tricks? Applying Traditional Corporate Law Principles to Social Enterprise Legislation*, in 13 *Transactions: Tenn. J. Bus. L.* (2012), p. 228 ss.; R.T. ESPOSITO, *The Social Enterprise Revolution in Corporate Law*, cit., p. 646-647; J.H. MURRAY, *Social Enterprise Innovation: Delaware's Public Benefit Corporation Law*, in 4 *Harv. Bus. L. Rev.* (2014), p. 347-348; J.W. YOCKEY, *Does Social Enterprise law matter?*, cit., p. 772. Per una panoramica europea sul tema cfr. J. DEFOURNY, M. NYSENS, *Social Enterprise in Europe: Recent Trends and Developments*, in 4 *Soc. Enterprise J.* (2008), pp. 202 ss.

³⁰ La *Model Benefit Corporation Legislation*, la cui ultima versione è di aprile 2017, è stata predisposta in particolare dell'avvocato William H. Clark, Jr. dello studio legale Drinker Biddle di Philadelphia.

³¹ Md. Code Ann., Corps. & Ass'ns §5-6C-01 – 5-6C-08 (2013).

³² Cfr. Del. Code Ann. Tit. 8, §§361-368, che ha modificato la Delaware General

una disciplina autonoma, che in parte si discosta da quella del *Model Act*, ponendosi come un modello autonomo di regolamentazione delle *benefit corporation*.

Ad oggi, negli Stati Uniti, una normativa sulle *benefit corporation* è stata adottata da 36 Stati e dal distretto di Washington DC (ed è in corso di approvazione in 4 Stati³³), ispirata prevalentemente alla disciplina uniforme del *Model Act*³⁴.

3. La circolazione del modello “for benefit”

Il modello *for benefit* ha circolato anche al di fuori degli Stati Uniti, come è testimoniato dall’esperienza italiana. L’Italia è stato il primo paese a seguire l’esempio statunitense con l’introduzione, a seguito dell’approvazione della Legge di stabilità 2016³⁵, delle “società benefit”, società ibride a scopo di lucro e di “beneficio comune” (su cui si dirà più in dettaglio in seguito).

Anche altri ordinamenti appartenenti sia all’area giuridica di *civil law* che di *common law* si sono avviati in tale direzione.

Guardando al Nord America, oltre agli Stati Uniti, la provincia della British Columbia, in Canada, ha approvato nel maggio 2019 un emendamento al *Business Corporations Act* (entrato in vigore il 30 giugno 2020) volto a regolare le “*benefit company*”³⁶. La normativa ricalca quella statunitense, guardando in parte alla disciplina del Delaware³⁷ e in parte

Corporation Law introducendo la disciplina delle Public benefit corporation.

³³ Alaska, Georgia, Iowa, Mississippi.

³⁴ Tra questi Arizona, Arkansas, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Florida, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Montana, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New York, New Mexico, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, Texas, Utah, Vermont, Virginia, West Virginia, Wisconsin.

³⁵ Legge 28 dicembre 2015, n. 208 recante “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)” (G.U. 30.12.2015), commi 376-384.

³⁶ Il *Business Corporations Amendment Act* (no.2), 2019 (Bill M209), che ha introdotto le *benefit companies* all’interno del *Business Corporations Act* (in particolare nel *Chapter 57, Part 2.3*, §§ 51.991–51.995), ha ricevuto il *Royal assent* il 16 maggio 2019 ed è entrato in vigore il 30 giugno 2020.

³⁷ *E.g.*, oltre ad un impegno generale ad una gestione responsabile e sostenibile della società, è richiesto il perseguimento di specifici scopi di public benefit. Inoltre, agli amministratori

al *Model Act*³⁸.

La tendenza ad esplorare nuovi modelli di sviluppo focalizzati non solo sulla creazione di profitto per i soci, ma anche sul perseguimento di una missione sociale e ambientale si è diffusa anche in America Latina³⁹. Sin dalla nascita, nel 2012, del c.d. “Sistema B” (partner latino-americano dalla statunitense B Lab e impegnato nella certificazione “B Corp”), il movimento delle “*Empresas B*” è cresciuto in modo significativo in America del Sud⁴⁰ e il modello giuridico delle *benefit corporation* (c.d. “*Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo*” – o società BIC) ha iniziato a diffondersi.

Progetti di legge sono all’esame dei rispettivi parlamenti in Argentina⁴¹, Cile⁴² e Uruguay⁴³, mentre la disciplina delle BIC è già stata approvata in Colombia nel 2018⁴⁴ ed in Ecuador e Perù⁴⁵ nel 2020⁴⁶.

Come le *benefit corporation*, le BIC sono società lucrative caratterizzate dal perseguimento di finalità anche sociali e ambientali. Nonostante le differenze legate alle specificità dei singoli ordinamenti, è possibile rinvenire una certa omogeneità tra le normative (o i progetti di legge) dei diversi paesi dell’America Latina che si soffermano (come nel caso dell’Italia e degli Stati Uniti) sulla regolamentazione, più o meno stringente, dei tre elementi caratteristici del modello *for benefit*, ovvero scopo sociale, responsabilità e

si richiede di “bilanciare” gli interessi della società con una gestione sostenibile e il perseguimento dello specifico scopo di *public benefit*.

³⁸ A esempio, il *benefit report* deve essere predisposto annualmente e l’impatto generato dalla società deve essere misurato attraverso uno standard terzo di valutazione.

³⁹ Cfr. J. ALCALDE SILVA, *Observaciones A Un Nuevo Proyecto De Ley Que Regula Las Empresas De Beneficio E Interés Colectivo Desde La Experiencia Comparada*, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2018, p. 381-425.

⁴⁰ Sul tema, tra gli altri, M.E. CORREA - R. ABRAMOVAY - SE. GATICA - B. VAN HOOFF, *Nuevas Empresas, Nuevas Economías: Empresas B En Sur América*, Yopublico, 2020.

⁴¹ La disciplina delle società BIC è contenuta nella Legge No. 2498-D-2018, approvata dalla *Cámara de Diputados de la Nación* a dicembre 2018 e in attesa di approvazione da parte del *Senado de la Nación*.

⁴² Progetto di legge contenuto nel *Boletín* n. 11273-03 del 13 giugno 2017.

⁴³ Progetto di legge n. 2469/2017 del 3 ottobre 2017.

⁴⁴ Cfr. la Legge 8 giugno 2018, n. 1901 e la regolamentazione di dettaglio prevista dal Decreto n. 2046 del 12 novembre 2019.

⁴⁵ Il *Congreso de la República* ha approvato il progetto di legge n. 2533/2017-CR (Ley de Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo) il 23.10.2020.

⁴⁶ Cfr. la *Resolution* della *Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros* No. SCVS-INC-DNCDN-2019-0021, del 6 dicembre 2019 e la *Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación* approvato dalla *Asamblea Nacional* il 7 gennaio 2020 e pubblicata sul *Registro Oficial – Suplemento* No. 151 del 28 febbraio 2020, che ha aggiunto dopo la Sezione IX della *Ley De Compañías* (*Registro Oficial* No. 312, del 5 novembre 1999) una *Sección Innumerada* dedicata alla *Empresas de beneficio e interés colectivo*.

doveri degli amministratori, obblighi di trasparenza.

Anche in Europa il movimento *B Corp* è in crescita, ma a livello legislativo, oltre all'Italia, solo la Francia – ad oggi – ha disciplinato una forma ibrida in parte assimilabile alla *benefit corporation*, quella dell’“*entreprise à mission*”⁴⁷. La disciplina dell’*entreprise à mission*, della quale si dirà più in dettaglio oltre, si inserisce in un più ampio quadro di riforma del diritto societario francese volto a definire un nuovo paradigma di gestione di tutte le società commerciali, nelle quali la dimensione ambientale e sociale entra all’interno della nozione di interesse sociale e deve essere tenuta in considerazione degli amministratori.

In Africa, il Ruanda è stato il primo ordinamento ad introdurre nel febbraio 2021 una forma ibrida vicina alla *benefit corporation*, la c.d. “*community benefit company*”⁴⁸, che tra i suoi scopi prevede quello di avere un impatto positivo sulla società e sull’ambiente, considerato nel suo insieme, che sia proporzionato alle dimensioni e alla natura degli affari della società e generato dalle modalità attraverso le quali la società è gestita⁴⁹. Gli amministratori devono considerare gli effetti delle loro decisioni su una vasta gamma di *stakeholder*, la comunità e l’ambiente, e devono predisporre un *annual benefit report*.

Guardando alla sostanza della circolazione del modello della *benefit corporation* è possibile osservare come la normativa italiana, la prima elaborata da un paese di *civil law* e caratterizzata da proprie peculiarità rispetto al modello originale statunitense, sembra aver rappresentato un punto di riferimento ulteriore, soprattutto per altri ordinamenti di *civil law*.

Mentre le normative elaborate in British Columbia e in Ruanda sembrano riconducibili alla disciplina statunitense (con specifiche peculiarità previste dalla normativa del Ruanda), quelle approvate in Colombia, Ecuador, Perù e Francia hanno incorporato anche alcune caratteristiche distintive della società *benefit* italiana, in particolare per quel che concerne due elementi specifici: il campo di applicazione della normativa e l’ampliamento del

⁴⁷ Loi 2019-486 du 22 mai 2019 486 relative à la croissance et la transformation des entreprises (*Loi Pacte*), artt. 169-176.

⁴⁸ Cfr. Chapter XIII ‘Community Benefit Company’, Arts. 269-273 of Law N° 007/2021 (*New Companies Act*), of 5 February 2021 (Official Gazette n° 04 ter of 08/02/2021).

⁴⁹ Cfr. art. 269 *New Companies Act*. È necessario sottolineare che, l’art. 2, n 31° del *New Companies Act*, definisce la *community benefit company* “a company with primary social objectives whose surpluses are reinvested, for that purpose, in the business or in the community rather than being driven by the need to maximise profit for its shareholders or owners”. Tale prevalenza dello scopo “altruistico” però non è riportata negli articoli 269-273 che regolano l’istituto i quali, invece, sembrano seguire il modello statunitense della *benefit corporation*. Allo stesso modo sono assenti limiti alla distribuzione di utili.

sistema dei controlli sull’operato delle società *for benefit*.

Le discipline di questi ultimi Paesi, infatti, riconoscono in via generale alle società, di persone e di capitali (e anche cooperative), la possibilità di adottare la qualifica di società BIC o di *entreprise à mission*, mentre in Canada e negli Stati Uniti, generalmente⁵⁰, tale *status* può essere acquisito solo da *company o corporation*, non da *partnership*. Tale impostazione è probabilmente frutto della diversa impostazione di *common law* che distingue più nettamente tra *partnership* e *company o corporation*, cioè tra forme associative senza e con personalità giuridica, e non le riconduce ad una comune definizione di società.

Quanto al sistema dei controlli, sull’esempio del modello italiano, anche in questi ordinamenti è stato istaurato un doppio binario basato su *private* e *public enforcement*. Infatti, oltre all’esercizio da parte di soci e società delle consuete azioni di responsabilità verso gli amministratori per la violazione dei doveri loro imposti dalla legge o dallo statuto, sono stati predisposti diversi meccanismi di controllo pubblico.

In particolare, anche in Colombia, Ecuador e Perù è affidato ad autorità pubbliche ministeriali o autorità indipendenti di vigilanza⁵¹ il controllo sul

⁵⁰ Alcuni stati degli USA hanno esteso l’applicazione del modello “for-benefit” alla *limited liability company* (LLC), e.g., il Delaware ha introdotto la “*statutory public benefit limited liability company*” nel 2018.

⁵¹ In Colombia il controllo pubblicistico sull’operato delle società BIC è stato affidato alla *Superintendencia de Sociedades*, autorità pubblica incaricata di tenere un apposito elenco degli standard di valutazione indipendenti e di verificare la loro conformità alla legge. Questa è inoltre dotata del potere di revoca dello status di società BIC nel caso rilevi (anche su azione di terzi interessati) violazioni relative agli standard di valutazione. In Ecuador, il report annuale è sottoposto alla certificazione di un ente indipendente specializzato nelle specifiche aree nelle quali si intende generare un impatto positivo, mentre la *Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros* ha il potere di cancellare la qualifica di società BIC quando accerti, nell’esercizio dei propri poteri di controllo, che gli amministratori non hanno rispettato l’obbligo di gestire la società in modo tale da generare un impatto positivo, o l’obbligo di redigere la relazione d’impatto della gestione. In Perù, il report annuale d’impatto deve essere elaborato direttamente da un soggetto terzo e indipendente. Il regime pubblicistico dei controlli, invece, è affidato alla doppia azione della *Superintendencia Nacional de los Registros Públicos*, incaricata della tenuta del registro delle imprese, e dell’*Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual* (INDECOP), ente preposto alla tutela della concorrenza e del mercato. Mentre alla prima è attribuito il potere di vigilanza sull’osservanza degli obblighi derivanti dall’acquisizione dello status di società BIC, al secondo, ricalcando il modello italiano, è affidato il potere di sanzionare quelle società che, utilizzando indebitamente il loro status di società BIC pongono in essere atti riconducibili nell’alveo della pubblicità ingannevole o di altre pratiche contrarie alla libera concorrenza e alla tutela del consumatore. La sanzione, in entrambe i casi, è quella della perdita dello status di società BIC.

report pubblicato annualmente dalle società *for benefit*, redatto sulla base di uno *standard* di valutazione indipendente volto a misurare l'impatto generato dalla società e il perseguimento degli scopi di interesse pubblico previsti dallo statuto

In Francia i controlli sull'effettivo perseguimento della *mission* dichiarata hanno una loro struttura peculiare, articolata su più livelli: un controllo interno affidato al “*comité de mission*” (o “*réfèrent de mission*” per società con meno di 50 dipendenti); una certificazione biennale da parte di un organismo terzo e indipendente (*Organisme Tiers Indépendant - OTI*)⁵² e un eventuale intervento del *Président du Tribunal de Commerce* su sollecitazione del pubblico ministero o di terzi interessati.

Infine, un cenno merita il tema della fiscalità delle imprese *for benefit*, su cui è *possibile rinvenire una convergenza generale degli ordinamenti*. Le società che decidono di acquisire tale qualifica sono tenute ad applicare il consueto regime di tassazione del tipo societario prescelto, senza poter beneficiare di agevolazioni fiscali di carattere generale, così da assicurare che la decisione di assumere la forma “*for benefit*” sia fondata su una scelta consapevole e non legata ad elementi transitori di tipo fiscale. Solo in alcuni casi sono stati previsti specifici minimi incentivi di varia natura, volti alla diffusione del modello *for benefit*⁵³, di livello locale o inerenti ai criteri di aggiudicazione nelle gare pubbliche di appalto⁵⁴.

4. *Il modello “for benefit” nel diritto italiano*

In un periodo di emergenza pandemica come quello attuale, in cui sostenibilità e salute diventano inscindibili, la disponibilità di un modello societario capace di incorporare al suo interno il riferimento alla creazione di valore condiviso può rappresentare non solo un modello ispirato a criteri di innovazione responsabile, ma anche un vantaggio competitivo in un

⁵² La disciplina relativa a tale controllo è contenuta nel Decreto n. 2020-1 del 2 gennaio 2020.

⁵³ In Colombia, cfr. il Decreto n. 2046 del 12 novembre 2019 (*Diario Oficial* N. 51135 del 12 novembre 2019) che prevede, *e.g.*, speciali trattamenti fiscali dei profitti generati e distribuiti attraverso l'attribuzione di partecipazioni ai dipendenti, o l'accesso preferenziale a linee di credito specificamente create dal governo; in Italia cfr. l'art. 38-ter della Legge 17 luglio 2020, n. 77.

⁵⁴ In Italia cfr. *e.g.*, gli artt. 83, comma 10, e 95, comma 13, del “Codice dei contratti pubblici” (D.Lgs. n. 50, 18 aprile 2016).

mercato globale caratterizzato dalla finanza sostenibile⁵⁵, dalla domanda di consumatori consapevoli e da una crescente sensibilità anche della pubblica amministrazione⁵⁶.

In tale contesto sembra opportuno chiedersi dal punto di vista dell'ordinamento italiano, e anche con una visione globale del fenomeno, in quale misura e con quali limiti la società *benefit* possa rappresentare una forma societaria ascrivibile al cosiddetto “quarto settore” in cui l'impresa

⁵⁵ Si vada *e.g.*, The BlackRock Investment Institute, Sustainability: The Future of Investing, February 2019; o la crescita continua del movimento del *socially responsible investing* come evidenziata dallo US SIF Foundation's 2020 Report on US Sustainable, Responsible and Impact Investing Trends, Executive Summary, <https://www.ussif.org/files/Trends%20Report%202020%20Executive%20Summary.pdf>.

⁵⁶ Negli ultimi decenni, sono sempre più numerosi i Paesi che, in attuazione delle politiche di sviluppo sostenibile previste a livello internazionale (e regionale) si sono impegnati a definire una propria strategia per il loro raggiungimento, anche attraverso la promozione di incentivi per la realizzazione di un sistema produttivo nazionale orientato in tal senso. Tra questi, oltre all'introduzione di nuove forme associative ibride, troviamo l'adozione di normative volte a ridisegnare in termini di sostenibilità ambientale e sociale la materia degli appalti e contratti pubblici, che divengono fondamentali strumenti di policy nella transizione verso un comparto industriale sostenibile. Si pensi ad esempio alla disciplina comunitaria in materia prevista prima dalle Direttive del 2004 (Direttiva 2004/17/CE del 31 marzo 2004, e Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004) che hanno per la prima volta esplicitamente riconosciuto la possibilità di integrare criteri non economici nelle procedure di gara, e poi dalle direttive del *c.d.* “pacchetto di modernizzazione in materia di appalti pubblici” del 2014 (che comprende Direttiva 2014/23/UE; Direttiva 2014/24/UE; Direttiva 2014/25/UE), nelle quali diviene centrale la promozione dell'uso strategico dei contratti pubblici per il conseguimento di obiettivi sociali e ambientali, con il passaggio dal criterio del “prezzo più basso” al criterio del “miglior rapporto qualità-prezzo”, valutato non più solo sulla base di criteri economici ma anche sulla base di aspetti qualitativi, tra cui quelli ambientali e sociali, connessi all'oggetto dell'appalto pubblico in questione (cfr., *e.g.*, Considerando 37 e art. 67, Direttiva 2014/24/UE). Esempio emblematico, ormai extra UE, è quello del Regno Unito con la *UK Government Sustainable Development Strategy* del 2005 (Department for Environment, Food and Rural Affairs, *Securing the Future – UK Government sustainable development strategy*, marzo 2005), il *Government Sustainable Procurement Action Plan* del 2006 (Department for Environment, Food and Rural Affairs, *Procuring the future – Government Sustainable Procurement Action Plan: Recommendations from the Sustainable Procurement Task Force*, giugno 2006) e le *Public Contract Regulations* del 2015 che prevedono la centralità del criterio del “*value for money*” e permettono alle amministrazioni aggiudicatrici di includere nei bandi requisiti o condizioni ambientali e sociali qualora siano rilevanti in relazione all'oggetto dell'appalto. Sul tema degli appalti pubblici sostenibili si rinvia a L. VENTURA, *Public procurement e sostenibilità. Convergenze trasversali dei sistemi giuridici contemporanei*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2020, p. 243 ss; B. DE DONNO - L. VENTURA, *Sustainable procurement: the active role of the State in building a sustainable and inclusive economic growth*, in F. PERNAZZA - M.R. MAURO (a cura di), *State and enterprise in the law of the transnational economic relationships*, Springer, 2022, in corso di pubblicazione.

privata, perseguendo in modo equilibrato interessi economici, sociali e ambientali, dia un concreto e continuo contributo alla realizzazione di uno sviluppo sostenibile, coerente con gli obiettivi internazionali ed europei.

Occorre premettere che nel nostro come in altri ordinamenti si sta diffondendo l'adozione di una concezione allargata di "*social enterprise*", cui si è già fatto cenno, che sulla scia dell'esperienza statunitense abbraccia fenomeni associativi d'impresa orientati allo svolgimento di attività di interesse sociale e ambientale non solo nell'ambito del *non profit*, ma anche del *profit*. I due settori (terzo e secondo sulla base della distinzione che guarda a *welfare* ed economia) viaggiano a diverse velocità verso soluzioni organizzative convergenti.

Sul fronte delle attività *charitable (non-profit)* si osserva un generale avanzamento, più o meno marcato, verso il mondo dell'impresa *profit*. Numerosi ordinamenti consentono infatti l'uso di forme giuridiche societarie *profit*, appositamente adattate con l'introduzione di vincoli sulla destinazione dei beni sociali e sulla distribuzione di dividendi e con la richiesta del consenso unanime dei soci per modifiche sostanziali.

Ne sono esempio la *Community interest company (CIC)* inglese (*Companies – Audit, Investigations and Community Enterprise – Act 2004*), cui si ispira la *Community contribution company (CCC o C3)* introdotta nel 2012 nella provincia canadese della British Columbia (*British Columbia Business Corporations Act, Part 2.2, sec. 51.91 ss.*), e in ambito statunitense la *low-profit limited liability company (L3C)* diffusa in molti Stati dopo che nel 2013 l'Illinois ha reso coerente questa forma di *limited liability company (LLC)* con i *tax standards for program-related investments – PRI* federali. Nella stessa direzione risulta avviata l'impresa sociale italiana successivamente alle modifiche introdotte dalla riforma del terzo settore⁵⁷.

Le forme societarie etichettate, sulla scia del modello statunitense, come "*for benefit*", presentano invece un intreccio più integrato degli scopi *profit* e di beneficio comune. Appare emblematica di tale approccio l'esperienza italiana che ha trovato espressione nella società *benefit*, che segue e precede modelli e soluzioni di pari natura, simili o diversi nei dettagli applicativi.

Come sopra ricordato, su iniziativa del Senatore Del Barba, l'Italia per prima in Europa ha introdotto la società *benefit* a fine 2015, affidandone la disciplina a 9 dei 999 commi dell'unico articolo, oltre a due allegati (nn. 4 e 5) della Legge di stabilità per il 2016 (n. 208 del 28.12.2015, art. 1,

⁵⁷ D. lgs. n. 3 luglio 2017, n. 112, *Revisione della disciplina in materia di impresa sociale, a norma dell'articolo 2, comma 2, lettera c) della legge 6 giugno 2016, n. 106.*

commi 376-384)⁵⁸.

⁵⁸ Sulle società benefit nel diritto italiano e comparato: C. ANGELICI, *Società benefit*, in B. DE DONNO - L. VENTURA, *Dalla benefit corporation alla società benefit*, Bari, 2018; ID., *Società benefit*, in *Orizzonti del diritto commerciale* (rivista on line), 2017, n. 2; ID., *Divagazioni sulla «responsabilità sociale» d'impresa*, in *Riv. soc.*, 2018, p. 3 ss.; Assonime, *La disciplina delle società benefit*, Circolare n. 19/2016, in *Riv. soc.*, 2016; A. BARTOLACELLI, *Le società “benefit”: responsabilità sociale in chiaroscuro*, in *Non profit*, 2017, n. 2, p. 253 ss.; M. BIANCHINI - C. SERTOLI, *Una ricerca Assonime sulle società benefit. Dati empirici, prassi statutaria e prospettive*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2018, n. 1, p. 201 ss.; F. CALAGNA, *La nuova disciplina della «Società benefit»: profili normativi e incertezze applicative*, in *Riv. dir. soc.*, 2016, n. 3, p. 709 ss.; G. CASTELLANI - D. DE ROSSI - A. RAMPA, *Le società benefit. La nuova prospettiva di una «Corporate Social Responsibility» con «Commitment»*, Documento della Fondazione Nazionale dei Commercialisti del 15 maggio 2016; C. BAUCO - G. CASTELLANI - D. DE ROSSI - L. MAGRASSI, *Le società benefit (parte III). Qualificazione giuridica e spunti innovativi*, Documento della Fondazione Nazionale dei Commercialisti del 31 gennaio 2017; D. CORAPI, *Dalla benefit corporation alla società benefit. Note conclusive*, in *Dalla benefit corporation alla società benefit*, cit.; S. CORSO, *Le società benefit nell'ordinamento italiano: una nuova «qualifica» tra profit e non profit*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 995 ss.; B. DE DONNO, *Dalla benefit corporation alla società benefit. Note introduttive*, in *Dalla benefit corporation alla società benefit*, cit.; EAD., *Sviluppo sostenibile e società commerciali: la diffusione della forma benefit*, in A. NUZZO - A. PALAZZOLO (a cura di), *Disciplina delle società e legislazione bancaria. Studi in onore di Gustavo Visentini*, a cura di, Tomo II Società, interessi e tutele, LUISS University Press 2020, pp. 125 ss.; F. DENOZZA - A. STABILINI, *Le società benefit nell'era dell'investor capitalism*, in *Orizzonti del diritto commerciale* (rivista on line), 2017, n. 2; F. DENOZZA - A. STABILINI, *Due visioni della responsabilità sociale d'impresa, con una applicazione alla società benefit*, in rivistaodc.eu/medial/65449/denozza-stabilini.pdf, spec. p. 10 ss.; F. DENOZZA, *Le società benefit e le preferenze degli investitori*, in *Dalla benefit corporation alla società benefit*, a cura di B. De Donno e L. Ventura, Cacucci 2018; E. DE SABATO - F. FUGIGLANDO, *Le società benefit*, *Officina del Diritto*, Milano, 2021; F. FERDINANDI, *Le società «benefit»*, in *Vita notarile*, 2017, p. 54 ss.; A. FRIGNANI - P. VIRANO, *Le società benefit davvero cambieranno l'economia?*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 503 ss.; A. GALLARATI, *Incentivi e controllo del mercato nella società «benefit». Un'analisi economica e comparata*, in *Contr. impr.*, 2018, n. 2, p. 806 ss.; P. GUIDA, *La «società benefit» quale nuovo modello societario*, in *Riv. not.*, 2018, p. 501 ss.; D. LENZI, *Le società «benefit»*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 894 ss.; A. LUPOI, *L'attività delle «Società Benefit» (l. 28 dicembre 2015, n. 208)*, in *Riv. not.*, 2016, I, p. 811 ss.; G. MARASÀ, *Scopo di lucro e scopo di beneficio comune nelle società benefit*, in *Orizzonti del diritto commerciale* (rivista on line), 2017, n. 2; ID., *Scopo di lucro e scopo di beneficio comune nelle società benefit*, in *Dalla benefit corporation alla società benefit*, cit.; A. MONORITI - L. VENTURA, *Le società benefit: la nuova dimensione dell'impresa italiana*, in *La Rivista nel diritto*, 2017, n. 7, p. 1125 ss.; G.D. MOSCO, *Scopo e oggetto nell'impresa sociale e nella società benefit*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2018, n. 1, p. 81 ss.; ID., *L'impresa non speculativa*, in *Giur. comm.*, 2017, n. 2, p. 216 ss.; M. PALMIERI, *L'interesse sociale: dallo shareholder value alle società benefit*, in *Banca Impresa Società*, 2017, p. 201; G. PORTALE, *Diritto societario tedesco e diritto societario italiano in dialogo*, su *Banca, borsa e tit. cred.*, 2018, I, p. 597 ss.; S. PRATAVIERA, *Società benefit e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2018, fasc. 4, p. 919 ss.; G. RESTA - C. SERTOLI, *Le società benefit*

Pur dando merito a chi ha proposto l'innovativa normativa, intervenuta in una fase in cui stava prendendo forza a livello internazionale, europeo e nazionale la stagione della sostenibilità sociale e ambientale nell'ambito della disciplina delle società e della finanza, risulta evidente che la sua originaria collocazione non appare oggi appropriata. Non è stata infatti predisposta, come è invece avvenuto negli Stati Uniti, in Francia ed in Canada, la modifica o integrazione delle correlate disposizioni di legge sulle società. Tale operazione sarebbe certo risultata più complessa e avrebbe forse ritardato o arrestato l'introduzione della nuova soluzione.

Sembrerebbe invece ora opportuno, e utile a dare visibilità alla forma, inserire la disciplina della società *benefit* nel codice civile, seguendo l'esempio francese (che peraltro, in assenza di un codice civile unificato, ha modificato sia il *code civil* che il *code de commerce*). Pochi articoli con norme semplificate rivolte a società civili, commerciali e cooperative potrebbero essere contenuti in un apposito capo che precede quello dedicato alle società costituite all'estero (artt. 2507 ss.). In alternativa, e con operazione più complessa e frammentaria già utilizzata per le società unipersonali, potrebbero essere inserite integrazioni sparse tra le diverse norme destinate ai singoli tipi e modelli societari.

La disciplina italiana appare ispirata in diversa misura ai modelli di

in Italia: questioni e prospettive, in A. FICI (a cura di), *La Riforma del terzo settore e dell'impresa sociale*, Napoli, 2018, p. 457 ss.; G. RIOLFO, *Le società «benefit» in Italia: prime riflessioni su una recente innovazione legislativa*, in *Studium iuris*, 2016, pp. 720 ss. e p. 819 ss.; S. ROSSI, *L'impegno «multistakeholder» della società «benefit»*, in *Orizzonti del diritto commerciale* (rivista on line), 2017, n. 2; V. SAMMARCO, *Società benefit, il futuro del capitalismo passa da qui*, <http://www.vita.it/it/article/2016/03/01/societa-benefit-il-futuro-del-capitalismo-passa-da-qui/138486/>; D. SICLARI, *Le società benefit nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. diritto dell'economia*, 2016, I, p. 36 ss.; D. STANZIONE, *Profili ricostruttivi della gestione di società «benefit»*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, n. 3, p. 487 ss.; M. STELLA RICHTER JR, *Società benefit e società non benefit*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, II, p. 271 ss.; ID., *Corporate social responsibility, social enterprise, benefit corporation: magia delle parole?*, in *Vita notarile*, 2017, II, p. 953 ss.; ID., *Società benefit e società non benefit*, in *Dalla benefit corporation alla società benefit*, cit.; U. TOMBARI, *L'organo amministrativo di SpA tra «interessi dei soci» ed «altri interessi»*, in *Riv. soc.*, 2018, p. 20 ss.; L. VENTURA, *Benefit corporation e circolazione di modelli: le «società benefit», un trapianto necessario?*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 1134 ss.; ID., *«If not for profit, for what?»*. *Dall'altruismo come «bene in sé» alla tutela degli «stakeholder» nelle società lucrative*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, n. 3, p. 545 ss.; ID., *Benefit corporation e società benefit tra innovazione creativa e imitazione di modelli*, in *Dalla benefit corporation alla società benefit*, cit.; A. ZOPPINI, *Un raffronto tra società «benefit» ed enti «non profit»: implicazioni sistematiche e profili critici*, in *Orizzonti del diritto commerciale* (rivista on line), 2017, n. 2; ID., *Un raffronto tra società benefit ed enti non profit: implicazioni sistematiche e profili critici*, in *Dalla benefit corporation alla società benefit*, cit..

derivazione statunitense⁵⁹ della *Delaware corporate law* e della *BLab Model Benefit Corporation Legislation*. Ciò spiega la derivazione del nome di “società *benefit*” e la contaminazione tra parole italiane e inglesi, criticata dai puristi della lingua italiana che avrebbero preferito la diversa denominazione di “società di” o “a” “beneficio comune”.

Come sopra ricordato, negli Stati Uniti hanno circolato entrambi i modelli, che si differenziano per alcuni aspetti legati alle modalità di attuazione della finalità *benefit*, con una preferenza per la *Model Legislation*. Ciò anche per la forte promozione da parte di *BLab*, nota anche in quanto ha ideato e rilascia la certificazione *B Corp* (o *B Corporation*) a società ed enti a livello globale⁶⁰.

Certificazione *B Corp* e forma *benefit* rappresentano soluzioni autonome, anche se *BLab* prevede che nei Paesi che disciplinano la società *benefit*

⁵⁹ Sul diritto statunitense: J. BLOUNT - K. OFFEI-DANSO, *The Benefit Corporation: A Questionable Solution to a Non-Existent Problem*, in 44 *St. Mary's L.J.* (2013), p. 617 ss.; D. BRAKMAN REISER, *Benefit Corporation – A sustainable form of organization?*, in 46 *Wake Forest L. Rev.* (2011), p. 591 ss.; J.W. CALLISON, *Putting New Sheets on a Procrustean Bed: How Benefit Corporations Address Fiduciary Duties, The Dangers Created, and Suggestions for Change*, in 2 *Am. U. Bus. L. Rev.* (2012), p. 85 ss.; ID., *Benefit Corporations, Innovation, and Statutory Design*, in 26 *Regent U. L. Rev.* (2013), p. 143 ss.; W.H. CLARK, JR., E.K. BABSON, *How Benefit Corporations Are Redefining the Purpose of Business Corporations*, in 38 *Wm. Mitchell L. Rev.* (2012), p. 817 ss.; B. CUMMINGS, *Benefit Corporations*, cit., p. 578 ss.; R.T. ESPOSITO, *The Social Enterprise Revolution in Corporate Law*, cit., p. 639 ss.; J.K. GRANT, *When Making Money and Making a Sustainable and Societal Difference Collide: Will Benefit Corporations Succeed or Fail?*, in 46 *Ind. L. Rev.* (2012), p. 581 ss.; I. KANIG, *Sustainable Capitalism Through the Benefit Corporation: Enforcing the Procedural Duty of Consideration to Protect Non-Shareholder Interests*, in 64 *Hastings L.J.* (2013), p. 863 ss.; C. LACOVARA, *Strange Creatures: A Hybrid Approach to Fiduciary Duty in Benefit Corporations*, in *Columb. Bus. L. Rev.* (2011), p. 815 ss.; M.J. LOEWENSTEIN, *Benefit Corporations: A Challenge in Corporate Governance*, in 68 *Bus. Law.* (2013), p. 1007 ss.; M. MANESH, *Introducing the Totally Unnecessary Benefit LLC*, 97 *N.C. L. Rev.* 603 (2019); J.H. MURRAY, *Defending Patagonia: Mergers & Acquisitions with Benefit Corporations*, in 9 *Hastings Bus. L.J.* (2013), p. 485 ss.; ID., *Social Enterprise Innovation*, cit., p. 345 ss.; J. PILERI, *Who is the Client? Rethinking Professional Responsibility for Benefit Corporations*, in 68 *Catholic University Law Review* (2019), p. 291 ss.; A.E. PLERHOPLES, *Delaware Public Benefit Corporations 90 Days Out: Who's Opting In?*, in 14 *U.C. Davis Bus. L.J.* (2014), p. 247 ss.; K. WESTAWAY - D. SAMPSELLE, *The Benefit Corporation: An Economic Analysis with Recommendations to Courts, Boards, and Legislatures*, in 62 *Emory L. J.* (2013), p. 999 ss.; T.J. WHITE, *Benefit Corporations: Increased Oversight Through Creation of the Benefit Corporation Commission*, in 41 *J. Legis* (2014-2015), p. 329 ss.; E. WINSTON, *Benefit Corporations and The Separation of Benefit and Control*, in 39 *Cardozo Law Review* (2018), p. 1783 ss.

⁶⁰ Attualmente dal sito di *BLab* risulta il rilascio di 4.960 certificazioni a enti o società, delle quali 830 in Europa e 130 in Italia. per 154 settori di attività, in 79 Paesi: <https://www.bcorporation.net/it-it/>

la certificazione *B Corp* possa essere mantenuta solo a condizione che, trattandosi di una società, questa assuma la forma *benefit* entro un periodo che varia da due a quattro anni⁶¹.

In ambito europeo l'Italia, come si è sopra detto, è stata seguita dalla Francia⁶², che ha introdotto la *société à mission* con loi Pacte e, al di fuori del contesto europeo, dalla Colombia, dall'Ecuador e dal Perù e dalla provincia canadese di British Columbia.

La società *benefit*, come delineata nel contesto italiano, si caratterizza rispetto alle società "tradizionali" in quanto, adottando un *modus operandi* responsabile, sostenibile e trasparente, indirizza lo svolgimento dell'intera attività economica verso il contestuale perseguimento di finalità di lucro e di beneficio comune. Lo scopo di lucro è quello soggettivo comunemente perseguito dalle società, che mira primariamente alla divisione degli utili tra i soci. Il beneficio comune deriva dagli impatti positivi generati dall'attività d'impresa, che possono consistere in effetti positivi o nella riduzione di preesistenti effetti negativi, prodotti su soggetti, beni e attività di varia natura. Un elenco delle categorie che meritano considerazione, con indicazioni attualmente ampie e ripetitive, da semplificare, è nei commi 376 e 378 lett. b) della legge n. 208/2015: "*persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse*" coinvolti direttamente o indirettamente dall'attività della società "*quali lavoratori, clienti, fornitori, finanziatori, creditori, pubblica amministrazione e società civile*".

La scelta del beneficio comune deve ovviamente consistere nell'indirizzo della complessiva attività economica della società verso azioni finalizzate ad avere effetti positivi su persone o beni, in aggiunta a quanto è già richiesto e pertanto dovuto in ottemperanza a norme dettate a tutela di soci, lavoratori, creditori e dell'ambiente, inteso con riferimento alle sue numerose componenti esaustivamente elencate nel cosiddetto Codice dell'ambiente di derivazione unionale⁶³.

⁶¹ In Italia, a gennaio 2022, 84 società *benefit* avevano conseguito anche la certificazione *BCorp*: https://bcorporation.eu/country_partner/italy

⁶² Sulla *société à mission*: G. BRANELLEC, J. LEE, *Benefit Corporation: Faut-il introduire en France une nouvelle forme d'entreprise lucrative ayant l'obligation d'être utile socialement ou environnementalement?*, in *Recherches en Sciences de Gestion*, vol. 106, no. 1, 2015, p. 159 ss.; E. COHEN, *La société à mission. Loi Pacte: enjeux pratiques de l'entreprise réinventée*, Paris, Hermann Ed., 2019; F. LARONZE (coordination), *L'entreprise à mission: réflexions sur le projet de loi PACTE* (Conférence de recherche du 2 mai 2019 - Actes), Paris, 2019, reperibile su <https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/2019-05-02-actes-entreprise-a-mission-rse.pdf>.

⁶³ D. lgs. 3 aprile 2006 n. 152 *Norme in materia ambientale* (c.d. Testo Unico ambientale o

Sempre con riferimento alla finalità di beneficio comune, per cercare di orientare le scelte dei soci verso obiettivi concreti quantificabili e misurabili, le diverse normative nazionali (nel Delaware, in Colombia e in Francia), e anche quella italiana⁶⁴, ne richiedono una descrizione specifica e dettagliata (uno *specific public benefit* oltre a quello *general*). Si tratta invece di una mera facoltà secondo la *BLab Model Law*.

La prassi, in origine poco allineata con tale richiesta, tende o dovrebbe tendere a utilizzare formulazioni meno generiche e che si discostano dalla mera riproduzione del testo di legge. Al riguardo si segnala che non appare una previsione coerente con la finalità di beneficio comune la mera destinazione di parte degli utili a soggetti diversi dai soci. In tal caso si configura donazione o beneficenza, distribuzione a terzi del ricavato dell'attività sociale (la cui coerenza con l'oggetto e lo scopo della società è da verificare anche in considerazione della misura dell'elargizione rispetto alla consistenza economica della società), non invece una modalità di svolgimento dell'attività sociale coerente con gli obiettivi prefissati. In tal ambito risulta di supporto la crescente sensibilità per la materia di professionisti e notai che affiancano i soci nella stesura delle clausole statutarie.

In concreto, la finalità di beneficio comune deve essere correlata alla tipologia di attività svolta dalla società e può fare riferimento ad esempio al coinvolgimento della comunità territoriale, alla conservazione e al recupero del patrimonio artistico e archeologico, alla protezione e al ripristino dell'ambiente (oltre il dovuto), al ricorso a fonti di approvvigionamento derivanti da energia rinnovabile, al coinvolgimento di comunità svantaggiate o detenuti, all'utilizzo di prodotti e servizi a filiera corta, all'incremento del *welfare* aziendale, alla promozione di arti e scienze e all'avanzamento delle conoscenze, a investimenti a impatto sociale o ambientale positivo.

La mancata specifica definizione del beneficio comune nello statuto, oltre a configurare un indizio di *greenwashing*, sanzionabile con strumenti a tutela della pubblicità e della concorrenza, risulta di ostacolo all'applicazione integrale della specifica disciplina della società *benefit*. E in particolare alla stesura della Relazione di impatto, con cui la società *benefit* monitora annualmente (ogni due anni in Delaware) il perseguimento dello scopo *profit-benefit* e individua eventuali correttivi e azioni future. In Italia la Relazione deve essere redatta dagli amministratori (in Francia dal *Comité de mission*), allegata al bilancio annuale e pubblicata sul sito *web*

Codice dell'ambiente): biodiversità, popolazione, salute umana, flora, fauna, suolo, acqua, aria, fattori climatici, beni materiali, patrimonio culturale e paesaggio.

⁶⁴ Commi 377, 379 e 382 della l. n. 208/2015.

della società (se presente).

Specifiche previsioni, caratteristiche della normativa italiana⁶⁵, richiedono che la Relazione di impatto contenga la Valutazione di impatto, documento che fornisce significativi elementi sul bilanciamento di interessi da parte degli amministratori nella gestione della società e sulla coerenza tra quanto dichiarato e quanto operativamente compiuto dalla società sul fronte del beneficio comune prescelto.

La Valutazione di impatto deve essere compiuta facendo ricorso ad uno *standard* di valutazione esterno,⁶⁶ esauriente ed articolato, sviluppato e gestito da un ente terzo e indipendente (non controllato o collegato alla società), credibile e trasparente. Si segnala che in Delaware tali garanzie sono meno stringenti in quanto è consentita l'elaborazione dello *standard* da parte degli stessi amministratori.

La valutazione dell'impatto derivante dalle azioni poste in essere per perseguire anche la finalità di beneficio comune fa riferimento a quattro aree, che prendono in considerazione il grado di trasparenza e responsabilità nel governo dell'impresa, le relazioni con dipendenti e collaboratori, nonché con terzi portatori di interesse e infine l'ambiente (con riferimento ad esempio al ciclo di vita di prodotti e servizi).

Emerge con evidenza come la qualità della valutazione abbia importanti ricadute sulla reputazione della società e sul conseguente posizionamento sul mercato delle imprese sostenibili.

Dal punto di vista sistematico occorre chiarire che la normativa sulla società *benefit*, in Italia come nelle altre simili esperienze, non ha introdotto un nuovo tipo societario. La società *benefit* rappresenta invece una nuova forma, un nuovo modo di atteggiarsi di tipi e modelli di società preesistenti (in Italia civili, commerciali o cooperative), che al ricorrere di specifiche condizioni (come la finalizzazione della complessiva attività verso il lucro ed il beneficio comune) è sottoposto anche a specifiche regole che sostituiscono o integrano quelle previste per le società comuni. L'approccio è già stato utilizzato nei diversi contesti nazionali per le società unipersonali, semplificate e innovative.

Obiettivo della disciplina è, come è peraltro espressamente dichiarato (al comma 376), quello di promuovere la diffusione della società *benefit*, e quindi indirettamente di trasferire sull'impresa privata la cura di interessi

⁶⁵ Commi 378, lett. b e d, 382 e allegati nn. 4 e 5, di cui si auspica un maggiore coordinamento.

⁶⁶ Ad esempio *B Impact Assessment* – BIA di *BLab*, *Impact Reporting and Investment Standards* - IRIS, *Global Impact Investing Rating System* - GIIRS, *Social Impact Assessment* - SIA, *Global Reporting Initiative Standard* - GRI, ISO 26000.

pubblici in precedenza di esclusiva competenza dello Stato attraverso le diverse articolazioni della Pubblica amministrazione (il c.d. primo settore). Tale impulso è diretto non solo e comunque non principalmente alle grandi imprese multinazionali, capaci di modificare significativamente con le proprie scelte gli assetti del mercato e già destinatarie di numerosi vincoli di carattere sociale e ambientale, sopra ricordati, ma anche, e soprattutto, alle piccole e medie imprese, che costituiscono un diffuso e fitto tessuto imprenditoriale in tutti gli scenari nazionali.

Il conseguimento di tale obiettivo dipende da vari fattori, tra i quali, soprattutto per le realtà economiche di minore dimensione, non risulta secondario il costo degli specifici adempimenti richiesti (nomina del responsabile del beneficio comune, amministratore o dipendente, e redazione della Relazione di impatto annuale) e l'incertezza sulle modalità di gestione integrata tra scopo di lucro e beneficio comune, cui sono connessi anche profili di responsabilità.

Sull'altro piatto della bilancia si collocano i benefici di prevalente natura reputazionale e concorrenziale (anche derivanti in Italia dall'uso facoltativo nella denominazione delle parole “società *benefit*” o “sb”). Scarsi o inesistenti sono risultati finora i benefici fiscali⁶⁷, volutamente peraltro, per evitare che l'adozione della forma *benefit* derivi da fattori passeggeri e non da scelte più radicate e lungimiranti.

Risulta invece efficace e incentivante per la costituzione di società *benefit* la disposizione del Codice dei contratti pubblici⁶⁸ che consente alle amministrazioni pubbliche di indicare nei bandi, tra i criteri premiali di aggiudicazione, oltre ai *rating* di legalità (stabiliti dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato - AGCM) e di impresa (indicati dall'Autorità Nazionale Anticorruzione - ANAC), anche la valutazione positiva degli impatti dell'attività d'impresa (non esclusivamente con forma *benefit*) risultanti dall'utilizzo dello *standard* di valutazione esterno previsto per le società *benefit* (la cui normativa è espressamente richiamata) e coerente con criteri indicati da ANAC.

Il ricorrente richiamo allo *standard* di valutazione esterno degli impatti generati dall'attività della società *benefit* mostra come le norme più significative della disciplina delle società *benefit* siano, accanto a quelle che ne indicano lo scopo ibrido, quelle inerenti alle modalità di gestione.

⁶⁷ Come il credito d'imposta per il 50% dei costi di costituzione o trasformazione in società *benefit* previsto dall'art. 38 *ter* del decreto legge n. 34 del 19 maggio 2020, c.d. Decreto rilancio, convertito con modifiche dalla legge 17 luglio 2020 n. 77.

⁶⁸ Art. 95, comma 13 (modificato dalla legge n. 157/2019), del Codice dei contratti pubblici, d. lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

Indicazioni, forse volutamente sintetiche e non esaustive, derivano dal comma 380, secondo cui la società deve essere amministrata “bilanciando” tutti gli interessi coinvolti: dei soci (al perseguimento dello scopo di lucro e di beneficio comune) e di persone e beni che vengono in contatto con la società (ad avere un effetto positivo o la riduzione di un preesistente effetto negativo).

Spetta dunque all'interprete capire se *profit* e beneficio comune si fondano o meno in un unico interesse e quanto spazio l'interesse di soci e *stakeholders* possa occupare nella non meglio determinata operazione di bilanciamento tra gli stessi.

Vi è ampio consenso nel rimettere all'ampia autonomia dei soci la formulazione dell'oggetto e dello scopo sociale (e la conseguente delimitazione del proprio “interesse”), ovviamente nei limiti consentiti dalla legge. Dal livello di dettaglio della descrizione adottata dipende poi la correlata ampiezza della discrezionalità degli amministratori con riferimento all'individuazione del contenuto del beneficio comune, dei destinatari dello stesso e delle soluzioni da adottare per bilanciare i diversi interessi in campo.

La responsabilità degli amministratori risulta inoltre inversamente correlata all'ampiezza di tale discrezionalità, salva l'applicazione della *business* (e anche *benefit judgment rule*). Quanto alla natura della responsabilità in cui possono incorrere gli amministratori in caso di gestione senza bilanciamento di interessi, il comma 381 la assimila a quella derivante dall'inadempimento dei doveri imposti agli amministratori dalla legge e dallo statuto, azionabile pertanto in giudizio secondo quanto è previsto per ciascuna forma di società.

Soluzione simile è nella *Delaware corporate law* (al § 367), che prevede espressamente che minoranze qualificate di soci possano esercitare in forma di *derivative suit* l'azione di responsabilità verso gli amministratori. La *BLab Model law* (al § 305) prevede invece uno specifico rimedio, il *benefit enforcement proceeding*, attivabile direttamente dalla società o con *derivative action* da minoranze qualificate di azionisti della stessa o della controllante.

In Italia, come nel diritto statunitense, si esclude che esista un *fiduciary duty* degli amministratori nei confronti dei terzi destinatari del beneficio comune, ai quali non è pertanto attribuita alcuna specifica azione. Nel contesto italiano si ritiene che gli *stakeholders* possano utilizzare, se direttamente danneggiati (e con le correlate difficoltà di prova), l'azione ex art. 2395 cc.

Su di un diverso piano, extrasocietario e a protezione del mercato,

si colloca un'altra tipologia di controlli e sanzioni, peculiare del sistema italiano, attivabile in caso di mancata realizzazione del beneficio comune o del bilanciamento di interessi. Il comma 384 della legge n. 208/2015 prevede infatti che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato - AGCM possa intervenire, d'ufficio o su segnalazione di chi vi abbia interesse, per violazione di norme su pubblicità e pratiche commerciali ingannevoli. Si tratta quindi di un rimedio cui possono avere accesso anche gli *stakeholders* destinatari del beneficio comune in presenza di situazioni di *greenwashing*.

Finora non risulta che tale meccanismo sia stato attivato. Tale dato autorizza diverse letture: quella ottimistica di un sistema di società *benefit* virtuoso e coerente e quella più realistica che prende atto di ancora diffuse generiche formulazioni della finalità di beneficio comune, di fatto difficilmente sanzionabili con tale strumento in caso di mancata attuazione, nonchè della scarsa comune conoscenza del fenomeno e dei relativi rimedi.

Il diritto francese, come sopra ricordato, prevede meccanismi di monitoraggio dell'effettivo perseguimento della *mission* da parte degli amministratori più strutturati ed incisivi: ad una verifica esterna affidata ad un organismo terzo indipendente si aggiunge il controllo interno affidato ad un apposito organo (*Comité de mission* o *réfèrent de mission* nelle società di minori dimensioni). Il *Comité*, cui partecipa almeno un dipendente della società, predispone un rapporto annuale, da allegare al bilancio e alla Relazione sulla gestione, in cui si dà conto anche dell'esito della verifica esterna. A ciò si aggiunge lo specifico ruolo del *Président du Tribunal de commerce* cui, anche in considerazione della natura consolare e non togata della magistratura in tale grado, può rivolgersi il *Ministère public* o qualunque interessato per chiedere di ordinare alla società, con possibile previsione di penalità di mora (*astreinte*) e di scioglimento e liquidazione, di eliminare ogni riferimento alla qualità di “*société à mission*” dagli atti, dai documenti e dal sito *web* della società.

Un'ulteriore e diversa forma di controllo è prevista dalla legge colombiana, che, su istanza di parte, affida alla *Superintendencia de sociedades* il potere di dichiarare la perdita della qualità di *societades de beneficio e interés colectivo* in caso di violazioni gravi e reiterate inerenti ai requisiti dello *standard* utilizzato per valutare l'impatto sociale e ambientale dell'attività della società.

Così delineati i tratti fondamentali della disciplina italiana della società *benefit*, sembra opportuno dare conto delle reazioni della dottrina successivamente all'introduzione di tale nuova forma.

Un primo diffuso interrogativo ha riguardato l'utilità della riforma e la valutazione dell'idoneità degli strumenti preesistenti a soddisfare le esigenze cui dà risposta la società *benefit*. L'iniziale diffidenza verso l'innovazione di origine statunitense, a volte etichettata come "moda" filoamericana, non ha colto la portata innovativa di un istituto che si è collocato nel filone dei temi di sviluppo sostenibile e contrasto ai cambiamenti climatici che al momento dell'emanazione della legge si stava diffondendo e sviluppando a livello internazionale ed europeo e che ora è divenuto pervasivo.

La società *benefit* ha avuto tra l'altro il merito di introdurre nell'ordinamento italiano il principio di misurazione degli impatti (sociali e ambientali, oltre che economici) derivanti dall'esercizio dell'attività d'impresa prima che, con finalità e destinatari in parte differenti, il d. lgs. n. 254/2016 desse attuazione alla direttiva n. 95/2014 che ha imposto alle società di pubblico interesse obblighi di comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e sulla diversità.

In coerenza con la rinnovata ribalta tributata anche negli altri ordinamenti ai temi del *corporate purpose* e dello *shareholderism vs. stakeholderism*, sopra ricordati, l'attenzione della dottrina italiana si è poi focalizzata sull'ibridazione dello scopo di lucro nella società *benefit* e sulla correlata configurazione dell'interesse sociale.

Il modello di riferimento, la *benefit corporation*, aveva incontrato minori ostacoli in un contesto come quello statunitense in cui, a differenza che in Italia, la *corporation "conventional"*, non *benefit*, non presenta una connotazione dell'attività economica che faccia riferimento esclusivamente allo scopo di lucro. La *corporation* può infatti essere costituita come *business corporation* (a cui è dedicato il *Model Business Corporation Act - MBCA*) o *non-profit corporation*. Quest'ultima forma compete con il *charitable trust* nel perseguire analoghe finalità.

Ed è proprio sull'ampliamento dell'interesse sociale in chiave di sostenibilità che ha posto l'accento la riforma del diritto societario francese operata nel 2019 dalla citata *Loi Pacte*.

E' stata in primo luogo modificata la definizione di società aggiungendo un nuovo secondo comma all'art. 1833 del *code civil* che stabilisce ora, con riferimento a tutte le società, che l'interesse sociale cui deve essere ispirata la gestione della società deve tenere conto anche degli aspetti sociali ed ambientali⁶⁹.

E' stato inoltre integrato il primo ed unico comma dell'art. 1835 del

⁶⁹ Art. 1833 alinea 2 code civil: "*La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité*".

code civil, che ora aggiunge al contenuto dello *statuts* che lo stesso può “... préciser une raison d’être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité”.

Su tali premesse, l’art. L210-10 del *code de commerce*⁷⁰ ha consentito a tutte le società commerciali di assumere la forma di *société à mission* e di darne pubblicità negli atti, nei documenti e sul proprio sito *web*, a condizione che lo *statuts* indichi, oltre ad una *raison d’être*, anche una *mission* della società, che può consistere in uno o più obiettivi sociali e ambientali, e le modalità per realizzarla “*dans le cadre de son activité*”.

Alla verifica dell’effettivo perseguimento della *mission* è destinato lo stringente sistema dei controlli interni ed esterni cui si è sopra fatto cenno.

Anche in Francia, pertanto, a seguito della riforma introdotta con la *Loi Pacte*, si è avviata una diffusa riflessione sul nuovo modello societario, la cui attività economica è indirizzata lungo la linea che a partire dall’*intérêt social* sostenibile, nel rispetto della *raison d’être* prescelta, conduce a realizzare la specifica *mission* della società.

Altra questione, prevalentemente italiana, è connessa, in caso di assunzione della forma *benefit* da parte di una società preesistente, all’esercizio del diritto di recesso. Tale problema si pone ovviamente solo in contesti nei quali non sia possibile sondare preventivamente l’opinione dei soci, non nelle piccole e medie imprese, tra le quali è peraltro maggiormente diffusa la forma *benefit*.

In Italia norme inderogabili prevedono per le società di capitali che una modifica significativa dell’oggetto sociale o del tipo di società configuri una causa di recesso del socio dissenziente, con conseguente collocamento o liquidazione, rimborso ed eventuale riduzione del capitale sociale per le relative azioni.

La diversa formulazione, fonte di discussa interpretazione, fa riferimento per le società per azioni ad una modifica dell’oggetto che “*consente un cambiamento significativo dell’attività della società*” e a una trasformazione della società (art. 2437 cod. civ.), per le società a responsabilità limitata ad un “*cambiamento dell’oggetto o del tipo*” e al “*compimento di operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell’oggetto*” (art. 2473 cod.

⁷⁰ Art. L210-10 *code de commerce*: «Une société peut faire publiquement état de la qualité de société à mission lorsque les conditions suivantes sont respectées: 1° Ses statuts précisent une raison d’être, au sens de l’article 1835 du code civil; 2° Ses statuts précisent un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux que la société se donne pour mission de poursuivre dans le cadre de son activité; 3° Ses statuts précisent les modalités du suivi de l’exécution de la mission mentionnée au 2°».

civ.) e, per le società soggette ad attività di direzione e coordinamento, ad una “*trasformazione che implica il mutamento del suo scopo sociale*” o una modifica dell’oggetto sociale che consente “*l’esercizio di attività che alterino in modo sensibile e diretto le condizioni economiche e patrimoniali della società*” (art. 2497 quater cod. civ.).

Indipendentemente dalla configurazione degli specifici presupposti, ci si chiede se l’inserimento nello statuto di società “ordinarie” di un beneficio comune che si intende perseguire nell’ambito dell’attività d’impresa integri una modalità di svolgimento dell’attività economica della società che configura una modifica rilevante dell’oggetto o dello scopo della società e se si tratti di un cambiamento rilevante di per sé o da valutare caso per caso.

A fronte di tale complessa questione si richiama l’ampio spazio lasciato all’autonomia dei soci nella formulazione dell’attività economica e del beneficio comune prescelto, a fronte della quale appare ragionevole affermare che, se pure in alcuni casi dall’osservazione del punto di partenza e di arrivo successivo alla modifica possa risultare un cambiamento rilevante dell’oggetto ai fini dell’esercizio del diritto di recesso, l’assunzione della forma *benefit* di per sé non comporta una modifica significativa dell’oggetto sociale e pertanto la valutazione dell’entità dello scostamento va fatta in concreto, caso per caso. Poiché è diffuso convincimento che la società *benefit* non sia una società di tipo diverso da quello anteriore all’introduzione della finalità di beneficio comune, ma solo un diverso modo di atteggiarsi della stessa, è generalmente escluso, che si configuri una trasformazione o un cambiamento del tipo che legittimi l’esercizio del diritto di recesso.

Nella consapevolezza della possibile soluzione della valutazione riferita al mutamento dell’oggetto sociale a favore del recesso, da più parti si è auspicata, facendo leva sulle finalità di promozione di obiettivi di sviluppo sostenibile, una modifica legislativa che con riferimento all’assunzione della forma *benefit* abolisca l’esercizio del diritto di recesso o lo posticipi (ciò nella diffusa convinzione che non ne derivi un detrimento economico per la società e che il socio dissenziente decida di non recedere).

Ogni ottimismo al riguardo deve considerare che finora il legislatore italiano si è mosso in direzione opposta, in quanto la riforma del diritto societario del 2003 ha rinforzato il diritto di recesso. Né rappresenta un utile precedente il riferimento alla eccezionale, parziale e circostanziata deroga legislativa operata nel 2015 con l’introduzione di limiti legislativi al diritto di rimborso conseguente al recesso dei soci di banche popolari trasformate

obbligatoriamente in società per azioni a seguito del superamento di alcuni limiti dimensionali. La restrizione, peraltro inerente non al recesso, ma alla quantificazione del rimborso, era infatti posta a tutela del superiore interesse di garanzia della stabilità di una banca in crisi.

Diversa soluzione proposta dalla prassi è quella di fissare un “*cap*” che impedisca la modifica inerente all’assunzione della forma *benefit* nel caso in cui sia esercitato il recesso da parte di soci che detengano complessivamente una determinata percentuale del capitale (clausola c.d. *stop loss*). Tale rimedio appare utile in contesti a base societaria ampia, nei quali non sia prevedibile il numero dei dissenzienti che intendano recedere, ma l’incertezza che ne deriva può presentare controindicazioni per le società quotate “*price sensitive*”.

Il tema del recesso funge pertanto da deterrente all’adozione della forma *benefit* per le società ad ampia base societaria, peraltro, e come sopra ricordato, già soggette a numerosi e adempimenti relativi alla sostenibilità.

Diversa risulta la situazione in altri ordinamenti, in cui l’*exit* del socio dissenziente avviene prevalentemente con la vendita delle azioni sul mercato.

In Francia il recesso a seguito di modifica dell’oggetto sociale non è previsto per legge e può essere introdotto in una clausola statutaria solo per le *société d’investissement à capital variable* - SICAV e le *société par actions simplifiée – sas* (queste ultime sono società con ampia libertà di organizzazione e pochi vincoli, a fronte del divieto di sollecitare il pubblico risparmio).

Negli Stati Uniti, patria della *benefit corporation*, si fa riferimento ad un *right of appraisal*, un diritto e un rimedio che consente al socio recedente di chiedere ad una Corte (nel Delaware la *Chancery Court*) di valutare il *fair market value* delle azioni per le quali si esercita il recesso, che devono essere riacquistate dalla società.

La maggior parte degli Stati (38 su 50) riconosce il *right of appraisal* solo ai soci di *private corporation* (corrispondenti alle srl e alle spa chiuse), mentre nelle *public corporation* (assimilabili alle spa aperte e quotate), l’*exit* può avvenire solo sul mercato, in applicazione del principio del *no cash drain*. Un *right of appraisal* è concesso anche nelle *public corporation* secondo il *Model Business Corporation Act* solo a seguito di modifiche statutarie (*amendments of articles*) e operazioni di fusione (*merger*), secondo la *Delaware corporate law* solo per alcune tipologie di *merger*. Sempre in Delaware un *right of appraisal* era previsto in caso di adozione della forma di *public benefit corporation*, per la quale era peraltro richiesto

il consenso di una maggioranza qualificata dei due terzi dei voti dei soci. Entrambe le cautele sono state eliminate nel 2020 (§363 della *Delaware General Corporate Law*), per incentivare l'adozione della forma *benefit*.

Un ulteriore punto di attenzione ha riguardato la libertà di adozione della forma *benefit*, presente in tutti gli ordinamenti che conoscono forme analoghe, che sembra contraddetta dalla lettera della legge italiana. La formulazione del criticato comma 379 della legge n. 208/2015 (“*le società ... sono tenute a modificare l'atto costitutivo o lo statuto*”) sembra infatti imporre la modifica dell'oggetto sociale necessaria a divenire società *benefit* alle società che vogliono perseguire anche un beneficio comune, con ripercussioni derivanti dal possibile esercizio del diritto di recesso da parte di un numero rilevante di soci.

Al riguardo l'interpretazione prevalente restringe l'obbligo di assumere la forma *benefit* alle società che destinano non singole iniziative, ma la complessiva attività economica della società anche a scopi di beneficio comune. Poiché il confine tra le due realtà non è sempre di facile individuazione, si auspica una modifica del testo che, in linea con le parallele esperienze straniere, disponga l'accesso facoltativo alla forma *benefit*.

Una diversa più rigorosa lettura della attuale formulazione della norma inibirebbe la promozione di iniziative di “transizione ecologica”, di pubblico interesse e sempre più frequenti, soprattutto da parte di società grandi e quotate, spesso del settore energetico, che progressivamente orientano il proprio oggetto sociale verso attività dichiaratamente ispirate anche alla sostenibilità sociale e ambientale, ma che per svariati motivi (tra cui il possibile recesso di un numero significativo di soci dissenzienti) non intendono assumere la forma *benefit*.

Le società ordinarie quotate o di grandi dimensioni, localizzate peraltro soprattutto nelle grandi aree metropolitane, sono comunque soggette, al ricorrere di specifici presupposti, alle sempre più pervasive e mutevoli norme, di *soft* e *hard law*, nazionali ed europee, dirette ad indirizzare i capitali privati verso il finanziamento dello sviluppo sostenibile. In tale contesto si assottiglia la differenza, soprattutto con riferimento alle società di grandi dimensioni, tra società ordinarie e *benefit*.

Guardando invece alle PMI, che mostrano un più stretto collegamento con il territorio in cui operano e sono attualmente sottoposte ad una minore pressione normativa con riferimento ai temi di sostenibilità sociale e ambientale, la forma *benefit* può essere un efficace strumento di sensibilizzazione verso l'innovazione responsabile con ricadute positive sulla dimensione locale. Uno strumento tuttavia da scegliere liberamente.

Si auspica pertanto un intervento di riforma e consolidazione della disciplina italiana della società *benefit* nel senso sopra suggerito.

A livello internazionale ed europeo si auspica che la sollecitazione delle imprese verso la sostenibilità sociale e ambientale mantenga livelli elevati anche in tempi, si spera vicini, *post* pandemia. In attesa del completamento del quadro europeo degli interventi di pressione soprattutto sulle società quotate e di grandi dimensioni ad essere attori di un sistema economico più inclusivo e a basse emissioni di carbonio, sembra opportuno che maggiore attenzione sia rivolta anche verso iniziative di promozione della sostenibilità da rivolgere direttamente alle piccole e medie imprese. Si potrebbe collocare in tale prospettiva una proposta di introduzione negli Stati membri di un modello societario con scopo ibrido costruito sulla base degli aspetti più pregevoli della normativa italiana delle società *benefit*, integrata con alcuni suggerimenti provenienti dall'esperienza francese della *société à mission*.

Uno strumento europeo di *hard* o *soft law* potrebbe contribuire a promuovere e a far diventare “normale” la diffusione della cultura della ricerca del profitto sostenibile (che caratterizza il c.d. quarto settore) tra le imprese di ogni dimensione e settore, e in particolare tra quelle piccole e medie, che diverrebbero veicolo di capillare diffusione della strategia europea diretta allo sviluppo di un mercato unico europeo integrato e sostenibile.

ABSTRACT

The essential role of enterprises in achieving the sustainable development goals, which are also related to health protection, as became evident during the pandemic, is undisputed. For this reason, business law, as a policy tool, can contribute to the strengthening of business resilience and the pursuit of inclusive, equitable, and sustainable growth. In this context, it is necessary to highlight the development of hybrid organizational forms operating within the new “fourth sector” of the economy, in which businesses integrate social and environmental aims with the profit-making goal. A paradigmatic example is that of the “società benefit”, which was born in the U.S. and spread with some variations in civil and common law systems, and also in Italy, which was the first country in Europe to introduce such a legal form. The most distinctive aspects of the Italian regulations are examined and compared with other significant experiences to suggest that, with a few adjustments, they could be used as the basis of a reference model for a European company form that would help to disseminate and make the “fourth sector” for benefit business culture “normal” in the hopefully approaching post-pandemic times.

Federico Pernazza, Domenico Benincasa*

*Governance Emergency Legislation and Insolvency of Enterprises
in Times of Pandemic*

SUMMARY: 1. Methodological premise – 2. Lines of comparative investigation of emergency national laws on business crisis: a) national laws and European harmonisation; b) mandatory rules or ex post control; c) temporal perspectives; d) consistency or contradiction with the “ordinary” legal system – 3. The collection and selection of emergency measures on a comparative approach – 4. Assessment of main tools and measures in the area of enterprises insolvency law from an Italian perspective – 4.1 Suspension of involuntary proceedings – 4.2 Timely emergence of insolvency and directors’ liability – 4.3 Freezing of capital maintenance rules – 4.4 General interventions with reference to national bankruptcy laws – 5. Final remarks and new perspectives of harmonisation.

1. Methodological premise

The pandemic has been a dramatic event of global dimension that finds rare precedents in recent history and whose effects in many socio-economic spheres are still difficult to assess.

However, for comparative studies, it constitutes an extraordinary and precious opportunity¹.

In fact, for those who adopt an approach to comparative studies that combines the scientific study of legal systems with an assessment of the operational effectiveness of the respective institutional, normative and jurisprudential approaches, a fundamental problem, often underestimated,

* Professor Federico Pernazza is the author of the paragraphs 1, 2, 4.3; Professor Domenico Benincasa of the paragraphs 3, 4.1, 4.2, 4.4. The fundamentals and the final remarks are the result of a common analysis.

¹ The extraordinary opportunity of comparative studies offered by Covid pandemic has been envisaged and supported jointly by three Italian Associations of Comparative Studies (Associazione Italiana di Diritto Comparato, Associazione Diritto Pubblico Comparato ed Europeo e Società Italiana per la ricerca nel diritto Comparato) setting up a common repository of normative documents of over 120 jurisdictions concerning Covid, available at <http://www.comparativecovidlaw.it>.

is that of the diversity of phenomena that legal systems are called upon to deal with². Therefore, the Covid 19 pandemic, having affected in a short time and with similar characteristics all the main human communities, offers a paradigmatic hypothesis for comparing, measuring and evaluating in all sectors the response of legal, social and economic systems, containing the risk that the different results achieved are the consequence, not so much of the response of the legal system, but rather of the diversity of the phenomenon to which they intend to respond.

On the other hand, the comparative analysis of the normative interventions, aimed at facing the pandemic, should distinguish the pandemic phenomenon in its dimension connected to public health from the many “derived emergencies”, including those connected to the provision of essential services, to the existential needs of individuals, to institutional and economic activities. Among the latter, the business crisis induced by the restrictions on the movement of people and goods imposed by Covid is the subject of this contribution.

It is therefore necessary to propose a first methodological consideration, which becomes relevant in any study of the so-called emergency law related to the pandemic³. Although the primary origin of the emergency law is constituted in all areas by the epidemic, the analysis, evaluation and comparison in different legal and socio-economic sectors must proceed from a precise identification of the “derived emergency”, which becomes relevant in a given context. Thus, while it is evident, for example, that the measures limiting movement and individual conduct are closely linked to the epidemiological trend in the context of reference (with an immediate and serious impact from the onset of the pandemic, but also with the possibility of a rapid relaxation of the measures, when the epidemiological trend improves), the derived emergencies, among which the business

² See F.P. RAMOS, *Parameters for Problem-Solving in Legal Translation: Implications for Legal Lexicography and Institutional Terminology Management*, in *The Ashgate Handbook of Legal Translation*, 2014; D. CORAPI, *Diritto commerciale comparato* in *Riv. dir. comm.*, 2016, pt. 2, p. 174; F. PERNAZZA, *L'insegnamento del Diritto Comparato dell'Economia: a problem oriented approach*, in *Revista Eletrônica do Curso de Direito da USFM*, vol. 12, 1, 2017, p. 263, available at <https://doi.org/10.5902/1981369426368>; and, with reference to insolvency law, I. CANDELARIO MACIAS, *Commento sul “I convegno europeo di diritto concorsuale (First European Conference on Insolvency Law and Practice)”*, in *Dir. fall.*, 1999, pt. 1, p. 797; with even more specific reference to the comparison of this legal matter in a pandemic context, see G. IVONE, *Il diritto dell'insolvenza al tempo della pandemia*, in *giustiziacivile.com*, 2020, fasc. 8 S3, p. 79; L. PANZANI, *L'insolvenza in Europa: sguardo d'insieme*, in *Fall.*, 2015, p. 1013.

³ This approach will find its development below, paras. 3-4.

crisis induced directly or indirectly by the pandemic, constitute a distinct phenomenon, which can have different incidences according to the product sectors, and a development that varies in time according to the contexts. It is evident, in fact, that even within the same state, in some business sectors the crisis has been very serious and sometimes fatal, while in others it has been much less serious or even non-existent.

The first consideration, therefore, is that within the framework of the regulation of business crisis, the adoption of measures potentially applicable indiscriminately and univocally to all businesses on the assumption of a pandemic, is logically improper, since the emergency to be faced in this case is not the pandemic itself, but the emergency deriving from the economic-financial crisis induced mainly by the restrictions on the movement of goods and people. A preliminary assessment to any comparative consideration should, therefore, verify whether the measures have been adopted assuming, presumably, that the epidemic has determined effects on the performance of the business, or whether they have noted the emergencies that have occurred in some economic sectors and have intended to respond punctually to them⁴.

Moreover, on the level of methodological approach, it should be pointed out, as will emerge below (para. 3), that a geo-localisation of countries at the time these investigations are undertaken is necessary and useful as geo-political differences may make it appropriate to create families of “emergency bankruptcy law” systems that share, beyond the technical profiles of the specific discipline, aspects of commonality in economic and political terms.

Thus, in some realities, which can be found within most EU States, there is a general feeling that the basic needs of the vast majority of companies are the lack of cash flow and the impossibility of making acceptable forecasts about the future (whence the introduction of forbearance and other legal measures to temporarily suspend the exercise of creditors’ rights)⁵, in others the need for tapering government support and providing greater judicial training and specialisation may be more pressing⁶.

⁴ As will be discussed in more detail below (paras. 4, 4.1), some emergency rules concerning business crisis in Italy and England make reference purely to a period of time (assumed to be affected by the pandemic), and not to the pandemic itself, while in France and Germany, the importance of the pandemic on the crisis is also recalled.

⁵ See G. CORNO - L. PANZANI, *I prevedibili effetti del coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, in www.ilcaso.it, 25.3.2020.

⁶ As an example, some countries such as Colombia have felt the need to implement a previously less developed system of using digital platforms. See also, for a more extensive

2. *Lines of comparative investigation of emergency national laws on business crisis: a) national laws and European harmonisation; b) mandatory rules or ex post control; c) temporal perspectives; d) consistency or contradiction with the “ordinary” legal system*

Some lines of comparative research and system considerations are outlined in the following paragraphs, where will be explored in greater depth the specific analysis of legislation on business crises adopted by some of the main European legal systems (Italy, France, Germany, Spain and England).

Since now, some preliminary framework statement can be traced.

In the first phase of the pandemic, the regulatory interventions adopted in various countries in favor of companies were traced and justified by the crisis of liquidity resulting from the sudden drop in income due to the impossibility of providing services or delivering goods; these were mostly financial interventions, similar in the various countries, aimed at ensuring the liquidity of the company, the payment of workers' salaries and supplies⁷.

The worsening and expansion of the epidemic, as well as the increase in the number of companies involved, have led to the emergence of a new type of interventions more specifically aimed at regulating the phenomenon of business crises, i.e., of companies that find themselves in the conditions foreseen by the regulations in force, in the presence of which the legal system obliges to activate restructuring procedures or to initiate a liquidation procedure.

In this context, as will be seen, not only specific types of partially different interventions have emerged, but also differences in approach. We identify below some perspectives of analysis, which will then be traced through the specific comparison of the measures adopted at national level in relation to business crises resulting from the epidemic.

a) The first point is that, although the subject of business crisis is

overview of Latin American countries, C. CERVANTES, *Necessary reforms: Adaptation of insolvency regimes in Latin America*, in *Eurofenix*, Winter 2020/21, p. 27. Other interesting differences and specificities between Africa and Middle East, Americas, Asia and Europe, emerge in the webinars organised within 2021 World Bank & Insol International's Legislative & Regulatory Group: “*Covid-19 response and the challenges ahead*” (collected on July 27, 2021, available at <http://www.blogs.worldbank.org>).

⁷ See G. CORNO - L. PANZANI, *op. cit.*; S. MADAUS - F.J. ARIAS, *Emergency COVID-19 Legislation in the Area of Insolvency and Restructuring Law*, in (2020) *European Company and Financial Law Review*, vol. 17(3-4), p. 318.

of central importance in the construction of the European single market and has been therefore the object of numerous legislative interventions, it is still characterised by significant differences in approaches to corporate governance of companies in crisis and in the logic, characteristics and aims of national procedures to deal with it⁸. This meant that, even in the presence of a similar, if not identical, phenomenon in the various countries, there have been different responses in terms of regulation, understood in a broad sense (thus including the role played by jurisprudence). This highlights the importance of context in comparative analysis even between Western countries and within the EU:⁹ in our case, as we will see, for example, the existence of rules concerning the

⁸ See E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009; F. GUERNIELLI, *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 258; I. FLESSNER, *L'idea dell'impresa nel diritto fallimentare europeo*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 489; S. BONFATTI - G. FALCONE (a cura di), *La legislazione concorsuale in Europa*, Milano, 2004; A. NIGRO, *Procedure concorsuali e società in Italia e in Europa*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2003, I, p. 3; AA.VV., *Insolvency & Restructuring*, in (2000) 31 *Jurisdictions Worldwide*, Law Business Research, London, 1999. The process of harmonisation in the field of insolvency law has been elaborated also on a substantive level for about twenty years, as will be seen in the following paragraphs and in the conclusions, mainly through a mechanism of circulation of models. However, the distances remain particularly critical (and difficult to bridge) on some specific issues which, however, deeply affect the practical experience both in the relationships between interested and involved parties and, in a broader perspective, in the matter of competition of systems. The above has emerged, especially in the European Union, with regard to the application of the EU Regulation on Insolvency Proceedings (EIR 2015/848), which has not always succeeded in hindering forum shopping and creditor forum shopping, despite the fact that these objectives were already present in the original text: see preamble 3) of the former version of the Council regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings, according to which "It is necessary for the proper functioning of the internal market to avoid incentives for the parties to transfer assets or judicial proceedings from one Member State to another, seeking to obtain a more favourable legal position (forum shopping)". On this topic, see *ex multis* M.V. BENEDETTELLI, "Centro degli interessi principali" del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, 2, p. 499.

⁹ The interference between a set of rules and the country's legal culture and institutions is a well-known field in comparative studies and researches, in particular in the cases of transplant of Western law in countries characterized by different history, culture, religion, resources, economics conditions: see J.S. GILLESPIE - P. NICHOLSON (eds.) *Law and Development and the Global Discourses of Legal Transfers*, Cambridge University press, 2012; M. SIEMS, *Comparative Law*, Cambridge University Press, 2014, p. 281. In this paper the word "context" is used in a much narrower meaning, making reference to the fundamentals of a national legal system concerning corporate governance, company and bankruptcy law.

minimum capital of companies and obligations in the event of loss of capital and, correlatively, the responsibilities of directors of companies in crisis (*infra*, para 4.2 and 4.3).

- b) A second aspect worthy of consideration is the approach to regulation from the perspective of the dialectic between mandatory supranational or national norms (top-down approach) and the adoption of principles or broad criteria within which it is left to the States (in the relationship with the EU) or to private individuals to adopt the best response strategies, trusting in the adequacy and effectiveness of an ex-post control of jurisprudence. With respect to this fundamental regulatory alternative as the key to the comparison, it is worth noting that the hypothesis of emergency regulation is perhaps not the most straightforward case, since the need for prompt intervention and strict conformity of conduct to collective needs stresses out the appropriateness of mandatory rules. However, as will be seen particularly in the final paragraph, even in this difficult situation there have been many cases in which the State systems have offered differentiated responses, in some cases adopting exclusively the instrument of mandatory regulation, in others preserving a greater space for private autonomy and therefore fatally, in the event of conflicts, for its judicial evaluation¹⁰.
- c) A third profile of comparative analysis which will emerge in the course of this survey - and, it is worth noting, can be found in general terms in several disciplinary fields (from general procedural law, e.g. suspension and enforcement of claims, to contract law, e.g. in case of impossibility and *force majeure*) - concerns the temporal perspective¹¹. The emergency in *re ipsa* follows a

¹⁰ See, for further references, by G. CORNO - L. PANZANI, *La disciplina dell'insolvenza durante la pandemia da Covid-19. Spunti di diritto comparato, con qualche riflessione sulla possibile evoluzione della normativa italiana*, in www.ilcaso.it, 27.4.2020; A.R. MINGOLLA, *L'illusorio allineamento allo spazio concorsuale europeo del nuovo diritto della crisi di impresa*, in *Dir. fall.*, 2021, 2, p. 286.

¹¹ Particularly significant in Italy was the legislation relating to the suspension of the execution of property release orders, which, initially provided by art. 103, paragraph 6 of Law Decree no. 18 of 2020, converted into Law no. 27 of 2020, until June 30, 2020, was extended until the end of December 2021 as a result of repeated law decrees. The Constitutional Court intervened in this matter with sentence no. 213 of November 11, 2021, which declared the question of constitutional legitimacy relating to these regulations to be unfounded, noting that the measure was ordered in the presence of an exceptional situation deriving from the pandemic, referring precisely to the temporally limited nature

sudden and unexpected phenomenon, which requires a timely and effective response, in order to bring the situation as soon as possible into the realm of “normality”, even if it is also complex and problematic, and therefore to the adoption of “ordinary” regulatory tools. The effects of the epidemic on the activities have been different, in terms of intensity and duration, varying from transitory situations to changes whose duration is still hard to understand, also emerging the hypothesis of a permanent evolution (for example, for the activities that can also be carried out through internet connections). Against this varied backdrop, national legal systems have reacted differently, including in terms of business crises: in some cases, adopting measures that are very limited in time, substantially limited to lock down periods; in others, they have referred to longer periods (with reference or not to the duration of the “state of emergency”); in others still (e.g., in Italy), measures have been adopted that, while taking into consideration the businesses directly affected by the epidemic phenomenon, tend to cushion its effects by “spreading” them over a longer period of time, thus actually slowing down the process of “normalisation”, i.e., of bringing the economic-legal system back to the ordinary system¹².

d) The dialectic between emergency intervention and the systemic

of the measures and not extendable beyond December 31, 2021.

^However, yet concerning the Italian legal system, it should be noted that some provisions originally intended to have a limited prospective duration - and as such derogating from the ordinary rules - are then extended, losing that exceptional character. This has in some sense happened with regard to the capital maintenance rules, which in the past could only be derogated from in the event of bankruptcy reorganisation proceedings, which are in any case likely to produce effects of publicity and credit impairment (thus making such need no longer applicable in case of confirmation or limiting its scope), as in the case of Article 182 *sexies* of Italian Insolvency Law (IL). Thus, the derogation from the rule set forth in Article 2446 et seq. c.c., first implemented with the emergency legislation (as will be seen below, under 4.3) has now been partially stabilised when considering that, with the new “assisted negotiation” procedure (Law Decree no. 118/2021) it is now possible to extend, also in the future and in the medium term, the derogation from the “capitalise or liquidation rule” even in the (semi-confidential) phases of the negotiations. In this case, the suspension of recapitalisation obligations and the causes of dissolution in the interim phase are a further incentive to initiate the negotiated settlement procedure (which is in several respects a “non-universally collecting proceedings” and does not involve all creditors).

¹² On these profiles, on which we will return in para. 4 and following, see the analysis of A. GURREA-MARTINEZ, *Insolvency Law in Times of COVID-19*, Ibero-American Institute for Law and Finance, Working Paper 2/2020.

approach of the legal systems in the field of insolvency also concerns another aspect of the investigation, relating to the consistency or contradiction of the emergency regulatory intervention with the systemic order of the legal systems. With respect to this issue, two preliminary considerations are necessary. First of all, emergency law is characterized by the need for a rapid and extraordinarily effective approach in countering the phenomenon that imposes it, and therefore logically can take on “exceptional” characteristics compared to ordinary competences, procedures and rules. Secondly, with respect to the evolution of the regulation of business crisis in European countries, in the presence of Euro-unitary sources, as will be seen, consisting of recommendations and directives limited to certain specific profiles (in addition to regulations on cross-border insolvency), the national legal systems are characterized by different approaches (especially in the basic dialectic between protection of the creditors and protection of the company and between judicial and extrajudicial approaches) and the recent reforms induced by Directive 2019/1023 on restructuring, insolvency and discharge are at a different stage of progress¹³. What is, however, worthy of note is the fact that, while in some jurisdictions the emergency law, albeit with its peculiarities, appears consistent with the framework of competences, procedures and aims of the current system or the one envisaged by the legislation implementing the Directive, in others the interventions are placed in a logic of evident contrast with the legal system and its previous evolution: for example, in Italy in the d. l. 118/2021 have broadened the space of out-of-court restructuring plans (the so-called negotiated composition of the crisis) in contrast with the approach of the Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza (D.Lgs 12 gennaio 2019 n. 14 – “CCI”) on the alert procedure and on a binding path directly or indirectly controlled by the Judge¹⁴. In this context, then, the

¹³ Many Member States have notified the Commission their wish to extend the deadline for transposing EU Directive 2019/1023 by one year. See P. DE CESARI, *Osservatorio internazionale sull’insolvenza*, in *Fall.*, 2021, p. 427.

¹⁴ The reasons for the different approach, not only due to the effects of the coronavirus, are well esposed in M. FABIANI, *La proposta della Commissione Pagni all’esame del Governo: valori, obiettivi, strumenti*, in www.ildirittodellacrisi.it; M. ARATO, *La scelta dell’istituto più adeguato per superare la crisi d’impresa*, in www.ilcaso.it, 8.10.2021; both authors highlight the distance of Law Decree n. 118/2021 from the dirigist approach of the Codice della Crisi e dell’Insolvenza di Impresa (CCI).

¹⁵ It is necessary, however, to underline the repeated changes of direction in Italian

emergency law, more than an exceptional and transitory law, probably appears as the preannouncement, or rather, the first concrete step, towards a radical change of systemic perspective. This interpretation or supposition requires to be verified when the epidemic phenomenon comes to an end, but it is evident that for the systems that have introduced measures of this kind, the emergency period constitutes at least a phase of experimentation from which indications of systemic value can emerge.

3. The collection and selection of emergency measures on a comparative approach

The examination of concrete measures adopted by single countries seems appropriate in order to give a substantial content to the above mentioned general and introductory premises from a comparative perspective.

In this context, it should be pointed out that it is difficult to find similar experiences in which the need to create recipient for ideas and collection of substantial solutions was felt so immediately and extensively.

And this, even though there have been, even in the recent past, experiences of rapid spread of crises from one sector of the economy to another, such as in the subprime mortgages saga¹⁵.

This is already a significant element in terms of the experience and impact of the Covid 19 pandemic in the field of corporate insolvency law, at the same time facilitating the identification of the most convergent (or eventually divergent) aspects of the various national regulatory interventions

legislation (unlike, for example, that of the United States, which has been based on Chapter 11 since 1978). See M. ARATO, *cit.*, highlighting, in particular, the tendency to introduce more flexible rules of bankruptcy law in moments of crisis and more rigid rules in phases of economic recovery. However, it is to be hoped that also in Italy, on the basis of European indications and more advanced models, the prospect of a timely identification of crisis indicators and the consequent voluntary recourse to forms of negotiated settlement will be firmly established.

¹⁵ Regarding the so called “insolvenza diffusa”, that is a condition of pervasive and transferee illiquidity caused by an exogenous shock, affecting several markets simultaneously, see V. MINERVINI, *La “composizione negoziata” nella prospettiva del recepimento della direttiva “insolvency”*. *Prime riflessioni*, in www.ilcaso.it, 17.10.2021, p. 6; G. BRANCADORO, *Società di capitali e crisi sistemiche*, Torino, 2019, p. 85 ff., and, with particular reference to the Covid 19 Pandemic experience, S. PACCHI - S. AMBROSINI (eds.), *Crisi d'impresa ed emergenza sanitaria*, Bologna, 2020.

for the purposes of this survey.

The examination of internet sites that collect and summarise the most significant interventions adopted by the various legal systems in the field of bankruptcy and company law, makes it possible to appreciate how some of these have appeared, at the beginning, more timid and reluctant to tackle the problem in a drastic and interventionist manner, or have in any case adopted a fragmentary approach, and have then changed their approach by adopting systematic and more far-reaching solutions¹⁶.

Thus, for example, some countries, such as Spain¹⁷ and England¹⁸, initially hesitated or appeared unprepared to adopt comprehensive reforms of bankruptcy law: that is understandably at least in part, given that in the immediate impact of the pandemic and the economic fallout of social containment measures each legislator is apparently “*inseguro y urgido*”¹⁹.

¹⁶ Regarding the so called “copycat coronavirus policies” phenomenon, as the result of regulatory emulation occurring spontaneously, see E. GHIO - G.J. BOON - D. EHMKE - J. GANT - L. LANGKJAER - E. VACCARI, *Harmonising insolvency law in the EU: New thoughts on old ideas in the wake of COVID-19 Pandemic*, in (2021) *Int.Insol.Rev.*, 30(3) p. 2; I. Krastev, *Copycat Coronavirus Policies Will Soon Come To An End*, in *Financial Times* (April 7, 2020), available at <http://www.ft.com/content>.

¹⁷ As pointed out by A. ROJO, *Reflexiones sobre el Derecho concursal de emergencia*, in <http://www.blog.fder.uam.es/2020/05/11/>; among the various options, the one adopted in Spain was the most prudent: to introduce a very fragmentary law, destined to govern for a time, and then, more or less soon, to disappear. Nevertheless, no long after the adoption of Royal Decree 463/2020 of 14 March (the first to introduce the health emergency), the Spanish legislature, in view of the need to have more modern instruments to deal with the crisis, adopted renewed legislative intervention (as the *Texto Refundido* of the *Ley Concursal* on 5th May 2020). See S. PACCHI, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, in www.ilcaso.it, 9.8.2021.

¹⁸ Regarding the initial wait-and-see attitude of the English legislator (on 28th March 2020 the UK Government announced changes to insolvency laws but till May timing appeared uncertain since in the meanwhile the Parliament was in recess) and the subsequent change of trend by the English legislator, whose measures were mainly concentrated, especially at first instance, to suspension of wrongful trading and fast-tracking new restructuring plan and moratorium, already announced - this last measures - since August 2018, see *CIG Act - Summary Update*, in www.lexology.com, Dec. 15 2020; S. MADAUS - F. J. ARIAS, *cit.*, p. 318; E. GHIO - G.J. BOON - D. EHMKE - J. GANT - L. LANGKJAER - E. VACCARI, *op. cit.*, p. 14, noting that “*although not bound to implement the Directive due to leaving the EU, the UK's CIGA 2020 entails several elements largely reflecting the provisions of the Directive, possibly to defend its position with the ongoing institutional competition with other European countries*”.

¹⁹ See A. ROJO, *op. cit.*, p. 14, pointing that “being insecure” is because it is not in a position to know exactly what the impact of the crisis will be; while “urgent” is because the known, or barely suspected, reality demands that it does not delay its response. Referring to the Spanish Government, the Author adds that “*inseguro, urgido y ensolitario, ha actuado como cirujano de campaña*”. From an Italian perspective, see M. COSSU, *Il diritto*

However, these same countries have succeeded in a short time - sometimes borrowing from foreign experiences - in redeeming themselves and filling any gaps, as well as projecting the duration of the solutions adopted in the medium term or at least in a perspective of stability.

Among these experiences, particularly noteworthy results, among others, on an institutional or supranational basis, the initiatives of the World Bank and Insol International Global Guide (Measures adopted to support distressed businesses through the Covid-19 crisis)²⁰, and, to quote the most up-to-date and comprehensive, on a doctrinal level, the CERIL – *Conference on European Restructuring and Insolvency Law* statement and works; in the national scene, in a wider perspective very interesting is the website developed on the initiative and under the auspices of the Italian Association of Comparative Law, “*aimed at offering a map of these changes on a global scale, providing a repository of some of the innumerable normative documents which have been prompted by the sanitary emergency and of the first available comments*”²¹.

What emerges first and foremost looking at the relevant insolvency reforms taking place around the world as a response to the global pandemic, as well as other insolvency-related reforms in order to minimize the harmful economic effects of COVID-19, is the opportunity of a geo-localisation of countries at the time these investigations, as pointed out above (para. 1).

The European Union, with these regards, is one of those geographical areas where these data collection initiatives have been carried out with greater drive and strengthening (including through projects financed by the Union itself)²², which, in this case, are also more functional and coherent than elsewhere, if one considers that not only in the field of company law, but also in that of bankruptcy law, the road to harmonisation and unification has now been crossed.

e l'incertezza. La legislazione d'impresa al tempo della pandemia, in *Dir.fall.*, 2020, pt. 1, p. 1221 ff.

²⁰ Downloadable at <http://www.worldbank.org/en/topic/financialsector/brief/finance-and-covid-19-coronavirus>, cit. by G. CORNO - L. PANZANI, *La disciplina*, cit., where further references can be found. See also OECD, *Insolvency and debt overhang following the COVID-19 outbreak: assessment of risks and policy responses*, 27 Nov. 2020, downloadable at <http://www.oecd.org>, and Insol Europe tracker of insolvency reforms at <http://www.insol-europe.org/publications/web-series>.

²¹ Respectively downloadable at <http://www.ceril.eu/>, and <http://www.comparativecovidlaw.it>. See also, both for further doctrinal references and for the insights provided therein, A. GURREA-MARTINEZ, *op. cit.*, p. 3 ff.

²² A comprehensive comparative table is downloadable at https://e-justice.europa.eu/content_impact_of_the_covid19_virus_on_the_justice_field-37147-en.do.

Indeed, while only ten years ago an intervention of the EU legislator in substantive and positive insolvency law would have appeared invasive and unjustified, first with Commission Recommendation 2014/135/EU of 12 March 2014 (on a new approach to business failure and insolvency)²³ and then with Directive (EU) 2019/1023 the legislator has identified general common rules necessary on preventive restructuring frameworks, discharge and fresh start, and on measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and debtors rehabilitation proceedings²⁴.

4. Assessment of main tools and measures in the area of enterprises insolvency law from an Italian perspective

The peculiar interventionism and consequent progressive harmonisation process that marks the European systems also in bankruptcy law, briefly mentioned above, make it easier to discern and recognise, even in emergency law, a spontaneous evolution at the overall level.

A useful yardstick for assessing the various similarities or differences in the courses of action in bankruptcy law in European legal systems that

²³ Main purpose of the Recommendation was to implement within Member States a framework in order to allow debtors to: (i) Restructure as soon as likely insolvency becomes apparent, (ii) Keep control over the day-to-day operation of their business, (iii) Request a temporary stay of enforcement actions lodged by creditors if such actions would hamper the prospects of a restructuring plan. The length of the stay should depend on the complexity of the anticipated restructuring and be granted for no more than 4 months initially and for no more than 12 months in total, (iv) Seek court confirmation of a restructuring plan which affects the interests of dissenting creditors. Creditors would be bound by any court-confirmed plan. The recommendation lists the contents of restructuring plans and the requirements for court confirmation, (v) More easily ing new financing for a restructuring plan, as court-confirmed-new financing would be exempt from avoidance actions.

²⁴his was an ambitious (and not particularly successful) project which, moreover, was significantly inspired by the major reforms already undertaken independently by the main European insolvency systems.

²⁴See N. TOLLENAAR, *The European Commission's Proposal for a Directive on Preventive Restructuring Proceedings*, in (2017) *Insolvency Intelligence*, Vol. 30(5); T. RICHTER - A. THERY, *Claims, Classes, Voting, Confirmation and the Cross-Class Cram-Down*, in *INSOL Europe, 2020*, downloadable at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3575511; C.G. PAULUS, *La recente legge tedesca sui quadri di ristrutturazione preventiva (The new German preventive restructuring framework)*, *Commento a legge 22 dicembre 2020 (Legge sul quadro di stabilizzazione e ristrutturazione delle imprese - Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (StaRUG)) (Germania)*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2021, 1, p. 9; A.R. MINGOLLA, *op. cit.*, p. 286.

are similar in economic and political terms is represented by mechanisms introduced and intervention adopted by the Italian legislator with the Law Decree of April 8, 2020, n. 23 (“Decreto liquidità”, converted into Law of June 5, 2020 n. 5)²⁵, undoubtedly the one that has most significantly affected this matter, at least in the full emergency of Covid 19. Subsequent interventions, perhaps more far-reaching and lasting (such as the “Restoration Decree” - Decree-Law No. 137 of 28 October 2020, converted with amendments by Law No. 176 of 18 December 2020)²⁶, belong in fact to a less immediate and urgent reality.

Well, as in many other legal systems, the categories of intervention have settled on main tangents which can be categorised into (i) insolvency and (ii) “insolvency related” reforms, which may also include insolvency tools outside of bankruptcy (*i.e.*, moratorium against legal actions and out-of-Court negotiation facilitation) as well as tax incentives to promote debt restructuring, and (iii) other legal, economic, and financial reforms²⁷.

²⁵ On the law-decrees adopted from the beginning of the declaration of the state of emergency, after 8 March 2020, until the summer of the same year in Italy (e.g., Cura Italia, Liquidity, Relaunch, Simplification decree), see *ex multis* M. BASILI, *L epidemia di "Covid-19": il principio di precauzione e i fallimenti istituzionali* (*The “CoVid-19” pandemic outbreak: The precautionary principle and institutional failures*), in *Mercato concorrenza regole*, 2019, p. 475; M. FABIANI, *Prove di riflessioni sistematiche per le crisi da emergenza covid-19*, in *Fallimento*, 2020, 589; F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti piu' solidale in epoca di "coronavirus"*, in www.giustiziacivile.com, 2020. The primary purposes of these very urgent law decrees were aimed mainly at containing of containing the first negative effects of the blocking of activities, providing for (i) special measures in terms of social safety nets, (ii) prohibitions of revocation of bank credit lines, (iii) facilitations for access to credit for SMEs, (iv) exemptions from liability for contractual failure or delay in debtors directly affected by containment measures, (v) exceptions to the rules of company meetings. Similarly, from a broader and comparative perspective, S. MADDAUS - F.J. ARIAS, *op. cit.*, p. 321, note that the rules quickly introduced by European lawmakers “include a variety of solutions which can be grouped as rules relating to the (need to) use insolvency and restructuring proceedings, rules aiming at financial support for businesses and their entrepreneurs and employees, and rules introducing virtual meetings and hearings in courts and companies”.

²⁶ On the Restoration Decree (which, in the bankruptcy context, has, *inter alia*, resulted in a sort of anticipation of the entry into force in November 2020 of the crisis code with respect to the “first rescheduling” of the so-called liquidity decree, so as to coin the expression “shrimp legislation”), see M. IRRERA, *Le tormentate procedure concorsuali e la nuova legislazione “a gambero”* (*E' giunto il tempo di un recovery plan per le crisi d'impresa?*), in www.ilcaso.it, 4.1.2021; R. MASONI, *Diritto processuale civile dell'emergenza epidemiologica (a seguito della conversione in legge del decreto ristori)*, in giustiziacivile.com, 2021, 1, p. 19; B. BERTARINI, *Misure di sostegno a favore delle micro, piccole e medie imprese nel contest della pandemia Covid-19*, in www.ambientediritto.it, 2020, fasc. 4, p. 519; S. PACCHI, *Le misure urgenti*, *cit.*

²⁷ See for a general overview A. GURREA-MARTINEZ, *cit.*, p. 15; G. CORNO - L. PANZANI,

Although aware of the relativity of some classifications (also due to the systematic internal legislation of each State)²⁸, the interventions on the aforementioned insolvency and insolvency related matters provided by the “Decreto liquidità” - based on (i) postponement of entry into force of the insolvency law reform, (ii) temporary deferment of bankruptcy filings or requests, (iii) extension of terms for restructuring proceedings and agreements with creditors, and (iv) rules impacting on the Italian Civil Code, as reduction of capital pursuant to losses, going concern principle preservation, new financing regime - allow for an interesting and functional comparative survey that makes it possible to appreciate, albeit with unavoidable specificities, common lines of tendency within Member States from which retrieving tested mechanisms to be re-used in case of similar emergencies.

4.1. *Suspension of involuntary proceedings*

Temporary deferment or suspension of bankruptcy filings or request has probably represented one of the prevalent means of adjustment of corporate insolvency law in time of Covid-19.

Moreover, compared to most of the countries that have adopted this measure, there has been a consistent and parallel trend with respect to the physical and concrete measures to contain the pandemic.

It is no coincidence, in fact, that Italy was one of the first country to introduce an *ex lege* inadmissibility (“improcedibilità”) of filings for the declaration of bankruptcy or other insolvency procedures, filed between 9 March and 30 June 2020; at the same time Italy was the first European

La disciplina, cit., p. 2 ff.; A. BORSELLI - I.F. MIGUEL, *Corporate Law Rules in Emergency Times Across Europe*, in *European Company and Financial Law Review*, 17, Issue 3-4, 2020. On the necessary combination of types of intervention (including State intervention), and the fair balance between them, see *ex multis* L. STANGHELLINI, *La legislazione d'emergenza in materia di crisi d'impresa*, in *Riv.soc.*, 2020, 2-3, p. 354.

²⁸ With these regards, see L. ENRIQUES, *Pandemic-Resistant Corporate Law: How to Help Companies Cope with Existential Threats and Extreme Uncertainty During the Covid-19 Crisis*, in *European Corporate Governance Institute - Law Working Paper No. 530/23020*, July 2020, including among the bankruptcy law-related measures, tweaking the rules on directors' duties in the proximity of insolvency and freezing the “recapitalize or liquidate” rule, while, within a framework for tweaking Corporate Law, the introduction of new “majoritarian defaults”, relaxing pre-emption rights in case of capital raising, modification on limits of funds distribution to shareholders, relaxation of rules on related party transaction and several intervention of lenience on Directors' liabilities, aimed at favouring (without excessive deterrent bias) a right attitude towards risk-taking in the current circumstances.

country to introduce a general lockdown²⁹.

For its part, Spain is the country that has longest advocated such a suspension (in particular, until the end of the state of emergency³⁰, thus contrasting with other approaches like Germany that decided to suspend the duty to file for bankruptcy for a much shorter or defined period of time). By way of example, to other national legislation, the Greek Government has suspended all court filings and other procedural actions including insolvency petitions until 15 May 2020; while in Belgium it has been generally provided that creditor petitions filed between 24 April 2020 and 17 June 2020 would not be processed³¹.

Featured as suspension of creditors' rights to file for involuntary bankruptcy petitions³², the English law maker introduced it later comparing with other European countries³³, but then had to take action and extend the measure several times, with a strong analogy with what happened at the level of the general reaction to the pandemic (where initially there was a strong refractoriness to introduce lockdowns, which then turned into a change in trend in the short term)³⁴.

²⁹ See D. VATTERMOLI, *Pandemic and Insolvency Law: the Italian Answer*, in *Oxford Business Law Blog*, 14 May 2020.

³⁰ In Spain the reform was implemented in the first package of insolvency responses, and lasted until the end of the state of emergency (art. 43.1 of the Royal Decree 8/2020); in the second package of insolvency reforms, the said suspension has been extended until 31st December 2020 (art. 11.2 of the Royal Decree 16/2020).

³¹ Some exceptions are provided whereas a Public Prosecutor's Office or a provisional administrator sue a company in bankruptcy during this period. For further indications and references, see S. MADAUS - E.J. ARIAS, *cit.*, p. 325.

³² This reform has been introduced, among the others, in Belgium, Russia, Czech Republic; See A.G. MARTINEZ, *cit.*, 10, noting also that "*in the absence of an actual or de facto suspension of the right to file involuntary bankruptcy petitions, creditors will have the ability to force debtors to bear the direct and indirect costs associated with a procedure that, in the absence of Covid-19, would not even be needed*", and quoting J. B. Warner, *Bankruptcy Costs: Some Evidence*, in (1997) 32 *Journ. of Finance*, 337, showing that the direct cost of bankruptcy were 3% to 4% of the pre-bankruptcy market value of total assets in large firms.

³³ The Covid-19 legislation referred to bankruptcy law has been extended several times since the Corporate Insolvency and Governance Act 2020 (Extension of the Relevant Period) Regulations 2020. However, this type of measure is nothing new in this country, considering that the Courts (Emergency Powers) Act 1914 already gave English judges the power to suspend bankruptcy proceedings in the event of a debtor's inability to pay his debts as a result of war-related circumstances. See S. BAISTER - J. TRIBE, *The Suspension of Debt Obligations and Bankruptcy Laws during World War I and World War II: Lessons for Private Law during the Corona Pandemic from previous national crises*, in (2020) *Insolvency Intelligence*, 33 (3), p. 67.

³⁴ Other countries that did not enforced immediately such provisions, at least in the

This aspect, even if general and relatively easy to adapt and formulate regardless of the specific shapes of each bankruptcy system, was also the subject of discussions aimed at identifying what could be a more efficient approach (also in the future), such as the identification of a (desiderable) standard period with fixed deadlines and other flanking measures. Thus, uncertain and generalised (or even simply too long) period of involuntary proceedings blocking could turn into a generalised subsidy by the legislator, who would then no longer adequately distinguish between potentially recoverable companies and others that are not³⁵ (including zombie companies, which are financially and economically dangerous, as parasites, of viable companies)³⁶. After all, it is already possible to agree with the reasoning, which is also valid for other areas of intervention, that even in an emergency situation it is essential to have a *'systemic vision and, above all, a peripheral and prospective vision'*. Indeed, it is advisable to reactivate those *'aid measures that on the one hand offer oxygen to businesses, but on the other hand revert unsalvageable businesses to a crisis market that does not tie up wealth'*³⁷.

As a result, solutions in some jurisdictions appeared less plausible or appreciable, as for the case of Australia and Singapore, opting for restricting, rather than prohibiting, the initiation of insolvency proceedings by creditors.

initial period, were Denmark and Poland, while Sweden has totally declined to adopt this measure.

³⁵ On this subject, see A. GURREA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 9, who point out, albeit with reference to a neighbouring aspect and collimating with the one just examined, namely the suspension of the management's duty to file for bankruptcy, that *"the German response seems more desirable than those implemented in jurisdictions just suspending this duty during the state of emergency"*. Within these terms and context we can fully endorse and share the reflection that *"a parallel with governments' responses to the pandemic itself may be evocative. The countries that have successfully suppressed the pandemic so far are those that have reacted rapidly, strongly and systematically"*, used by L. ENRIQUES, *op. cit.*, p.15, arguing that *"in addition to creating a special temporary insolvency regime, relaxing provisions for companies in the vicinity of insolvency, and enabling companies to hold virtual meetings, policymakers should tweak company law to facilitate equity and debt injections and address the consequences of the extreme uncertainty faced by European firms"*.

³⁶ With respect to zombie companies, see R. BANERJEE - B. HOFMANN, *The rise of zombie firms: causes and consequences*, in *BIS Quarterly Rev.*, Sept. 2918, p. 67; H. ANGER - K. LUDOWIG, *Insolvenzverwalterwarnen vor Zombie-Unternehmen*, in *www.handelsblatt.com*; R. Ippolit, R. MASERA, *Per un rafforzamento patrimoniale delle imprese italiane: analisi e proposte*, in *Riv. Trim. Dir. Economia*, 2021, 1, p. 23

³⁷ See M. FABIANI, *Prove di riflessioni*, cit., p. 589; ID., *Introduzione*, in AA.VV. (eds.), *Dalla crisi all'emergenza: strumenti e proposte anti-Covid al servizio della continuità d'impresa*, Mantova, 2020; D. GALLETTI, *Il diritto della crisi sospeso e la legislazione concorsuale in tempo di guerra*, in *www.ilFallimentarista.it*.

In the latter country, for example, the solution was not a real suspension of creditors' claims, but only an increase of the threshold from S\$10,000 (i.e. Euro 6.550,00 approx.) to S\$100.000,00 and an extension of the period to respond to demands from creditors (doubled from 3 to 6 months)³⁸.

Our legal system has moved in symbiosis with the other main legal systems on this point. Indeed, apart from a technical fallacy in the wording of the rule (where reference is made to the concept of "improcedibilità", i.e. an effect capable of affecting even pre-investigation proceedings in place in the period of reference even though started before the pandemic and lockdown), the pivotal aspect that appeared to be clearly at odds with the trend in other jurisdictions³⁹ was the indiscriminately broad scope of the provision, which also included voluntary petitions, thus imposing without empirical or entrepreneurial justification a dispersion of value, even where applications for admission came directly from insolvent entrepreneurs⁴⁰.

Appropriately, the legislator has remedied some of these discrepancies, so that, following the amendment made at the time of conversion, the inadmissibility regime has not been applicable:

a) to the petition filed voluntarily by the entrepreneur, when the insolvency is not a consequence of the COVID-19 outbreak;

b) to the petition for bankruptcy filed by any person in case of inadmissibility (art. 162, paragraph 2, Italian Insolvency law "IL") or revocation (art. 173, paragraphs 2 and 3) of the proposal of a restructuring plan proceeding ("concordato preventivo") or failure to approve the same (art. 180, paragraph 7);

c) whereas the request is submitted by the public prosecutor when the same request is made for the issue of precautionary or conservative measures⁴¹.

³⁸ See COVID-19 (Temporary Measures) Act 2020 ss 22(1) and (24) (1).

³⁹ In this sense, see G. CORNO, L. PANZANI, *La disciplina dell'insolvenza...cit.*, p. 5.

⁴⁰ For the main criticism of the original wording of this provision, see S. AMBROSINI, *L'improcedibilità delle istanze di fallimento: ratio legis, tassatività della deroga e corollari applicativi*, in www.ilcaso.it, 29.5.2020. ID., *La "falsa partenza" del codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema dell'insolvenza incolpevole*, in www.ilcaso.it, 21.4.2020, for further critical insights into the first emergency regulatory interventions.

⁴¹ Equally appropriately, the third paragraph of Article 10 has been amended to clarify that the period in which bankruptcy petitions and claims are unfeasible is not taken into account not only for the purposes of Articles 10 and 69-bis of the Italian insolvency law ("IL"), but also for the purposes of Articles 64, 65, 67, paragraphs 1 and 2, and 14 IL. In particular, in case of a future winding up, the period of suspension will not be counted for the purpose of calculating the terms set forth by:

- Article 10 of the IL, (*i.e.* winding up within one year from the cancellation from the

4.2. *Timely emergence of insolvency and directors' liability*

Another aspect of particular interest, which has been the subject of intervention by various national legislators, appears to be contiguous to the one just discussed although this one had a more marked function of containing the pandemic while the one we are about to examine intervenes on a more dogmatic aspect of company law.

This concerns, in particular, the duty of the directors to comply with the obligations and requirements for the detection of insolvency and the commencement of proceedings

In fact, the suspension of the duty to file for bankruptcy where corporate directors, as in the case of many European jurisdictions, are required to initiate insolvency proceedings once a company becomes insolvent⁴², has been adopted in various jurisdiction, including (among the first to implement it) Germany, France, Spain, Luxembourg, Poland, Portugal and Czech Republic.

In this context, the rules of the German legal system, where insolvency must be filed by the entrepreneur without delay and, in any case, within three weeks from the moment the situation arises, have been particularly careful and detailed⁴³.

The German Government has in fact suspended this obligation several times, first until 30 September 2020 and then until 31 December 2020, albeit with some slight exceptions⁴⁴, although the *COVInsAG* authorized the

Register of Companies), and

- Article 69-bis IL (forfeiture of claw-back petitions – so called *azioni revocatorie* – after three years from the declaration of winding-up and after a certain period from the completion of the operation). In this latter case, the variability (six months to five years) depends on the specific issues and types of claw back (according to Articles 64, 65, 67, and 69 IL).

⁴² On the *ratio* of this rule, whose suspension is highly recommended in these circumstances by B. WESSELS - S. MADAUS, *Ceril Executive Statement on Covid-19 and insolvency legislation*, cit.; see P. DAVIES, *Directors' Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency*, in (2006) 7 *Eur. Bus. Org. Law Rev.*, 301.

⁴³ However, in other countries the provisions are even stricter and time-limited, such as in France where the debtor is obliged to apply for the initiation of collective proceedings within 45 days of the *cessation des paiements*.

⁴⁴ On the main aspects of the Covid-19 Suspension Act (Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz (COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz - COVInsAG), see A. WOLF, *Legal Reactions in Germany: the Covid19 Insolvency Suspension Act*, in (2020) 29 *Norton Jour. Bankr. Law and Practice*, 5, p. 538. It should be noted that the suspension prolonged (by September 2) until 31st December 2020 applied under the condition that the origins for the financial distress are rooted in the pandemic and there is a

Federal Ministry of Justice to extend the regulations according to these provisions until 31st March, 2021 (as was in fact, albeit with the introduction of additional and significant limits, the case)⁴⁵. The relevant rules properly specified in detail that his derogation shall not apply if the insolvency situation is not due to the consequences of the spread of the SARS-CoV-2 virus or if there are no prospects of eliminating an existing insolvency. Moreover, the law provides that if the debtor was not insolvent on 31 December 2019, it is presumed that the insolvency maturity is due to the effects of the COVID-19 pandemic and there are prospects of eliminating an existing insolvency. Furthermore, the burden of proof is reversed, so that the creditors (or the insolvency administrator) have to provide evidence of the obligation to submit an application despite the suspension.

In this way, the continuation of the obligation and the ordinary discipline are correctly identified and specified, when, for example, the crisis can be traced back to periods or situations prior to or in any case not connected to the pandemic and the related containment measures; at the same time, an appropriate distinction is made according to whether there is the prospect of recovery or re-establishment of the ordinary cash flow trend.

If this is an aspect that may appear “static” and “defensive”, as regards the discipline included in the framework of the directors’ liabilities and duties, an equally important role is played by (the adoption of other) rules more related to the dynamic-managerial moment of the company, sometimes implemented through rules, sometimes configured as standards, in relation to the ordinary and extraordinary management of the company, should also be noted.

From the point of view of regulation by standard mechanisms (i.e. intended to operate *ex post*) such as agent constraints⁴⁶, a very interesting example and object of debate was the suspension, implemented by the United Kingdom, of the operation of the discipline of wrongful trading (under sec. 213 et seq. of the IA 1986).

Such provisions have finally been suspended retrospectively since 1st

prospect that the insolvency can be eliminated once the economic situations has recovered.

⁴⁵ For instance, first part of third para, art. 1 provides that “*from 1 January 2021 to 30 April 2021, the obligation to file an insolvency petition pursuant to paragraph 1 shall be suspended for the managers of such debtors who filed an application for the granting of financial assistance under state aid programs to mitigate the consequences of the COVID 19 pandemic in the period from 1 November 2020 to 28 February 2021*”.

⁴⁶ Regarding the typical classification between *ex ante* and *ex post* mechanisms, both regulatory and governance strategies, see R.R. KRAAKMAN ET AL., *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford Univ. Press, 2004, p. 26.

March 2020 until 30 September 2020 due to the Corporate Insolvency and Governance Act 2020(Coronavirus)(Suspension of Liability for Wrongful Trading and Extension of the Relevant Period) Regulations 2020, and then re-instated to 30 April 2021. Such suspension is addressed to company directors so they can keep their business going without the threat of personal liability⁴⁷, which would otherwise be triggered (too easily) for having continued the business activity to the detriment of the creditors by not adopting the necessary measures to maximise the value of the business in the interest of the creditors⁴⁸.

Such provision could indeed lead to a prudential and excessively risk-averse approach by the directors at the twilight of a crisis, as it could operate as a sort of reverse business judgment rule (i.e., using an *ex post* knowledge).

This profile of inefficiency, which this rule has sometimes proved to be the source of, even in regular situations in the economy, could have an exponential impact in a situation of generalised crisis (at least temporarily), in which there is after all a situation of “*extreme uncertainty under which business people are making decisions*”⁴⁹.

Furthermore, the UK has not resulted alone with its initiative, since New Zealand and Australia respectively (i) announced, and subsequently implemented, planned changes to Companies Act 1993 aimed to allow directors of companies facing significant liquidity problems because of Covid-19 to take advantage of a period-limited safe harbor from liability for reckless trading and incurring obligations during insolvency (secc. 135-136), and passed legislation inserting a new sec 588GAAA to the Corporations Act 2001, providing for a temporary safe harbor relief suspending director liability for insolvent trading⁵⁰.

⁴⁷ Moreover, even here from the very first phase, as noted by S. MADAUS - F.J.ARIAS, *op. cit.*, p. 326, “*the government consider(ed) legislation mandating the court not to take into account losses incurred during the period in which businesses were suffering from the impact of the pandemic when deciding if a director should be declared liable to contribute to a company’s assets under wrongful trading provisions*”.

⁴⁸ See A. LICHT, *What’s so Wrong with Wrongful Trading? – on Suspending Director Liability during the Coronavirus Crisis*, OBLB post 9 April 2020.

⁴⁹ See the insightful reflections of L. Enriques, *cit.*, p. 12, who notes that “*anticipation of the ensuing liability risks can make managers excessively risk-averse ex ante or, more precisely, averse taking “actions that change the status quo”*. This maybe good from the creditors’ perspective, as it may prevent companies from precipitating a crisis by pivoting in the wrong direction. Yet, when a shift in strategy is in fact needed, a mix of risk-aversion and extreme uncertainty creates a status quo bias that may well make insolvency a like lier outcome than swift action”.

⁵⁰ These interventions, so widespread in common law with regard to the freezing of

Clearly, there were not entirely unanimous reactions within the UK's debate to this intervention, and different prospective assessments.

In fact, in some respects, there have been doubts about the effective scope of the innovation, on the basis that the wrongful trading rule is but a part of a "broader regime that also includes the common law rule in *West Mercia Safetywear v Dodd* on directors' duties in the zone of insolvency as well as liability provisions under the Company Directors Disqualification Act 1986. Suspending ss 214 and 246ZB will thus have only a limited effect"⁵¹. On the other hand, there is nevertheless a widespread belief that the existing laws for fraudulent trading and the threat for director disqualification will continue to act as a valid deterrent toward directors' misconduct⁵².

4.3. Freezing of capital maintenance rules

Among the aspects that can be classified as bankruptcy related matters (some of which cannot be dealt with here for the sake of dimension of this essay)⁵³, it is appropriate to deal with the amendments connected to

wrongful trading could however lead to some rethinking about its "latent" reference in Article 19 of the Insolvency Directive 1023/2019. See G. STRAMPELLI, *The European regime of directors' duties in the twilight zone: problems and perspectives*, in *Orizzonti del Dir. Comm.*, 2020, 3, p. 723, asserting that Article 19 of Directive 2019/1023/EU cannot lead to an effective harmonisation at the European level of the duties of directors in the twilight zone, on the basis of the analysis of the differences existing between the national rules concerning directors' duties in the vicinity of insolvency (further accentuated by the emergency rules adopted to cope with the effects of the Covid-19 pandemic). The Author also argues that "Article 19 of the Directive, notwithstanding the general nature of the general nature of the provisions contained therein, clearly indicates that (consistently with the overall with the overall approach of the Directive) the European legislator the European legislator favours a solution geared to the early detection and forecasting of insolvency and based on of insolvency and based on standards of conduct (on the model of wrongful model) rather than on the specific duty to file for bankruptcy within a predetermined period. a predetermined deadline"

⁵¹ A. LICHT, *cit.*, quoting the thoughts of K. van Zwieten, *Director Liability in Insolvency and Its Vicinity*, in (2018) 38 *Oxford Journal of Legal Studies*, 2, p. 382.

⁵² See C. SERRA, *Directors' duties under COVID-19 legislation: A comparative perspectives*, in *Eurofenix*, Summer 2020, p. 20. For a broader perspectives, see A. OVERY, *Directors' duties and liabilities in financial distress during Covid-19*, July 2020, downloadable at <http://www.allenoverly.com>; L. ENRIQUES, *cit.*, p. 11.

⁵³ Among the measures provided by the Liquidity Decree, have to be recalled those relating to the suspension of the subordination rule for loans from shareholders, and the facilitation of business continuity with regard to the preparation of financial statements; similar measures have been implemented in various forms in different countries: see

the Covid emergency to the requirement to promote the recapitalization, liquidation or bankruptcy of the company whenever, due to the existence of losses, the firm's net assets fall below a certain percentage of the company's legal capital.

Such kind of rule are provided by several jurisdiction and traditionally monitored and regulated in Continental Europe⁵⁴ and Latin America⁵⁵, as alternative of the solvency test adopted in USA and other jurisdictions. A comparative analysis of those different approaches in terms of efficiency and protection of the stakeholders, the role of the share capital in company law and the mechanisms for preventing agency problems (especially between creditors/stakeholders) have been the subject of lively doctrinal debate also in occasion of a conference organised by the AIDC⁵⁶.

Indeed, the duty to recapitalize or liquidate companies in situation of qualified losses tends to have different implications in various jurisdictions depending on whether their mechanism of insolvency detection is entrusted

O. BLANCHARD, T. PHILIPPON, J. PISANI-FERRY, *A new policy toolkit is needed as countries exit COVID-19 lockdowns*, Bruegel Policy Contribution 12/2020, p. 7.

⁵⁴ B. WESSELS - S. MADAUS, *ELI Report on rescue of business in insolvency law*, 2017, highlighting that this duty is grounded in Article 19 of Directive 2012/30/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on the coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 54 of the Treaty on the Functioning of the European Union, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital. On this topic see L. STANGHELLINI, *Directors' duties and the optimal timing of insolvency. A reassessment of the "recapitalize or liquidate" rule*, in BENAZZO-CERA-PATRIARCA (eds.), *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, Torino, 2011, p. 731 ff.

⁵⁵ See A. GURREA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 9.

⁵⁶ AIDC, *Global law v. Local law*. (Brescia, 12th-14th May 2005); the conference proceedings are published in AIDC, *Global law v. Local law. Problemi della globalizzazione giuridica. 17° Colloquio biennale Associazione italiana di diritto comparato* Torino, Giappichelli, 2016. On that occasion, prof. Francesco Denozza took up the arguments and references from his essay *'A che serve il capitale? (Piccole glosse a L. Enriques - J. R. Macey, creditors versus capital formation: the case against the European legal capital rules)'*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 585 ff., to recall the various profiles of relevance of the regulation of share capital and the fundamental role it plays not only as a measure to protect creditors but also in the internal structural organisation of capital companies. The dialectic exchange of thoughts between the two authors may be read in the following articles: L. ENRIQUES - J. R. MACEY, *Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules*, in *Cornell Law Review*, 86, 2001; F. DENOZZA, *A che serve il capitale?*, *cit.*, p. 585 ff.; L. ENRIQUES, *Capitale sociale, informazione contabile e sistema del netto: una risposta a Francesco Denozza*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 607 ff.; F. DENOZZA, *Le funzioni distributive del capitale*, in *Giur. comm.*, 2006, IV, p. 489.

to the mechanism of balance sheet test or cash flow test⁵⁷.

In connection with Covid emergency that duty has been temporarily suspended, or at least relaxed, in several countries, including Spain and Italy, and, unlike other reforms discussed above, emergency provisions have been applied or have had legal effects for a period of time much longer than the lock down period, due to the evident reason that “*most of the losses borne by companies during the toughest part of the Covid-19 crisis will only be reflected in the balance-sheet prepared in 2021*”⁵⁸.

In Spain, where the directors are personally liable, if they do not promote the recapitalisation of the company or alternatively its liquidation within two months from the moment when the net assets have fallen below half of the company’s capital, in the first package of insolvency responses to Covid, was included the provision following which during the period of emergency (*estado de alarma*) the debtor it is not obliged to file a bankruptcy proceeding, the shareholders’ meeting called to ascertain a cause of liquidation are suspended and the directors are not liable for the debts incurred in that period⁵⁹. Later on, the duty to recapitalize or liquidate in case of losses exceeding half of the capital has been suspended during the year 2020 and in the same case for the year 2021 has been provided only the duty of the directors to call a general meeting within two months since the end of the financial year⁶⁰.

In Italy, the first emergency rule stated that the duties provided for in the cases of capital losses exceeding the quotas indicated in the civil code (artt. 2446, 2447, 2482 bis, 2482 ter) and the connected duty to liquidate the company were not applicable to the losses emerged since the 9 April to the 31 December 2020⁶¹. Later on, the final date has been replaced with

⁵⁷ For comparative studies, see G. McCORMACK - A. KEAY - S. BROWN, *European Insolvency Law – Reform and Harmonisation*, Elgar, 2017, p. 185.

⁵⁸ A. GURREA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 10, who appreciates the choice of providing for a duration of at least one or two years for this measure, and points out that for this reason the reform recently adopted in Colombia, suspending the recapitalize rule or liquidate rule for 24 months, seems more desirable.

⁵⁹ *Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19*, artt. 43.1, 40.11 and 40.12.

⁶⁰ *Real Decreto-ley 16/2020, de 18 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*, art. 18. A comparative analysis of the Spanish provisions on this topic is proposed by A. GURREA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 10 ff.

⁶¹ Law Decree 8 April 2020, n. 23 converted by Law 5 June 2020, n. 40, art. 6. On this topic A. BUSANI, *Quinquennio di grazia per le perdite 2020*, in *Soc.*, 2020, p. 538; G. D’ATTORRE, *Disposizioni temporanee in materia di riduzione del capitale ed obblighi*

the date of 31 December 2021, extending the original provision to one more year⁶². For both financial years 2020 and 2021 the companies have to reduce those losses within the limit of one third of the capital within the fifth following year and the shareholders' meeting approving the balance sheet of that year shall reduce the capital in proportion of the losses.

Those provisions proposed a set of problems in their interpretation and coordination with the "ordinary" regulation on company law and bankruptcy.

As an example, various questions were raised about the connection between Covid and the companies' losses.

In order to clarify some equivocal provisions, the original wording that provided for an exemption in the period between 9 April 2020 and 31 December 2020, "*for events occurred in the course of the financial years closed by the aforementioned date*", due to the conversion into law, has been replaced with reference to "*losses arising in the current financial year as at 31 December 2020*" (later on, as above mentioned, the final date has been postponed to the 31 December 2021). The new wording has overcome the risk, on the one hand, to exclude companies that close their financial statements after 31 December 2020, and, on the other hand, to encompass companies whose capital losses had occurred during the year 2020 (later extended to the year 2021) without the need to prove their connection with pandemic⁶³.

The amendments of the original text of art. 6 of Law Decree n. 23/2020 allowed to overcome the ambiguities concerning the period of application of the rule, due to the replacement of the wording "*events occurred*" with "*losses arising in the current financial year as at 31 December 2020*". Moreover, it has been provided adequate breathing space to the companies, being the capitalize or liquidate mechanism, originally suspended from April 2020 to 31 December of the same year, then postponed until the shareholders' meeting that approves the financial statements for the fifth subsequent

degli amministratori di società in crisi, in *Fall.*, 2020, p. 601; F. DIMUNDO, *La "messa in quarantena" delle norme sulle perdite del capitale e sullo scioglimento delle società. Note sull'art. 6 del "Decreto Liquidità"*, in *www.ilcaso.it*, 2020.

⁶² Law Decree 30 December 2021, n. 228, converted by Law 25 February 2022, n. 15, art. 3, comma 3. On the extension of the suspension of the above mentioned duty see ASSONIME, *Conversione Decreto Milleproroghe: estensione del regime speciale in tema di riduzione del capitale e scioglimento alle perdite d'esercizio 2021*, in *www.assonime.it*, 1 marzo 2022 and Fondazione Nazionale Commercialisti, *Decreto "Milleproroghe" e disposizioni temporanee in materia di riduzione di capitale*, in *www.fondazione nazionale commercialisti.it*, 25 marzo 2022.

⁶³ On the different readings of this provision, A. BUSANI, *op.cit.*, p. 201; M. TOLA, *Le società di capitali nell'emergenza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, 4, p. 531.

financial year (financial year 2025)⁶⁴. Finally, the same five years period to recover has been extended to the losses incurred in the year 2021 and therefore up to the approval of the financial statements concerning the financial year 2026.

Nevertheless, the emergency regulation still has a number of weaknesses.

- (i) First, the criteria to define the losses included in the special regime (in particular for losses dating from before the start of the pandemic) are not clear, depending on the interpretation of the term “emergence” of losses⁶⁵.
- (ii) Moreover, the effects of the losses “suspended” have to be examined in detail: i.e., if in the financial year 2022 or during the following years, there is a new loss of more than one third of the capital, and therefore the directors will have to comply with the obligations set forth in Articles 2446, 2482-bis, 2447 and 2482-ter of the Italian Civil Code⁶⁶, the reference to the long-term continuity of the company shall take in consideration the losses “suspended” until the final term of the moratorium.

In a different perspective, the emergency regulation provokes some suggestions concerning the function of rules about the capital in case of losses, even though in the context of this pandemic crisis the debate on the value of the rules on share capital and the advisability of replacing them with solvency tests has not surfaced as on other previous cases⁶⁷.

⁶⁴ The awareness of such inadequacy led the legislator, in the context of the so-called “Legge di bilancio” to replace the original wording of art. 6.

⁶⁵ A broad interpretation that gives the term ‘incurred losses’ in the new wording both the meaning of ‘accrued losses’ and the meaning of ‘losses recognised in a financial statement approved in 2020’ is envisaged in A. BUSANI, *Il 2020 come anno “di grazia” per le perdite da COVID-19*, in *Soc.*, 2021, p. 208; *contra* M. DE POLI - M. GREGGIO, *La sospensione degli obblighi in materia di capitale nel nuovo art. 6 del Decreto liquidità*, in *www.dirittobancario.it*.

⁶⁶ The question remains unresolved as to whether the inability of the company to operate as a functioning economic unit intended to produce income, i. e. the loss of business continuity, can be treated as a cause for dissolution due to the impossibility of achieving the company’s object. See R. Guidotti, *Continuità aziendale e scioglimento della società*, in *www.dirittobancario.it*, 13.1.2021. On the problems deriving from the suspension of losses both for 2020 and 2021 see FONDAZIONE NAZIONALE COMMERCIALISTI, *Decreto “Milleproroghe” e disposizioni temporanee in materia di riduzione di capitale*, in *www.fondazioneNazionaleCommercialisti.it*, 25 marzo 2022.

⁶⁷ However, see the interesting insights of C. EBEKE - N. JOVANOVIĆ - L. VALDERRAMA - J. ZHOU, *Corporate Liquidity and Solvency in Europe during COVID-19: The Role of Policies*, WP/21/56, downloadable at <http://www.imf.org>. A detailed survey with some prospective solutions is carried out by D. LATELLA, *L’eclissi del capitale sociale ai tempi del Covid-19*, in

Assuming that no definitive conclusions have yet been reached on the function of the rules governing the reduction of capital for losses⁶⁸, among the various thesis formulated in this regard⁶⁹, it could be argued that, considering the approaches and amendments recently adopted in various legal systems, the prevailing frame is the recognition of this rule as a mean of adequate internal disclosure and re-emergence of the shareholders meeting as a decision-making forum in the vicinity of insolvency.

Indeed, the Italian scenario shows that the regulatory changes due to the Covid emergency are aimed at pursuing two major scopes.

First, the emergency rules intend to prevent directors from being immediately confronted with the alternative that arises in the event of relevant losses of share capital and the consequent liability, in order to let the companies profit of a convenient period of time to recover the losses without being forced to liquidate.

Moreover, the emergency regulation protects the decision-making role of shareholders, given the continued applicability of disclosure duty⁷⁰.

In this framework, it has to be underlined the major innovation of an exception to the capitalisation or liquidation rule extended to non-court situations and therefore without the protection deriving from an external

Dir. Economia dell'Impresa, 2020, 4, p. 1 ff.

⁶⁸ R. NOBILI, *La riduzione di capitale*, in *Il nuovo diritto delle società*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, 3, Torino, 2007, p. 321 ff.

⁶⁹ Following a comparative study on the functions of the share capital in the legal regime of losses, the main scopes envisaged are the following: a) it represents a form of guarantee for creditors; b) the protected interests should be shifted to the shareholders, in particular the minority shareholders, so that the majority do not pursue their own extra-social interests; c) it is a safeguard of the veracity of the nominal value of the shares in order to guarantee the possible purchasers and the interest of the shareholders in disinvesting their shares; see N. DE LUCA, *Riduzione del capitale ed interessi protetti. Un'analisi comparatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 6, p. 559 ff.

⁷⁰ The temporary suspension of directors' duties does not affect those set forth in Article 2446, paragraph one, and Article 2482-bis, paragraphs one, two and three, of the Italian Civil Code and, therefore, irrespective of the Covid-19, the directors' duty to call the shareholders' meeting without delay upon the occurrence of a loss of more than one third of the share capital, even if it does not affect the legal minimum, remains in place. See A. BUSANI, *Il 2020 come anno "di grazia" per le perdite da COVID-19*, in *Soc.*, 2020, p. 538; A. PAOLINI - M. GARCEA, *Riduzione del capitale sociale per perdite nella legislazione emergenziale "Covid19" e problematiche connesse alla parità di trattamento tra imprese*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020; R. D'ATTORRE, *op. cit.*, p. 599 ff., who, however, points out that there are also clear indications of creditors protection, such as the prohibition of distributing profits to shareholders until the losses have been eliminated (although the possibility of "spreading" losses over a long period of time may in part trigger mechanism of functional diversion).

circulation of information and judicial control⁷¹.

However, the suspension of the rule has been already provided for in favour of start-up and innovative PMI, within the limit of one financial year⁷².

Nevertheless, in comparison with those other cases the extension suspension due to Covid emergency regulation has a much great importance, both because of the general application of the rule including large corporations and of the long period of time allowed to recover the losses: beyond the formal character of emergency rule, it appears to trace a fundamental step in the evolution of the role of the capital regulation.

4.4. *General interventions with reference to national bankruptcy laws*

With regards to the option of modifying the entire underlying insolvency law, it should be noted - as already mentioned in the previous paragraphs - that many insolvency laws were already in the process of being codified or reformed in order to be compliant with the Insolvency Directive.

Although almost all Member States have - appropriately - chosen at first glance to postpone the entry into force of the Directive, the reform processes have slowed down but have not been abandoned. On the contrary, some countries (including Spain, as noted above)⁷³ have even accelerated the process of general reform of bankruptcy law, on the basis

⁷¹ A similar exemption has in fact operated in the context of bankruptcy proceedings, according to art. 182 *sexies* of the Insolvency Law: on this topic see C. MONTAGNANI, *Disciplina della riduzione del capitale: impresa o legislatore in crisi ?* in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 754; F. LAMANNA, *L'art. 182-sexies l. fall. e la sospensione delle norme di salvaguardia del capitale sociale al tempo della crisi dell'impresa: effetti positivi, controindicazioni ed effetti collaterali da overshooting*, in www.ilfallimentarista.it, 29.9.2015.

⁷² For the start-up see Law Decree 18 October 2012, n. 179 (converted by law 17 December 2012 n. 221), art. 26, comma 1; for the Innovative PMI, see Law Decree 24 January 2015 n. 3 (converted by La 24 March 2015, n. 33), art. 4, comma 9. On this topic O. CAGNASSO, *Note in tema di start up innovative, riduzione del capitale e stato di crisi (Dalla "nuova" alla "nuovissima" s.r.l.)*, in *Nuovo dir. soc.*, n. 5/2014, p. 7 ff.

⁷³ See M. GURREA MARTINEZ, *cit.*, p. 5; B. Arruñada, B., *Interpretación positiva del derecho concursal español y propuestas para una reforma equilibrada*, (2021) FEDEA Policy Papers no. 2021-08, Madrid. Among other countries that have profoundly innovated their regulations, also drawing inspiration from the pandemic experience of Covid 19, it is worth mentioning Portugal, characterised by the proliferation of initiatives that led to the 'Pevec' bill, whose new rules on insolvency and restructuring of companies will come into force in mid-April of this year.

that in a situation of crisis a regulatory stalemate would not have been the most appropriate response.

Looking at the single insolvency regimes and the approach adopted, a key role was played by the background and the situation in the pre-covid systems.

A number of countries have therefore adopted a special law and a new procedure, in particular the Netherlands, which has introduced, as of 1 January 2021, the *Wet Homologatie Onderhands Akkoord* (“WHOA”), that offers “*an efficient process to effect a compulsory restructuring plan/ composition between the company and all or certain of its (secured and/ or unsecured) creditors and/or shareholders*”⁷⁴. Unanimously voted by the Dutch House of Representatives on 26th May 2020 and by the Senate on 6th October 2020, with this new procedural mechanism,⁷⁵ of which there are two variants (one private, more reserved, and one public, eventually in accordance with the requirements of Article 24 Reg. EU 2015/848)⁷⁶, the lawmaker clearly strengthens the competitiveness policy among EU Member States, in particular considering the deliberate points of contact between this discipline and that of the Scheme of Arrangement, e.g. a procedural instrument adopted in the United Kingdom and which has shown great success in practical experience also for procedures relating multinational enterprises⁷⁷.

⁷⁴ See *An international guide to changes in insolvency law in response to COVID-19*, DLA PIPER, 1 December 2020, downloadable at <http://www.dlapiper.com>.

⁷⁵ It should be recalled, however, that the Dutch legislator has also amended some of the provisions of the Insolvency Act and in particular has passed a proposal that offers business in distress due to the COvid-19 pandemic some breathing spell if they are confronting with creditors filing for their bankruptcy or for conservatory or executory measures (moratorium of payments – *Tijdelijke wet Covid-19 SZW enJenV*).

⁷⁶ P. DE CESARI, *Osservatorio internazionale sull'insolvenza*, in *Fall.*, 2021, p. 427, points out in this regard that for this ‘public’ version of the procedure, the Netherlands may request that it be included in Annex A EIR. In any case, the WHOA also present flexible and complex procedural mechanisms, in compliance with the Insolvency Directive, considering inter alia that cram-down and cross class cram-down are possible. In particular, it is provided, as regards cross class cram down, that the Court may approve the plan even when not all classes have voted in favour (Art 384), provided that the conditions for cram down are met, the plan has been approved by at least one class of creditors other than a class of equity holders and that it respects the absolute priority rule. See K. DURLINGER, *The Netherlands – Wet Homologatie Onderhands Akkoord*, Oct. 2020, downloadable at <http://www.nortonrosefulbright.com>.

⁷⁷ This is indeed a restructuring instrument that can also be used by non-Dutch debtors, who can apply for approval of the plan by the Dutch courts (irrespective of the COMI) provided that there is a sufficiently close connection.

Other countries, as definitely France, probably also because already traditionally focused on alert procedures under bankruptcy law, has instead limited the intervention to some amendments to the *code de commerce* by introducing changes to the regulation of some of the already existing procedures⁷⁸.

At present, the foremost pivotal aspect of the legislative intervention and reforms for companies in financial distress can be listed as follows: (i) reinforcement of warning procedure, (ii) extension of accelerated safeguard conditions, (iii) creation of a safeguard of reorganization privilege, (iv) extension of safeguard or reorganization plans, (v) simplification of creditors consultation⁷⁹.

Within this framework, Italy has distinguished by a counter-trend approach, repeatedly postponing the entry into force of the already promulgated CCI. Less than a month before its lastly provided entry into force - which should have fallen on 1 September 2021 - the Council of Ministers approved a *'draft Decree Law containing urgent measures on business crisis and corporate rehabilitation, as well as further urgent measures on justice'*. Articles 1 and 1-bis of the new d.l.118/2021 have thus provided for the extension of the entry into force of the Code of Crisis and Insolvency ("CCI") to 16 May 2022 while, as regards Title II (whose rules on the "procedura di allerta" represented the most relevant and expected novelty), the enforcement has been postponed until 31 December 2023.

This extension, at the time of the so-called Liquidity Decree, found reasons - in combination with each other - both of a practical nature (for the containment of the pandemic, since it was a procedure that implied organisational meetings and the involvement of various personalities, even

⁷⁸ See L. PANZANI, *La composizione negoziata alla luce della Direttiva Insolvency*, in *www.ilcaso.it*, 31.1.2022, quoting *Ordonnance no 2021-1193 du 15 Septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce*. For further references to the more limited French intervention compared to other systems such as Germany, who created by the *StaRUG* a "brand new standalone and very detailed restructuring procedure, containing no less than 102 paragraphs" see R. DAMMANN, *The transposition of the EU Directive: A great Franco-German convergence*, in *Eurofenix*, Winter 2021/2022, p. 20, noting also the importance of the respective different starting points.

⁷⁹ On these measures, some of which are of more limited duration, as in the case of the possibility of applying for the opening of an accelerated safeguard or accelerated financial safeguard procedure (specific insolvency proceedings) for any business which so requests, notwithstanding the required thresholds for recourse to such a procedure, considering that this measure applies to all proceedings opened between the ordinance of 20 May 2020 and the ordinance transposition of the Preventive Restructuring European Directive, and no later than 17 July 2021, see C. TEXIER - M. ABDELOUAHAB, *French Report, An International Guide to Chances*, cit., p. 11.

third parties with respect to creditors and debtors, within the relevant Chambers of Commerce) and of a regulatory and managerial one, in that the number of companies in such a financial situation as to require the initiation of such procedures would have been (by virtue of the applicable economic indicators)⁸⁰ too high, when on the contrary the alert procedure had been designed to operate in a stable economic and financial situation⁸¹.

At a later stage, following the new and diversified assisted negotiation (“*composizione negoziata*” - introduced by the same Decree-Law 118/2021 also to comply with the Insolvency Directive terms), it was pointed out that the further posticipation also depended on a more acquired distrust at a theoretical and general level regarding the structure of the alert procedure contemplated by Articles 12 et seq. of the ICC.

Actually, the new procedure has a clear change of tendency respect to previously provided regulatory framework set out in articles 12 et seq. of the CCI regarding the “alert procedure”, which can be succinctly translated into a higher level of “extrajudicialism, confidentiality and voluntariness”⁸² that has been welcomed by most experts in the practical field and academics⁸³, although there has been no lack of criticism or

⁸⁰Some criticism of the economic criteria are expressed by A. QUAGLI, *Sulla necessaria rimodulazione nel codice della crisi degli indicatori e indici della crisi*, in www.ilcaso.it, 28.8.2021.

⁸¹ It should be noted, thus, that in 2020 the number of insolvent business was (quite unexpectedly) lesser than 2019, and this trend has been confirmed also in 2021 (while the “emergency legislation” measured had substantially expired). A deep survey conducted by Banca d’Italia is downloadable at http://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/note-covid-19/2022/nota_covid_fallimenti_ita_24_gen_2022.pdf.

⁸²See S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in www.ilcaso.it, 23.8.2021.

⁸³ Positive assessments are expressed, among others, by L. PANZANI, *Il D.L. “Pagni” ovvero la lezione (positiva) del covid*, in dirittodellacrisi.it, 25.8.2021; M. FABIANI, *La proposta della Commissione Pagni all’esame del Governo: valori, obiettivi, strumenti*, in www.ildirittodellacrisi.it; M. ARATO, *cit.*, who adds that “*certainly the negotiated settlement of the crisis will be a very effective tool for the restructuring of housing*”, that “*it is peculiar that in times of crisis the bankruptcy rules become more flexible (just think of the reforms of 2010 and 2012 post-Lehman crisis [...]) while in times of economic recovery they return to rigidity (think of the 2015 d.l. that marked the beginning of the pendulum swing towards a tightening of the rules as it introduced a minimum percentage of payment in the liquidation arrangement and the return of the silent-refusal of creditors [...])*” and that this “*is an irrational and not shareable attitude*”. Among the pivotal points of assisted negotiation it should be noted that (i) it is an out-of-court procedure offered to debtors in crisis or insolvency provided that the latter is irreversible, (ii) it leaves ordinary and extraordinary management in the hands of the entrepreneur, (iii) it provides for the figure of an expert mediator appointed by a commission composed of third parties (iv) can be concluded with an agreement with

remarks also about the latest legislative innovation⁸⁴.

A general point to be highlighted within this framework is that:

- the aspects of time-scheduling, on the one hand, and primarily, the deadline for implementation of the Insolvency Directive (17th July 2022) together with the deferral of the alert proceeding (“composizione assistita” under art. 12 ff. CCI) to 31st December 2023⁸⁵, suggests the legislator will to base the main insolvency reform at a general level on the “composizione negoziata” of Law Decree n. 118/2021, which marks an important “change of pace” in the identification of the new model of early warning tools, more in line with the spirit and the theoretical approaches adopted with these regards by the Insolvency Directive⁸⁶;
- on the other hand, there may be marginal aspects of incomplete compliance with the European regulatory framework, as pointed out although doubtfully, by the same supporters of the new form of “composizione negoziata”⁸⁷, which will lead to some further

creditors ensuring rewarding measures, or with one of the instruments already offered by the regulation, or even lead to a ‘simplified arrangement’, (v) allows a protective umbrella of up to eight months in order to facilitate the reaching of agreements.

⁸⁴ See, with several critical points of reflection, D. GALLETI, È arrivato il venticello della controriforma? Così è se vi pare, in www.ilfallimentarista.it, 27.7.2021; F. LAMANNA, *Nuove misure sulla crisi d'impresa del D.L. 118/2021: Penelope disfa il Codice della crisi recitando il “de profundis” per il sistema dell’allerta*, in www.ilfallimentarista.it; P. Liccardo, *Neoliberalismo concorsuale e le svalutazioni competitive: il mercato delle regole*, in www.ilfallimentarista.it, 2021; to some extent also S. LEUZZI, *Una rapida lettura dello schema di DL recante misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale*, in www.dirittodellacrisi.it, 5.8.2021, p. 3.

⁸⁵ Some Authors assume (without regret) that this further deferral of the alert procedure may lead to a new formulation of the relative sets of rules or even a withdrawal of such mechanism. See S. AMBROSINI, *Il (doppio) rinvio del CCI: quando si scrive “differimento” e si legge “ripensamento”*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 22.9.2021.

⁸⁶ See V. MINERVINI, *op. cit.*, p. 2, noting that Law Decree 118/2021 does indeed mark an important “change of pace” and that despite the technical form of the emergency intervention... the negotiated settlement seems to be solidly based on the doctrinal approaches established before the pandemic and which, at European Union level, had culminated in the Insolvency Directive. Accordingly, P. VELLA, *La spinta innovativa dei quadri di ristrutturazione preventiva europei sull'istituto del concordato preventivo in continuità aziendale*, in www.ilcaso.it, 1.1.2022, points out that the three pillars on which the Directive bases the preventive restructuring frameworks are (i) the preservation of the entrepreneurial activity, (ii) the efficiency of the procedure, aimed at reducing issues and costs and requiring a specialization of the judicial authority and professionals, (iii) the dialogue between all interested parties during the negotiations.

⁸⁷ See L. PANZANI, *La composizione negoziata*, *cit.*, noting, *inter alia*, that (i) the Directive

intervention in the general regulatory framework.

Whether these arguments, from a general point of view, reflects the lack of nerve on the part of the legislator who missed to preserve a text on which there had been more discussion and meditation (i.e. the “alert procedure” referred in the CCI), from a more practical point of view, they highlights some probable inefficiencies of the new legal regime⁸⁸, that a shorter *vacatio legis* compared to that originally predicted will not allow for *ex-ante* solution settlement, but only in the course of practical-operational experience.

Regardless of the (albeit numerous) elements of perfectibility⁸⁹ - which are often present in every regulatory intervention - the use of and confidence

provides for wide-ranging rules, the system of which is largely contained and implemented by Law Decree no. 118/2021 (slightly amended by Conversion Law no. 147/2021), but (ii) in any event, in the case of the “negotiated settlement” (*composizione negoziata*), there is no restructuring plan at the time when the debtor/enterprise applies for access to the procedure, which is slightly at variance with the Directive, nor is there any real intervention by the judge in questioning and verifying that the plan meets certain conditions, nor any vote by the creditors. However, the Author suggests a reading according to which not necessarily all the measures and instruments of the directive must be present in a single procedure, but that these, where indicated as mandatory, may be simply inside in the national legislation of a Member State and not necessarily in one single procedure, provided that they can be found as a “general framework” within that State insolvency legal system. This approach is followed also by P. VELLA, *I quadri di ristrutturazione preventiva nella Direttiva UE 1023/2019*, in *Fall.*, 2020, p. 1034. See also F. MINERVINI, *op. cit.*, p. 3 ff., who, while exalting the change of culture of d.l. 118/2021, which is therefore placed, even though born as an emergency law, in a long-term perspective, outlines its attitude to “inform” the law to come (“il diritto che verrà”), as far as the Report to the said Decree encompasses that this need to fully implement the Insolvency Directive (i) sees in its path the “*composizione negoziata*” (effective also in a period of emergency crisis), but (ii) will also require further “additions” to the provisions of the CCI.

⁵See also P. LICCARDO, *op. cit.*, who critically points out that “*the simplification introduced constitutes a fragile mirage of the legislator of the urgency and that any legitimising reference to the Community provisions of EU Directive 2019/1023 is substantially betrayed by a rewriting in terms of value of the institutional spaces hitherto reserved also by the CCII to the articulations of competition law, both in the negotiated phase and in the more strictly procedural phase*”.

⁸⁸ It is often highlighted, for example, that Law Decree 118/2021 has strengthened and made a form of liquidation “*concordato preventivo*” more flexible and simplified, whereas in the CCI, in continuity with the past, there is still a tendency to marginalize such kind of proceedings. For further references, see *ex multis* P. VELLA, *La spinta innovativa... cit.*, p. 11.

⁸⁹ Even with specific reference to the Italian framework only, regardless European compliance and comparative aspects, some Authors have pointed out that some innovation of the d.l. 118/2021, as the “*concordato sempificato*” which is one of the conclusive solution that a failing of the facilitated dealing may lead to, may be used as a strategic and opportunistic alternative to other liquidation proceedings and may be also unfittable with other articles of the CCI. See P.F. CENSONI, *Il concordato “sempificato”: un istituto enigmatico*, in www.ilcaso.it, 22.2.2022.

in this new procedure is progressively gaining ground, thus also favouring comparative reflections in relation to this new legislation, both (i) with systems (such as the French one) in respect of which traditional continuity has been maintained with respect to the recent past⁹⁰, and (ii) with systems in which respect the profiles of assonance are certainly more random and unexpected⁹¹.

In this regard, it is sufficient to consider that, compared to an initial period of impasse, just a few months after its debut, there has been an exponential increase in the number of companies embarking on this new voluntary and out-of-court reorganisation process⁹², whose full assessment will only be possible after the initial running-in period, when standards and best practices will consolidate.

5. *Final remarks and new perspectives of harmonization*

The result of this comparative examination, in line with the evidence also shown in other recent articles, is that the pandemic crisis and the emergency legislation has almost created, in bankruptcy law, a further opportunity for confrontation and a push towards harmonisation, moreover, re-evaluating a different line of path from the current one. As has been correctly pointed out, in fact, the “*COVID-19 pandemic revealed that top-down harmonisation*” process of insolvency law, that has been a top priority on the European

⁹⁰ See M. ARATO, *op. cit.*, noting that the procedure introduced by Decree-Law 118/2021 was inspired by the French experience of the *conciliateur judiciaire* under Article 611-4 Code de Commerce (introduced about 10 years ago and amended on 15.9.2021 by *Ordonnance* 2021/1193), which is producing good results but which is not allowed in France for companies being in *cessation de paiements* for more than 45 days.

⁹¹ See S. PACCHI, *Le misure urgenti... cit.*, p. 6, which refers in particular to the recent interventions of the Colombian legislator since Decree 560/2020 (Decreto Ley 560/2020 “*Por el cual se adopta medidas transitorias especiales en materia de procesos de insolvencia, en el marco del Estado de Emergencia, Social y Ecológica*”, in www.funcionpublica.gov.co/evalgestornormativo/norma.php?i=113637) and notes that “*the objectives of the new decree coincide in several respects with those of the Colombian legislator: flexibility, negotiability, cost reduction, use of mediation/facilitation, assistance of the Chambers of Commerce, limited intervention of the judge, abolition of the authorization regime*”.

⁹² Some positive data are collected by V. MAGIONE - B.L. MAZZEI, *Composizione negoziata, I bilanci spingeranno le istanze*, in *Il Sole 24 Ore*, 14.2.2022; ID., *Crisi d'impresa, la via e i primi percorsi volontari per il salvataggio*, in *Il Sole 24 Ore*, 14.2.2022, according to whom, at the date of 10th February 2022, there are about 800 “experts” (a key role for the practical ongoing of the proceeding) already registered and an increasing number of filing (about 80).

institutions' agenda in the last decade – reaching its peak with the 2019 Insolvency Directive – has been temporarily halted⁹³.

Conversely, the measures that has been urgently implemented to mitigate the financial effects of the pandemic showed that insolvency responses may indicate, in the course of the – although largely uncoordinated – phenomenon of bottom-up harmonisation, a convergence towards common approaches (which are possible when there is already a common normative substratum, at the level of general approach and concrete solutions in a given area of law, as in the European framework).

On the other hand, it has become clear that the regulation of business crises is inseparable from the regulatory framework involving other fundamental themes of corporate governance, including, in particular, the regulation of companies' capital and that of the liability of directors and other corporate bodies.

Therefore, it is noted that (even in an emergency phase) harmonisation is useful and functional, in order to assess both in the immediate present and in an *ex post* perspective, the efficiency of individual regulations and solutions in order (i) to update and perfect them and (ii) to have an arsenal ready to be used when it will still be necessary, so that it can be compliant with fundamental criteria and parameters (even in a physiological economic period) such as the guarantee of competitiveness and selectivity for companies that can actually be restored and therefore economically deserving.

With these regards, the statement according to which “although lack of systematic structure”, in this pandemic period, a “convergence of goals and means” was achieved, is effective and real⁹⁴.

Thus, it can be shared the perspective of those Authors who, from the national legislative experience (at first immediate and confused and then reasoned and “archived”) that has characterized bankruptcy law in the current pandemic emergency, identify or hope for a further/similar change of approach in the interventions aimed at harmonisation, representing, moreover, a synthesis of the previous phases⁹⁵.

⁹³ See E. GHIO - G.L. BOON - D. EHMKE - J. GANT - L. LANGKJAER - E. VACCARI, *op. cit.*, p. 1 ff.

⁹⁴ S. MADAUS - F. J. ARIAS, *op. cit.*, p. 320 ff.

⁹⁵ See E. GHIO - G.L. BOON - D. EHMKE - J. GANT - L. LANGKJAER - E. VACCARI, *op. cit.*, p. 6 ff. On necessary partiality and other criticality of harmonisation initiatives, more generally, see R. BORK, *Preventive Restructuring Frameworks: A “Comedy of Errors” or “All’s Well That Ends Well?”*, in 14 *Int. Corp. Rescue*, 417 (2017); H. EIDENMUELLER, *Contracting for a European Insolvency Regime*, in 18 *Eur. Bus. Org. Law Rev.*, 273 (2017).

Indeed (and not only at the EU level) from several decades this process of approximation and harmonisation of regulations has at first seen a spontaneous - and meditated, long and thoughtful - circulation of models and rules between countries, some of which have been more receptive and others more exporters⁹⁶.

In a more recent stage, the promotion of European integration through legal similarities has been covered mainly via EU-driven initiatives (that is “top-down harmonisation”). This choice, which is based on solid and thorough research plans and studies⁹⁷, has occurred however (i) at first according to a more soft law approach (see the 2014/135/EU Commission Recommendation of 12 March 2014 on a new approach to business failure and insolvency)⁹⁸, in the wake of experiences in the international

⁹⁶ A traditional example of template circulation is represented by US Bankruptcy Code 1978, and, in particular, Chapter 11 proceedings, that spread through various insolvency proceedings with some different characters, as for the best interest of creditors test and cram down rule (for examples within the Italian “concordato preventivo”, evidently inspired to the US experience, or the similar German institute of Obstruktionverbot adopted by § 245 of Insolvenzordnung, see L. Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, 2007, Bologna, p. 228, also recalling art. 48 of *Ley de concursos y quiebras* n. 24.522 of 20th July 195, providing for a similar mechanism. See also, with these regards, G. FERRI, *L'esperienza del Chapter 11. Procedura di riorganizzazione dell'impresa in prospettiva di novità legislative*, in *Giur.comm.*, 2007, I, 65 ff.; V. CONFORTINI, *Between strategic use and abuse of insolvency law: shareholders' rights and corporate reorganisations under German “insolvenzordnung” and Italian insolvency law*, in *Jus civile*, 2015, 7, p. 14; F. DI MARZIO, *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2010, p. 75 ff. More recently, the debt restructuring agreements (art. 182 bis IL) introduced in 2005 into the Italian bankruptcy system have also inspired foreign legislators, as in the case of the acuerdos de refinanciación in Spain. See B. QUATRARO - B. BURCHI, *Gli istituti di composizione della crisi d'impresa in alcune legislazioni straniere*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 2016, 19, p. 7; J. PULGAR EZQUERRA, “Holdout” degli azionisti, *ristrutturazione di impresa e dovere di fedeltà del socio*, in *Dir.fall.*, 2018, 1, p. 13 ff.

⁹⁷ Regarding these initiatives, as COM(2007)584 *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions — Overcoming the stigma of business failure — For a second chance policy — Implementing the Lisbon Partnership for Growth and Jobs*; and *Report of 17 October 2011 on recommendations to the Commission on insolvency proceedings in the context of EU company law*, “011/2006(INI)”, see G.G. NUZZO, *Il debito e la storia: dalla colpa alla fisiologia dell'insolvenza* in *Riv.dir.comm.*, 2017, 1, pt. 2, p. 89; P. DE CESARI - G. MONTELLA, *La proposta della Commissione UE in tema di ristrutturazione preventiva delle imprese in crisi*, in *Fall.*, 2017, 111.

⁹⁸ See *ex multis* S. PACCHI, *La Raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza anche alla luce di una prima lettura del Regolamento UE n. 848/2015 sulle procedure d'insolvenza*, in *www.fallimentiesocieta.it*, 2015, p. 1; G. CORNO, *La disciplina delle ristrutturazioni preventive delle (piccole e medie) imprese in crisi. Il contributo della raccomandazione della Commissione Europea in data 12 marzo 2014*, in *Il Nuovo Diritto delle*

sector, where initiatives to harmonize laws and disciplines and models are mainly carried out through model laws⁹⁹, and (ii) only recently, also in the bankruptcy sector, with a more invasive and binding approach, although the Directive instrument has established “minimum standards”, both for preventive restructuring procedures for debtors in financial difficulty and for procedures leading to discharge of debts¹⁰⁰.

The last and more recent experience marked with the pandemic emergency (perhaps unintentionally) may trace a further change of approach and trend that, hopefully, represents a thoughtful synthesis of the previous ones, in any case reassessing the importance of bottom-up harmonisation, via Member States-driven initiatives.

Therefore, the positive result and the lesson of the last year of pandemic that can be drawn, within the European framework, is that in a perspective sense these processes of investigation and self-induced harmonisation have direct effects and shall be adopted as a model also in a phase of economic and financial stability, leading to a reduction, or predictability and prevention, of risks and inefficiencies related to the distance still discernible today on fundamental aspects (such as grading of secured creditors, treatment of new-financing, directors duties in the twilight of insolvency, claw back regimes and avoidance actions, etc.) within the national bankruptcy regimes.

Undoubtedly, uniform dispositions to European level, even more in a physiological phase, can represent an incentive for the investments to cross-border level and further step in the operation of the Capital Markets Union, also promoting an entrepreneurial spirits and locally affecting certainty and functioning of insolvency frameworks¹⁰¹.

Società, 2015, 7, p. 156; and, more generally, B. WESSELS, *Europe deserves a new approach to insolvency proceedings*, in 4 *Eur. Company Law*, 253 (2007).

⁹⁹ With regard to various international and supra-State initiatives and, in particular, Uncitral initiatives, as the Model law on Cross-border Insolvency 2007 and further developments, see A. MAZZONI, *Osservazioni in tema di gruppo transnazionale insolvente*, in *Riv.dir.soc.*, 2007, 4, 2; G. MAZZEI, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: la continuità aziendale tra legislazione europea e nazionale*, in *Amministrativ@mente*, 2019, 2.

¹⁰⁰ In particular, the minimum standard established by Insolvency Directive, as summarized above, formally relates to: (i) preventive restructuring procedures available for debtors in financial difficulty, when there is a likelihood of insolvency; (ii) procedures leading to a discharge of debts incurred by over-indebted entrepreneurs and allowing them to take up a new activity, (iii) targeted rules on increasing the efficiency of all types of insolvency procedures, including liquidation procedures.

¹⁰¹ See, *ex multis*, D. VALIANTE, *Harmonising insolvency laws in the Euro Area: rationale, stock-taking and challenges. What role for the Eurogroup?*, Study of the European Parliament, July 2016, pointing out the four distinct areas where harmonising national insolvency frameworks can improving the functioning of the single market and stability of the

This trend already seems to have finally played influence role on the European agenda, recently embarked in a greater synergy and integration between processes and formant of harmonisation at different level, such as in the initiative “*enhancing the convergence of insolvency laws*”¹⁰², launched by the European Commission at the end of 2020 and whose consultation level recently concluded, where even before the type of regulatory text to be adopted (in the awareness of the constant tension between hard and soft law), reflection and investigation dwells on the issues of bankruptcy law, already mentioned above, that need effective and readily convergence at EU level¹⁰³.

These goals, indeed, may be achieved only with a common reference and basis of investigation, overcoming preconceptions and resistance that can arise while adopting a rigid top-down approach, meanwhile allowing local experience, practice and standards to represent important tool in the harmonisation process.

ABSTRACT

The international spread of the Covid-19 has generated dramatic financial and social consequences heavily affecting the global economy. The response either by national governments or financial and international regulators and organizations has showed an unexpected convergence in several economic and legal aspects, albeit in a very narrow time.

Bankruptcy system has provided fertile ground for comparative and interdisciplinary analysis of various States' approaches, often highlighting unexpected convergence in the measures adopted. Depending on the national jurisdictions, the emergency measures

Euro area: early restructuring businesses, bank resolution, cross-border insolvency and NPL management. Each of these aspects rely on common features of local insolvency frameworks.

¹⁰² European Commission, Inception Impact Assessment, “*Enhancing the convergence of insolvency laws*” (DG JUST A1), November 11, 2020, expressly encompassing among the target audience “*everyone who might be affected by insolvency proceedings, whatever role they may play in them*”.

¹⁰³ Comments, opinion and papers have been provided indeed at every level, from Ministerial to law firms, sources of legal and law formation and practice, on the assumption that EU Directive did not harmonise core aspects of substantive insolvency law, such as the following endorsed areas: common definition of insolvency, the conditions for opening insolvency proceedings, the ranking of claims, avoidance actions, the identification and tracing of assets belonging to the insolvency estate. On the European Commission, Inception Impact Assessment, “*Enhancing the convergence of insolvency laws*”, above mentioned, see E. GHIO - G.J. BOON - D. EHMKE - J. GANT - L. LANGKJAER - E. VACCARI, cit., p. 13 ff.. with some critical reflection.

had different impact on the legal framework in the insolvency law and in connected subjects, sometimes proposing new paths, that may be relevant also in ordinary times. This paper inquires about the most relevant insolvency reforms taking place as a response to the global pandemic, especially in geographic areas that are contiguous in terms of legal and economic relations, such as the European Union, where this result of spontaneous harmonisation has been particularly appreciated.

HEALTH CARE

Claudia Morgana Cascione*

*The treatment of the elderly in time of Covid-19:
attempts at protection or a new form of ageism?*

SUMMARY: 1. Older persons in times of emergencies: preliminary remarks – 2. The use of the age criterion in triage decisions – 2.1. Triage decisions and the discrimination on the ground of age – 3. Proposals for selective lockdown for the elderly – 4. A recrudescence of ageism? – 5. The elder care – 5.1. Older persons in long-term care facilities and the protection of fundamental rights – 6. Conclusions

1. *Older persons in times of emergencies: preliminary remarks*

The recent pandemic of Covid-19 is having a very strong impact on the elderly, under different profiles¹. From the pandemic, the older persons emerge as a class of subjects, increasingly numerous, with special needs and requirements; as a unified “risk group”² vulnerable, defenseless and in need of society’s social protection³. Therefore, due to their frailty, they require a rethink (in terms of recognition and legal protection), both at international and national level.

First of all, it was immediately evident that the aged have a much higher risk of manifesting serious symptoms with often fatal outcomes than younger people⁴, so much so that, already in April 2020, Ursula

* Associate Professor, University of Bari.

¹ WHO, *Older people & Covid 19*, 2020: «COVID-19 is changing older people’s daily routines, the care and support they receive, their ability to stay socially connected and how they are perceived. Older people are being challenged by requirements to spend more time at home, lack of physical contact with other family members, friends and colleagues, temporary cessation of employment and other activities; and anxiety and fear of illness and death – their own and others».

² E.M. KESSLER - C.E. BOWEN, *Covid Ageism as a Public Mental Health Concern*, in *The Lancet.com*, 2020, [https://www.thelancet.com/journals/lanhl/article/PIIS2666-7568\(20\)30002-7/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanhl/article/PIIS2666-7568(20)30002-7/fulltext).

³ V. KLUSMAN - A.E. KORNADT, *Current Directions in Views of Ageing*, in 17 *European Journal of Ageing* 303 (2020).

⁴ The majority of COVID-19 deaths were among older people. 93% of COVID-19 deaths

Von der Leyen, in an interview with a German newspaper, postulated the possibility that the older persons should “stay at home until the new year”.

Moreover, all over the world, nursing homes and assisted living facilities for the elderly have been hotbeds of epidemics⁵: places institutionally dedicated to the care of the elderly have easily become vehicles of contagion and death, due to the high fragility of the guests. As a direct consequence, the aged have strained limited hospital resources and intensive care, placing every state in the dilemma of how to approach elder care.

The present essay will focus on some of the aspects that characterize the treatment of the elderly during the pandemic and, in particular:

- The use of the age criterion in order to choose which patients to treat.
- The proposals for selective lockdown for the older persons that periodically have been advanced in several States.
- The new forms of ageism that emerged during the pandemic, based on the assumption that the aged are no longer perceived just as unproductive, but even as detrimental to the recovery of economic activities
- The problems of the elder care, both “in place” both in nursing homes.

These aspects will be discussed in order to outline a comprehensive condition of the aged during the pandemic emergency, which has been a magnifying glass that has re-proposed, amplified, the problems related to the social and legal consideration of older persons in modern societies.

As a matter of fact, despite the circumstance that the older persons constitute - everywhere in the world - a rapidly growing segment of the population⁶, modern societies do not seem able to fully absorb their needs in terms of protection, inclusion and social participation.

were among people aged 60/65 and 58% COVID-19 deaths were aged 80/85. The average rate of COVID-19 deaths among those aged 80/85 and over is about 15.500 per million people, while the average rate of COVID-19 deaths among those aged 60/65 and over is about 4.600 per million people. These data are collected and analysed by E. ROCARD - P. SILLITTI - A.L. NOZAL, *COVID-19 in long-term care: impact, policy responses and challenges*, OECD Health Working Paper No. 131 (2021), 12-13, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/b966f837-en.pdf?expires=1646425262&id=id&accname=guest&checksum=1A367EB63BD44CBA8A607F755C844D29>.

⁵ E.R. SEPULVEDA - N.M. STALL - S.K. SINHA, *A Comparison of COVID-19 Mortality Rates Among Long-Term Care Residents in 12 OECD Countries*, in 21 *J. Am. Med. Directors Assoc.* (2020), pp. 1572-1574; OECD Public Health Emergency Team, *High Impact of Covid-19 in Long-Term Care Facilities, Suggestion for monitoring in EU/EEA*, in 25 *Eurosurveillance*, Issue 22 (2020), <https://www.eurosurveillance.org/content/10.2807/1560-7917.ES.2020.25.22.2000956>.

⁶ United Nation Department of Economic and Social Affairs, *World Population Prospect 2019*, <https://population.un.org/wpp/>.

On the other hand, despite the recent normative recognitions, condensed in art. 25 of the Nice Charter⁷, the traditional legal frameworks – concentrated on the first two phases of the human existence – still relegate the elderly in a “grey area of law”.

For these reasons, in recent months, the debate around the opportunity of a specific convention for the protection of the human rights of the older persons has been revitalized⁸: elderly represent «in fact the only vulnerable population that does not have a comprehensive and/or binding international instrument addressing their rights specifically⁹». The envisaged convention should take into account the peculiarities intrinsic to the elderly condition without, however, mortifying the inhomogeneities inherent in the group.

If it is true that aging is a naturally degenerative process¹⁰, accompanied by various forms of physical and psychological decay, it is equally true that the passing of the years does not have the same impact on everyone and the level of decline linked to old age also depends on economic, social and cultural factors¹¹.

Old age cannot be considered a homogeneous experience, since it manifests itself with different characteristics depending on the physiological and social contexts that characterize each individual experience. The harshness of this phase of life also varies greatly depending on the resources available to protect or overcome it. In addition, the lengthening of life also determines a lengthening of old age, with the possibility that very different conditions coexist in it and a specific space is designed for the oldest old.

Under these profiles, the pandemic emergency, if on one hand has highlighted the vulnerability inherent in advancing age (which requires not

⁷ C. O’CINNEIDE, *Art. 25 – The Rights of the Elderly, in The European Charter of Fundamental Rights. A Commentary* (S. PEERS - T. HERVEY - J. KENNER - A. WARD eds.), Oxford and Portland, 2014, p. 693.

⁸ On the debate around the opportunity of an international Convention for the older persons see I. DORON - I. APTER, *The Debate Around the Need for an International Convention on the Rights of Older Persons*, in 50 (5) *The Gerontologist* 586 (2010); L. POFFÈ, *Towards a New United Nations Human Right Convention for Older Persons*, in 15(3) *Human Rights L. R.* 591 (2015); K. TANG - J. LEE, *Global Social Justice for Older People: The Case for an International Convention on the Rights of Older People*, in 36 (7) *British Journal of Social Work* 1135 (2006).

⁹ D. RODRIGUEZ PINZÓN - C. MARTIN, *The International Human Rights Status of Elderly Persons*, in 18 *Am. U. Int’l. L. Rev.* 915 (2003), p. 1007.

¹⁰ For the most common diseases in old age see, *ex multis*, S. BONDY – K. MAIESE (eds.), *Aging and Age related Disorders*, New York, Dordrecht, Heidelberg, London, 2018.

¹¹ OMS, *World Report on Ageing and Health*, WT 104, 2015, https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/186463/9789240694811_eng.pdf;jsessionid=9F7EE3A55A-F84095AB93471413F568E5?sequence=1.

only an acknowledgement, but also social and legal measures to deal with it), has shown, on the other hand, the importance of a gradual approach and differentiated measures that take into account the peculiarities that characterize the different experiences of aging.

Therefore, a comparative analysis is more than useful to outline, in general, how different legal systems react to the ageing of the population and, in particular, how they have approached the treatment of older persons during the pandemic.

2. The use of the age criterion in triage decisions

The pandemic raised dilemmas worldwide in relation to health-resource limitations. It was immediately evident, in fact, that the demand for healthcare resources exceeded supply, making it necessary to establish precise criteria for the allocation of places, especially in intensive care.

In order to address the possible shortage of acute medical care capacity, national and international medical societies have drawn up guidelines for dealing with scarcity.

In general, the basic values underlying triage decisions in crisis situations include prioritization of medical urgency, capacity to benefit and fairness. For Covid-19, various guiding principles have been suggested, in particular oriented to safeguard the maximization of benefit as well as justice: triage decisions thus include medical factors - such as the severity of the health condition - as well as fairness in resource allocations and ethical issues¹².

The allusion to maximizing benefit under conditions of scarcity can have different meanings: it could be referred to saving as many people as possible, to saving the greatest possible number of life years, or to saving the greatest amount of quality-adjusted life years with the resources available. Depending on which criterion is applied, resource allocation will look quite different. Saving as many life years as possible would favor young people, whereas maximizing quality of life would favor those with a capacity to lead long, healthy, independent lives¹³.

¹² E. J. EMANUEL - G. PERSAD - R. UPSHUR, *Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of COVID-19*, in 382(21) *N Engl J Med* 2049 (2020).

¹³ M.N.I. KUYLEN - S.Y. KIM - A.R. KEENE - G.S. OWEN, *Should Age Matter in COVID-19 Triage? A Deliberative Study*, in 47 *J Med Ethics* 291 (2021) summarize the different principles for resource allocation existing in medical ethics literature. In particular: (1) the

The responses and protocols adopted in several States toward the elderly have varied widely. In some States (Sweden) people in nursing homes have been generally offered only palliative care, while in other countries (such as Austria) the older persons have been sent to the hospital, as a precautionary measure, even if they have no serious symptoms.

At times of increased hospital congestion, some States allow age to be used to exclude elderly Covid-19 patients from life-saving care. In Italy and Spain, for example, the European nations most affected by the first wave of Covid, there was an early concern about the scarcity of hospital intensive care unit resources in the face of the high number of patients requiring intubation.

In its Recommendation of March 6, 2020, the Italian Society of Anesthesia Analgesia Resuscitation and Intensive Care stated that *«It may be necessary to place an age limit on admission to the ICU. It is not a matter of making purely value-based choices, but of reserving resources that may be in short supply to those who are first and foremost more likely to survive and then to those who may have more years of life saved, with a view to maximizing benefits for the greatest number of people»*. (Rec. 3)¹⁴.

The choice *«must be interpreted as a careful assessment of age as an expression of the functional reserve that the patient is able to bring into play to face not only the challenge of the disease, but also the impact of intensive care»*.

A different approach was adopted by the Italian Ethics Committee, which, in its opinion of April 8, 2020, stated that *«the clinical criterion is the most appropriate reference point for the allocation of resources: any other selection criterion, such as age, sex, condition and social role, ethnicity, disability, responsibility with respect to behaviors that induced the disease, costs, is considered by the Committee as ethically unacceptable»*¹⁵.

'fair innings' principle, (2) the 'life projects' principle, (3) the 'egalitarian principle' and (4) the 'maximize life years' principle. The 'fair innings' principle prioritizes younger over older people so that younger people also get the chance to reach later life stages. (2) The 'life projects' principle prioritizes young to middle-aged people so that everyone gets the chance to complete their life projects (e.g., raising children and making a career). (3) The egalitarian principle calls for equal treatment of all and does not permit discrimination on the basis of age, meaning we must take a 'lottery' or 'first come, first served' approach. (4) Finally, the 'maximize life years' principle, a utilitarian approach, permits indirect discrimination on the basis of age insofar as this maximizes the amount of life years saved.

¹⁴ SIAARTI, *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*, 6.3.2020, https://www.flipsnack.com/SIAARTI/siaarti_-_covid19_-_raccomandazioni_di_etica_clinica_-2/full-view.html.

¹⁵ Comitato nazionale per la Bioetica, *Covid-19: la decisione clinica in condizioni di carenza*

Also in the Spanish guidelines, it is suggested, when choosing between two patients in similar circumstances, to prefer the one who has more years of life ahead of him, specifying, however, that «*la edad cronológica (en años) no debería ser el único elemento a considerar en las estrategias de asignación*¹⁶».

In Switzerland, in March 2020, as a result of numerous cases of infection with the coronavirus, acute hospitals experienced a massive influx of patients. In view of this situation, the Swiss Academy of Medical Sciences (SAMS) and the Swiss Society of Intensive Care Medicine (SSICM) issued guidelines on triage for intensive-care treatment under resource scarcity. In the course of the pandemic, the guidelines were updated several times in the light of the experience accumulated and new scientific findings. In the guidelines, there are very precise criteria for selecting patients for ICU care¹⁷. Despite the explicit statement that «*Age, disability or dementia in themselves are not to be applied as criteria. This would infringe the constitutional prohibition on discrimination, since people who are older, disabled or suffer from dementia would thereby be accorded less value than others*», it is established that when there is competition for resources patients over 85 years of age should be automatically excluded from intensive care and from access to ventilation. Covid-19 patients older than 75 years are also excluded if they have certain health problems, such as cirrhosis of the liver or kidney or heart disease¹⁸.

In Germany, however, the Ethics Committee radically ruled out that age can be an acceptable criterion for excluding elderly patients from life-saving care even when resources are scarce, requiring that triage decisions be based entirely on clinical considerations¹⁹. A different decision would be, in the view of the Ethics Committee, unconstitutional because it would be contrary to the principles of equality and equitable access to resources. In particular «*the fundamental requirements of the Constitution*

di risorse e il criterio del “triage” in emergenza pandemica, 8.4.2020.

¹⁶ AA. VV., *Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia COVID-19 en las unidades de cuidados intensivos*, in *Med. Int.*, 2020, 44 (7), p. 439 ss., <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7158790/>.

¹⁷ The different updated versions of the guidelines are available at <https://www.samw.ch/en/Ethics/Topics-A-to-Z/Intensive-care-medicine/Triage-in-case-of-bottlenecks-chronology.html>.

¹⁸ For overall considerations about Swiss guidelines see Swiss Academy for Medical Science, *Intensive care triage under exceptional resource scarcity*, *Swiss Med Wkly*, 2021, 151: w30077.

¹⁹ DEUTSCHER ETHIKRAT, *Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise*, 2020, <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf>.

are a binding framework for medical ethics: the guarantee of human dignity requires basic egalitarian equality and thus establishes a corresponding basic protection against discrimination for all. For the State, as the direct recipient of fundamental rights, the principle of indifference in the value of life also applies: it is prohibited from valuing or even devaluing human life. Any direct or indirect distinction by the state according to the value or duration of life and any associated state requirement for unequal allocation of survival opportunities and risks of death in acute crisis situations is impermissible. Every human life enjoys equal protection. This not only prohibits differentiation on the basis of gender or ethnicity. The State must also refrain from classifying people on the basis of age, social role, and their presumed “worth” or expected life span».

In France, at the beginning of the emergency, a petition has been filed by several association on the basis of Article L. 521-2 of the Code of Administrative Justice, to enjoin the State from taking all the necessary measures to establish a national protocol for the admission to hospitals and intensive care units of persons affected by a serious form of Covid-19, in particular old persons residing in long term facilities for elderly dependent persons (EHPAD)²⁰.

The claimants assumed that there was no rule governing the choice of persons who, affected by a serious form of Covid-19, were admitted to health establishments, exposing these persons to the risk of arbitrariness; in addition, they argued that especially elderly patients did not have equal access to resuscitation care; consequently, they assumed that the State’s failure to establish a national protocol for the admission of patients affected by a serious form of Covid-19 in health establishments and, if necessary, to intensive care constituted a serious and manifestly illegal infringement of the right to life, the right to health and the principle of safeguarding human dignity.

The *Conseil d’État* stated, first of all, that, during the proceedings, it was not established that there was a general practice of refusing admission to health establishments to persons residing in EHPADs affected by an infection that could be attributed to Covid-19.

For what concerns the admission to intensive care and resuscitation units, the Court recalled some protocols adopted by medical associations.

The recommendation entitled “Ethical and Strategic Aspects of Access to Resuscitation and Other Critical Care in the Context of a COVID-19 Pandemic²¹” recalls that the medical decision to admit or not to admit

²⁰ Conseil d’Etat, 15.4.2020 – Lebon 2020

²¹ The recommendation of 24.3.2020 was issued by several medical societies (société de

a patient to intensive care, as well as the re-evaluation of a decision to admit a patient to intensive care, are governed by the ethical principles of non-maleficence, respect for the patient's autonomy and dignity, whatever his or her vulnerabilities, until the end of life. It also emphasizes the need to respect the principle of non-discrimination, which means that such decisions cannot be based solely on age.

Similarly, the *Société de réanimation de langue française* adopted on April 9, 2020 a position relating to the “criteria of admission and modalities of care in resuscitation in pandemic context”. It indicates in particular that “age cannot be retained as the only criterion for admission or refusal of admission to the intensive care unit” and that a “careful assessment of the patient’s medical characteristics” and the “expected benefit of critical care remain the essential criteria for patient referral”.

Under these conditions, and in the absence of detailed information produced by the applicants, it has not been established, according to the *Conseil d'État*, that medical decisions on admission to intensive care are generally based on criteria which have been made stricter because of the anticipation of a possible saturation of the supply of intensive care due to the epidemic of Covid-19 or which, by isolating the criterion of age, would discriminate, within the patients infected, those who are the oldest.

2.1. Triage decisions and the discrimination on the ground of age

Beyond the different approaches that the different legal systems have shown, the use of age as a criterion for exclusion from triage can be seen as a new form of discrimination that, through measures of this type, is perpetrated against the elderly, with outcomes, moreover, in many cases lethal.

Specifically, the utilitarian principle that tends to maximize not the lives saved, but “the years of life saved”²² strongly clashes with ethical

réanimation de langue française (SRLF), société française de gériatrie et de gérontologie (SFGG), société française d'anesthésie et de réanimation (SFAR), société de pneumologie de langue française (SPLF), société de pathologie infectieuse de langue française (SPILF), société française d'accompagnement et de soins palliatifs (SFAP), société française de médecine d'urgence (SFMU) under de aegis of the mission of «COREB nationale» (coordination opérationnelle du risque épidémique et biologique).

²² According to S. MICHALOWSKI, *The Use of Age as a Triage Criterion*, (2020), 90 <http://repository.essex.ac.uk/28027/1/013.pdf>, the use of age as a triage criterion is based on the assumption that health care should be guided by the utilitarian principle of maximizing benefits for the greatest number of people. This assumption has been interpreted to mean

considerations, which instead should be taken into account in decisions of this kind. Moreover, the imposition of an age limit for access to life-saving treatment, in the absence of other considerations concerning the patient's overall clinical picture, such as possible comorbidity, is unfairly penalizing for those who, despite advancing years, have a thriving clinical picture.

The issue - although placed in an emergency context - fits perfectly and re-proposes some of the problems that characterize the current debate around the discrimination on the ground of age.

Age is one of the most controversial factors of discrimination, as well as the one that has had the most delayed recognition, nationally and internationally²³. It does not figure explicitly as a typical factor of discrimination neither in the UN Declaration nor in most of the other international conventions, probably because «when these instruments were adopted, the problem of the ageing population was not so evident, nor so pressing as it is today²⁴». In Europe, Article 14 ECHR enshrines, as is well known, the principle of equality in the enjoyment of civil and political rights guaranteed in the Convention, but it does not expressly mention age among the factors of discrimination. The question then arose as to its extensibility to hypotheses not mentioned²⁵, given that «the notion of discrimination generally covers cases in which a person or group is treated, without adequate justification, less favorably than another»; however, «age does not easily benefit from the guarantees offered by Article 14²⁶».

The failure to mention age as a factor in discrimination has fueled the idea that such discrimination is tolerable, thus legitimizing unequal treatments, both direct and indirect.

In the European Union, art. 19 TFEU now includes non-discrimination among the fundamental principles of the Council's legislative action;

maximizing not just the number of lives saved, but rather the number of years of life saved, based on a prognosis of how many years of life each patient has left.

²³ H. MEENAN, *Age discrimination – of Cinderella and 'The Golden Bought'*, in *Equality law in an enlarged European Union understanding the Article 13 directives*, (H. MEENAN ed.), Cambridge, 2007, p. 278.

²⁴ CESCR, *General Comment No. 6: The Economic, Social and Cultural Rights of Older Persons*, 13 Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 8.12.1995 (Document E/1996/22). para 20.

²⁵ See ECHR, *Schwizgebel v. Switzerland*, n. 25762/07, dec. 10.7.2010; ECHR, *Burden and Burden v. the United Kingdom*, n. 13378/05, dec 29.4.2008; ECHR, *Carson and others v. the United Kingdom*, n. 42184/05, dec. 16.3.2010.

²⁶ H. MEENAN, *Reflecting on Age Discrimination and Rights of the Elderly in the European Union and the Council of Europe*, in 14 *Med. Jour.* 1(2007), p. 44.

Article 21 of the Charter of Fundamental Rights²⁷ establishes the prohibition of discrimination based on a large number of factors, among which age is expressly included. The latter is the most extensive of the anti-discrimination provisions in Europe; it includes a wide range of prohibited factors, thus reflecting the evolution of the history of European anti-discrimination law.

The prohibition of age discrimination is explicitly sanctioned in the field of employment and occupation; it is included in the Employment Equality Directive (2000/78/EC), which limits the cases in which Member States' national law may allow employers to treat employees unequally on grounds of age. The Court of Justice, starting from the well-known Mangold case²⁸, has proclaimed non-discrimination in relation to age as a general principle of EU law, stressing that the directive does not introduce this principle but "simply gives concrete expression" to a general principle of equal treatment, which characterizes the European legal order in its entirety and is established in international treaties and in the traditions common to the member states²⁹.

Notwithstanding the recent formal recognitions, age is still perceived a "second level" ground of discrimination. To quote the Advocate General Villalón in the CJ Dansk Industri case «its undisputed modernity characterizes it as a ground of discrimination undergoing consolidation, subject to a process of creating social and political consensus for some of its forms»³⁰. This interpretation is, moreover, supported by the circumstance that national³¹ and international courts have often interpreted the prohibition of discrimination on the basis of age in a non-absolute manner, allowing exceptions where rationally justified by the pursuit of a legitimate aim³².

²⁷ C. KILPATRICK, *Art. 21. Non discrimination*, in *The European Charter of Fundamental Rights. A Commentary* (S. PEERS – T. HERVEY – J. KENNER – A. WARD eds.), Oxford and Portland, 2014, p. 579.

²⁸ CJ, 22.11.2005, Case C-144/04, *Mangold v. Helm*.

²⁹ The same conclusions reached in the Mangold case were confirmed in the cases CJ, 9.1. 2010, Case C-555/07, *Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*; CJ, 19.4.2016, Case C-441/14, *Dansk Industri (DI), acting on behalf of Ajos AIS v. Estate of Karsten Eigil Rasmussen*.

³⁰ Opinion of Mr Advocate General Cruz Villalón delivered on 19 May 2011, Case C-447/09, *Reinhard Prigge - Michael Fromm-Volker Lambach c. Deutsche Lufthansa AG*.

³¹ See the English case *R (Carson and Reynolds) v. Secretary of State for Work and Pensions*, (2006) 1 AC.

³² For an overview of the European Court of Justice's rulings on age discrimination, see C. M. CASCIONE, *L'Italia non è un paese per vecchi (notai). Riflessioni sul divieto di discrimina-*

3. *Proposals for selective lockdown for the elderly*

At the root of discriminatory attitudes towards the elderly lies the axiom that old age is synonymous with weakness. This conviction has been reinforced during the emergency, in which the third age has been connoted by a strong brand of vulnerability, which has justified exceptional protective measures and, at the meantime, has entrenched forms of social and relational isolation of those most exposed to disease.

The “fragility of age” has justified, for example, proposals for selective lockdown of the elderly, in order to avoid general restrictive measures, periodically put forward in various countries³³. Such proposals have been formally justified by a protective intent for the group most exposed to the negative consequences of Covid-19; however, they concealed other goals, such as reducing the number of hospitalizations and resuming work activities for the rest of the “young” population³⁴.

These proposals have fomented a heated debate at political and scientific level, as well as in the public opinion³⁵. On one hand, it has been stressed that isolation measures only for the elderly would have allowed the rest of the population to resume a normal personal and working life and, in general, the recovery of economic activities; such measures would also have ensured a decongestion of hospital facilities, given the high rate of

zione sulla base dell'età nelle pronunce della Corte di Giustizia, in Giustiziacivile.com, 2021, 1.

³³ See J. SAVULESCU - J. CAMERON, *Why Lockdown of the Elderly is not Ageist and why Levelling Down Equality Is Wrong*, in 46 *Med Ethics* Epub 417 (2020): «If the goal is to ensure that the health care system is not overwhelmed and that mortality rates are reduced, preventing seniors from contracting the virus can be an effective means of achieving that goal. The alternative is to continue to keep everyone in isolation». To the objection that this might be a downward leveling of equality, which is unethical, they respond that «to prevent the elderly from contracting the virus, the entire population would have to be deprived of freedom, but the same result could be achieved by restricting only the freedom of the elderly».

³⁴ The same dilemma arose with regard to the exclusion of the elderly from access to some essential services, including transport. See D. SIQUEIRA - C. TATIBANA, *Restriction of Elderly People in Municipal Collective Transportation in Pandemic Times: Protection or Deprivation of Personality Rights?*, in 12 *Direito e Desenvolvimento* 129 (2021).

³⁵ Emblematic is the article published in the *Daily Mail* by D. BLUNKETT, *It's divisive and wrong – please don't stigmatise my generation*, 2020, in which the author states that dividing people on the basis of age would be as wrong as dividing them on the basis of gender or race (<https://www.dailymail.co.uk/debate/article-8115207/Former-Home-Secretary-DAVID-BLUNKETT-says-ordering-elderly-quarantine-unfair.html>).

hospitalization among the elderly³⁶.

On the opposite side, the unequal treatment that would have resulted from such measures have been highlighted, emphasizing the possible medical³⁷, psychological³⁸ and social effects that a selective containment would have on the elderly. Upstream, it has been contested that such proposals are addressed indifferently to all those who have reached a certain age, without considering that - as repeatedly pointed out - the elderly constitute an absolutely heterogeneous group which, even for the purposes of a restrictive measure, should not be treated in a monolithic manner, without considering other competing factors that make, for example, one old person more fragile than another and, therefore, more exposed to the risks of Covid-19.

This last assumption highlights the need to differentiate - in the approach to the protection of the third age - between situations of physiological decline and those of pathological weakness, which affect especially the oldest old, requiring a graduated approach and differentiated measures.

4. *A recrudescence of ageism?*

This is even truer when one considers that, during the pandemic, there was a recrudescence of ageism³⁹. In the classical definition of Neil Butler, ageism is «*a systematic stereotyping of persons because they are old*⁴⁰»; it is a

³⁶ See the already mentioned article J. SAVULESCU - J. CAMERON, *Why lockdown of the elderly is not ageist and why levelling down equality is wrong*, pp. 718-719 and D. ACEMOGLU - V. CHERNOZHUKOV - I. WERNING - M. D. WHINSTON, *Optimal Targeted Lockdowns in a Multi-Group SIR Model*, Working Paper 27102, Cambridge, MA, 2020, <http://www.nber.org/papers/w27102>, who, on the basis of a cost-benefit analysis, conclude that the most efficient policy is to create lockdowns for those over age 65.

³⁷ A. SUÁREZ-GONZÁLEZ - N. ZIMMERMANN - C. WADDINGTON - O. WOOD - E. HARDING - E. BROTHERHOOD - N. C. FOX - S. J. CRUTCH, *Non-Memory Led Dementias: Care in the Time of Covid-19*, in 369 *BMJ* (2020) p. 2489.

³⁸ Z. SANTINI - P. JOSE - E. CORNWELL, *Social Disconnectedness, Perceived Isolation, and Symptoms of Depression and Anxiety among Older Americans (NSHAP): a Longitudinal Mediation Analysis*, in 5 *Lancet Public Health* (2020), p. 62 ss.

³⁹ HRC, *Report of the Independent Expert on the Enjoyment of all Human Rights by Older Persons, Claudia Mahler*, 4.8.2021, A/HRC/48/51.

⁴⁰ R. N. BUTLER, *Age-ism: Another Form of Bigotry*, in 9 *The Gerontologist* 243 (1969); see

widespread attitude in modern industrialized societies towards the elderly who are perceived as weak, useless, and non-productive. During the emergency the aged have been considered no longer only as unproductive but also as harmful to the general health system.

As L. Avalon observes, «representing the elderly as a homogeneous and vulnerable group, as happened in the pandemic - instead of initiating a more sophisticated discourse aimed at underlining the heterogeneity typical of the elderly condition - has increased intergenerational conflicts», creating a clear separation between the groups of “old” and “young”⁴¹.

The phenomenon has taken on global dimensions, due to the resonance that the Internet world has offered (among others) to offensive and discriminatory statements against the elderly. Proof of this is that the hashtag #BoomerRemover, has become viral among teenagers⁴² (the “generation Z”) who perceive the Covid, as “a problem of adults”⁴³ and who attribute the blockade resulting from the pandemic exclusively to the adverse repercussions on the elderly (with an axiom that only apparently is adolescent, but that hides much more deeply rooted beliefs).

It also had a long trail of controversy on the twitter of the Governor of Liguria: «As much as we grieve every single victim of Covid19, we must take into account that only yesterday among the 25 deaths in Liguria, 22 were very elderly patients. People mostly retired, not indispensable to the productive effort of the country».

Beyond the media storm that followed the twitter and beyond the apologies issued by the Governor himself, the fact remains that the message encodes the idea - widespread among a part of the population - that Covid is tolerable if it affects those who do not contribute to the country's economy.

The risk - even more evident in the future - is that the negative stereotypes that have been spreading about the elderly will be “internalized”,

also ID, *Longevity Revolution: the Benefits and Challenges of Living a Long Life*, New York, 2008, p. 40 ss.; J. JOHNSON - B. BYTHEWAY, *Ageism: Concept and Definition*, in *Ageing and Later Life* (J. JOHNSON - R. SLATER eds.) London: Sage, 1993, 200 define ageism in these terms: «people cease to be people, cease to be the same people or become people of a distinct and inferior kind, by virtue of having lived a specified number of years».

⁴¹ L. AVALON, *There is Nothing New under the Sun: Ageism and Intergenerational Tension in the Age of Covid-19 Outbreak*, in *Int. Psychogeriatrics*, 2020, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7184144/>.

⁴² A. SKIPPER - D. ROSE, *#BoomerRemover: COVID-19, Ageism and the Intergenerational Twitter Response*, in *4 Innov. Aging* 931 (2020).

⁴³ S. FRASER - M. LAGACÉ - B. BONGUÉ et al., *Ageism and COVID-19: What Does Our Society's Response Say About Us?*, in *49(5) Age Ageing* 692 (2020).

thus becoming more difficult to be eradicated both in the elderly themselves and in younger people, with disastrous long-term consequences.

The phenomenon is, moreover, accentuated by the rapid development of technologies during the emergency and by the inability of the elderly to keep up with the changes⁴⁴. The rapid transition of most daily activities to the online world has made clear the difficulty of the elderly in adapting to the virtual world. Especially in the first phase of the pandemic virtual tools were alien to the mentality and practice of adults, who were faced with the difficulty of accessing the wide range of services and activities provided electronically.

If it is true that, in general, technology has contributed to diminishing the negative effects of isolation for the majority of the population, it is also true that it had the opposite effect for the elderly, resulting in the paradoxical situation in which the population most affected by the blockade is also the one least helped by the digital tools that aim to mitigate its negative effects.

The pandemic has reinforced the “digital divide”, the gap in access to new technologies between younger and older adults: studies demonstrated that the older population in western countries not only have less access to technology but – even those with access – have fewer digital skills and make a limited use of the technology. The reasons for lack of usage of technologies are, in general, low motivational access and a general skill deficit⁴⁵.

Although this phenomenon is not new, during the pandemic the digital divide has been exacerbated and, consequently, it has helped to fuel the sense of loneliness and isolation of the elderly, as well as the perception of the inadequacy to keep up with the times.

The Covid-19 pandemic made it clear that some immediate actions need to be taken to address the digital divide.

The issue was also recently addressed by the UN Secretary General, Antonio Gutierrez, who pointed out that the whole world faced the challenge of technology during the pandemic emergency, «perhaps no population could benefit more from support, than older persons»; therefore, «we must also work to strengthen the digital skills of the elderly as an important defense, and means to improve their well-being⁴⁶». In

⁴⁴ J. M. KIEL, *The Digital Divide: Internet and Email Use by the Elderly*, in 30 *Informatics for Health and Social care* 19 (2005).

⁴⁵ G. MARTINS VAN JAARSVELD, *The Effects of COVID-19 Among the Elderly Population: A Case for Closing the Digital Divide*, in *Front. Psychiatry* (2020), 11: 577427, p. 1.

⁴⁶ T. FRIEMEL, *The Digital Divide Has Grown Old: Determinants of a Digital Divide among*

the short term, it is necessary to encourage the use of digital solutions in elderly groups, making them aware of the resources available online, in order to minimize the harmful effects of Covid-19. In the long term, the goal should be to close the digital divide, first of all through programs which increase access to technology and offer older individuals the opportunity to learn how to use them⁴⁷.

5. *The elder care*

The pandemic also highlighted the inadequacy of many national care systems to meet the numerous needs of care and support of functionally dependent elderly.

The theme of elder care arises with particular urgency in modern times, especially as a result of the disintegration of traditional family models, the entry of women into the labor market and the increased tendency towards mobility, which often distances the offspring from their older parents.

These factors have implied that the care of the elderly, traditionally carried within family contexts, is being outsourced⁴⁸, that is, entrusted to third parties, both public and private. With this in perspective, social security programs have been adopted in most Western systems, which provide welfare services to those deemed unable to work, including the elderly. Despite the adoption of measures specifically dedicated to the care of dependent persons, however social policies in support of the elderly have often proven insufficient.

The pandemic has made dramatically evident the paucity of resources made available by the States for the care of the elderly and the inadequacy of the means employed.

The containment measures - particularly restrictive, especially during the first wave - have exacerbated the need for home care for many old persons, who remained isolated in their residences and unable to perform even many primary functions of daily life.

On the other hand, even in cases of institutionalized care, has been

Seniors, in 18 *N. Media Soc.* 313 (2016).

⁴⁷ G. MARTINS VAN JAARSVELD, *The Effects of COVID-19 Among the Elderly Population: a Case for Closing the Digital Divide*, cit., p. 4.

⁴⁸ R. GOODWIN - D. GIBSON, *The Decausalization of Elder Care*, in *The Subject of Care: Feminist Perspective on Dependency* (E. FEDER KITTAY - E. FEDER eds.), New Jersey: Rowman & Littlefield, 2002.

clear the scarcity of personnel assigned to the facilities, the lack of suitable devices and, in general, the inadequacy of the host structures to cope with the numerosity and the specific needs of the guests⁴⁹.

Under the first profile, the pandemic has prompted an awareness, on the part of national institutions, of the problems related to the management of family life in the presence of persons in need of assistance, such as minors, elderly, disabled, dependent on a non-professional caregiver. For example, the recent Italian PNRR, in the section on “social inclusion”, envisages «an extraordinary investment in social infrastructures, as well as in social and health services in the community and at home, to improve the autonomy of persons with disabilities», affirming the need for a reform aimed at non-self-sufficiency that addresses «in a coordinated manner the various needs arising from the consequences of ageing, for the purpose of an approach aimed at obtaining the best conditions for maintaining or regaining the maximum possible autonomy in a context that is as “de-institutionalized” as possible». The need for a strengthening of social services offered by the territory such as nurses, carers, caregivers has become evident.

In general, what emerges clearly from the pandemic is the urgent need, in many countries, for a reform of long-term care to meet the challenges of aging and the related need for care. In this sense, many countries have already offered satisfactory responses: compulsory insurance for long-term care has been instituted in Germany since 1995⁵⁰ and in Japan since 2000⁵¹; in Spain, Law 39/2006 provides for an articulated system of measures to deal with situations of dependency⁵²; Sweden, Denmark, Austria provide

⁴⁹ The question of the protection of human rights in nursing home for the elderly has been faced in ECHR, *Dodov v. Bulgaria*, app. n. 59548/00, dec. 17.1.2008, in which, in a case concerning the disappearance of an elderly lady, suffering from Alzheimer’s disease, from a nursing home, the Court has found a violation of Article 2 ECHR, due to the negligence of the host structure and the slowness of the investigative activities aimed at finding the lady.

⁵⁰ Germany provides long-term care by a compulsory long-term care Insurance (LTCI). It has been introduced in 1995 as a stand-alone independent fifth and final pillar, which exists now in addition to the social insurances covering sickness, accident, unemployment and old age provision.

⁵¹ In the year 2000, a far-reaching reform of the welfare system came into force in Japan, establishing compulsory long-term care insurance, with the declared intention of reducing the burden of intra-family care and shifting the responsibility of caring for the elderly onto society. K. ISHII, *Le système de prise en charge des personnes âgées dépendantes: le Japon un modèle pour la France?* Economies et finances. Université Paris Dauphine – Paris IX, 2015.

⁵² Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de *Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia*. The law has been enacted to «meet the needs of those people who, being in a situation of particular vulnerability, need support in order to carry out the essential activities of daily life, achieve greater personal autonomy and be able

for efficient tax-based systems.

In general, the acknowledgement of the existence of a multitude of non-self-sufficient elderly implies a strengthening both of the so-called “ageing in place” - which envisages the permanence at home, even in the event of physical or psychic fragility, with adequate home assistance - and of hospitalization in care facilities.

6. *Older persons in long-term care facilities and the protection of fundamental rights*

For what concerns, in particular, long-term facilities⁵³ for the elderly, they have been everywhere the sites of epidemic outbreaks. It became immediately evident that nursing homes represent the contexts in which exposure to risk is greatest, since the elderly residents are generally more vulnerable to infection than the rest of the population. Predictors of transmission in long-term care settings include congregate living, personal care requirements that necessitate physical proximity, increased frailty or compromised health status among residents, and behavioral and cognitive challenges that complicate infection prevention⁵⁴. Moreover, many older residents are in their last year of life and have multiple health conditions, often coupled with physical dependency or cognitive impairment⁵⁵.

Consequently, protocols and guidelines have been adopted in order to ensure the safety of the facilities and to avoid, as much as possible, the risk

to fully exercise their rights as citizens». (*Exposición de Motivos*, p. 1).

⁵³ We will refer to the definition given by OECD Public Health Emergency Team, *High Impact of Covid-19 in Long-Term Care Facilities, Suggestion for monitoring in EU/EEA*, cit.; Long Term Care Facilities «include institutions such as nursing homes, skilled nursing facilities, retirement homes, assisted-living facilities, residential care homes or other facilities that take care of people requiring support who experience difficulties living independently in the community because of the interaction between barriers in the environment and physical, mental, intellectual or sensory impairments possibly related to old age or chronic medical conditions».

⁵⁴ S. H. DYKGRAAF - S. MATENGE - J. DESBOROUGH - E. STURGISS - G. DUT - L. ROBERTS - A. McMILLAN - M. KIDD, *Protecting Nursing Homes and Long-Term Care Facilities From COVID-19: A Rapid Review of International Evidence*, in 22 (10) *J Am Med Dir Assoc*. 1969 (2021).

⁵⁵ A. L. GORDON - C. GOODMAN - W. ACHTERBERG, *Commentary: COVID in Care Homes—Challenges and Dilemmas in Healthcare Delivery*, in 49 *Age Ageing* 701 (2020).

of infection⁵⁶.

Among the most frequent measures included in the guidelines, in order to ensure isolation, there are the prohibition of visits by relatives and friends, as well as the prohibition of entering and leaving the facility. The rationale of these measures is undoubtedly to avoid as much as possible contact with the outside world, a potential vector of the virus. Beyond the immediate psychological repercussions of this segregation, the question has been raised of a potential unjustified violation of the fundamental rights of the elderly and, in particular, of the right of self-determination and the freedom of movement.

Emblematic in this sense are two decisions of the English Court of Protection, relating to requests for discharge of nursing home patients. The *BP v. Surrey County Council*⁵⁷ and *VE v. AO*⁵⁸ cases, although reaching different conclusions, offer an interesting point of view on the topic⁵⁹.

In the first case, the relatives of a patient, over 80 years old and suffering from Alzheimer's disease, complained that the measure adopted by the nursing home to suspend the visits of relatives due to the pandemic emergency was contrary to Articles 5 and 8 of the ECHR. The decision of the Court of Protection is based on the attempt to operate a balance between conflicting interests: on one hand, the well-being that the subject derives from maintaining constant contact with the family and, on the other hand, the need to prevent infection by Covid-19, which would increase with external contacts.

The decision is grounded in the pursuit of the patient's "best interests"⁶⁰, while also considering that «the spread of this insidious pandemic, which is particularly threatening to the elderly with underlying comorbidities, establishes a solid basis upon which a [fundamental rights] exception becomes not only justified, but essential». In so reasoning, the Court rejected the daughter's proposal to have her father discharged, as well as to

⁵⁶ For the measures adopted in Italy see M. BETTI - G. EVANGELISTA - B. GIACHI, *Le misure regionali di contrasto al Covid-19 nelle RSA*, in *I luoghi della cura online*, 4, 2020, <https://www.luoghicura.it/servizi/residenzialita/2020/10/le-misure-regionali-di-contrasto-al-covid-19-nelle-rsa/>.

⁵⁷ *BP v. Surrey County Council & Anor* [2020] EWCOP 17.

⁵⁸ *VE v. AO and Others* [2020] EWCOP 23.

⁵⁹ For observations on the rulings W. TYZACK, *Elder law: deprivations of liberty during the pandemic*, in *P.C.B.*, 2020, 4, p. 200 ss.

⁶⁰ The Court recalls the case ECHR, *Stork v. Germany*, req. n. 61603/00, dec. 16.6.2005 which emphasizes the obligation of states to take measures to ensure effective protection of vulnerable persons, including reasonable measures to prevent a deprivation of liberty of which authorities are or should be aware.

ensure periodic visits, establishing a plan based on skype calls and contact through the window. This measure was deemed appropriate to reconcile the dignity of the subject with the protection of his special needs⁶¹.

In the AO case, however, different conclusions were reached, due to the terminal oncological disease from which the patient was suffering; the interest of “dying in one’s own family” was considered superior to the need to protect public health and prevent contagion, thus justifying the discharge of the lady.

The cases analyzed are illustrative, not only of the enormous difficulties faced by older patients in nursing homes (and their families), deprived of any form of direct contact, but above all of the delicacy of the interests at stake, among which a balance must be struck. With regard to the elderly, in particular, the compression of fundamental rights and freedoms can be justified by the interest of public health; however, this should imply a case-by-case evaluation (as demonstrated by the English case history), which does not tolerate *a priori* conclusions or generalizations.

In this sense, it could also be considered the recently filled petition on the infringement of fundamental rights in nursing homes in Galicia⁶². The petitioner complained that the privatization of the nursing homes, alongside with the cut in public services expenses has caused the deterioration of the service given to the elderly in retirement homes in Galicia; moreover Covid-19 crisis «has shown the lack of means and the lack of vigilance in its inspection duty by the government of the region».

In its answer, the EU Commission underlines the importance to ensure that vulnerable populations such as older people are protected from infection and, if they are infected, that they are treated effectively based on clinical and objective criteria⁶³.

The European Centre for Disease Prevention and Control (ECDC), in its Rapid Risk Assessment from 8 April 2021, highlighted the vulnerability of the elderly in long-term care settings and the importance of infection control measures to protect vulnerable populations⁶⁴.

Therefore, the Commission confirms its commitment in monitoring the emergency measures and their impact on fundamental rights and in ensuring the safety of the most vulnerable in society, including the elderly.

⁶¹ W. TYZACK, *Elder law: deprivations of liberty during the pandemic*, cit., p. 203.

⁶² Petition No. 0682/2020 by Eva Solla Fernández (Spanish) on the infringement of fundamental rights in nursing homes in Galicia.

⁶³ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PETI-CM-695262_EN.pdf.

⁶⁴ <https://www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/rapid-risk-assessment-coronavirus-disease-2019-covid-19-pandemic-eighth-update>.

7. *Conclusions*

The considerations made so far clearly show that the pandemic emergency has re-proposed, and amplified many of the fundamental questions that characterize the current debate on the legal protection of the elderly.

First of all, the protection of the human rights of the older persons on the basis of equality has once again come to the attention of national and international institutions, also proposing the opportunity to issue a specific international convention for the rights of the older person. As highlighted by the United Nations High Commissioner for Human Rights, Michelle Bachelet «This crisis has exposed, and often amplified, many challenges that older people have been facing for years, such as discrimination based on old age, lack of social protection and access to health services, lack of autonomy and participation in decision-making, and the risk of violence, neglect and abuse». These factors highlighted the gap resulting from the absence of a 'strong' legislative instrument to protect older people.

Moreover, the different approach of the various legal systems to the treatment of the elderly confirms that the condition of ageing varies according to place, social and cultural context and that the weakness linked to ageing does not depend only on an intrinsic degenerative process, but also on the environment in which the subject ages, as well as on the resources available to guarantee and promote healthy ageing.

It also shows how the consideration of the elderly and their value lies at the crossroads of interests of different levels and importance and that, where utilitarian logic prevails - based exclusively on the economic importance of social roles - the older persons remain excluded from social consideration and, consequently, from legal protection.

The different approaches to the use of age as a criterion for selecting patients to be saved show how regional differences affect the right to health care of the older people and represent a useful ground for assessing the consequences of inequalities in aging. The recognition of the rights and responsibilities of the elderly population on an equal footing in EU context, for instance, is moving to a holistic perspective. Based on this perspective, more effective policies for reducing unequal ageing could be devised, through a clear redefinition of rights and duties.

In spite of the contingency of the phenomenon, therefore, the pandemic - which has affected all the nations of the world across the board - constitutes the litmus test for evaluating the problems that involve the

growing category of the elderly. By highlighting the critical aspects of the existing situation, it could be a starting point from which drawing elements in order to rethink the protection of the elderly on the basis of equality with the rest of the population, while avoiding excessive generalizations that do not take into account the inhomogeneities inherent in the group, that could lead to new forms of social discrimination.

ABSTRACT

The recent pandemic of Covid-19 had a very strong impact on the elderly, under different profiles.

The essay aims to highlight some of the aspects that mainly influenced the overall condition of the elderly and, in particular: the use of the age criterion in triage decisions; the proposals for selective lockdown for the older persons periodically advanced in several States; the new forms of "ageism" that emerged during the pandemic, based on the assumption that the aged are no longer perceived just as unproductive, but even as detrimental to the recovery of economic activities; the problems of the elder care, both "in place" both in nursing homes.

In spite of the contingency of the phenomenon, the pandemic - which has affected all the nations of the world - has been the litmus test for evaluating the problems that involve the growing category of the elderly. At the same time, it could be considered a starting point from which rethinking the protection of the elderly on the basis of equality with the rest of the population, while avoiding excessive generalizations, that could lead to new forms of social discrimination.

Domitilla Vanni

Vaccinazione anti COVID-19 e consenso del minore ultrasedicenne

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'ordinamento inglese. Il caso *Gillick vs West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* del 1985 – 2.1. Il caso *Quincy Bell & Mrs A vs The Tavistock and Portman NHS Foundation Trust and Ors* del 2020 – 2.2. Il caso *In the matter of D (A Child)* del 2019 – 2.3. Il caso *An NHS Trust vs X* del 2021 – 3. Cenni all'ordinamento italiano: la Legge 219 del 2017 e l'apporto della giurisprudenza – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il tema qui trattato si iscrive nel più ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul consenso al trattamento medico, il c.d. consenso informato, sebbene tratteggiato in questa sede in una connotazione soggettiva particolare, riferito cioè ai soggetti minorenni, in misura variabile e non sempre chiara disciplinato dai diversi ordinamenti giuridici quale espressione di un generale principio di autodeterminazione di ogni individuo, principio che a sua volta discende dal più ampio valore della dignità umana nella sua nota accezione di *dignity as empowerment*¹, intesa sia nella sua accezione positiva, e cioè come diritto a ottenere il rispetto di sé da parte degli altri consociati, sia in senso negativo come diritto a poter escludere qualsiasi forma di interferenza esterna alla propria sfera giuridica. E ciò in un'ottica di bilanciamento con il fondamentale diritto alla salute nella sua portata individuale e collettiva, come si sta sperimentando nell'emergenza pandemica attuale con riferimento alla vaccinazione anti COVID-19. E così nel bilanciamento tra il diritto alla autodeterminazione e la necessità di intervenire a tutela della salute si definisce la capacità delle democrazie di strutturare processi di *governance* globali di fronte ad emergenze sanitarie sempre più drammatiche. In una prospettiva di *law in the action*² vedremo come questo bilanciamento

¹ L'espressione, molto efficace, è di D. BEYLEVELD - R. BROWNSWORD, in *Human dignity in bioethics and biolaw*, Oxford, 2001.

² G. GORLA, *Diritto comparato e Diritto comune europeo*, Milano, 1981.

penda a favore della autodeterminazione in contesti ordinari di tutela della salute, mentre in situazioni emergenziali e pandemiche appare opportuno riconoscere un peso maggiore alla sfera delle limitazioni consentite dagli ordinamenti.

Va premesso il ruolo decisivo che in una prospettiva sovranazionale sul consenso informato hanno svolto le pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che, sulla base dell'interpretazione dell'art.8 CEDU sul diritto alla vita privata, a partire dallo storico caso del 2002 *Pretty v UK*³ sono pervenute a riconoscere il diritto all'autodeterminazione sanitaria di ogni individuo, che si esprime in concreto nella partecipazione attiva del paziente alle scelte terapeutiche che lo riguardano⁴. Ciò in continuità con le tappe raggiunte a livello internazionale, in quanto l'esistenza di siffatto diritto era già stata esplicitamente affermata nel 1947, dal Codice di Norimberga e, successivamente, dalla Dichiarazione di Helsinki della *World Medical Association* (sin dalla I Assemblea del 1964). Successivamente il Patto Internazionale Relativo ai Diritti Civili e Politici dell'ONU, concluso a New York nel 1966, all'art. 7 stabilisce: «[...] Nessuno può essere sottoposto, senza il suo libero consenso, ad un esperimento medico o scientifico»; nonché la Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 e la cui ratifica è stata autorizzata in Italia con la Legge 28 marzo 2001, n. 14512,

³ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 29 aprile 2002, ricorso n. 2346/02, nella quale si afferma «As the Court has had previous occasion to remark, the concept of “private life” is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person [...]. Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees».

⁴ Il primo «consent» risale al 1914, quando il giudice Cardozo – nel «caso *Schloendorff*» [*Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 105 N.E. 92 (N.Y. 1914)] – tracciò, *in nuce*, le prime linee del concetto di consenso per cui un chirurgo, avendo eseguito un'operazione senza il consenso del paziente, è stato ritenuto colpevole nel suo comportamento per aver commesso una violenza personale in base al principio che “ogni essere umano adulto e capace ha il diritto di determinare cosa debba essere fatto col suo corpo ed un chirurgo che effettua un intervento, senza il consenso del suo paziente, commette un'aggressione per la quale egli è perseguibile per danni». Occorrerà attendere il 1957, data in cui si fa convenzionalmente risalire la prima elaborazione della nozione di «*informed consent*», quando la Suprema Corte californiana introdusse, nell'ambito del «caso *Salgo*» [*Salgo vs. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, 317 P.2d 170, 173, 1957], il principio del dovere del medico di comunicare al paziente «tutti i fatti che coinvolgono i suoi diritti e i suoi interessi e circa il rischio chirurgico, alea e pericolo, se vi siano», necessari per acconsentire al trattamento chirurgico.

ha ribadito che «un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato» (art. 5). Infine, anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, all'art. 3 ha stabilito che «ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica» la quale si esplica, nell'ambito della medicina e della biologia, attraverso «il consenso libero e informato della persona interessata» a sottoporsi ad un determinato trattamento sanitario.

Solo per esigenze sistematiche accennando all'autodeterminazione dei soggetti minorenni negli ordinamenti inglese ed italiano, va premesso che il tema del consenso del minore al trattamento medico in prospettiva comparatistica corre su due direttrici fondamentali: da un canto l'istituto del consenso informato, che ha trovato una disciplina organica in Italia nella legge n. 219 del 2017⁵ mentre nel Regno Unito ha trovato regolamentazione nel *case law* e in particolare nel caso giurisprudenziale *Montgomery vs Lanarkshire*⁶ del 2015 e, d'altro canto, la tutela del minore, che, valorizzata specialmente dalle norme internazionali e convenzionali⁷

⁵ Legge del 22 dicembre 2017, n. 219 «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento» (18G00006) (GU Serie Generale n. 12 del 16 gennaio 2018).

⁶ *Montgomery vs Lanarkshire Health Board* [2015] UKSC 11. Anche in dottrina il tema dell'*informed consent* ha suscitato notevole interesse, v. E. CAVE, *The ill-informed consent to medical treatment and the therapeutic exception*, in *Common law world review*, vol. 46, 2, 2017, pp. 140-168; J. COGON, *Mental Capacity Law, Autonomy, and Best Interest: an argument for conceptual and practical clarity in the Court of protection*, in *Medical law review*, vol. 24, 3, 2016, pp. 396-414; R. HEYWOOD - J. MIOLA, *The changing face of pre-operative medical disclosure: placing the patient at the heart of the matter*, in *The law quarterly review*, vol. 133, 2017, p. 296 ss. Sull'applicazione del precedente *Montgomery* ai minori E. CAVE - C. PURSHOUSE, *Think of the Children: Liability for Non-disclosure of Information Post-Montgomery*, in *MLR*, 28, 2020, p. 270.

⁷ Tra le fonti internazionali di tutela del minore: la Convenzione dell'Onu sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (CRC - New York), la Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei minori del 25 gennaio 1996 adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, che in particolare all'art. 3 riconosce il diritto del minore di essere informato e di esprimere la propria opinione in ogni procedimento che lo riguarda. L'esplicito riferimento al diritto di manifestare il consenso informato alle cure per tutti i soggetti legalmente incapaci è operato, oltre che dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo e della biomedicina del 4 aprile 1997 di Oviedo all'art. 6, anche dalla Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati Membri, *Recommendation No. R (99) 4 on principles concerning the legal protection of incapable adults*, adottata il 23 febbraio 1999. Così recita il *Principle 22*, par. 1: «Where an adult, even if subject to a measure of protection, is in fact capable of giving free and informed consent to a given intervention in the health field, the intervention may only be carried out with his or her consent. The

(si pensi in prima battuta alla Convenzione sui diritti del fanciullo sottoscritta a New York il 20 novembre 1989), sempre più chiaramente è fondata – e ciò in quasi tutti gli ordinamenti giuridici – sul *best interest of the child*, istituto di derivazione anglosassone ben presto penetrato negli ordinamenti continentali tanto da considerarsi principio generale e di costante applicazione della giurisprudenza anche da parte delle corti supreme di questi ordinamenti.

Si tratta di due istituti che nascono autonomamente, in contesti giuridici differenti ma parimenti fecondi sul terreno dei diritti civili, che sempre più spesso si sono venuti a incrociare nella ricca e variegata dinamicità dei casi umani, andando a operare in senso qualificativo di un soggetto che oggi più che mai può definirsi «di diritto», il minore.

Per seguire l'itinerario che ha portato all'ingresso del minore nel panorama dei soggetti di diritto – itinerario che è giurisprudenziale e legislativo insieme, dietro il fervido e stimolante dibattito dottrinale, proprio per il diverso e al contempo parimenti fluido apparato normativo delle fonti nei sistemi presi in esame – per poi valutarne la effettiva capacità di scelta in ordine al tema qui affrontato della vaccinazione anti COVID-19 – appare interessante la prospettiva comparatistica⁸ laddove ci consente di individuare, sia nell'uno che nell'altro ordinamento considerato, le differenti radici e basi genetiche dell'istituto del consenso informato e al contempo di studiarne gli effetti e le ricadute pratiche nella tutela di un soggetto, il minore appunto, divenuto innegabilmente ormai soggetto attivo al pari dei consociati adulti. Tale analisi non necessariamente porterà a scoprire divergenze ontologiche e culturali tra i due sistemi giuridici ma sarà foriera di scoperte positive anche in termini di quel processo di avvicinamento e convergenza tra due mondi un tempo considerati distanti ma sempre più accomunati e contigui nella moderna definizione di *western legal tradition* di matrice comparatistica⁹.

consent should be solicited by the person empowered to intervene».

⁸ Sui fondamenti, caratteri e ruolo dell'analisi comparatistica nella moderna scienza giuridica, cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992; M. SERIO, *L'apporto della comparazione nel rapporto tra scienza giuridica ed elaborazione giurisprudenziale*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, I, 2011, pp. 433-463; ID., *Osservazioni brevi su forme, mezzi e classificazioni della comparazione giuridica*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica*, a cura di P. Cerami - M. Serio, Torino, 2011, pp. 12-27; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Comparazione giuridica e storia nello studio del diritto del tempo presente*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica*, a cura di P. Cerami - M. Serio, Torino, 2013, pp. 44-62; G. RESTA - A. SOMMA - V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Comparare. Una riflessione tra le discipline*, Mimesis, 2020.

⁹ H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, 1983,

2. L'ordinamento inglese. Il caso *Gillick vs West Norfolk and Wisbech Area Health Authority del 1985*

Nell'ordinamento inglese pietra miliare in tema di consenso informato del minore è il noto *Gillick case*¹⁰ del 1985.

Va premessa la natura extracontrattuale della responsabilità civile del medico nell'ordinamento inglese, per omessa informazione al paziente dei rischi del trattamento sanitario, essa è ricondotta nell'ambito del *tort of negligence* e sorge ove ricorrano tutti i requisiti di esso¹¹. Il paziente cioè che lamenta di aver subito un danno, pertanto, può essere risarcito se fornisce la prova del danno, della colpevolezza della condotta del medico e del nesso di causalità tra la condotta del professionista e il danno. La natura extracontrattuale della responsabilità medica, tuttavia, non sembra determinare in concreto una riduzione dei casi in cui il medico incorre in responsabilità, che invece sono ampliati attraverso un'interpretazione estensiva del requisito della colpa medica.

Nello storico caso *Gillick contro West Norfolk e Wisbech Area Health Authority* del lontano 1985 si trattava di decidere se una ragazza minorenni (di età inferiore ai sedici anni) fosse in grado di acconsentire a un determinato trattamento medico, senza il permesso dei genitori. La decisione finale in senso affermativo di tale capacità, adottata nel 1985 dalla House of Lords, ha rappresentato un *leading-case* in Inghilterra e in Galles ed è stata in varia misura recepita in Australia, Canada e Nuova Zelanda. Una disposizione simile è stata emanata in Scozia con l'*Age of Legal Capacity Act* del 1991.

Il precedente giudiziario *Gillick* ha in sostanza modificato la disciplina fino ad allora vigente. Il caso riguardava una circolare del dipartimento sanitario del 1974 che indirizzava i medici sulla contraccezione dei

trad. it. di E. VINELLO, Bologna, 1998, p. 63; A. GAMBARO - R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Torino, 1996, p. 41 ss.; U. MATTEI - P. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova, 1997, p. 66 ss.; L.J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, ed. it. e trad. di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - R. FAVALE, in *Sistemi Giuridici Comparati*, a cura di A. Procida Mirabelli di Lauro, 1, I, Torino, 1996 (2^a ed., 1997); V. VARANO - V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law - common law*, 6^a ed., Torino, 2014.

¹⁰ *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and another* House of Lords [1986] 1 AC 112.

¹¹ E cioè: l'esistenza di un *duty of care*, la violazione di esso, l'esistenza di un danno, il nesso di causalità tra la condotta illecita e il danno cagionato. Sul tema della responsabilità civile nell'ordinamento inglese in prospettiva comparatistica M. SERIO, *Studi comparatistici sulla responsabilità civile*, Torino, 2007.

minori (in particolare, sotto i sedici anni). La circolare affermava che la prescrizione della contraccezione fosse a discrezione del medico e che potesse essere prescritta a minori di sedici anni senza il consenso dei genitori. La questione è stata contestata perché un'attivista, Victoria Gillick, aveva condotto una campagna politica contro la circolare. Victoria Gillick aveva chiesto una dichiarazione secondo cui prescrivere la contraccezione fosse illegale soprattutto sotto il profilo che in questa ipotesi il trattamento medico sarebbe stato privo di valido consenso che avrebbe dovuto essere prestato dal genitore.

Il quesito affrontato allora dalla House of Lords riguardava allora la questione se il minore coinvolto potesse dare il consenso al trattamento medico. Il «consenso» qui è considerato in senso ampio: in assenza del consenso del paziente al trattamento, un medico, anche se ben intenzionato, potrebbe essere citato in giudizio a titolo di responsabilità extracontrattuale. La House of Lords si è concentrata sulla questione del consenso piuttosto che sulla nozione di «diritti» o «potestà» genitoriali. In effetti, la Corte ha ritenuto che non esistessero «diritti o potestà dei genitori» in sé, se non quello unico di salvaguardare the *best interest of the child*. La maggioranza dei componenti il collegio giudicante sostenne che in alcune circostanze un minore potesse acconsentire al trattamento e che in tali circostanze un genitore non avesse il potere di porre il veto al trattamento. Lord Scarman e Lord Fraser, pur convergendo sul riconoscimento dell'autonomia del minore, hanno formulato *opinions* leggermente diverse tra loro seppure *concurring* alla formazione della *ratio decidendi*¹². Il test utilizzato da Lord Scarman è stato generalmente denominato «*Gillick competence*»: esso prevede che un minore possa al trattamento medico acconsentire solo se abbia compreso appieno il trattamento medico proposto. Ciò comporta che il potere di scelta dei genitori nello stabilire se per il proprio figlio minore, di età inferiore ai sedici anni, sia necessario o meno un trattamento medico termina se e quando il minore abbia raggiunto un livello di comprensione e una maturità sufficienti per comprendere appieno ciò che viene proposto.

Efficace l'espressione usata da Lord Scarman che riassume l'*opinion* di maggioranza, secondo cui: «il diritto dei genitori di determinare il trattamento medico del loro figlio minore avrà termine se e quando

¹² Nella sua *concurring opinion* Lord Fraser of Tullybelton affermava: «Provided the patient [...] is capable of understanding what is proposed, and of expressing his or her own wishes, I see no good reason for holding that he or she lacks the capacity to express them validly and effectively and to authorise the medical man to make the examination or give the treatment which he advises».

il minore raggiunga un livello di comprensione e una maturità sufficienti per consentirgli di comprendere appieno ciò che gli viene proposto»¹³.

La sentenza è stata particolarmente significativa per le ricadute sulla capacità giuridica dei minori in Inghilterra, in quanto ha avuto una portata ben più ampia del semplice consenso medico. Stabilisce in senso più esteso che l'autorità dei genitori a prendere decisioni sui minori non è assoluta, ma diminuisce proporzionalmente all'evoluzione della maturità del minore¹⁴. Il risultato pratico del *Gillick case* è che il diritto di prendere una decisione su una particolare questione concernente il minore passa dal genitore al minore se quest'ultimo abbia raggiunto una maturità sufficiente per prendere la decisione richiesta. Successivamente al caso *Gillick*, una prima differenza è emersa a livello del formante legislativo tra minori di 16 anni e minori ultrasedicenni laddove con riferimento a questi ultimi la *section 8*, comma 1, del *Family Law Reform Act* del 1969¹⁵ ha introdotto una sorta di presunzione della *Gillick competence*

¹³ Così Lord Scarman: «In the light of the foregoing I would hold that as a matter of law the parental right to determine whether or not their minor child below the age of 16 will have medical treatment terminates if and when the child achieves a sufficient understanding and intelligence to enable him or her to understand fully what is proposed. It will be a question of fact whether a child seeking advice has sufficient understanding of what is involved to give a consent valid in law. Until the child achieves the capacity to consent, the parental right to make the decision continues save only in exceptional circumstances».

¹⁴ È sorto un vivace dibattito dottrinario sul punto, cfr. S. GILMORE - J. HERRING, '*No' is the hardest word: Consent and children's autonomy*', in *Child and Family Law Quarterly*, 23, 2011, pp. 3-25; J. EEKELAAR, *The emergence of children's rights*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2, 1986, p. 161; A. BAINHAM, *Children, Parents and the State*, London, 1988, ch. 3; A. BAINHAM, *The Balance of Power in Family Decisions*, in *Cambridge Law Journal*, 45, 1986, p. 262; S. GILMORE, *The Limits of Parental Responsibility*, in *Responsible Parents and Parental Responsibility*, a cura di R. Probert - S. Gilmore - J. Herring, Oxford, 2009; J. FORTIN, *The Gillick Decision - Not Just a High-Water Mark*, in *Landmark Cases in Family Law*, a cura di S. Gilmore - J. Herring - R. Probert, Oxford, 2011.

¹⁵ La norma del FLRA 1969, *section 8*, intitolata «Consent by persons over 16 to surgical, medical and dental treatment» prevede che:

“(1) The consent of a minor who has attained the age of sixteen years to any surgical, medical or dental treatment which, in the absence of consent, would constitute a trespass to his person, shall be as effective as it would be if he were of full age; and where a minor has by virtue of this section given an effective consent to any treatment it shall not be necessary to obtain any consent for it from his parent or guardian.

(2) In this section “surgical, medical or dental treatment” includes any procedure undertaken for the purposes of diagnosis, and this section applies to any procedure (including, in particular, the administration of an anaesthetic) which is ancillary to any treatment as it applies to that treatment.

(3) Nothing in this section shall be construed as making ineffective any consent which would have been effective if this section had not been enacted».

prevedendo che il consenso di un minore ultrasedicenne a qualsiasi trattamento chirurgico, medico o odontoiatrico – che in assenza del consenso costituirebbe un *trespass to the person* – «sarà efficace quanto lo sarebbe se fosse maggiorenne» e che qualora un minore ha prestato un consenso effettivo non è necessario ottenere il consenso di un genitore o di un tutore.

2.1. *Il caso Quincy Bell & Mrs A vs The Tavistock and Portman NHS Foundation Trust and Ors del 2020*

A distanza temporale di circa 35 anni dal *Gillick case*¹⁶, la giurisprudenza inglese è tornata sul tema del consenso del minore al trattamento medico in un caso *Quincy Bell & Mrs A vs The Tavistock and Portman NHS Foundation Trust and Ors*¹⁷ deciso il 1 dicembre 2020 dalla Queen's Bench Division della High Court chiamata a decidere sulla rilevanza della volontà espressa da un minore in ordine alla scelta di sottoporsi a un determinato trattamento medico che – a differenza del caso *Gillick* nel quale erano chiari gli effetti del trattamento medico praticato al minore – destava numerose perplessità scientifiche sugli effetti sia fisici che psicologici sul minore (in particolare si trattava della assunzione di farmaci a base ormonale che avrebbero bloccato il naturale sviluppo del minore). In quella sede la questione principale posta dinanzi alla Corte era riconducibile al seguente interrogativo: può un minore di età inferiore ai sedici anni acquisire quello standard di competenza individuato nel caso *Gillick* in relazione alla decisione di prendere quel determinato farmaco? Interessante notare che per la Corte la posizione giuridica dei giovani di sedici e diciassette anni esigeva una considerazione diversa, meritando una

¹⁶ Già nel 1991 nel noto caso *R (A Minor) (Wardship: Medical Treatment), Re* [1991] 4 All ER 177 la Court of Appeal, non aveva tenuto conto della volontà di un minore di rifiutare il trattamento medico in mancanza della piena capacità di comprensione delle conseguenze del trattamento e del suo rifiuto. Secondo Lord Donaldson «Nessun medico può essere obbligato ad eseguire il trattamento medico nei confronti di un minore, dipendendo la decisione dal proprio giudizio professionale, a condizione che vi sia il consenso di un soggetto autorizzato a darlo, tranne che nei casi eccezionali di urgenza. Nel formare tale giudizio, i desideri e i punti di vista del minore rappresentano un fattore la cui importanza aumenta proporzionalmente all'aumento della capacità di comprensione e maturità del minore». Inoltre «pur avendo il minore competente in base al criterio *Gillick* o ultrasedicenne il potere di prestare il proprio consenso al trattamento medico, la sua volontà è concorrente con quella di un genitore o tutore».

¹⁷ *Bell & Anor v The Tavistock and Portman NHS Foundation Trust* [2020] EWHC 3274 (Admin), 1 dicembre 2020.

trattazione a sé.

Il punto di partenza per la Corte è la natura del trattamento proposto. In primo luogo, vi è una reale incertezza sulle conseguenze a breve e lungo termine del trattamento con prove molto limitate sulla sua efficacia, o addirittura sul fine che sta cercando di perseguire. Ciò significa che questo trattamento è correttamente definito come sperimentale.

Ne consegue che per raggiungere la *Gillick competence* le informazioni rilevanti che un minore dovrebbe comprendere, conservare e soppesare per avere la competenza richiesta, sarebbero le seguenti: le conseguenze immediate del trattamento in termini fisici e psicologici; il fatto che la stragrande maggioranza dei pazienti che assumono questi farmaci passa verso altri farmaci più incisivi e va incontro a interventi medici molto più grandi; la relazione tra l'assunzione di questi farmaci e il successivo intervento chirurgico, con le implicazioni di tale intervento chirurgico; il fatto che il trattamento indicato possa portare a una perdita di fertilità e, quindi, l'impatto che questo percorso di cura può avere sulle relazioni future e per tutta la vita; le conseguenze fisiche sconosciute dell'assunzione di questo farmaco; e infine il fatto che l'efficacia per questo trattamento è ancora altamente incerta.

Sarà ovviamente difficile per un minore sotto i sedici anni comprendere e valutare tali informazioni. Sebbene un minore possa comprendere il concetto di perdita di fertilità, ad esempio, non è lo stesso capire come ciò influenzerà la sua vita adulta. È probabile che l'atteggiamento di un minore nei confronti dell'aver figli biologici e la comprensione di ciò che questo significhi realmente cambierà tra l'infanzia e l'età adulta.

In questa argomentazione della Corte si introduce una interessante distinzione in base all'età del minore: è cioè altamente improbabile che un minore di età pari o inferiore a tredici anni sia competente a dare il consenso alla somministrazione di farmaci di questo tipo, è dubbio che un minore di quattordici o quindici anni possa comprendere e valutare i rischi e le conseguenze a lungo termine della somministrazione di questi farmaci, mentre per quanto riguarda i giovani di età pari o superiore a sedici anni, si presume che essi abbiano la capacità di acconsentire alle cure mediche. Date le conseguenze a lungo termine del trattamento medico in questione, e il suo carattere innovativo e sperimentale, si riconosce che i medici dovrebbero considerare questi come casi in cui richiedere l'autorizzazione del Tribunale prima di iniziare il trattamento medico nei confronti del minore, persino se ultrasedicenne.

Il risultato del caso *Bell* è stato il riconoscimento della necessità che

qualsiasi decisione su trattamenti medici su minori di sedici anni sia preceduta da una verifica giudiziale del *best interest of the child* e che ciò debba altresì ritenersi opportuno per i minori di sedici e diciassette anni, se c'è qualche dubbio sul loro *best interest* a lungo termine. In realtà, per gli adolescenti di età più elevata, questo sembrerebbe contraddire le presunzioni di capacità contenute sia nel FLRA che nel MCA e il principio secondo cui le Corti non possono «adottare una giurisdizione intrusiva in relazione a una forma di trattamento medico».

Il caso ora esposto appare di particolare utilità – anche se apre ad una serie di perplessità irrisolte – laddove si presta a disciplinare l'ipotesi di vaccinazione anti COVID-19, assimilabile ad ogni altro trattamento medico sperimentale, quale quello oggetto della citata pronuncia della High Court, sia per la mancata sperimentazione a lungo termine dello stesso vaccino, solo di recente introdotto dopo un periodo non particolarmente lungo di studi scientifici, sia per l'ignoranza degli effetti a lungo termine dello stesso su soggetti minorenni e sulla loro crescita, sì da poter estendere la *ratio decidendi* di questo caso ad ogni futura controversia vertente sulla scelta del minore di effettuare la vaccinazione.

Ciò significa che anche con riferimento ai soggetti ultrasedicenni l'ordinamento inglese allo stato dell'arte tende ad adottare stringenti cautele volte ad accertare la maturità personale del minore, non desunta dal compimento dell'età minima di sedici anni e fa per così dire un passo indietro rispetto a *Gillick*¹⁸ nel processo di riconoscimento al minore di un potere di scelta autonoma e consapevole, libero da condizionamenti esterni, che si iscrive in quel processo graduale di ampliamento della sfera giuridica del minore che nell'ordinamento inglese è stato avviato con notevole anticipo rispetto all'ordinamento italiano di oltre un trentennio.

2.2. *Il caso In the matter of D (A Child) del 2019*

In una prospettiva ancora diversa si era mossa una precedente pronuncia della UK *Supreme Court* del 26 settembre 2019 particolarmente interessante laddove era stato operato dall'organo di vertice inglese un vero e proprio rafforzamento dell'autonomia decisionale del minore nel bilanciamento con la potestà genitoriale (nella specie si trattava della scelta genitoriale di ospedalizzare il minore per infermità mentale), pervenendo la Corte a configurare una sua eventuale compressione come privazione della

¹⁸ E. CAVE, *Goodbye Gillick? Identifying and Resolving Problems with the Concept of Child Competence*, in *Legal Studies*, 34, 2014, p. 105.

libertà personale, rientrante nell'ambito dei diritti fondamentali protetti dalla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo del 1950, in particolare dagli artt.5 e 8 della CEDU, con il riconoscimento espresso di tale diritto fondamentale, a prescindere dall'esito del test della *Gillick competence*, con riferimento a soggetti minorenni affetti da disabilità mentale.

Si trattava in particolare del caso *In the matter of D (A Child)*¹⁹ del 2019 nel quale si discuteva della legittimità del consenso dei genitori di un minore ultrasedicenne affetto da disturbi del comportamento fin dall'età di quattro anni, per una forma di autismo, a disporre l'ospedalizzazione del proprio figlio, con conseguente privazione della sua libertà personale. Nella motivazione offerta da Lady Hale, autrice dell'*opinion* di maggioranza, approvata da tre su cinque componenti il Collegio giudicante, nella quale si nega la validità del consenso dei genitori, richiedendosi piuttosto un accertamento giudiziale della volontà del minore, si parte dalla considerazione generale che il *common law* ha a lungo tutelato la libertà dei sudditi inglesi, attraverso lo strumento dell'*habeas corpus* e l'illecito del *false imprisonment*. Allo stesso modo, viene richiamato l'articolo 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo secondo cui «Ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza della persona. Nessuno può essere privato della libertà se non in casi specifici e secondo una procedura prevista dalla legge». Parallelamente si prende atto che sia il *common law* che l'*equity* da tempo riconoscono l'autorità dei genitori sui figli minori, racchiusa nel concetto di «responsabilità genitoriale» di cui al *Children Act* del 1989. Parimenti l'articolo 8 della Convenzione europea sui diritti umani afferma «Ognuno ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, della sua casa e della sua corrispondenza» e, come già riconosciuto nel caso *Christian Institute v Lord Advocate*²⁰ del 2016, la responsabilità dei genitori di allevare i propri figli secondo il proprio modello educativo, entro certi limiti, è una parte essenziale del rispetto per la vita familiare in una democrazia occidentale.

Oggetto della valutazione della Corte diventa allora non la legittimità del consenso in sé ma l'interazione o meglio il bilanciamento tra la libertà del minore e le responsabilità dei genitori, tra i diritti e i valori tutelati dall'articolo 5 CEDU e i diritti e i valori tutelati dall'articolo 8 CEDU, nonché tra il rapporto genitore-figlio secondo il *common law* e secondo i diritti fondamentali della Convenzione. La questione principale può essere semplicemente enunciata: rientra nell'ambito della responsabilità genitoriale acconsentire per un minore di sedici o diciassette anni a

¹⁹ *In the matter of D (A Child)* [2019] UKSC 42.

²⁰ *Christian Institute v Lord Advocate* [2016] UKSC 51; 2017 SC (UKSC) 29, §§ 71-74.

condizioni di vita che altrimenti equivarrebbero a una privazione della libertà ai sensi dell'articolo 5 CEDU? Ma questo problema principale non può essere affrontato in modo sensato senza considerare ulteriori questioni: che differenza fa, se c'è, che il minore non abbia la capacità mentale di prendere la decisione da solo? Inoltre, che differenza esiste tra giovani minori o maggiori di sedici anni? Si noti che la Commissione per l'uguaglianza e i diritti umani era stata autorizzata a intervenire nel giudizio sia di appello che di ultimo grado, in quanto, vertendosi in una ipotesi di privazione della libertà personale, occorreva giudicare alla luce non solo del *common law* e dello *statute law* inglese, ma anche della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e degli altri strumenti internazionali. Per la Commissione i genitori non potevano acconsentire alla reclusione di un minore di sedici o diciassette anni, rimuovendo così le tutele previste dall'articolo 5 CEDU, senza contare che rimuovere quelle tutele a un giovane privo della competenza *Gillick* a causa di una disabilità, e attribuirle a un minore senza disabilità, sarebbe stata una discriminazione ingiustificata. Da un canto, la responsabilità genitoriale è definita nel *Children Act* 1989 come l'insieme di «tutti i diritti, i doveri, i poteri, le responsabilità e l'autorità che un genitore di un minore ha in relazione al minore e ai suoi beni» (*section* 3.1), o derivanti dal *common law* o da quelle disposizioni statutarie che conferiscono diritti ai genitori, come il *Marriage Act* 1949, che dà loro il diritto di negare il consenso al matrimonio di un minore sedicenne o diciassettenne (*section* 3). «Il principio generale è che il diritto dei genitori o il potere di controllo sulla persona e sui beni di suo figlio esiste principalmente per consentire al genitore di adempiere al suo dovere di mantenimento, protezione ed educazione fino a quando il figlio raggiunge un'età tale da poter badare a se stesso e prendere le proprie decisioni». Tuttavia, come spiega Lady Black in questo caso, il caso *Gillick* non è direttamente rilevante per la questione in esame: lì si trattava di cure mediche e non di privazione della libertà, si trattava di stabilire, cioè, se un minore potesse acquisire la capacità e il diritto di prendere tali decisioni da solo prima di raggiungere la maggiore età, non se l'autorità dei genitori perdurasse oltre tale età se il minore non avesse la capacità di decidere per se stessa. La *section* 8.1 del *Family Law Reform Act* 1969 prevede che il consenso di un figlio minore ultrasedicenne a qualsiasi trattamento chirurgico, medico o odontoiatrico «sarà efficace quanto lo sarebbe se fosse maggiorenne» e che qualora un minore ha prestato un consenso effettivo non è necessario ottenere il consenso di un genitore o di un tutore. Tuttavia il comma 3 prevede che

«nulla in questa norma debba essere interpretato nel senso di rendere inefficace qualsiasi consenso che sarebbe stato effettivo se questa norma non fosse stata emanata»²¹. Lord Fraser di Tullybelton riteneva che ciò significasse che anche il consenso di un minore di età inferiore a quell'età potrebbe essere effettivo. Se il consenso di un genitore rimanga effettivo anche se un figlio, con capacità, ha rifiutato di prestare il consenso è una questione più controversa (che fortunatamente non si pone in questo caso). La *section 131.2* del *Mental Health Act 1983*²² prevede poi che i successivi commi 3 e 4 si applicano a un minore di sedici anni che ha la capacità di acconsentire alle disposizioni per il proprio ricovero informale in ospedale per il trattamento del disturbo mentale: il comma 3 prevede che se il minore acconsentisse, tali accordi possono essere presi anche se c'è qualcuno che ha la responsabilità genitoriale per lui, mentre per il comma 4 se il minore non acconsentisse le suddette disposizioni non potrebbero essere prese sulla base dell'esclusivo consenso dei genitori. Il comma 5 prevede poi che la capacità debba essere letta in conformità con il *Mental Capacity Act 2005*²³. Nota Lady Hale che l'età di sedici anni è

²¹ V. nota 15.

²² *Section 131 MHA 1983*:

“(2) Subsections (3) and (4) below apply in the case of a patient aged 16 or 17 years who has capacity to consent to the making of such arrangements as are mentioned in subsection (1) above.

(3) If the patient consents to the making of the arrangements, they may be made, carried out and determined on the basis of that consent even though there are one or more persons who have parental responsibility for him.

(4) If the patient does not consent to the making of the arrangements, they may not be made, carried out or determined on the basis of the consent of a person who has parental responsibility for him.

(5) In this section—

(a) the reference to a patient who has capacity is to be read in accordance with the *Mental Capacity Act 2005*; and

(b) “parental responsibility” has the same meaning as in the *Children Act 1989*».

²³ Secondo la *section 1.2* del *MCA* «a person must be assumed to have capacity unless it is established that he lacks capacity». Il *MCA 2005* prevede espressamente che «a lack of capacity cannot be established merely by reference to a person's age or appearance» and that «a person is not to be treated as unable to make a decision merely because he makes an unwise decision». La *section 3.1* prevede che «for the purposes of *section 2* a person is unable to make a decision for himself if he is unable:

(a) to understand the information relevant to the decision,

(b) to retain that information

(c) to use or weigh that information as part of the process of making the decision, or

(d) to communicate his decision (whether by talking, using sign language or any other means)».

significativa per vari altri scopi, come lasciare la scuola, entrare nelle forze armate o sposarsi (anche se di solito è richiesto il consenso dei genitori). Può darsi che, come regola generale, la responsabilità genitoriale si estenda all'assunzione di decisioni per conto di un figlio di qualsiasi età che non abbia la capacità di prenderle per sé. Ciò sarebbe sempre soggetto ai poteri di intervento giudiziale, sia per volere di un altro genitore o tutore in procedimenti di diritto privato ai sensi della *Part 2* del *Children Act* 1989, sia per volere di un'autorità locale nei procedimenti di diritto pubblico ai sensi della *Part 4* dello stesso *Children Act*, sulla base del fatto che il minore stia soffrendo o rischi di subire un danno significativo a causa delle decisioni dei genitori. La questione, tuttavia, è se vi siano limiti a tale regola generale, e in particolare se rientri nell'ambito della responsabilità genitoriale adottare disposizioni che abbiano l'effetto di privare un minore della sua libertà. In considerazione dell'incidenza dell'articolo 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e all'interazione tra responsabilità genitoriale e diritti del minore, è assolutamente superfluo giungere a un punto di vista conclusivo sulla questione «se un adulto nell'esercizio della potestà genitoriale possa imporre, o possa autorizzare altri a imporre, restrizioni alla libertà del minore». Tuttavia, le restrizioni così imposte non devono nella loro totalità equivalere a privazione della libertà che implicherebbe la violazione dell'articolo 5 della ECHR, sicché un genitore non può legittimamente privare della libertà un minore o autorizzarne la privazione della libertà.

2.3. *Il caso An NHS Trust vs X del 2021.*

Più di recente il caso *An NHS Trust vs X*²⁴ del 2021 ha riguardato un testimone di Geova adolescente bisognoso di trasfusioni di sangue. In quella occasione il giudice James Munby, della Family Division, ha ritenuto che il rifiuto di un minore ultrasedicenne al trattamento medico possa essere annullato dal Tribunale alla luce del *best interest of the child*. In tal senso il caso la decisione si pone in continuità con il citato caso *Bell & Anor v The Tavistock And Portman NHS Foundation Trust* del 2020. Il ricorrente ente ospedaliero aveva chiesto alla Corte l'autorizzazione a somministrare una

La *section* 3.1 non chiarisce cosa si intenda per «information relevant to the decision», sebbene la *subsection* 4 indichi che essa «includes information about the reasonably foreseeable consequences of (a) deciding one way or another, or (b) failing to make the decision».

²⁴ *An NHS Trust vs X* [2021] EWHC 65 (Fam).

trasfusione di sangue «integrativa» a un minore di sedici anni affetto da una grave sindrome da anemia falciforme. Sebbene ben consapevole che la Corte stesse ignorando il credo religioso fortemente radicato del minore come Testimone di Geova, il giudice autorizzava la somministrazione della trasfusione di sangue, come prescritto dai medici curanti, sulla base del fatto che spettava alla Corte decidere su ciò che avrebbe rappresentato il *best interest of the child* fino all'età di 18 anni. Poiché il ricorrente chiedeva anche un «ordine progressivo» per consentire la somministrazione di una trasfusione di sangue, nelle modalità e nei tempi in cui sarebbe stato necessario nei due anni successivi, la Corte riteneva rilevante accertare: (i) se, a seguito dell'entrata in vigore dello *Human Rights Act* del 1998 e di altri sviluppi della stessa legge, il consenso o il rifiuto di cure mediche da parte di un minore competente per *Gillick* dovesse essere determinante; (ii) se rientrasse nel *best interest of the child* sottoporsi a ulteriori trasfusioni di sangue in caso di ulteriore grave peggioramento delle sue condizioni mediche e, se clinicamente indicato, fino al compimento dei diciotto anni di età. La difesa del minore sosteneva che le azioni del ricorrente e la richiesta di un «ordine permanente» di due anni avrebbero dato luogo a gravi e profonde violazioni dei suoi diritti, garantiti dal *common law*, dal *Mental Capacity Act* 2005, e degli articoli 3, 5, 8, 9 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, e chiedeva la dichiarazione giudiziale che, in quanto persona dotata di capacità decisionale, avente ad oggetto il riconoscimento di un diritto esclusivo del minore di decidere sulle proprie cure mediche compreso il rifiuto del consenso alle trasfusioni di sangue.

Interessante notare le *opinions* dei giudici, in particolare quella di Sir James Munby: «La Corte in un caso in cui la conseguenza della scelta del minore è probabile rappresenti un grave rischio per la salute, può annullare la decisione del minore, e a seconda dei casi può porre il veto a una procedura cui il minore ha acconsentito o ordinare che il minore debba sottoporsi a un trattamento cui il minore si oppone». Cita a sostegno il precedente della *Court of Appeal* in *In re R (A Minor) (Wardship: Consent to Treatment)*²⁵ e in *In re W (A Minor)*²⁶.

²⁵ *In re R (A Minor) (Wardship: Consent to Treatment)* [1991] EWCA Civ J0724-4.

²⁶ *In re W (A Minor)* All Eng L Law Rep 1992 Jun 10; [1992] 4:614-26.

A ben vedere in questa ipotesi appare necessaria una distinzione tra i diversi modi in cui un minore possa negare il proprio consenso alle cure mediche: 1. Un «rifiuto del trattamento proposto». Qui al minore viene offerta la possibilità di acconsentire ad un particolare trattamento. Il minore considera il trattamento proposto e indica che non vi acconsente; o, in altre parole, rifiuta di fornire il consenso a quel particolare trattamento; 2. Un «rifiuto

Lord James Munby richiamava, in particolare, la *section 8* del FLRA, che prevede il consenso delle persone di età superiore ai sedici anni con riferimento a interventi chirurgici, cure mediche e odontoiatriche, ritenendo che essa non garantisca a un sedicenne un diritto assoluto di determinare se ricevere cure mediche. Piuttosto, la *section 8* del FLRA riconosce al paziente la possibilità di dare il consenso a tale trattamento come un adulto, al limitato scopo di proteggere il proprio medico da azioni giudiziarie o da qualsiasi pretesa violazione della *privacy*. È importante sottolineare che, mentre il FLRA ha offerto al paziente la possibilità di acconsentire al trattamento come un adulto, restava il fatto che il paziente era ancora minorenne e il suo rifiuto di dare il consenso potrebbe ancora essere annullato dalla Corte.

In breve, il *Mental Capacity Act* non impedisce alla Corte di annullare la decisione di un minore.

Tuttavia, la sua decisione deve comunque essere presa in considerazione quando il giudice decide per suo conto. Sir James Munby precisa con attenzione che sia la *section 1.3 (a)* del *Children Act* del 1989 che la sezione 4.6 (a) del *Mental Capacity Act* del 2005 richiedono che il tribunale *riguardi* (in un caso) o *consideri* (nell'altro) i desideri e i sentimenti del minore.

Come per un adulto, qualsiasi analisi del *best interest of the child* da parte della Corte per un minore dotato di competenza *Gillick* o oltre i sedici anni deve tener conto dei suoi desideri, sentimenti e volontà effettive. Senza dubbio, se un minore è competente per *Gillick*, i suoi desideri, sentimenti e decisioni avranno un peso significativamente maggiore rispetto a quelli di un minore che non sia competente per *Gillick*, ma ciò non significa che la decisione del minore competente per *Gillick* sia determinante in ogni circostanza. In conclusione, in relazione al trattamento medico, né la decisione di un minore competente per *Gillick* né la decisione di un giovane di età superiore ai sedici anni è determinante «in assoluto». Tale rifiuto può essere annullato dalle Corti, che dovrebbero ovviamente tenere conto del rifiuto del minore nel prendere tale decisione.

Rimane allora una distinzione tra i minori di età inferiore ai sedici anni e quelli di età compresa tra i diciassette e i diciotto anni. Fino all'età

del trattamento in sé». Qui il minore ha deciso di non sottoporsi ad alcun trattamento qualsivoglia. Non è semplicemente il desiderio del paziente di rifiutare un particolare trattamento, ma una decisione di rifiutare ogni trattamento, una decisione consapevole di incorrere nelle conseguenze di una totale assenza di cure. In questo senso S. GILMORE - J. HERRING, *'No' is the hardest word: Consent and children's autonomy*, cit., 2011, p. 5; B. WINICK, *Competency to consent to treatment: The distinction between assent and objection*, in *Houston Law Review*, 28, 1991, p. 15.

di sedici anni occorrerà accertare se il minore sia competente per *Gillick*; una volta che il minore abbia raggiunto l'età di sedici anni, il test della *Gillick competence* cade e si presume che il minore abbia capacità giuridica in conformità con la *section 8* del *Family Law Reform Act* del 1969, a meno che si dimostri la mancanza di capacità mentale come definita nelle *sections 2.1* e *3.1* del *Mental Capacity Act* del 2005. Benché il minore sia competente o abbia la «capacità», la Corte potrebbe quindi ignorare il suo rifiuto, in forza del c.d. *best interest of the child*.

3. Cenni all'ordinamento italiano: la Legge 219 del 2017 e l'apporto della giurisprudenza

Facendo un salto nell'ordinamento italiano, con un preliminare riferimento al più ampio tema del consenso informato, non può non accennarsi al cambio di passo segnato dalla legge 219/2017²⁷. Come è ben noto, si è cioè passati - con un processo iniziato a partire dagli anni '70 del XX secolo, che ha visto il ruolo trainante dei formanti dottrinali e giurisprudenziali sul formante legislativo - da una impostazione paternalistica in cui la relazione medico-paziente si reggeva su di una sorta di «superiorità» del medico rispetto al paziente, ad un nuovo modello relazionale il cui perno è costituito dall'autonomia della volontà del paziente²⁸, con il riconoscimento a quest'ultimo della piena capacità di

²⁷ Sul tema in prospettiva comparatistica v. M. GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in *I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti - E. Palermo Fabris - P. Zatti, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, Milano, 2011, p. 191, secondo il quale fin da principio la relazione medico-paziente «[...] non mette in gioco unicamente la salute, ma riguarda direttamente la libertà e la dignità della persona»; ID., *Dal consenso alla consensualità nella relazione di cura*, in *Resp. med.*, 1, 2019, p. 37 ss.; M. AZZALINI, *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, un *Resp. civ. e prev.*, 1, 2018, p. 22 ss.

²⁸ L'autodeterminazione terapeutica del paziente è un principio ormai consolidato all'interno del nostro ordinamento e tutelato agli artt. 2, 13 e 32 Cost. Come ben osserva S. RODOTÀ, *Il nuovo Habeas Corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà - M. Tallacchini, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, Milano, 2010, p. 176 ss., la facoltà di autodeterminarsi in ordine alle cure è espressione del diritto alla salute, di cui all'art. 32 Cost. Quest'ultimo, lungi dall'essere soltanto un diritto sociale volto al perseguimento di un interesse collettivo, attribuisce *ex se* al suo titolare una sfera di «autonomia presidiata», in grado cioè di conferire allo stesso una piena ed illimitata facoltà di scelta in ordine ai trattamenti sanitari, nonché il pieno governo di sé e la piena disponibilità sul proprio corpo. Il diritto alla salute, così

decidere per se stesso, specie con riguardo alla propria salute. Si è ben detto in dottrina che riconoscere rilievo all'autonomia dell'individuo non deve significare disimpegno, ma, diversamente, manifestazione di un'etica della responsabilità, in una società improntata al pluralismo. Tale cambio di passo ha segnato un forte cambiamento nella stessa natura del rapporto di cura perché si è riconosciuta alla persona la facoltà di disporre del proprio corpo, della propria salute e della propria vita per mezzo del consenso informato, della pianificazione delle cure, e in ultimo, delle disposizioni anticipate di trattamento, con inevitabili ricadute sul piano dell'accertamento delle condizioni necessarie per l'esercizio delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute al paziente. Si allude alla istituzione legislativa di una precisa serie di obblighi in capo ai soggetti svolgenti la prestazione sanitaria la cui verifica di adempimento prelude e fa da presupposto per la corretta applicazione dell'istituto del consenso informato, con ricadute importanti sotto il profilo della responsabilità nel senso dell'esistenza di una separata forma di responsabilità del medico per violazione del dovere di informazione che prescinde dall'esito del

come previsto dalla nostra Costituzione, è una sorta di nuova dichiarazione di *habeas corpus* ancora più forte del diritto alla libertà personale, poiché posta a presidio della persona umana e della sua dignità, anche contro le ingerenze del legislatore. La riserva di legge prevista al comma 2, dell'art. 32 Cost., infatti, introduce un «autolimita» legislativo alla possibilità di imporre trattamenti sanitari obbligatori, ove essi siano lesivi della persona umana considerata nella sua irripetibile unicità e soggettività. Anche a livello del formante giurisprudenziale italiano, si noti la sentenza della Corte cost. n. 238/1996 (in tema di imposizione coattiva del prelievo ematico nei confronti dell'indagato) la quale definiva il diritto del soggetto di opporsi ad un trattamento che non sia obbligatorio per legge espressione di un «diritto inviolabile, quello della libertà personale, rientrante tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'individuo, non diversamente dal contiguo e strettamente connesso diritto alla vita ed all'integrità fisica, con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona». Così anche la sentenza della Corte costituzionale n. 438 del 2008. Analogamente la Corte di Cassazione con la nota sentenza Englaro n. 21748/2007 ha fatto proprie le affermazioni della Cass. pen. 11 luglio 2001 - 3 ottobre 2001, affermando che «il consenso afferisce alla libertà morale del soggetto ed alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporea, le quali sono tutte profili della libertà personale proclamata inviolabile dall'art. 13 Cost». Nella stessa direzione la Corte di Cassazione, nella sentenza n. 2208 del 26 giugno 2009, precisava che il monito rivolto allo Stato dagli artt. 2 e 3 Cost. – i quali implicano, da un lato, «il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, come singolo e nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, dall'altro l'impegno pubblico a rimuovere gli ostacoli che – limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini – impediscono il pieno sviluppo della persona umana», se appare diretto a tutti gli individui, «si attaglia particolarmente al fanciullo, per il quale lo sviluppo della personalità costituisce un dato fisiologico».

trattamento terapeutico o chirurgico sotto il profilo del diritto alla salute, rientrando nella classica fattispecie di danno risarcibile²⁹. Ed è proprio con riferimento alla comprensione di queste informazioni necessarie a comprendere la portata del trattamento medico che va impostato – così come impostata la questione di fondo dalla High Court nel citato caso inglese del 2020 – ogni dibattito sul consenso del minore al vaccino anti COVID-19 in Italia soprattutto alla luce di alcuni recenti interventi giurisprudenziali resisi necessari a fronte del frequente contrasto tra la volontà del minore di sottoporsi al vaccino e la volontà di genitori cc.dd. «no-vax» contrari alla scelta del proprio figlio.

La legge 219/2017 riconosce oggi la validità del consenso del minore al trattamento medico laddove all'art.3 prevede che la persona minore di età o incapace ha diritto alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione, nel rispetto dei diritti di cui all'articolo 1, comma 1. Deve cioè il minore ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messo nelle condizioni di esprimere la sua volontà. Tuttavia, ai sensi dell'art 2 della stessa legge 219, il consenso informato al trattamento sanitario del minore è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità. Cioè non si riconosce espressamente al minore a livello legislativo la capacità di compiere scelte autonome e libere da condizionamenti esterni³⁰.

²⁹ Per tutte, Cass. 29 marzo 2019, n. 8756.

³⁰ Secondo l'art. 3 «Il consenso informato al trattamento sanitario del minore è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità». Dunque sicuramente la regola generale è che il consenso dei genitori (o del tutore) sia necessario. Ci si deve chiedere se il coinvolgimento del soggetto minore che abbia un sufficiente grado di maturità resti un dovere interno al rapporto tra genitori e minore oppure assuma un rilievo esterno. Nel secondo senso propende il fatto che lo stesso articolo preveda il diritto della persona minore di età «alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione», e a «ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà». D'altra parte il Codice di deontologia medica del 2014 prevede che il medico debba garantire «al minore elementi di informazione utili perché comprenda la sua condizione di salute e gli interventi diagnostico-terapeutici programmati, al fine di coinvolgerlo nel processo decisionale», e tenere «in adeguata considerazione le opinioni espresse dal minore in tutti i processi decisionali che lo riguardano». Così R. CATERINA, *Diritto e corpo umano: scritti - i minori e il corpo*, in *Giur. It.*, 6, 2021, p. 1494. In tal

Tra l'altro il legislatore italiano, al comma 5 dell'art. 1, attribuisce ad «ogni persona capace di agire», il «diritto di rifiutare», in tutto o in parte, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico senza chiarire se sia necessaria la capacità di agire o se sia sufficiente la capacità naturale di intendere e di volere riscontrabile in capo al minore.

L'art 3 comma 5 della legge 219 prosegue, quindi, prevedendo che, in caso di contrasto tra genitori esercenti la responsabilità genitoriale (o tutore) e il medico, la decisione vada rimessa al Giudice Tutelare: il Giudice Tutelare è chiamato infatti a dirimere l'eventuale controversia insorta tra professionisti sanitari e genitori (o tutore) laddove questi rifiutino le cure proposte ed i primi le ritengano invece appropriate e necessarie, con una decisione che, ove definitiva, dovrà essere rispettata sia dai genitori, sia dal medico che dal soggetto minore d'età. Tuttavia, il testo di legge sembra tacere nel caso in cui insorga contrasto tra la volontà del minore e quella dei genitori sul prestare o rifiutare il consenso³¹.

senso il testo di legge 219/2017 sembra optare verso una nozione funzionale di capacità alla scelta terapeutica cioè di *competence*. La c.d. *competence to consent to health care* del malato rappresenta infatti la capacità richiesta al paziente per acconsentire o rifiutare ad un trattamento. Essa, tuttavia, può essere definita sia adottando una nozione «specificata» così come nel mondo anglosassone, la quale circoscrive la stessa alla capacità di prendere decisioni rispetto a una determinato trattamento medico, assumendo altresì che un soggetto possa essere più o meno capace in relazione all'età e alle condizioni fisiche o di fatto in cui è chiamato a compiere quella scelta; sia preferendo una nozione «generale» e basata su un «valore soglia», così come negli ordinamenti continentali, ove per lungo tempo si è fatto riferimento ad una sorta di abilità decisionale del paziente presunta al ricorrere di determinate condizioni, normalmente riferite al raggiungimento della maggiore età, senza richiedere l'accertamento caso per caso da parte del medico che ha in carico il paziente. Quest'ultima definizione, tuttavia, sovrapponeva di fatto il concetto medico di *competence* a quello giuridico di «capacità legale». Così E. SALVATERRA, *Capacità e competence*, in *I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti - E. Palermo Fabris - P. Zatti, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, Milano, 2011, p. 352 ss. Sul tema P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1976, p. 135 ss. aveva ritenuto opportuno ridefinire il concetto di capacità legale in modo unitario e flessibile, variabile cioè in base alle particolarità degli atti, dei rapporti e degli interessi sottostanti, senza applicare le tradizionali categorie civilistiche, comuni agli ordinamenti di derivazione romano-germanica e sorte nell'ambito dei rapporti patrimoniali. La nozione di *competence*, infatti, è propria degli ordinamenti di *common law*, i quali non distinguono tra capacità giuridica e capacità d'agire, ed è per lo più vicina alla nozione di capacità di fatto o capacità naturale di intendere e di volere, la quale potrebbe sussistere nel paziente legalmente incapace o viceversa essere assente in quello capace. In questo senso A. VENCIARUTTI, voce *Incapaci in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 384 ss.

³¹ Prendiamo, ad esempio, in esame la situazione in cui la persona minore è capace di discernimento, iniziando dal caso in cui il minore sia in contrasto con i genitori e invece favorevole alle cure proposte dal medico. Sembra che in situazioni di urgenza il medico

Ciò premesso, il contrasto è in un numero non esiguo di casi in effetti avvenuto con riferimento alla vaccinazione anti COVID-19 ed ancora una volta nell'ordinamento italiano è toccato ai giudici il delicato compito di procedere alla valutazione della legittimità del consenso minorile in ordine a scelte delicatissime, aventi una evidente ricaduta in termini di tutela della sua salute e della sua integrità psico-fisica, nei casi di contrasto con la volontà genitoriale.

Va premesso che numerose pronunce di legittimità nel nostro ordinamento già da diversi anni hanno dato peso alla volontà dei cosiddetti «grandi minori», cioè i giovani prossimi alla maggiore età. Anche la legislazione tutela e riconosce diritti ai minori³², anche prima di quell'età: esiste un generale diritto di ascolto del minore, ad esempio, dopo il

possa in una simile situazione assicurare le cure necessarie. In assenza di situazioni di urgenza, la decisione sarà rimessa al giudice tutelare, e ove le cure siano ritenute necessarie esse potranno ovviamente avere corso, a prescindere dalla volontà dei genitori. Non si può certamente ammettere, infatti, che i genitori possano disporre della vita della persona minore, contro la sua volontà. Più spesso la persona minore è d'accordo con i genitori nel rifiutare il trattamento. Una parte degli interpreti esclude, in termini generali, che la scelta di rifiutare trattamenti necessari alla sopravvivenza «possa essere lasciata ad un minore che, benché maturo, non è in grado di prendere una decisione di questo tipo e di tale gravità». Così M. BIANCA, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Prime note di commento*, in *Famiglia*, 2018, pp. 111-112. Se si accogliesse questa prospettiva, la situazione non cambierebbe affatto con l'acquisto dalla capacità di discernimento da parte della persona minore. Tuttavia è abbastanza diffusa l'opinione che, anche rispetto a scelte che conducano o possano condurre alla morte, la volontà dell'adolescente non possa restare irrilevante. Ciò quanto meno nel senso che anche rispetto a trattamenti necessari per il mantenimento in vita l'intervento impositivo del giudice «non può spingersi fino a ordinarne l'effettuazione, coartando la volontà dell'adolescente». L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in *I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti - E. Palermo Fabris - P. Zatti, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, Milano, 2011, p. 456. Anche in questa ipotesi una volontà contraria del minore, se ritenuto capace di discernimento, non sarebbe, in ultima analisi, superabile. Vista l'importanza e la complessità delle questioni in gioco, inclusa la stessa valutazione della capacità di discernimento del minore, sembra comunque che di fronte al rifiuto di cure che siano ritenute dal medico opportune, la decisione debba essere rimessa al giudice.

³² Tra le fonti nazionali della tutela del minore: la legge sulla sperimentazione clinica dei farmaci (artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 211/2003), la legge sull'interruzione volontaria della gravidanza (art. 13 l. n. 194/1978) e in materia di stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza l'art. 120, comma 2, del d.P.R. n. 309/1990, nonché gli artt. 32, 33, 35 e 37 del codice di deontologia medica del 2014, che prevedono il dovere del medico di tutelare tutti i soggetti fragili – minori e incapaci – e di coinvolgerli nei processi decisionali riguardanti la loro salute, acquisendo il consenso informato ai trattamenti dal genitore o dal rappresentante legale.

compimento di dodici anni di età in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano, come previsto dagli articoli 315-*bis* e 336-*bis* codice civile. Al compimento dei quattordici anni è ammesso il riconoscimento di figlio naturale (dietro autorizzazione del giudice, *ex art.* 250 codice civile). Il minore di sedici anni presta il proprio consenso nelle decisioni in ambito familiare, può contrarre matrimonio (dietro autorizzazione del Tribunale), e può chiedere il divorzio con la nomina di un curatore speciale *ad hoc*.

Si allude in particolare al recente caso deciso dal Giudice Tutelare di Arezzo del 20 settembre 2021 in cui in un giovane sedicenne intenzionato a sottoporsi alla vaccinazione anti COVID-19 e ostacolato dalla madre «no-vax» si è visto costretto a ricorrere al Tribunale competente per essere autorizzato a decidere autonomamente contro la volontà genitoriale. Nel provvedimento autorizzativo emesso in fase cautelare, il Giudice Tutelare di Arezzo ha fondato la propria decisione sulla considerazione del carattere emergenziale della vaccinazione anti COVID-19 e della chiara volontà del giovane di sottoporsi per poter svolgere una vita normale riprendendo le consuete attività che sarebbero state impedito dalla mancanza della vaccinazione.

Già in un precedente provvedimento del 22 luglio 2021 il Tribunale di Vercelli si era pronunciato favorevolmente a seguito di un ricorso presentato da una ragazza di 17 anni la quale intendeva sottoporsi al vaccino anti COVID-19 a fronte di un contrasto tra le volontà dei genitori: il padre infatti, medico, aveva fornito il consenso mentre la madre tardava a fornirlo. Dinanzi al Tribunale la ragazza ribadiva la sua volontà consapevole nel volersi sottoporre al vaccino. «In questo contesto la prevista ingerenza giurisdizionale è da intendersi quale estremo rimedio nell'interesse della prole minore [...]. Si tratta infatti di tutelare diritti di rango costituzionale, tra i quali quello alla salute e quello alla libertà di movimento nel territorio nazionale e al di fuori dello stesso, che sarebbero compromessi, o in serio pericolo, nel caso di omessa effettuazione del vaccino anti COVID-19»³³.

³³ Nello stesso senso v. Trib. Monza 22 luglio 2021, secondo cui il rifiuto opposto dal padre appare in contrasto con l'art. 3 comma 2 della Legge 219 del 2017 sia avuto riguardo alla mancata considerazione della volontà manifestata dal figlio, sia con riferimento alla salvaguardia della salute psicofisica del minore, comportando la mancanza di copertura vaccinale non soltanto un concreto rischio di contrarre la malattia, ma anche pregiudizievoli limitazioni alla sua vita di relazione nei più svariati ambiti: scolastico, sportivo, ricreativo e più in generale sociale. Per evitare tali conseguenze pregiudizievoli, il conflitto genitoriale va risolto autorizzando la somministrazione del vaccino a e attribuendo alla madre la facoltà di condurre il minore in un centro vaccinale e sottoscrivere il relativo consenso informato anche in assenza del consenso dell'altro genitore. Interessante notare che il Tribunale, in quella sede, ha messo in rilievo l'orientamento sviluppatosi nella giurisprudenza di merito

4. Conclusioni

All'esito della presente analisi comparatistica sono emersi due aspetti di particolare convergenza tra i sistemi giuridici presi in esame.

In primo luogo emerge con chiarezza nei due ordinamenti considerati il pari apporto del formante³⁴ giurisprudenziale nella costruzione giuridica dell'istituto del consenso informato e della sua estensione al soggetto minore, con un ruolo trainante dello stesso rispetto all'iniziativa legislativa, sia pur nella persistenza di profonde differenze strutturali tra i sistemi giuridici considerati, a fronte di una ben diversa duttilità e di un determinante caratteristico valore prolettico della funzione giudiziaria nell'ordinamento inglese rispetto a quello italiano, che in una materia come quella della vaccinazione anti COVID-19 rende sempre più necessario l'intervento chiarificatore del legislatore. E ciò per evitare che la tutela del minore resti episodica e frammentaria piuttosto che assurgere a modello di condotta di chiara individuazione.

In secondo luogo non può non rilevarsi l'avvenuto ingresso del minore nella scena dei soggetti di diritto in entrambi i due ordinamenti, seppur attraverso differenti criteri di valutazione della personalità del minore: da un canto la capacità di discernimento del minore nell'ordinamento italiano, dall'altro la *Gillick competence* nell'ordinamento inglese, criteri che, al di là della terminologia, hanno in comune la prevalenza della capacità naturale della persona sulla capacità in senso formale, col pari riconoscimento, oggi tra l'altro avvertito in misura crescente rispetto al passato, in entrambi gli ordinamenti considerati, della necessità dell'intervento giudiziale inteso ad accertare il concreto perseguimento del *best interest of the child* laddove dal consenso possa derivare un concreto rischio per la salute del minore, come appunto – ma non soltanto – nelle situazioni emergenziali quale quella pandemica attuale.

in punto di vaccinazioni –obbligatorie e non – nel senso di ritenere che, laddove vi sia un concreto pericolo per la salute del minore, in relazione alla gravità e diffusione del virus e vi siano dati scientifici univoci che quel determinato trattamento sanitario risulta efficace, il giudice possa «sospendere» momentaneamente la capacità del genitore contrario al vaccino (Trib. Milano 17 ottobre 2018; App. Napoli 30 agosto 2017; Trib. Roma 16 febbraio 2017).

³⁴ Sui formanti v. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, 5^a ed., Torino, 1992, p. 43 ss.

ABSTRACT

The essays focuses the issue of minor's informed consent in connection with COVID-19 vaccination in English and Italian legal systems.

The starting point in the English legal system is the Gillick competence criterion, in accordance with a well-known House of Lords precedent of 1985 on minor's informed consent, in order to verify the ability of the minor regarding the choice to undergo COVID-19 vaccination.

This point of view emerged from English case law, in particular from the UK Supreme Court ruling of 26 September 2019 which strengthened the decision-making autonomy of the minor in balancing with parental authority configuring his possible compression as a deprivation of personal freedom, falling within the scope of the fundamental rights guaranteed by the European Convention on Human Rights of 1950, in particular by articles 5 and 8 of the ECHR; as well as, more recently, with specific reference to a minor's choice to undergo experimental medical treatment, to the High Court of Justice - Queen's Bench Division ruling of 1 December 2020 regulating the controversial matter by a decision in which criteria for judges to verify the child's ability to give consent have been put.

At the same time on the level of Italian law, given the lack of a general criterion such as Gillick competence, some judicial interventions, albeit in a fragmentary way, have already opened to the recognition of a sort of pre-capacity to act to over 16 minors in some areas, even in the absence of a clear and unambiguous discipline, the adoption of which today would become more necessary than ever - given the emergency situation - with reference to anti-Covid-19 vaccination.

In this context the comparative perspective appears useful as it allows to identify, in both the considered legal systems, the different bases of informed consent and, at the same time, to study its effects and practical consequences in the protection of a subject, the minor, who has undeniably become an active subject like the associates adults. This analysis will not necessarily lead to the discovery of ontological and cultural divergences between the two systems but it will highlight positive discoveries also in terms of that process of rapprochement and convergence between two worlds once considered distant but increasingly united and contiguous in the modern and comparative definition of western legal tradition.

Adriana Ciancio*

*Shaping the Social Dimension of the EU:
Lessons from the Pandemic Crisis***

SOMMARIO: 1. Introduction: the economic and social crisis as a crisis of European citizenship – 2. European integration: «a history of Renaissances» – 3. The social vocation of the EU after Lisbon – 4. The decline of the so-called ‘European social model’ – 5. The pandemic and the prospects for relaunching European ‘social citizenship’ – 6. Boosting the European social model in times of pandemic – 7. The European social dimension at the turning point of the pandemic crisis.

1. Introduction: the economic and social crisis as a crisis of European citizenship

The outbreak of the Covid-19 pandemic on the European continent soon gave rise, in relation to the serious economic and social consequences that it brought about, to the concern that the health emergency could end up fuelling the multiple inequalities that already afflict the EU, both across and within the various Member States that make up the Union. That would accentuate what has often been described as an overall process of compression of social rights, which has taken shape in recent times on both the national and supranational fronts.

Indeed, the fear is that the foreseeable long duration of the state of emergency could further restrict care, in the broad sense of the protection that national and supranational systems are called upon to provide for those in difficulty and need if not outright penury.

With more specific reference to the supranational level, such a development would preclude the possibility of imbuing European citizenship with its necessary social content, in the sense of a unitary status capable of guaranteeing all citizens the same level of services and benefits throughout

* Full Professor of Constitutional Law at the Department of Law – University of Catania.

** This work was developed within the framework of the departmental research “La tenuta dello Stato costituzionale ai tempi dell’emergenza da Covid-19. Profili giuridico-finanziari”, funded by the University of Catania thanks to Line 2 of the 2020-2022 Research Plan.

the Union. On the other hand, it is well known that the widespread distrust nurtured by European peoples towards the integration process – which, in turn, is fuelling a growing consensus towards political forces that may be very different in terms of ideology but are substantially similar in terms of their common ‘Eurosceptic’ and ‘anti-European’ inspiration – finds a common thread in the lukewarmness if not outright ‘coldness’ that the EU is accused of in relation to the objective of guaranteeing effective social protection for its citizens through a concrete policy of cohesion between the Member States.

By contrast, the pursuit of such a policy would lead to the creation of a new Union capable of guaranteeing all European citizens a different and fairer model of living together, through the main avenue of effective protection of the labour market and social rights, given that it is now well established that the success of the EU depends to a large extent on the proper functioning in all Member States of the former in connection with the safeguarding of the latter¹.

These conclusions moreover were reached by the European Commission itself some time ago, dating back to when the former President Juncker – on the assumption that the EU was still neither sufficiently *Europeanised* nor sufficiently *united* – in his first ‘State of the Union Address’ called for the need to «recreate a process of convergence, both between Member States and within societies, with productivity, job creation and social fairness at its core». To this end, the Commission launched the idea of creating a ‘European Pillar of Social Rights’ to guide and support Member States’ policies in a number of fields that are essential for the proper functioning of welfare systems and for the creation of a fairer labour market, taking into account, amongst other things, the social protection expectations of future generations, and thus providing the indispensable complement to the European social *acquis*. This pillar was then officially adopted at the first EU Social Summit held in Gothenburg in 2017.

In that respect, it is sufficient here to recall that this initiative to strengthen the European social dimension was the Commission’s response to the financial and economic crisis that erupted in the first decade of the 21st century in America with the subprime lending debacle and then spread to Europe, resulting in the sovereign debt crisis that culminated in the Greek crisis in the summer of 2015².

¹ See, among others, R. GOSALDO BONO, *Les politiques et les actions communautaires*, in *Rev. Trim. Dr. Eur.*, 1997, p. 784, who already stressed the need of building a «droit social européen» in order to boost the European integration process.

² G. KARYIOTIS - R. GERODIMOS (eds.), *The Politics of Extreme Austerity: Greece in the*

A significant leap forward in the integration process was therefore pre-saged, which was, moreover, triggered by a serious crisis situation.

2. *European integration: «a history of Renaissances»*

In reality, if one looks, even only in broad terms, at the whole of European history, this is not surprising given that the most significant progress in the integration process always seems to have sprung from moments of profound crisis (political, economic and social) since its very inception, as the current President of the European Commission recently underlined when she stated that «The history of Europe is a history of Renaissances»³.

It is well known, in fact, that the very signing of the Treaty of Rome (and even the earlier 1951 Treaty of Paris establishing the ECSC) came about in the context of the dramatic conditions in which Europe found itself after the two world wars that had devastated the Old Continent in the first half of the «short century»⁴. From the ashes of the war arose the first nucleus of a community, initially only economic and later also political, between countries long opposed to each other and marked by bloody divisions, a community now considered indispensable for maintaining a climate of peace between nations in Europe.

Likewise, well-known are the circumstances of the serious depression that reverberated throughout the European Community as a result, essentially, of the fall of the Berlin Wall and the consequent reunification of the two Germanys, from which the reform process that led to the stipulation of the Maastricht Treaty in 1992 began. This was a historic stage in the integration process, first and foremost in political terms (at the very least) because of the introduction of European citizenship. For today's more specific purposes, in addition to setting the parameters for the introduction of the common currency, it is worth remembering that economic

Eurozone Crisis, Palgrave Macmillan, London, 2015.

³ See the *Speech by President von der Leyen at the State of the Union Conference of the European University Institute*, (Speech 21/2284), 6 May 2021, available at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_21_2284, when she said (in Italian) «La storia d'Europa è una storia di Rinascimenti», further stressing that «Europe is a story of new beginnings. After every crisis came a European Renaissance».

⁴ See E. HOBBSAWM, *The Age of Extremes: The Short Twentieth Century. 1914-1991*, Michael Joseph, London, 1994.

and social cohesion – which had made its first, timid entry into primary European law only as an ‘objective’ with the Single European Act of 1986 – was then effectively institutionalised as a real Community policy with that very Treaty.

However, the holding of European citizenship as a status additional to national citizenship – which for the citizens of the Member States entails the enjoyment not only of the traditional economic freedoms but also of (limited) political rights uniformly throughout the territory of the Union – did not yet lead to the granting of real social rights, the recognition of which occurred solely in 2000 when the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU) was proclaimed in Nice⁵.

On the other hand, at the end of this necessarily concise overview, it should not be forgotten that the Lisbon Treaty in force, in a certain sense, responded to the profound political crisis that seemed to befall the integration process after the failure of the ‘Treaty establishing a Constitution for Europe’, in which, apart from other significant innovations in the institutional set-up, the European economy was for the first time delineated as a ‘social market economy’⁶.

3. *The social vocation of the EU after Lisbon*

By that definition is meant an economic system based on the so-called ordoliberal philosophical and political-economic conceptions, mainly of German origin (often called the “Freiburg School”)⁷. Rather than sharing the aspiration of total absence of public interference in the functioning of the market (associated with the economic theories more closely anchored to liberal capitalism), that system calls for regulatory interventions with a view to reducing the imbalances generated in the market through the adoption of fundamentally anti-discriminatory policies in order to

⁵ See B. DE WITTE, *The Trajectory of Fundamental Social Rights in the EU*, in G. DE BURCA - B. DE WITTE (eds.), *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 153 ff.

⁶ On this topic, among others, P. BILANCIA, *The social market economy model between the Italian Constitution and the European Treaties*, in J.M. GIL ROBLES - F. DE QUADROS - D. VELO (eds.), *The European Union and Social Market Economy*, Cacucci, Bari, 2014, pp. 123 ff.

⁷ See D.J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the ‘New’ Europe*, in 42 *American Journal of Comparative Law*, 1994, pp. 25 ff.

effectively guarantee free competition⁸. Indeed, it does not entail veritable public management of the economy, which is an approach typical, albeit with different intonation, of the various national models rooted in the welfare state. Nevertheless, it however does imply an active role in the protection of social rights, at least if and when they are undermined by economic forces tending to take prevailing positions in the market⁹.

As a matter of fact, the tension inherent in the combination of the two principles of solidarity (which is the title of Chapter IV CFREU and which appears among the common values set out today in Article 2 TEU) and competition (which has always underpinned the operation of the common market) finally seems to have been dissolved in the wording of the current Article 3(3) TEU outlining the so-called European form of State along the lines of a 'social market economy' mentioned above¹⁰. Specifically, that article states as follows:

The Union shall establish an internal market. It shall work for the sustainable development of Europe based on balanced economic growth and price stability, a highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress, and a high level of protection and improvement of the quality of the environment. It shall promote scientific and technological advance. It shall combat social exclusion and discrimination, and shall promote social justice and protection, equality between women and men, solidarity between generations and protection of the rights of the child. It shall promote economic, social and territorial cohesion, and solidarity among Member States.

It shall respect its rich cultural and linguistic diversity, and shall ensure that Europe's cultural heritage is safeguarded and enhanced.

From a comparison between the current provision and the previous

⁸ See, at least, D.J. GERBER, *Law and Competition in the Twentieth-Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford University Press, Oxford, 1998; D. MILLER, *Principles of Social Justice*, Harvard University Press, Cambridge-London, 2003, p. 3 ff.; and, more recently, E. POLI, *The Evolution of European Merger Regulations and the Power of Ideas: A Pan-institutional Interpretation*, in *Journal of Contemporary European Research*, Vol. 9, 2/2013, pp. 330 ff., spec. 336 ff., where the A. underlines the differences between the European approach to liberalism and the American one.

⁹ G. MAESTRO BUELGA, *Constitution economica y integracion europea*, in *Rev. Dir. Pol.*, 2002, pp. 97 ff.

¹⁰ Therefore, this article seems to constitute the basis of what is described in terms of 'European Economic Constitution', see A. HATJE, *The Economic Constitution*, in A. VON BOGDANDY - J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing Ltd., Oxford-Portland, 2006, pp. 590 ff.

one, worth stressing here is the disappearance (at least formally) of free competition as a principle-objective of the EU, and its incorporation into Protocol 27, annexed to the Treaty, which specifies that the internal market referred to in Article 3 «includes a system ensuring that competition is not distorted». The rewriting of the article on objectives and the inclusion of competition among the competences of the Union in relation to the market would seem to shift the centre of gravity of the balance between the interests underlying competition and those underlying solidarity to the side of the latter, so that an EU with a «human face»¹¹ now seems to be emerging from the Lisbon Treaty and one that is committed to promoting full employment for all European citizens and combating all forms of social exclusion.

That would seem to be confirmed by the fact that full legal effect as primary European law is attributed to the Charter of Fundamental Rights (Article 6 TEU), which includes a long list of individual rights and collective freedoms of a social nature, far beyond the areas covered in Chapter IV expressly dedicated to ‘Solidarity’. Indeed, the social protection finally afforded by the document is very broad, extending even beyond the traditional field of the labour market (where, moreover, the Charter distinguishes between the rights of persons already employed in a job and those who are not employed or are unable to work) to embrace issues related to education, child protection, gender relations, social inclusion policies and the protection of the weak and disabled.

Moreover, regarding the TFEU, Article 9 thereof contains a sort of transversal clause that urges the Union to take into account, in defining and implementing its policies, important social needs such as the promotion of a high level of employment, the fight against social exclusion, and the protection of education and human health. Article 10 provides that European policy and activities are to be shaped by principle of non-discrimination, a principle that is also reflected in Articles 20 and 21 CFREU. Article 14 refers to the role of services of general economic interest in promoting economic and social cohesion.

Article 151 once again sets the EU and the Member States the objectives of the promotion of employment, improved living and working conditions, proper social protection, dialogue between management and labour, and the development of human resources with a view to lasting high employment and the combating of exclusion. Article 152 recognises the role of the social partners in the EU while Article 153, in the context

¹¹ This definition is due to M. SHANKS, *Introductory article: The Social policy of the European Communities*, in *Common Market Law Review*, 3/1977, pp. 375 ff.

of the Union's social policy mission and objectives, gives the Union the task of supporting and complementing the activities of the Member States in the relevant fields, both within and outside the labour market, which includes not only those in employment but also those who have lost their jobs and are therefore unemployed. The fields in question include improvement of the working environment to protect workers' health and safety, social protection, information and consultation of workers and the social integration of people excluded from the labour market.

There is enough, in short, to conclude that the Lisbon Treaties were intended to achieve a significant social breakthrough in the EU.

4. *The decline of the so-called 'European social model'*

From this point of view, however, one cannot but consider as a missed opportunity the lack of provision in the TFEU for accession to the European Social Charter (and the Charter of Fundamental Rights of Workers), which in terms of the guarantees granted does not appear to entirely overlap with the CFREU and hence cannot be considered as totally covered by the latter as regards the protection of social rights. This regret is destined to increase if one considers the stronger reference that – compared to the current wording of Article 151 TFEU – was contained in the Single European Act of 1986, whose preamble also referred to that international document in order to afford it the same importance as the ECHR in promoting democracy through fundamental rights.

Moreover, in the context of a reflection dedicated to the prospects of strengthening the European Union also in its social dimension¹², perhaps the biggest missed opportunity is the failure of the Treaty establishing a Constitution for Europe mentioned above. Compared to the provisions of that agreement, the current Lisbon Treaty is, in a sense, the result of a *watered-down* compromise, the fragility of which was fully revealed almost at the same time as it came into force¹³, with the eruption in Europe of the economic and financial crisis already mentioned at the beginning of this essay. Indeed, having rejected, even in terminology, the 'federalist

¹² The term was considered ambiguous, among many, by G. MAJONE, *The European Community Between Social Policy and Social Regulation*, in *Journal of Common Market Studies*, 2/1993 (31), p. 153.

¹³ See, *ex multis*, S. FABBRINI, *The constitutional conundrum of the European Union*, in *Journal of European Public Policy*, 1/2016, Vol. 23, pp. 84 ff.

vocation' that had inspired the so-called 'Constitution for Europe'¹⁴, what emerges from the regulatory-institutional framework of Lisbon is a sort of 'schizophrenia' inherent in having assigned monetary policy, on the one hand, and economic policy, on the other, to different levels of government, with the consequent risk of permanently jeopardising the concrete implementation of the so-called 'European social model'¹⁵. Although this model is sufficiently defined by a large catalogue of individual rights, collective freedoms and public services provided for the benefit of citizen-consumers by the CFREU, it has so far suffered from the European institutions' lack of the necessary operational tools to implement effective redistributive measures¹⁶.

Even further upstream, however, as already noted at the beginning of this essay, the danger of compromising the very resilience of the welfare state has emerged, including at national level. This is due, on the one hand, to the weakness of the instruments for coordinating national economic policies that the Lisbon Treaty entrusted to the EU and which immediately revealed their substantial inadequacy in containing the asymmetric shocks between the various areas of the eurozone. And, on the other hand, to the effect of the heavy obligations, in terms of containing public spending and maintaining a balanced budget, that have ended up weighing on the Member States that availed of the various financial rescue packages that have been devised, also outside primary European law, through so-called 'side treaties', which are now in force¹⁷. Treaties that include the ESM and the Fiscal Compact¹⁸.

Indeed, the fact that it is impossible for countries adopting the euro to resort to inflationary manoeuvres to boost their economies given that

¹⁴ On these issues, even if before the signature of the Lisbon Treaty, one cannot help but mention J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe: "Do the new clothes have an emperor?" and other essays on European integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, *passim*, in part. pp. 130 ff.

¹⁵ See J. HABERMAS, *The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law. An Essay on the Constitution of Europe*, in *European Journal of International Law*, 2/2012, Vol. 23, pp. 345 ff.

¹⁶ See K. TUORI, *The European Financial Crisis. Constitutional Aspects and Implications*, *EUI Working Papers, Law*, 28/2012.

¹⁷ On the topic, recently, also S. MANGIAMELI, *The Constitutional Sovereignty of Member States and European Constraints: The Difficult Path to Political Integration*, in S. MANGIAMELI (ed.), *The Consequences of the Crisis on European Integration and on the Member States*, Springer, Cham, 2017, pp. 189 ff.

¹⁸ See E. CHITI - A.J. MENENDEZ - P.G. TEIXEIRA (eds.), *The European Rescue of the European Union*, ARENA-Centre for European Studies, Oslo, 2012.

monetary policy is now managed by a European Central Bank (which anchored in the criterion of price stability remains independent of national economic interests)¹⁹ has forced the poorest and least productive countries to (attempt to) compensate for trade deficits with drastic interventions in the public sector. Those measures have entailed large cuts in social services (starting with health and education) and employment, the containment of wages and pensions and even the privatisation of public assets, demanded by supranational technical authorities (Commission, ECB, IMF) in order to grant financial support²⁰, which was then also massively used to recapitalise banks, especially national ones.

On the other hand, it is not easy to maintain an adequate level of social benefits within national systems through taxation of the highest incomes because of the obvious fact that, as the tax burden increases, capital tends to move, seeking shelter in countries with more favourable tax systems. That outcome is facilitated not only by the opening of borders, but also by that further limitation of economic and monetary union represented by the lack of a genuine European taxation system.

The combination of these circumstances had hitherto made it difficult, if not impossible, to operationally translate the idea of solidarity, which as aforesaid deeply permeates the current Treaty as well as the CFREU, (also) because of the strong resistance (of some) of the Member States to the introduction of permanent mechanisms for inter-State redistribution of debt and, consequently, of wealth.

It had therefore appeared politically difficult to achieve what seemed extremely urgent in economic terms: a massive mutualisation of sovereign debt (which, in turn, would lead to significant redistributive measures both among the various Member States and, within each of them, among the different social classes), supported by a decisive boost to the competitiveness of peripheral countries through an adjustment of labour costs (understood as the ratio between real wages and productivity), capable of enabling them to achieve a relative trade balance and acceptable levels of budget deficits.

However, the need to restart the integration process, commencing from a new and more effective policy of economic and social cohesion

¹⁹ See, at least, C. ZILIOLI -M. SELMAYR, *The Law of the European Central Bank*, Hart Publishing, Oxford, 2001; T. PADOA SCHIOPPA, *The Euro and its Central Bank*, MIT Press, Cambridge, 2004; and, if wanted, more recently A. CIANCIO, *The European Central Bank: Issues of Constitutional Law*, in *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, 6/2016 (34), pp. 13 ff.

²⁰ C. OFFE, *Europe Entrapped*, Polity Press, Cambridge, 2015.

among EU countries, was felt in many quarters²¹, in place of the conflict and competition that had arisen mainly as a result of the austerity policies imposed – through the decisions taken in the relevant European intergovernmental bodies – by some still economically sound countries (especially in northern Europe) on the countries that have suffered most (and sometimes continue to suffer) from the sovereign debt crisis²².

At the same time, there was a retreat in European case-law. For decades the Court of Justice had played a decisive role²³, originally in identifying fundamental rights that would later find their way into the Nice-Strasbourg Charter and subsequently in applying those rights²⁴. However, after some initial timid openness to guaranteeing social rights²⁵, the Court of Justice seemed to put up the barricades, embarking on a path considered blatantly anti-social²⁶, when, in the difficult balancing of those rights and the market, the weighing scales seemed to tip decisively in favour of the latter.

A series of important rulings would point in this direction, ever since the notorious *Viking* and *Laval* decisions²⁷, which brought the phenomenon of social dumping to the attention of the general public, when the European court deemed wage differentials in the various Member States to be permissible instruments for implementing the principle of free competition between companies.

No less significantly, in another group of decisions, including the well-known *Pringle* judgment²⁸, the Court of Justice expressly ruled out

²¹ See, among others, R. CISOTTA, *What Role for the European Commission in the New Governance of the Economic Monetary Union?*, in IAI, 2013; and C. JOERGES - C. GLINSKI (eds.), *The European Crisis and the Transformation of Transnational Governance: Authoritarian Managerialism Versus Democratic Governance*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2014.

²² As also argued in A. CIANCIO, *How we might recover from the economic and social crisis through European integration deepening*, in *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, 3/2014, pp. 161 ff.

²³ Since CJEU, 12 Nov. 1969, 29/69, *Stauder*.

²⁴ See CJEU 12 June 2003, C-112/00, *Schmidberger*; and, even more, CJEU, 14 Oct. 2004, C-36/02, *Omega*, where the reference to “human dignity” appears at the basis of the legitimate prohibition imposed by a Member State on economic activities.

²⁵ See CJEU, 19 Nov. 1991, C-6/90 e C-9/90, *Francovich*, in which the Court of Justice affirmed the compensation obligation on the part of the State for failing to implement European law in favor of citizens harmed in their fundamental rights. Rights relating to work claims due to defaulting employers.

²⁶ C. KILPATRICK-B. DE WITTE, *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The role of Fundamental Rights' challenges*, in *EUI Department of Law Research Paper*, 4/2015.

²⁷ CJEU, 11 Dec. 2007, C-438/05, *Viking Line*; and 18 Dec. 2007, C-34 1/05, *Laval und Partneri Ltd.*

²⁸ CJEU, 27 Nov. 2012, C-370/12, *Pringle*, commented, *ex multis*, by C. PINELLI,

the justiciability, in light of the social rights guaranteed by the CFREU, of some of the above-mentioned financial tools, since they were introduced outside the EU institutional framework in order to tackle the economic crisis that had hit the Eurozone and did not fall within the scope of the Charter as defined in Article 51(1), which states that the provisions of the Charter shall apply to the institutions of the Union and to the Member States «only when they are implementing Union law».

5. *The pandemic and the prospects for relaunching 'European social citizenship'*

Returning to the current situation, and to the crisis triggered by Covid-19, despite the initial ominous omens, the EU is instead demonstrating its willingness, albeit cautiously, to finally equip itself with those operational tools that would enable it to imbue European citizenship with a truly social dimension.

In the current pandemic situation, this objective appears to be taking concrete form through the launch of a series of initiatives that go well beyond the mere flexibility of the rules on State aid²⁹ and the easing of the ESM's conditionality³⁰, and which, on the whole, seem likely to bring about the decisive social change in the EU that has long been awaited.

Conditionality and Economic Constitutionalism in the Eurozone, in *Italian Journal of Public Law*, 1/2019, 22 ff.

²⁹ *Communication from the Commission Temporary framework for State aid measures to support the economy in the current Covid-19 outbreak - COM 2020/C 91 I/01* available at [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0320\(03\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0320(03)&from=EN). See P. RIEDEL - T. WILSON - S. CRANLEY, *EU State aid and Covid-19*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 24 March 2020; and A. BIONDI, *State Aid in the Time of Covid-19*, in *EU Law Live*, 25 March 2020; and later P. RIEDEL - T. WILSON - S. CRANLEY, *Update on the EU's State aid response to Covid-19*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 11 April 2020; M. DEBROUX, *State aid & covid-19: a swift response to a massive challenge*, in *Concurrences*, 16 Apr. 2020; D. UTRILLA, *State aid and Covid-19: Further extension of the State aid Temporary Framework*, in *EU Law Live*, 12 May 2020; T. WILSON - P. GNATZ, *Covid-19 and EU State aid recapitalisation*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 15 May 2020.

³⁰ *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Investment Bank and the Eurogroup*, 13 March 2020 COM(2020) 112 final, 10 ff., available at https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-coordinated-economic-response-covid19-march-2020_en.pdf. See N. LEINER-KILLINGER, *Reflections on the Stability and Growth Pact's Preventive Arm in Light of the COVID-19 Crisis*, in *Intereconomics* 5/2020, pp. 296 ff.

The approval of ‘*Next Generation EU*’³¹, which includes a package of financial aid for the countries most affected by the health crisis and, in turn, by the economic crisis, appears to mark a historic stage in the process of political integration, underpinned by what is arguably a new ‘Marshall Plan’ for 21st century Europe: for the first time a mechanism that takes the form not only of a plan for loans – moreover repayable in the long term (by 2058) and at particularly favourable interest rates – but also of a considerable amount of outright grants³². These subsidies – although subject to the approval of a plan presented by the beneficiary States setting out the reforms and investments to be financed with European aid (so-called ‘*National Recovery and Resilience Plan*’ or *NRRP*)³³ – are envisioned as the first step on the road to the establishment of a true common European debt governed by a sort of European loan guarantee system, launched thanks to the other fundamental decision to increase the amount of the Union’s own resources³⁴. A development that would seem to foreshadow a new form of direct European taxation as the initial core of that genuine European taxation that has long been lacking³⁵. In fact, the Union’s budget has so far been financed by transfers (of revenue) from the Member States, which however in the current pandemic need to receive money and not transfer it. Therefore, the resources to support those subsidies must be found elsewhere³⁶, and it is to be hoped that it will occur through EU measures to raise the necessary capital directly on the market, thereby transforming what has hitherto been (and, indeed, continues to be) an essentially derivative form of taxation into a genuine European taxation capacity.

One cannot overlook the other historic decision to generally link the use of European financial aid to Member States’ respect for the rule

³¹ See *Presentation by Commissioner Hahn of the NextGenerationEU – Funding strategy to finance the Recovery Plan for Europe*, at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_21_1743.

³² Art. 2.2 of the Regulation (EU) 2021/241 of the European Parliament and of the Council of 12 February 2021 *establishing the Recovery and Resilience Facility*.

³³ Art. 18 Reg. EU 2021/24.

³⁴ Council Decision (EU, Euratom) 2020/2053 of 14 December 2020 *on the system of own resources of the European Union and repealing Decision 2014/335/EU, Euratom*.

³⁵ See P. DERMINE - M. MARKAKIS, *The EU fiscal, economic and monetary policy response to the Covid-19*, in *EU Law Live*, 28 March 2020.

³⁶ Cfr. *Presentation by Commissioner Hahn of the NextGenerationEU - Funding strategy to finance the Recovery Plan for Europe*, available at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_21_1743.

of law³⁷, which is aimed at giving substance to the idea of an EU not as a mere ‘community of law’³⁸ but as an authentic ‘community of values’ (solidarity and also democracy and rule of law), i.e. as a real political community based on (and regulated by) a core of rules to be considered «ontologically» constitutional³⁹.

A major proof in this direction has recently come from the Decision taken by the CJEU⁴⁰ to dismiss the annulment actions brought by the Hungarian and Polish Governments against the so-called “Rule of Law Conditionality Regulation”⁴¹, arguing that EU Regulation 2020/2092 was adopted through procedures with no legal basis in as much as suspected to fall outside Article 7 TEU⁴². By contrast, the Court highlighted – as never before – that the EU must be able to defend the EU’s shared values which define the very identity of the EU although within the limits of its powers⁴³.

In this context, the European Court interestingly links rule of law and solidarity, the former being described as a value common to the EU

³⁷ See A. VON BOGDANDY - J. LACNY, *Suspension of EU Funds for Member States Breaching the Rule of Law. A Dose of Tough Love Needed?*, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research paper No. 24, 2020.

³⁸ According to the definition initially given by J. RIDEAU, *L’incertaine montée vers l’Union de droit. De la Communauté de droit à l’Union de droit. Continuité et avatars européens*, Paris, 2000, pp. 1 ff., and later also used by the CJEU, Decision 3 Sept. 2008, Case C 402/05 P and C 415/05 P, *Kadi and Al Barakat*.

³⁹ As already stressed in A. CIANCIO, *The European “constitutional core”, key tool for further integration*, in *Consultaonline*, special issue “*Liber Amicorum*” for P. Costanzo, 2020; and EAD., *Why we could and should discuss about European Constitutional Law*, in A. KLOS ET AL. (eds.), *Connecting the European Union of Shared Aims, Freedoms, Values and Responsibilities. European Union and its Values: Freedom, Solidarity, Democracy*, CeDeWu, Warsaw, 2020, pp. 9 ff.

⁴⁰ CJEU, 16 Feb. 2022, in Cases C-156/21 and C-157/21. See K.L. SCHEPPELE, *European Union’s Top Court Rules Against Hungary and Poland in Rule of Law Showdown*, in *World Justice Project*, 16 Feb. 2022.

⁴¹ Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 *on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget*. For some first, even critical, comments, see A. ALEMANN - M. CHAMON, *To Save the Rule of Law You Must Apparently Break it*, in *Verfassungsblog*, 11 Dec. 2020; and A. DIMITROU - H. DROSTE, *Conditionality Mechanism: What’s in It?*, in *Verfassungsblog*, 30 Dec. 2020.

⁴² On the complex path that led to the adoption of Reg. 2020/2092, also P. LINDSETH - C. FASONE, *Rule-of-Law Conditionality and Resource Mobilization. The Foundations of a Genuinely ‘Constitutional’ EU?*, in *Verfassungsblog*, 11 Dec. 2020.

⁴³ Doubts on the effectiveness of the protection provided to the rule of law under Regulation 2020/2092 are expressed by A. ZEMSKOVA, *Rule of Law Conditionality: a Long-Desired Victory or a Modest Step Forward? Hungary v Parliament and Council (C-156/21) and Poland v Parliament and Council (C-157/21)*, in *EU Law Live*, 22 Feb. 2022.

and the Member States «which forms part of the very foundations» of the EU and its legal order, and the latter being described as a fundamental principle of EU law which is implemented through the EU budget⁴⁴.

6. *Boosting the European social model in times of pandemic*

Furthermore, the desire to substantially embrace a European social dimension was strongly emphasised in the Resolution of 17 December 2020 in which the European Parliament expressed its support for «a strong social Europe for just transitions»⁴⁵, and was manifested not only in the instruments envisaged to support the States most in difficulty in the pandemic crisis but also in the regulatory activity already announced by the European Commission for the coming years.

SURE ('*Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*')⁴⁶, in particular, as a temporary support tool to mitigate unemployment risks in an emergency, was the first concrete measure to ensure interest-free aid repayable over 30 years, in order to avoid redundancies thanks to a short-time work scheme backed up with training courses. Moreover, for the first time, aid was also extended to the self-employed.

In addition, the Commission has taken the initiative to issue a directive on the legal minimum wage (Principle 6 of the European Pillar of Social Rights) in order to encourage Member States to move closer to international standards in this regard, while respecting collective bargaining⁴⁷. This initia-

⁴⁴ Given this premise, the Court explains that the procedure under Article 7 and the one established by Regulation 2020/2092 pursue different aims and have a distinct subject matter. Therefore, the CJEU deemed that the EU legislator is entitled to establish additional procedures regarding Article 2 TEU values as long as these procedures complement (and not seek to recreate or supersede) primary law procedures, as underlined by L. PECH, *The Court of Justice greenlights the rule of law conditionality mechanism*, in *Verfassungsblog*, 17 Feb. 2022.

⁴⁵ Available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020IP0371>.

⁴⁶ Council Regulation (EU) 2020/672 of 19 May 2020 *on the establishment of a European instrument for temporary support to mitigate unemployment risks in an emergency (SURE) following the COVID-19 outbreak*. See K. CROONENBORGHES, *The European instruments for temporary support to mitigate unemployment risks in an emergency SURE*, in *EU Law Live*, 30 May 2020.

⁴⁷ *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adequate minimum wages in the European Union*. COM/2020/682 final available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0682>.

tive appears to be supported by the European Parliament, which in February 2021 adopted a Resolution on «Reducing inequalities with a special focus on in-work poverty»⁴⁸.

Moreover, a further initiative has been announced to regulate the working conditions of people working through digital labour platforms, and a prior consultation of social partners has also been launched to overcome the current fragmentation of national law on this area even in the most advanced technological sectors⁴⁹. This is part of the Commission's growing attention to so-called digital transition, considered as a possible vehicle for social emancipation, if adequately supported by the appropriate guarantees.

Even more recently, the Commission, in view of the start of the second EU Social Summit in Porto, had announced (on 4 March 2021) an Action Plan through which to proceed with the implementation of the European Pillar of Social Rights through a series of differentiated measures⁵⁰. This, together with the so-called Recovery Fund⁵¹ and the ecological challenge launched in the meantime for the future, has led to talk of a historic, almost *Hamiltonian* moment in the integration process⁵².

And, on the other hand, it should not be overlooked that such initiatives are being taken at a time when the Court of Justice is showing a desire to resume its own path of judicial protection of the rights recognised in the Nice Charter⁵³, including social rights. With reference to the latter, indeed, in recent times, the Court has even allowed so-called horizontal direct effect⁵⁴, albeit limited to the right to paid annual leave provided for by

⁴⁸ Available at https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0044_EN.html.

⁴⁹ See the relative *Press Release* at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_686.

⁵⁰ *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social Committee and the Committee of the Regions. The European Pillar Social Rights Action Plan*, available at https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b7c08d86-7cd5-11eb-9ac9-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_2&format=PDF.

⁵¹ More in depth on the topic, G.L. TOSATO, *The Recovery Fund: Legal Issues*, LUISS School of European Political Economy, Policy Brief 23/2020, 1 May 2020, who focuses on the complex financing mechanism adopted to back the RF.

⁵² See L. LIONELLO, *Next Generation EU: has the Hamiltonian moment come for Europe?*, in *Eurojus*, 2020, n. 4, spec. pp. 33 ff., in the footsteps of an interview released to the newspaper "Die Zeit" by the then German Deputy Chancellor (and currently Chancellor) Olaf Scholtz.

⁵³ See M. CARTABIA, *Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously*, in *Eur. Const. law Rev.*, 5/2009, pp. 5 ff.

⁵⁴ See K. LENAERTS, *The Horizontal Application of the Charter*, in *Quad. Cost.*, 2020, 633 ff.

Article 31(2) CFREU⁵⁵, namely by a provision that does not make the guarantee provided for therein subject to any form of implementing legislation, as is mostly the case with the rights included in Chapter IV on Solidarity.

7. *The European social dimension at the turning point of the pandemic crisis*

In the wake of the pandemic, there was thus a chance to turn the integration process around and effectively strengthen the EU's social dimension.

However, since the *Bundesverfassungsgericht* issued its infamous decision on the PSPP on 5 May 2020⁵⁶, the achievement of that goal has come up against some headwinds. Although on that occasion the German Constitutional Court expressly excluded from the scope of its ruling the (then only future) financial aid to tackle the pandemic⁵⁷, initial reaction to the decision seemed to suggest that it was more about staking out Germany's position for the future⁵⁸.

⁵⁵ See the so-called “tritych”: CJEU 6 Nov. 2018 C-619/16, *Kreuziger*; CJEU 6 Nov. 2018 C-569/16 and C-570/16, *Bauer*; CJEU 6 Nov. 2018 C-684/16, *Max-Planck*.

⁵⁶ BVerfG, 5 May 2020, 2 BvR 859/15. On this decision, *ex multis*, D. KYRIAZIS, *The PSPP judgment of the German Constitutional Court, An Abrupt Pause to an Intricate Judicial Tango*, in *European Law Blog*, 6 May 2020; G.L. TOSATO, *The Decision of the German Constitutional Court on the Public Sector Purchase Programme of the European Central Bank: Preliminary Observations*, available at <https://sep.luiss.it/brief/2020/05/06/g-l-to-sato-decision-german-constitutional-court-public-sector-purchase-programme-eu>; D.U. GALETTA, *The reasoning on the principle of proportionality in the judgment of 5 May 2020 of the German BVerfG and its consequences*, in *Ceridap*, 2/2020, pp. 52 ff.; J. ZILLER, *The unbearable heaviness of the German constitutional judge. On the judgment of the Second Chamber of the German Federal Constitutional Court of 5 May 2020 concerning the European Central Bank's PSPP Programme*, in *Ceridap*, 2/2020, pp. 87 ff.; A. CIANCIO, *The 5 May 2020 Bundesverfassungsgericht's Decision on the ECB's public sector purchase programme: an attempt to “break the toy” or a new starting point for the Eurozone?*, in *federalismi.it*, 16/2020.

⁵⁷ On the different measures adopted by the ECB in times of pandemic, see C.A. PETIT, *An ambitious and collective response to COVID-19 shock? ECB's monetary policy package and recent EU policy measures*, in *EU Law Live*, 18 May 2020. Argues the legality of the so-called “PEPP” (*Pandemic Emergency Purchase Programme*) launched by the ECB to address the financial and economic stress sprung from the pandemic, S. GRUND, *Legal, compliant and suitable: the ECB's Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP)*, in *Hertie School. Jacques Delors Centre*, 25 March 2020, available at https://hertieschool-f4e6.kxcdn.com/fileadmin/20200325_PEPP_GrundII.pdf.

⁵⁸ See M. POIARES MADURO, *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, in *Verfassungsblog*, 6 May 2020.

This impression seemed to be confirmed more recently by the decision of the *Bundesverfassungsgericht* on 26 March 2021 to suspend the ratification process (already approved by both the *Bundestag* and the *Bundesrat*) enabling Germany's participation in the EU's own resources decision⁵⁹. Although provisional, that suspension already seemed capable of producing significant political effects with respect to the ambitious objective, summarised above, of taking the first step towards a stronger European budget supported by a stable fiscal capacity independent of national transfers. Indeed, Chancellor Merkel was quick to point out that the own resources decision was only temporary, applicable only up to 2026. In short, statements that seemed to signal a desire by Germany to put the brakes on the future development of the European social dimension, at a time when it was sought to essentially confine to the strict operating margins of the existing Treaties the boundaries within which the Union could concretely pursue its cohesion policy in the future (i.e. after 2026).

Nor did the subsequent rejection by the *Bundesverfassungsgericht* of an application for a preliminary injunction challenging the domestic law approving the ratification of the EU's own resources decision⁶⁰ (thereby paving the way for the German President to promulgate the law in question) definitively close the matter since the judgment on the merits is still to come. Although the well-known precedents of the German Constitutional Court substantially contesting decisions taken by the European institutions, lead one to hope that, after an initial hardening, the judges in Karlsruhe will end up adopting a softer stance in view of the integration process.

In addition to this uncertainty caused by court proceedings, from a more purely political point of view one cannot help but notice the somewhat disappointing results of the second EU Social Summit in the meantime held in Porto. Despite the fact that the Heads of State and Government agreed on the pursuit of the social objectives specified by the European Commission in the 'European Pillar of Social Rights' implementation plan, in the final declaration the European leaders hastened to specify that the commitment made would have to be achieved with due regard for the respective national and European competences and the principles of subsidiarity and conferral⁶¹ and, therefore, while maintaining the current national competences at the level of the individual Member States.

⁵⁹ BVerfG, 26 March 2021, 2 BvR 547/21.

⁶⁰ BVerfG, 15 April 2021, 2 BvR 547/21.

⁶¹ See 'The Porto Declaration', Press Release of 8 May 2021, at <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2021/05/08/the-porto-declaration/>

Nor does the ‘Conference on the Future of Europe’, which has in the meantime been launched as an initiative to gather the views of citizens with a view to sharing their ideas on the functioning of the Union⁶², appear to be proving any better so far given the limited involvement of civil society in it.

Indeed, even during the pandemic, the limitations of the EU’s current institutional set-up were revealed, as was already the case with the previous economic and financial crisis⁶³. Although the Conference is not expected to make any concrete operational proposals in terms of revising the current Treaties, its outcome could nevertheless affect the *modus operandi* of the European institutions in relation to the implementation of EU policies. Therefore, considering that the strengthening of solidarity and social fairness is one of the priority objectives of the Conference, it will also depend on the results of the Conference and, more generally, on the EU’s ability to regenerate itself through effective and lasting social protection for its citizens⁶⁴, whether the pandemic crisis can become the springboard for the hoped-for consolidation of a new political Union with a genuinely social vocation⁶⁵ or will turn out to be another missed opportunity in the integration process. In other words, with the pandemic crisis, ‘social’ Europe has reached the turning point. Hence, it is time to turn!

⁶² *Joint Declaration of the European Parliament, the Council and the European Commission on the Conference on the Future of Europe Engaging with citizens for democracy. Building a more resilient Europe 2021/C 91 I/01*, available at [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021C0318\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021C0318(01)&from=EN)

⁶³ See D. DINAN, *Institutions and Governance: a New Treaty, a Newly Elected Parliament and a New Commission*, in *Journal of Common Market Studies*, 48/2010; and also A. CIANCIO, *A true European Constitution to recover from the economic and social crisis through European integration deepening*, in F. DE QUADROS-D. SIDJANSKY (eds.), *The future of Europe. The reform of the Eurozone and the deepening of political union*, AAFDL Editora, Lisbon, 2017, pp. 29 ff.

⁶⁴ See B. CARAVITA, *Keep up the momentum, Europe! And you, Italy, too!* in *federalismi.it*, 12/2021.

⁶⁵ Similarly, A. LUCARELLI, *The conference on the future of Europe between form of state and form of government*, in *DPE-Rassegna Online*, 1/2020.

ABSTRACT

In order to cope with the Covid-19 pandemic, the European institutions have undertaken initiatives that show a vision, we might say, integrated with the general interests of the Union. Therefore, positive effects across the EU are expected in the light of a reaction to the pandemic crisis that appears truly unitary and effective. This state of affairs leads to hope that, as has already happened in other delicate phases in European history, a situation of crisis (in this case health and economic) eventually might turn in a renewed boost to the integration process. This result appears connected to those means that necessarily incorporate the social dimension of the Union into the actions announced, starting from the allocation of grants. Moreover, the 'Own Resources Decision', adopted in December 2020, might pave the way towards a truly European fiscal capacity apt to uphold joint obligations held by the desirable, future 'social' Union. From this point of view, the pandemic era might represent a fundamental step towards a 'ever closer union'. Unfortunately, some headwinds blow against what has been depicted as a sort of 'Hamiltonian moment' for the EU: the provisional order initially adopted by the German Constitutional Tribunal to prevent the ratification of the 'Own Resources Decision'; the disappointing conclusions of the II EU Social Summit held in Porto; even the poor visibility given by national Governments to the so-called 'Conference on the future of Europe' are all omens of the EU's inability to turn around when it reaches a turning point. The conclusion is that the future development of the EU as an authentic political union appears more and more inextricably linked to its ability to seize the moment in order to strengthen the social dimension of the European citizenship through those effective economic and social cohesion policies since long time awaited.

Margherita Colangelo

*Il settore farmaceutico e la concorrenza ai tempi del Covid-19: brevi riflessioni sulla collaborazione tra imprese durante la pandemia**

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L’approccio europeo alla cooperazione tra imprese nella pandemia: il Quadro Temporaneo – 3. Punti critici – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

È noto come il diritto della concorrenza svolga un ruolo fondamentale nel mercato farmaceutico. In quanto settore innovativo e tecnologico rappresentante una parte significativa dell’economia globale ed essenziale per la salute pubblica, quello farmaceutico vede al suo interno la coesistenza di interessi diversi, concorrenti e talvolta contrastanti.¹ In

* Il presente contributo riproduce parte del testo - con l’aggiunta delle note essenziali - della relazione al XXIV convegno biennale dell’Associazione Italiana di Diritto Comparato (Bologna, 23 ottobre 2021).

¹ Il settore farmaceutico è caratterizzato da “atypical economics and an unusual intersection of regulation, patent and antitrust law” (P.M. DANZON, *Competition and Antitrust Issues in the Pharmaceutical Industry*, Final Report, Luglio 2014, p. 3, disponibile all’indirizzo <https://faculty.wharton.upenn.edu/wp-content/uploads/2017/06/Competition-and-Antitrust-Issues-in-the-Pharmaceutical-IndustryFinal7.2.14.pdf>). Per tale ragione, esso costituisce da sempre una fertile area di studio del rapporto tra antitrust e proprietà intellettuale, tra tutela della concorrenza e promozione dell’innovazione, in ragione di alcuni peculiari elementi che lo caratterizzano, legati alla coesistenza di una intensa attività di ricerca e sviluppo e di un alto livello di regolamentazione. Da un lato, la funzione essenziale svolta dall’attività farmaceutica per la salute umana ne ha comportato la sottoposizione ad un sistema regolatorio particolarmente pervasivo, che copre tutte le fasi del ciclo produttivo e distributivo; dall’altro lato, gli elevati costi della sperimentazione e dei relativi investimenti, generalmente sostenuti dalle società produttrici di farmaci innovativi (*originator*), hanno reso necessaria la costituzione di un quadro di tutele ed incentivi, volto alla creazione di barriere all’entrata tipicamente tramite gli strumenti della proprietà intellettuale. Il settore farmaceutico presenta difficoltà nel conciliare questi obiettivi che sono diversi da quelli di altre industrie ad alta tecnologia [sul punto, si veda, ad es., M.K. KYLE, *Competition Law, Intellectual Property, and the Pharmaceutical Sector*, in 81 *Antitrust L.J.* 1, 31 (2016)].

linea con le caratteristiche *sui generis* del settore, anche le dinamiche competitive assumono forme peculiari. Sono tradizionalmente oggetto di indagine antitrust le pratiche sviluppate dalle imprese *originator* per impedire o ritardare l'ingresso nel mercato di farmaci generici, spesso tramite l'estensione artificiale della protezione brevettuale al fine di preservare indebitamente il proprio potere di mercato (*strategic patenting*). Non solo, la vasta casistica e la relativa dottrina esistenti in materia mostrano la diffusione di una variegata tipologia di violazioni anticoncorrenziali (inclusi, ad es., abuso delle procedure regolamentari, diffusione di informazioni fuorvianti, prezzi eccessivi).²

Le società farmaceutiche sono tipicamente obiettivo di aspre critiche e da tempo alle prese con un forte problema reputazionale. Una delle ragioni principali di tale percezione negativa è tipicamente legata ai prezzi elevati dei farmaci. La giustificazione addotta dalle aziende farmaceutiche (in particolare dalle grandi società *originator*), basata sugli alti costi e rischi tipici dell'attività di ricerca e sviluppo, viene regolarmente messa in discussione, poiché i dati mostrano come il finanziamento pubblico sia spesso all'origine delle principali ricerche innovative e le imprese impieghino buona parte delle proprie risorse in blande modifiche di farmaci esistenti piuttosto che crearne di nuovi e nel marketing.³ La letteratura recente ha anche collegato tassi di innovazione più bassi alla tendenza delle aziende farmaceutiche *incumbent* ad impegnarsi nelle cosiddette *killer acquisitions*, ovvero strategie per acquisire obiettivi innovativi e terminare i loro progetti al fine di anticipare la concorrenza futura.⁴

La crisi globale derivante dalla pandemia di Covid-19 ha posto e pone tuttora importanti sfide per gli attori pubblici e privati operanti nel settore. È stato affermato come essa costituisca in un certo modo un'occasione per

² Nella vasta dottrina, basti segnalare la trattazione aggiornata delle varie tematiche riguardanti il diritto della concorrenza nel settore farmaceutico contenuta in W. SAUTER - M. CANOY - J. MULDER (a c. di), *EU Competition Law and Pharmaceuticals* (Elgar, in corso di pubblicazione).

³ Si veda, ad es., M. MAZZUCATO, *The Entrepreneurial State: Debunking Public vs. Private Sector Myths* (Anthem Press 2013), p. 64; M. ANGELL, *The Truth About the Drug Companies: How They Deceive Us and What to Do About It* (New York, 2004). Il declino della produttività nei mercati farmaceutici è generalmente riconosciuto ed è oggetto di discussione in letteratura, che ha identificato diverse possibili ragioni che giustificano questo fenomeno. Per un'analisi dettagliata, si veda M.K. KYLE - F. SCOTT MORTON, *Markets for Pharmaceutical Products*, in M.V. PAULY - T.G. MCGUIRE - P. P. BARROS (a c. di), *Handbook of Health Economics*, 2012, Vol. 2, p. 764, p. 777 e ss.

⁴ C. CUNNINGHAM - F. EDERER - S. MA, *Killer acquisitions*, in 129 (3) *Journal of Political Economy* 649 (2021).

le imprese farmaceutiche di riabilitarsi agli occhi dell'opinione pubblica.⁵ D'altro canto, la vicenda del rapido sviluppo dei vaccini per il Covid-19 appare essere una storia di successo, testimonianza di uno sforzo innovativo senza precedenti.

Sul versante della politica di concorrenza, diversi sono gli aspetti di rilievo in relazione alla pandemia.⁶ Con riferimento al settore farmaceutico, da un lato, le aziende sono in prima linea nella corsa alla ricerca di vaccini e trattamenti farmacologici efficaci; dall'altro, alle autorità di concorrenza è richiesto di rimanere vigili su eventuali condotte anticompetitive e di operare un bilanciamento tra un approccio più permissivo verso le iniziative delle aziende volte ad affrontare le perturbazioni del mercato e la necessità di preservare il mercato stesso da distorsioni della concorrenza.

È stato efficacemente osservato come nella situazione pandemica le autorità di concorrenza siano chiamate ad applicare le regole antitrust sia come una spada (*sword*) sia come uno scudo (*shield*), ovvero sia intervenendo nell'interesse della salute pubblica in caso di messa in atto di pratiche anticoncorrenziali, sia promuovendo iniziative di collaborazione tra imprese ove necessarie.⁷ Il presente contributo si propone lo scopo circoscritto di svolgere alcune riflessioni sul secondo punto, ossia sul ruolo della *policy* antitrust nelle iniziative di cooperazione tra imprese farmaceutiche nel contesto della pandemia da Covid-19.

2. *L'approccio europeo alla cooperazione tra imprese nella pandemia: il Quadro Temporaneo*

La collaborazione tra imprese ha rivestito un ruolo fondamentale nella lotta contro il Covid-19. Esempio emblematico è costituito dal caso dei vaccini, ove le partnership tra imprese hanno rappresentato fenomeno di fondamentale rilevanza.⁸ In circostanze straordinarie quali quelle della crisi

⁵ Si veda l'intervista alla Prof.ssa Robin Feldman nell'articolo del Financial Times, "Covid vaccines offer Big Pharma a chance of rehabilitation", 27 novembre 2020.

⁶ In tema, si vedano, ad esempio, F. COSTA-CABRAL - L. HANCHER - G. MONTI - A. RUIZ FEASES, *EU Competition Law and COVID-19*, TILEC Discussion Paper No. DP2020-007, disponibile all'indirizzo: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561438.

⁷ I. LIANOS - T. MINSSEN - C. KOLLMAR, *Tackling Grand Challenges with Competition Law: Lessons from the Pandemic*, in SAUTER - CANOY - MULDER, cit., disponibile in pre-print all'indirizzo: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3985344.

⁸ In tema, si vedano L.C. DRUEDAHL - T. MINSSEN - N.W. PRICE, *Collaboration in times*

attuale, varie sono le ragioni che possono spingere le aziende concorrenti a collaborare tra loro, a beneficio della collettività. E' noto come il diritto della concorrenza già preveda salvaguardie e deroghe per varie forme di collaborazione rientranti nella categoria degli accordi di cooperazione orizzontale tra imprese.⁹ La pandemia ha tuttavia portato le autorità di concorrenza ad intraprendere specifiche misure, stante la avvertita necessità impellente di non ostacolare iniziative di collaborazione. Tuttavia, come vedremo, diversi sono gli elementi problematici che la valutazione della legittimità di una cooperazione durante la crisi pandemica implica.

Nel contesto europeo, oltre alle iniziative prese dallo European Competition Network (ECN) e dall'International Competition Network (ICN),¹⁰ in particolare, nell'aprile 2020, la Commissione ha pubblicato

of crisis: A study on COVID-19 vaccine R&D partnerships, 39(42) *Vaccine* 6291 (2021). Gli Autori, sulla base dei dati della Organizzazione Mondiale della Sanità, ricavano che quasi un terzo dei candidati al vaccino sono stati sviluppati da partnership, con varie forme, tra cui in particolare: i) “*knowledge sharing*”, ove i due partner tipicamente condividono competenze e informazioni complementari in un processo continuo, collaborando allo sviluppo della tecnologia e, soprattutto, aumentando le conoscenze e le capacità future di ciascun partner (ad es., la collaborazione tra l'Università di Oxford e la società AstraZeneca); ii) “*materials transfer*”, ove la collaborazione segue un modello di passaggi di innovazione seriale, per cui un partner compie i primi passi innovativi, per poi trasferire i materiali risultanti, infrastruttura tecnica e proprietà intellettuale ad un altro partner per i passaggi successivi (ad es., la collaborazione tra BioNTech, Fosun Pharma e Pfizer).

⁹ Nel contesto europeo, si vedano le Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, 14.1.2011, *GU* C 11/1. Gli accordi di cooperazione orizzontale devono essere valutati per determinare se restringono sensibilmente la concorrenza e, in caso affermativo, se soddisfano le condizioni dell'articolo 101(3). La *policy* della Commissione in materia si è evoluta drasticamente, da un'epoca in cui la maggior parte di tali accordi è stata ritenuta in violazione dell'art. 101(1), ma poi valutata più rigorosamente e spesso esentata ai sensi del terzo paragrafo dello stesso articolo, alla posizione attuale in cui viene adottato un *more economic approach*. Si ricorda che le Linee direttrici contengono l'indicazione di quote di mercato per i vari tipi di accordi inclusi. Anche negli Stati Uniti la collaborazione tra imprese concorrenti è soggetta ad un trattamento specifico in base alle linee guida delle agenzie antitrust: DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ), FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC), *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, 2000, disponibile all'indirizzo <https://www.justice.gov/atr/page/file/1098461/download>.

¹⁰ È opportuno menzionare le iniziative prese dallo ECN (*Joint statement by the European Competition Network (ECN) on application of competition law during the Corona crisis*, disponibile online all'indirizzo https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf, ove ECN dichiara di non intervenire attivamente contro le misure necessarie e temporanee messe in atto per evitare una carenza di approvvigionamento e allo stesso tempo, afferma che, considerando le circostanze attuali, è improbabile che tali misure siano problematiche, poiché non costituirebbero

una Comunicazione con cui ha istituito un Quadro temporaneo per valutare le questioni antitrust relative alla cooperazione tra imprese in risposta a situazioni di urgenza derivanti dalla pandemia (il “Quadro”).¹¹ Nella Comunicazione, la Commissione considera come le imprese possano trovarsi a fronteggiare, sul piano dell’offerta, un problema generale derivante dalla perturbazione delle catene di approvvigionamento e, sul piano della domanda, un brusco calo per determinati prodotti e servizi e un forte aumento per altri prodotti, con riferimento in particolare quelli relativi al settore sanitario (che comprende, ad esempio, le società farmaceutiche, i produttori di attrezzature mediche e i rispettivi distributori). Il Quadro si occupa principalmente del secondo problema, in quanto la Comunicazione espressamente riguarda le possibili forme di cooperazione tra imprese volte a garantire la fornitura e l’adeguata distribuzione di prodotti e servizi essenziali, tra cui medicine e attrezzature mediche carenti durante la pandemia a causa, in primo luogo, della crescita esponenziale della domanda.¹²

Il Quadro è basato su due elementi: il primo, di tipo sostanziale, attiene alla indicazione dei criteri principali che la Commissione intende seguire nel valutare i progetti di cooperazione; il secondo, di tipo procedurale, riguarda le modalità eccezionali stabilite per la comunicazione da parte delle imprese

una restrizione della concorrenza ai sensi dell’articolo 101(3) TFUE o genererebbero guadagni di efficienza che molto probabilmente superano qualsiasi restrizione di questo tipo) e dall’International Competition Network (press release, 8 aprile 2020, <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/featured/statement-competition-and-covid19/>). Tra le iniziative prese dalle autorità nazionali, riguardanti anche settori ulteriori rispetto a quello farmaceutico oggetto del presente contributo, basti segnalare Competition and Markets Authority (CMA), “Business Cooperation in Response to Covid-19”, 25 marzo 2020; Autorità garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm), “Comunicazione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sugli accordi di cooperazione e l’emergenza Covid-19”, 22 aprile 2020. In generale, per un commento, si veda P. HENTY, *Cooperation & COVID-19: The EU Temporary Framework & national cooperation exemptions*, in *Concurrences*, 18 giugno 2020, a p. 5 ss.; si veda anche A. PEZZOLI, *La politica della concorrenza ai tempi del virus e la rilegittimazione dell’intervento pubblico*, in *Mercato concorrenza regole* 2020, 1, p. 139.

¹¹ Commissione eur., Quadro temporaneo per la valutazione delle questioni in materia di antitrust relative alla cooperazione tra imprese volta a rispondere alle situazioni di emergenza causate dall’attuale pandemia di Covid-19 (2020/C 116 I/02). La comunicazione è di applicazione fino alla sua revoca da parte della Commissione.

¹² Si vedano i parr. 2-4 della Comunicazione. Tra gli altri fattori che aggravano la carenza di prodotti si annoverano la costituzione precauzionale di scorte su vasta scala lungo tutta la catena della distribuzione, l’interruzione delle attività nelle fabbriche a causa dell’adozione di misure di quarantena o di confinamento, i problemi di natura logistica causati dalla chiusura delle frontiere, i divieti di esportazione e il lockdown dei paesi terzi che riforniscono l’UE.

dei suddetti progetti.

Per quanto riguarda il primo punto, la Commissione considera diversi scenari nel testo del Quadro.¹³ Un primo scenario riguarda le forme di cooperazione che non risulterebbero problematiche, anche in tempi ordinari, ove presenti le garanzie già previste nel contesto consolidato delle Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale. Rientra in tale ipotesi l'esempio fornito dalla Commissione relativo alla cooperazione realizzata tramite l'affidamento ad una associazione di categoria di compiti che sarebbero ampiamente ammessi anche a prescindere dalla contingenza pandemica (ad es., coordinamento del trasporto di materiali, ausilio nell'individuazione dei medicinali carenti, condivisioni di informazioni aggregate su produzione e capacità e su carenze di approvvigionamento).¹⁴

Una seconda ipotesi - questa volta più problematica per il diritto della concorrenza - riguarda la possibile necessità di un grado di cooperazione più intensa.¹⁵ Questo può riguardare, ad esempio, l'adozione di misure volte ad adeguare la produzione alla domanda, la gestione delle scorte e la loro distribuzione a livello industriale. Tali operazioni possono richiedere, infatti, lo scambio di informazioni sensibili e il coordinamento della produzione. In questi casi, tali misure non sarebbero problematiche o, data la situazione di emergenza e il carattere temporaneo, non costituirebbero una priorità di *enforcement* per la Commissione, ove: i) progettate ed effettivamente necessarie per aumentare la produzione nel modo più efficace possibile per garantire l'offerta di prodotti o servizi essenziali; ii) temporanee; iii) proporzionate.¹⁶

Infine, la cooperazione è da intendersi consentita ove imposta da una richiesta imperativa delle autorità pubbliche.¹⁷ A tal riguardo, appare utile richiamare come, in generale, in base alla cd. *state action doctrine* (anche nota

¹³ G. MONTI, *Business Cooperation in Times of Emergency: The Role of Competition Law*, in *Competition Policy International*, Maggio 2020, disponibile all'indirizzo: <https://www.competitionpolicyinternational.com/business-cooperation-in-times-of-emergency-the-role-of-competition-law/>.

¹⁴ Parr. 12-13.

¹⁵ Par. 14: "Può inoltre rendersi necessario ampliare ulteriormente la cooperazione nel settore sanitario per ovviare a carenze critiche di approvvigionamento. Può ad esempio rendersi necessario estendere la cooperazione al coordinamento per riorganizzare la produzione allo scopo di aumentarla e ottimizzarla in modo che le imprese non si concentrino tutte su uno o su alcuni medicinali, mentre la produzione di altri medicinali continua a essere inferiore alla domanda, qualora tale riorganizzazione consenta di soddisfare la domanda di medicinali necessari con urgenza negli Stati membri."

¹⁶ Par. 15.

¹⁷ Par. 16.

come *state compulsion doctrine*), un comportamento anticoncorrenziale da parte di un'impresa non è assoggettato alle norme antitrust ove abbia origine nell'azione dello Stato. Tuttavia, si ricorda che l'ambito di applicazione di questo principio è limitato, in quanto si applica solo ove la legislazione nazionale (i) imponga alle imprese di agire in modo anticoncorrenziale o (ii) crei un contesto giuridico che elimini di per sé ogni possibilità di attività concorrenziale da parte loro. Al contrario, laddove la normativa nazionale si limiti a incoraggiare o facilitare comportamenti anticoncorrenziali autonomi, le imprese restano tipicamente soggette ai divieti antitrust.¹⁸

Una delle principali novità del Quadro è il ricorso allo strumento delle *comfort letters*, che non rientrano tra gli strumenti annoverati nel sistema corrente governato dal Regolamento 1/2003 e nel relativo regime di *self-assessment*, ma risalgono a quello previgente.¹⁹ Non sono però presenti molti esempi di tale utilizzo. In particolare, la Commissione ha adottato due *comfort letters* con applicazione nel settore farmaceutico. La prima, rilasciata lo stesso giorno di pubblicazione del Quadro, riguarda Medicines for Europe, associazione derivante dalla precedente European Generics Medicines Association (EGA) e che rappresenta la maggior parte dei produttori di medicinali generici e biosimilari in Europa.²⁰ La lettera ha ad oggetto uno specifico programma di cooperazione volontaria tra società farmaceutiche volta a fronteggiare i rischi di carenze di medicinali.

¹⁸ Si veda la sentenza del 14 ottobre 2010, *Deutsche Telekom AG c. Commissione*, Causa C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, par. 80-82 e le sentenze ivi richiamate.

¹⁹ Come noto, dall'entrata in vigore del regolamento (CE) n. 1/2003, si è passati dal regime di notifica e autorizzazione a quello di eccezione legale, per cui le imprese non possono più inviare la notifica dei loro accordi alla Commissione per ottenere un'esenzione ad hoc dall'articolo 101 del TFUE, ma devono procedere ad una autovalutazione della legittimità delle proprie pratiche. Negli anni '70, sotto la vigenza del Regolamento 17/1962, nasceva lo strumento della *comfort letter* come parere informale della Commissione alle parti in base al quale l'accordo notificato veniva ritenuto conforme o meno alle condizioni per l'applicazione dell'attuale articolo 101(1) TFUE. Le *comfort letters*, come strumenti non vincolanti, non vincolano le corti, se pure possono essere dalle stesse prese in considerazione nella valutazione della compatibilità di un accordo con le norme del Trattato (si veda la sentenza del 10 luglio 1980, *SA Lancôme e Cospafrance Nederland BV c. Etos BV ed Albert Heyn Supermart BV*, Causa 99/79, ECLI:EU:C:1980:193, punto 11). Per una ricostruzione dell'istituto, si vedano J. BUHART - D. HENRY, *COVID-20: The Comfort Letter Is Dead. Long Live the Comfort Letter?*, (2020) 43(3) *World Competition* 305, p. 307 ss. (i quali affermano come, per tutta la durata del Regolamento 17, nessun tribunale nazionale o autorità nazionale ha emesso una decisione contraria alla posizione presa dalla Commissione in una *comfort letter*).

²⁰ La *comfort letter* è disponibile online all'indirizzo: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/medicines_for_europe_comfort_letter.pdf.

Affermando che nelle circostanze eccezionali della pandemia la cooperazione in questione non desta preoccupazioni ai sensi dell'art. 101 TFUE, la Commissione ha previsto alcune condizioni, ossia che: i) la cooperazione sia aperta a qualsiasi produttore farmaceutico disposto a partecipare; ii) vengano redatti e conservati verbali di tutte le riunioni e copie di eventuali accordi stipulati tra imprese nell'ambito di tale cooperazione siano condivise con la Commissione; iii) lo scambio di informazioni commerciali riservate tra i produttori sia limitato a quanto è indispensabile per conseguire efficacemente gli obiettivi prefissati; iv) la cooperazione sia limitata nel tempo fino al superamento del rischio di carenze di medicinali. Vale la pena sottolineare come il Quadro ha indicato come la circostanza che una cooperazione sia incoraggiata o coordinata da un'autorità pubblica possa costituire un elemento rilevante.²¹ In questa *comfort letter* il rischio di carenze risulta essere stato identificato dalla Commissione stessa in collaborazione con l'Agenzia europea dei medicinali (EMA) e che i commissari europei competenti avevano invitato gli attori del mercato ad affrontare la questione.

Una seconda *comfort letter* è stata inviata dalla Commissione il 26 marzo 2021, con riferimento all'organizzazione di un forum online "Matchmaking event" progettato per affrontare le strozzature nella produzione di vaccini COVID-19 e accelerare l'uso delle capacità aggiuntive disponibili in tutta Europa, facilitando gli scambi tra i partecipanti, compresi i concorrenti diretti, ai quali sono poste una serie di condizioni.²²

In entrambe le occasioni la Commissione ha precisato che la *comfort letter* non copre alcuna discussione sui prezzi o qualsiasi altro possibile coordinamento su temi non strettamente necessari. La valenza delle suddette *comfort letter* è subordinata alla circostanza che le imprese partecipanti non applichino un aumento ingiustificato dei prezzi, in quanto condotte che comportino tentativi di sfruttare opportunisticamente la crisi come una "copertura" per comportamenti anticoncorrenziali non possono essere tollerate.

E' il caso di menzionare che approccio e principi simili sono stati adottati anche oltreoceano, ove il Department of Justice (DoJ) e la Federal Trade

²¹ Par. 15.

²² Il testo è disponibile online all'indirizzo: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/comfort_letter_coronavirus_matchmaking_event_25032021.pdf. Per i concorrenti diretti, la Commissione pone le seguenti condizioni: i) le società non devono condividere informazioni commerciali riservate relative ai loro prodotti concorrenti, in particolare informazioni relative a prezzi, sconti, costi, vendite, strategie commerciali, piani di espansione e investimenti, elenco clienti, ecc.; ii) i concorrenti diretti devono tenere un registro degli argomenti in discussione.

Commission (FTC) hanno rilasciato un *Joint Antitrust Statement Regarding COVID-19* nel marzo 2020.²³ Riconoscendo che la situazione pandemica avrebbe richiesto una “*unprecedented cooperation*”, le agenzie statunitensi hanno chiarito che diversi tipi di attività di cooperazione sono compatibili con il diritto antitrust, in particolare ove si tratti di collaborazione in ricerca e sviluppo e di condivisione del *know-how* tecnico, purché non riguardante dati specifici su prezzi, salari, produzione o costi.²⁴ Allo stesso tempo, le agenzie statunitensi hanno ribadito l’impegno a perseguire severamente le imprese che possano utilizzare la pandemia come un’opportunità per implementare condotte anticoncorrenziali. Unitamente allo *Statement*, le agenzie antitrust hanno previsto anche una procedura accelerata per consentire alle aziende di avere in tempi brevi in relazione agli accordi legati alla pandemia risposte tramite le procedure di *business review letter* (DOJ) o di *advisory opinion* (FTC).²⁵

²³ FTC, DoJ, ‘Joint Antitrust Statement regarding COVID-19’, Marzo 2020, <<https://www.justice.gov/atr/joint-antitrust-statement-regarding-covid-19>>.

²⁴ Per un’analisi del contesto statunitense, si veda N. BANKS, *Competition policy during pandemics: how to urgently produce healthcare goods and services while avoiding economic disaster*, (2021) 9(3) *Journal of Antitrust Enforcement* 413.

²⁵ FTC, DoJ, ‘The Justice Department and the Federal Trade Commission announce Expedited Antitrust Procedure and Guidance for Coronavirus Public Health Efforts’, 24 Marzo 2020), disponibile online all’indirizzo: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-and-federal-trade-commission-announce-expedited-antitrust-procedure-and>. In base alla *expedited procedure*, le agenzie si impegnano a rispondere a tutte le richieste relative al Covid-19 e risolvere quelle che riguardano la salute e la sicurezza pubblica, entro sette giorni dal ricevimento di tutte le informazioni necessarie, offrendo così una revisione più rapida delle regole esistenti di FTC e DOJ ideate per fornire una guida alle imprese preoccupate per la compatibilità delle condotte in questione con le norme antitrust. Tra i primi esempi noti, le società farmaceutiche Eli Lilly & Co., AbCellera Biologics, Amgen, AstraZeneca, Genentech e GlaxoSmithKline hanno presentato una richiesta al DoJ il 15 luglio 2020, a cui è seguita risposta positiva (disponibile all’indirizzo: <https://www.justice.gov/atr/page/file/1297161/download>). Dai documenti risulta che la richiesta avesse ad oggetto lo scambio di informazioni in gran parte tecniche e non comprendenti costi di produzione o prezzi dei trattamenti. Un’altra *business letter* è stata emessa il 12 gennaio 2021 su richiesta delle aziende farmaceutiche Grifols Therapeutics LLC, Emergent BioSolutions Inc., Baxalta US Inc. and CSL Plasma Inc. per assistere la Biomedical Advanced Research and Development Authority (BARDA) nello sviluppo di quality standards per la raccolta del plasma convalescente Covid-19 (disponibile all’indirizzo: <https://www.justice.gov/atr/page/file/1352826/download>). Il DoJ ha dichiarato che non intendeva contestare la cooperazione in questione, soprattutto in quanto la comunicazione diretta tra le parti sarebbe avvenuta in presenza di rappresentanti della BARDA e le società richiedenti si sono impegnate a non scambiare informazioni sensibili strategiche rilevanti per la concorrenza. La lista di *business review letters* è disponibile all’indirizzo <https://www.justice.gov/atr/business-review-letters-and-request-letters>. Similmente alle *comfort letters* europee, le *business review letters* del DoJ

3. *Punti critici*

Al pari di quanto possa avvenire in generale in tempi di crisi, la domanda che si pone con riferimento alla linea d'azione delle autorità antitrust è essenzialmente se sia opportuno adottare un approccio temporaneamente meno stringente nella applicazione delle norme di concorrenza.²⁶ A tal riguardo, si può notare come, se, da un lato, le autorità si sono mobilitate con flessibilità e solerzia nel rispondere alle esigenze della crisi pandemica, dall'altro, valga in ogni caso il monito generale sui rischi di un "rilassamento" dell'*enforcement* antitrust in tempi di crisi.²⁷ Come autorevolmente notato in passato con riferimento ad altri periodi segnati da eventi straordinari, è operazione complessa condurre un'analisi dell'*enforcement* antitrust contestualmente al periodo di emergenza.²⁸ Ciononostante, alcune brevi riflessioni possono essere svolte rispetto alle iniziative sopra menzionate, avvertendo circa il carattere necessariamente preliminare delle stesse.

La valutazione della legittimità di una cooperazione durante la crisi pandemica può essere problematica per le autorità antitrust sotto vari profili, considerando, da un lato, la necessità di fornire una guida tempestiva alle imprese e un rapido processo decisionale, dall'altro, la determinazione della necessità dell'accordo e della sua durata. Oltre alle esigenze di chiarezza e certezza del diritto, una delle difficoltà principali per le autorità di concorrenza in relazione agli accordi in questione può consistere nel verificare, ad esempio, che lo scambio di informazioni coinvolto nella cooperazione sia strettamente limitato a quanto richiesto dall'obiettivo

forniscono una guida ma non un'esenzione dalle norme antitrust. Per un commento e un confronto con il sistema europeo, si veda R. BRANDENBURGE - C. RITZ, *COVID-19 and cooperation: Changes in competition law?*, in *Concurrences*, 2021, n.4.

²⁶ J. PADILLA - N. PETIT, *Competition policy and the Covid-19 opportunity*, in *Concurrences*, 2020, n. 2.

²⁷ M.P. SCHINKEL - A. D'AILLY, *Corona Crisis Cartels: Sense and Sensibility*, Amsterdam Law School Research Paper No. 2020-31, Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2020-03 (disponibile online all'indirizzo: <https://ssrn.com/abstract=3623154>); P. ORMOSI - A. STEPHAN, *The dangers of allowing greater coordination between competitors during the COVID-19 crisis*, (2020) 8(2) *Journal of Antitrust Enforcement* 299; N. BANKS, cit., p. 431.

²⁸ D.A. CRANE, *Antitrust during (and especially after) a global pandemic*, in *Concurrences*, 2020, 2, 54. In precedenza, dello stesso Autore: ID., *Antitrust Enforcement During National Crises: An Unhappy History*, *Global Competition Pol'y*, Autumn 2008 (Vol. 12, No. 1), <https://www.competitionpolicyinternational.com/antitrust-enforcement-during-national-crises-an-unhappy-history>; ID., *Did We Avoid Historical Failures of Antitrust During the 2008-09 Financial Crisis?*, 77 *Antitrust L. J.* 219 (2010).

dichiarato dell'accordo stesso. Un altro aspetto problematico è quello di determinare il periodo di tempo necessario per raggiungere gli obiettivi di efficienza della cooperazione e come limitare nel tempo la collaborazione, essendoci rischi significativi sia nel permettere un'estensione indebita della cooperazione sia nel richiederne un termine anticipato.²⁹

Per quanto riguarda il Quadro adottato dalla Commissione, esso si caratterizza per un approccio permissivo giustificato dall'eccezionalità della situazione pandemica, ma presenta alcuni punti critici.³⁰ Un primo punto riguarda i criteri sostanziali individuati in esso. In particolare, è stato notato, in dottrina, come non sia chiara la base giuridica che giustifichi la tolleranza in tempo di pandemia verso quelle forme di cooperazione che sarebbero problematiche in situazioni ordinarie. Ci si è, infatti, chiesti se essa derivi dalla circostanza che gli effetti positivi degli accordi cooperativi in questione superino quelli negativi e dunque non vi sia una restrizione della concorrenza, oppure se la cooperazione in questione sia esclusa dall'applicazione dei divieti antitrust in quanto messa in atto nell'interesse pubblico, oppure vengano considerati alla stregua di restrizioni accessorie, oppure -ancora- se sussistano le condizioni per l'esenzione individuale ex art. 101(3) TFUE.³¹ Se si possa trattare di una di queste ipotesi o piuttosto di una commistione di vari elementi, non è infatti ricavabile dal testo della Comunicazione, che appare non chiara sul punto.³²

²⁹ OECD, *Co-operation between competitors in the time of COVID-19*, 26 maggio 2020, p. 8 ss.

³⁰ L'approccio del Quadro è chiaramente più permissivo di quello delle Linee direttrici, che -tra i vari elementi- danno rilevanza primaria alla quota di mercato, come rilevato nella nota 9. Sul punto e per un confronto con l'approccio delle Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale, si veda HENTY, cit.

³¹ G. MONTI, cit. L'A. considera un'ulteriore opzione, ossia l'uso dell'articolo 106(2) TFUE, che si applica alle imprese alle quali uno Stato membro affida la fornitura di servizi di interesse economico generale e prevede che le regole del trattato (e in particolare le regole di concorrenza) non si applichino quando esse ostacolerebbero l'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Per un'ulteriore critica sull'impostazione adottata dalla Commissione, si veda F. JENNY, *Introduction*, in *Concurrences 2020*, p. 2 (*Competition law and health crisis, On-Topic*), p. 11. L'A. afferma che la posizione della Commissione per cui tali accordi non siano una priorità di *enforcement* è *prima facie* difficile da conciliare con la sentenza *Irish Beef*, in cui la Corte ha affermato che gli accordi anticoncorrenziali destinati a rimediare ad una crisi in un settore sono di per sé violazioni del diritto della concorrenza e che eventuali elementi rilevanti vadano valutati solo nel contesto dell'art. 101(3) (sentenza del 20 novembre 2008, C-209/07, *Competition Authority v. Beef Industry Development Society Ltd e Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd.*, ECLI:EU:C:2008:643, par. 21).

³² In questo senso, G. MONTI, cit. L'Autore nota che "*the pathway to legality may not matter too much in the current state of emergency, but as with other forms of cooperation which may be*

Inoltre, la scelta di strumenti di *soft law*, quali le *comfort letters*, non è passato inosservato in dottrina. In base alla limitata esperienza attuale, non è al momento possibile valutare se le *comfort letters* possano ritornare ad essere uno strumento più frequentemente utilizzato dalla Commissione, eventualmente in contesti specifici. In ogni caso, alcuni autori hanno visto nel ricorso a tale strumento un implicito riconoscimento delle insidie inerenti al modello di *self-assessment* in vigore.³³ Altri hanno criticamente notato la peculiarità della scelta della Commissione, considerando gli strumenti ad essa a disposizione nel quadro vigente, ossia lettere di orientamento informali oppure le cd. *non-infringement decisions*, peraltro finora mai utilizzati nella prassi.³⁴ Per quanto riguarda le prime, va ricordato come la Commissione abbia la possibilità di fornire orientamenti informali alle singole imprese -nella misura in cui ciò sia compatibile con le sue priorità di *enforcement* - nel caso di questioni nuove.³⁵ Circa le seconde, il Regolamento 1/2003 prevede, all'art. 10, che per ragioni di interesse pubblico comunitario la Commissione, d'ufficio, possa rilasciare una decisione contenente una dichiarazione di inapplicabilità degli articoli 101 e 102 TFUE: la funzione di queste decisioni di natura dichiarativa sarebbe quella di rendere chiara la legislazione e di garantirne un'applicazione coerente, in particolare per quanto riguarda nuovi tipi di accordi o di pratiche non consolidati nella giurisprudenza e prassi amministrativa esistenti.³⁶

4. Considerazioni conclusive

Si è visto come, per garantire la certezza del diritto e promuovere la ripresa consentendo una maggiore collaborazione tra imprese, uno dei compiti immediati più rilevanti per le autorità di concorrenza è stato quello di fornire una guida su quali tipi di collaborazione sarebbero stati

in the public interest, we see some reluctance to engage with the legal order and explain the basis upon which agreements may be exempted."

³³ I. LIANOS - T. MINNSEN - C. KOLLMAR, cit., p. 8.

³⁴ G. MONTI, cit. (l'A., inoltre, chiede se l'adozione di *non-infringement decisions* non sia preferibile a strumenti di *soft law*); J. BUHART - D. HENRY, cit., pp. 311-313.

³⁵ Comunicazione della Commissione sull'orientamento informale per questioni nuove relative agli articoli 81 e 82 del Trattato CE, sollevate da casi individuali (lettere di orientamento), (2004/C 101/06), *GU C* 101 del 27/04/2004, p. 78. Si veda il par. 6. Si veda inoltre il considerando 38 del Regolamento 1/2003. Nella prassi, ad oggi non risulta che questo strumento sia stato utilizzato dalla Commissione.

³⁶ Considerando 14 del Regolamento 1/2003.

considerati compatibili con le regole antitrust. In generale, ma soprattutto in un settore come quello farmaceutico, tipicamente sottoposto ad un forte *enforcement* antitrust e ove la cooperazione svolge un ruolo centrale di contrasto alla pandemia, è allo stesso tempo fondamentale che le autorità di rimangano vigili su eventuali illegittime distorsioni della concorrenza. Nel complesso, l'approccio dichiarato dalle autorità è basato sull'idea di non includere, per quanto possibile e con la previsione di limiti e tutele, gli accordi di cooperazione nelle priorità dell'attività di *enforcement*.³⁷ Quando la crisi si sarà attenuata, le iniziative di collaborazione formatesi nel contesto pandemico e i loro risultati potranno presumibilmente costituire un importante materiale di studio.³⁸

Nel frattempo, la pandemia ha fornito un ulteriore spunto di riflessione nel dibattito che si sta diffondendo negli ultimi anni sul ruolo del diritto della concorrenza, accanto al più ampio tema degli obiettivi di sostenibilità, su cui non è possibile soffermarsi approfonditamente in questa sede, ma che merita menzione nelle presenti brevi conclusioni. Si fa riferimento a quelle istanze mosse sulla scia delle sfide alla concezione più tradizionale dell'antitrust, basata essenzialmente su parametri di efficienza economica, e sostenitrici di un approccio "olistico" e al passaggio ad un diritto della concorrenza "policentrico".³⁹ Difatti, il settore farmaceutico rappresenta un perfetto banco di prova per indagare se considerazioni di politica pubblica più ampie e parametri non puramente economici debbano essere integrati nella valutazione antitrust. I temi della tutela della salute e dell'accesso ai farmaci, ampiamente oggetto di costante discussione e studio, si sono imposti nuovamente sulla scena globale proprio in occasione della pandemia del Covid-19, ove il collegato dibattito sulle deroghe alla proprietà intellettuale e sull'accesso ai vaccini ha rinvigorito la riflessione sulla connessione e integrazione dei valori di innovazione, disponibilità e accessibilità.

In generale, ci si chiede se le attuali risposte alla pandemia possano fornire un modello per l'applicazione del diritto della concorrenza per affrontare alcune delle "grandi sfide" attuali e future. Ritornando al tema del presente contributo, ci si chiede, in prospettiva, fino a che punto il

³⁷ Se questo riduce il rischio di procedimenti d'ufficio contro tali accordi, tuttavia non garantisce lo loro non contestabilità, in particolare davanti alle corti, o l'avvio di procedimenti su istanza di terzi.

³⁸ M.P. SCHINKEL - A. D'AILLY, cit., p. 12 (gli A. individuano alcune domande, ad es., sul tipo di aziende o industrie hanno richiesto una *comfort letter*, se le collaborazioni hanno funzionato come previsto e hanno aumentato l'offerta, se si sono riscontrati abusi).

³⁹ I. LIANOS, *Polycentric Competition Law*, (2018) 71(1) *Current Legal Problems* 215.

perseguimento di determinati obiettivi di particolare interesse pubblico possa avere rilevanza nella facilitazione della cooperazione tra concorrenti e nella previsione di approcci flessibili nell'*enforcement* antitrust.⁴⁰ Sarà, in tal senso, interessante verificare se l'esperienza acquisita dalla Commissione europea con gli accordi tra imprese nella pandemia informerà in qualche modo la revisione delle Linee guida e i regolamenti di esenzione per categoria relativi agli accordi orizzontali, in scadenza nel 2022.⁴¹

ABSTRACT

Competition law typically provides safeguards and exemptions for various forms of cooperation falling under the category of horizontal cooperation agreements between undertakings. In the pandemic period, competition authorities have adopted additional specific temporary measures aimed at not hindering collaboration initiatives, while they are required to remain vigilant for possible anticompetitive conduct and to strike a balance between a more permissive approach towards companies' initiatives to address market disruptions and the need to preserve the market itself from distortions of competition. The contribution examines measures taken at European level that are relevant to pharmaceutical companies in order to analyse their scope and critical aspects.

⁴⁰ G. MONTI, cit. Si veda anche M. KOZAK, *Competition Law and the COVID-19 Pandemic – Towards More Room for Public Interest Objectives?*, (2021) 17(3) *Utrecht Law Review* 118.

⁴¹ I. LIANOS - T. MINNSEN - C. KOLLMAR, cit., p. 12. Gli Autori considerano la possibilità di cambiamenti ulteriori, ove, in quella sede, la Commissione inserisse lo sviluppo sostenibile come principio giuridico, per cui la valutazione degli effetti di accordi potenzialmente restrittivi potrebbe anche prendere in considerazione, in determinate circostanze, obiettivi sociali più ampi, come il diritto alla salute o l'interesse sociale della salute pubblica. Gli stessi Autori ritengono, inoltre, che la crisi possa fornire l'opportunità per lo sviluppo di nuovi approcci nell'*enforcement* antitrust.

Amalia Diurni*

Health Impact Assessment: comparison of models

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. *Health Impact Assessment* – 2.1. *Tight e Broad Perspective* – 2.2. Modelli di HIA nel mondo – 3. Il ruolo della prassi nel confronto con i poteri tradizionali – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Nel decimo anniversario della Conferenza mondiale sui determinanti sociali della salute¹ e a due anni circa dalla dichiarazione di pandemia da Covid 19 dell'OMS, è tempo di bilanci circa la diffusione dell'HIA nel mondo e la sua efficacia nell'imporre nel dibattito politico e sociale a livello nazionale, regionale e internazionale la questione della salute umana 'globale' (nelle molteplici connotazioni del termine) in modalità sia autonoma che coordinata con il più classico tema dell'ambiente. La sua promozione di origine sovranazionale si è scontrata con l'eterogeneità delle realtà locali sotto il profilo politico, economico, socio-culturale, strutturale e di sistema, trasformando uno strumento dalle indiscutibili potenzialità in un'arena in cui diversi attori confrontano le rispettive forze su principi, valori, diritti, dati e (pre)visioni.

L'investigazione attraverso le metodologie della macrocomparazione

* Ordinario di Diritto privato comparato, Dipartimento di Management e Diritto, Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

¹ Si tratta della Conferenza di Rio del 2011, di cui v. *infra* nota 8. L'espressione 'determinanti sociali della salute' è stata sviluppata dagli studiosi G. DAHLGREN e M. WHITEHEAD nel 2006, a conclusione di anni di ricerca sul tema, avviata a inizio anni novanta con l'opera dal titolo *Policies and Strategies to Promote Social Equity in Health*. Institute for Future Studies, Stockholm, 1991, che si può leggere nella versione rivisitata dopo la Conferenza dell'OMS che ne ha sancito la rilevanza internazionale: <https://core.ac.uk/download/pdf/6472456.pdf>. Nell'era delle tecnologie di informazione e comunicazione, anche i determinanti della salute sono stati oggetto di revisione. Ne hanno fatto oggetto di ricerca L. RICE e R. SARA in un interessante articolo (sebbene nel titolo ci si riferisca a quella attuale come «era dell'informazione», definizione molto discussa negli ambienti scientifici delle varie discipline): *Updating the determinants of health model in the Information Age*, in *Health Promotion International*, 2019, 34 (6), p. 1241 ss.

delle molte fisionomie che la valutazione di impatto sulla salute ha assunto nei processi di sua contestualizzazione nell'ambito domestico e la verifica dell'operatività dei modelli che ne sono conseguiti fornisce informazioni rilevanti sul ruolo e il valore dell'expertise tecnico-scientifico e della sua capacità predittiva nel dibattito politico, sulla distribuzione del potere decisionale nell'interazione tra settori, sulla valenza reale dei diritti collettivi nella relazione tra istituzioni e cittadini.

Il contributo al dibattito giuridico che codesta analisi può apportare consiste nella mappatura sistemologica della diffusione e dell'applicazione dello HIA in Europa e nel mondo da inserire in un più ampio percorso di comprensione delle attuali dinamiche del *legal process*.

Tra i molti quesiti formulati dagli organizzatori di questo colloquio, dunque, quelli che hanno ispirato questo mio intervento sono i seguenti:

“Do emergencies bring to forefront new political and institutional actors such as scientists, predictive analysts or even more safety experts. How do they operate? What is their interaction with traditional powers?”

Anticipando le conclusioni cui sono giunta, questa mia relazione ha due obiettivi: da una parte, dimostrare l'effettiva emersione di nuovi attori che possono porsi, a seconda delle circostanze, in collaborazione o in competizione con i classici formanti del diritto; i nuovi attori sono - nel caso specifico della valutazione di impatto sulla salute - scienziati, analisti, tecnici, ma – ampliando l'orizzonte - possono essere di volta in volta professionisti, quali economisti, giuristi, medici, ingegneri, operatori di settore. In tal senso, un parallelismo si può senz'altro fare ad esempio con il settore finanziario²: è noto che sono i *back offices* degli istituti finanziari

² La maggior parte dei prodotti della finanza attualmente in circolazione sono stati creati nei back offices degli istituti finanziari con procedimenti di produzione che coinvolgono molte figure professionali. Derivati e *collaterals* sono il risultato di pratiche che vanno dalla produzione di documenti (*swaps, master agreements*), alla registrazione (*book-entry, filing*) allo scambio finale (borse, OTC). Strumenti finanziari, transazioni negoziali e le connesse garanzie sono messi a punto da esperti legali in collaborazione con analisti e operatori. Le operazioni di finanza necessitano che beni, controparti e contesto siano preventivamente e predittivamente valutati sulla base di modelli matematici e calcoli delle probabilità senza i quali non è pensabile conseguire l'obiettivo di ridurre al minimo o almeno contenere entro limiti ragionevoli i rischi innati alle operazioni stesse. Negli ultimi anni i cc.dd. *social studies of finance* hanno riflettuto sul valore epistemologico della prassi e delle tecniche dei mercati finanziari, affiancando la prospettiva antropologica ai modelli economici e osservando i frutti dell'immaginazione popolare intorno ad essi: cfr. D. MACKENZIE, *Material Markets: how economic agents are constructed*, Oxford, 2009, p. 83 ss. Secondo la teoria più recente, lo scenario della finanza attuale sarebbe il risultato, da una parte, della natura fittiva dei rimedi predisposti per superare gli ostacoli del tempo e dello spazio e, dall'altra, dell'ignoranza dei giuristi, che devono affidarsi ad esperti analisti ed economisti e giuridicizzare prassi di cui

e bancari le vere fucine delle novità dei mercati e della regolamentazione degli strumenti negoziali che li accompagnano.

Tutte queste figure di pratici ed esperti sono da ricondursi ad un quarto formante del diritto: quello della prassi, che come gli altri, ed eventualmente, ma non necessariamente con gli altri, contribuisce a modellare le regole della vita sociale.

Il secondo obiettivo che mi prefiggo è la dimostrazione che, come nei settori a dimensione internazionale (finanza, M&A), così nelle questioni con respiro globale, come la tutela del pianeta e degli esseri umani (e non) che lo vivono, ci sono due forze che influenzano il *legal process*: una centripeta ed una centrifuga.

La prima è costituita proprio dalla prassi, dalla diffusione di conoscenze empiriche, scientifiche e professionali e dalla loro applicazione alla realtà concreta cosicché - pur partendo da un'estrema varietà di espressioni e di esperienze - la prassi tende a convergere verso soluzioni simili o per lo meno assimilabili, allo stesso modo di un corpo con moto circolare che si vede attratto verso il centro. Le regole per il contenimento della pandemia da Covid³ ben esemplificano quanto intendo rappresentare.

La seconda è la forza centrifuga esercitata da istituzioni con personalità o rilievo internazionale, ma anche regionale, soggetti pubblici internazionali⁴ oppure soggetti privati di rilievo internazionale⁵ che creano contenuti giuridici e concettuali con potenziale globale. Questi contenuti si diffondono con un movimento che, come quello centrifugo appunto,

non hanno pieno controllo: cfr. A. RILES, *Collateral Expertise. Legal Knowledge in the Global Financial Markets*, in *Current Anthropology*, 2010 (51, 6), p. 795 ss., seguito dai commenti di C. J. GREENHOUSE, *ivi*, p. 806 s.; R. C. LIM - N. M. STOLZENBERG, *ivi*, p. 810 s.; M. VALVERDE, *ivi*, p. 812 s. Tali pratiche sono caratterizzate da modalità di socializzazione: alla tradizionale socializzazione verticale che caratterizza il rapporto tra operatori e istituzioni, si affianca una socializzazione orizzontale, definita "post-sociale" che unisce i vari expertise degli attori coinvolti: cfr. H. MIYAZAKI, *Between arbitrage and speculation: an economy of belief and doubt*, in *Economy and Society*, 2007 (36), p. 408 s.

³ Durante la pandemia e tuttora la AIDC ha svolto un ruolo fondamentale nel diffondere i contenuti delle analisi scientifiche delle regole prodotte e delle modalità di loro produzione nell'impatto con un evento di dimensione globale: www.comparativecovidlaw.it

⁴ Si consideri l'Organizzazione mondiale della sanità e il ruolo primario che ha svolto nella dimensionalità del concetto di salute: cfr. *infra* pp. seguenti e nota 9.

⁵ Continuando ad attingere dal settore finanziario si rammenta il ruolo svolto dalle associazioni di categoria nella regolamentazione dei prodotti finanziari di riferimento per mezzo di *Master Agreements* che costituiscono fonte di diritto uniforme [per *swaps* e derivati l'International Swaps and Derivatives Association (ISDA) con il suo *Master Agreement*; per i *repos* il *Global Master Repurchase Agreement* dell'ICMA; per il prestito titoli il *Global Master Securities Lending Agreement* dell'ISLA].

parte dal centro con direzione verso gli estremi della circonferenza.

Queste due forze non solo sono in relazione l'una all'altra, ma tendono spontaneamente all'equilibrio. In fisica è ciò che rende possibile che la luna giri intorno alla terra e la terra intorno al sole; in diritto è il meccanismo che rende possibile la nascita di regole uniformi, una *legal convergence*⁶.

2. Health Impact Assessment (HIA)

L'Health Impact Assessment, nell'acronimo HIA, ossia la valutazione di impatto sulla salute, può essere preso ad esempio di come l'emergenza ambientale e sanitaria porti di fatto all'emersione di nuovi attori e nuove modalità di interazione di questi con i classici formanti del diritto, nonché alla creazione di regole per mezzo di un duplice andamento, centrifugo e centripeto.

Ufficialmente l'OMS e il *Consensus Paper* di Göteborg⁷ definiscono

⁶ La convergenza sotto il profilo giuridico consiste nell'avvicinamento tra loro di regole nazionali a livello micro e dei sistemi giuridici stessi a livello macro. Mentre l'espressione '*legal transplant*' coniata da Walton, su cui Watson ha costruito la propria teoria della circolazione dei modelli, si concentra sul meccanismo di trasferimento, o letteralmente trapianto giuridico; quello di '*legal convergence*' viene teorizzato da B. S. MARKESINIS, *Learning from Europe and Learning in Europe*, in B. S. MARKESINIS (a cura di), *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st century*, Oxford, 1994, p. 30s., e poi formalizzato nei reports su *Progress towards convergence* 1995 e 1996 dell'allora Istituto Monetario Europeo, in riferimento all'art. 131 TFUE (ex art. 108 TCE), poi ripreso nell'art 14.1 del Protocollo (n. 4) sullo statuto dell'ESCB e della BCE. In tale contesto viene definito come "the adaptation of national legislation, inclusive of statutes of NCBs (...). The Treaty and the Statute do not require harmonisation of national legislation. National peculiarities may continue to exist. The Treaty and the ESCB/ECB Statute require the removal of incompatibilities between the Treaty and the Statute on the one hand and national legislation on the other (...). The Treaty and the Statute do not prescribe the manner in which national legislation needs to be adapted. This may be achieved by references to the Treaty and the Statute, by the incorporation of provisions thereof, by the simple deletion of incompatibilities or by a mixture of those methods": IME, *Legal Convergence in the Member States of the European Union*, Francoforte, 1997, p. 1s. Contrario da principio ad entrambe le teorie, P. LEGRAND, *European Legal Systems are not converging*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1996 (45/1), p. 52 ss.; ID., *The Impossibility of 'Legal Transplants'*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997 (4), p. 111 ss. Le modalità con cui la convergenza può realizzarsi sono svariate e tutte esplorate nonostante alcuni ne preferiscano una ad un'altra: cfr. la disputa tra R. Zimmerman e O. Lando, tra *ius commune* e codificazione.

⁷ Nel 1999 lo *European Centre for Health Policy* ha reso pubblico il c.d. *Gotheburg Consensus Paper*, con la finalità di fornire attraverso la VIS un modello di salute fondato

la valutazione di impatto sulla salute come: “un insieme di procedure, metodi e strumenti volti a valutare in modo sistematico gli effetti possibili (positivi o negativi, diretti o indiretti) di una politica, di un programma o di un progetto sulla salute pubblica e la ripartizione di tali effetti sulla popolazione”. Dieci anni fa, a Rio prima nel 2011 con la conferenza mondiale dell’OMS sui determinanti sociali della salute⁸ e poi nel 2012 con la conferenza delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile⁹, venne posta all’attenzione internazionale l’HIA quale strumento indispensabile ad introdurre la salute nel dibattito politico e sociale, nazionale, regionale e globale. È, a mio avviso, la sua stessa natura sistematica a renderlo il veicolo idoneo a superare un’ottica riduttivamente biofisica della salute per estendere la visuale verso i suoi determinanti di tipo sociale e l’equità non solo e non tanto rispetto all’accesso alla sanità, ma soprattutto riguardo la redistribuzione dei rischi. Il pensiero va intuitivamente alla c.d. ‘sindrome Nimby’¹⁰, che si riferisce al fenomeno dell’opposizione delle comunità locali a opere di cruciale interesse generale, accusate di avere effetti pregiudizievole per i luoghi e i residenti delle zone dove saranno collocati.

Orbene, l’HIA aiuta a supportare o avversare con evidenze tecnico-scientifiche piani e proposte politiche laddove sia ‘*prospective*’ e, dunque, anticipi gli eventuali, possibili o probabili rischi per la salute collettiva; vale viceversa a correggere i progetti politici e amministrativi rispetto alla loro realizzazione qualora sia ‘*concurrent*’ con lo scopo di migliorare le

sui valori di democrazia, equità e sostenibilità: *Health Impact Assessment: Main concepts and suggested approach (Gothenburg Consensus Paper)*, Bruxelles, 1999. La definizione è stata successivamente ampliata da QUIGLEY e AL., *HIA International Best Practice Principles*, Special Publication Series No. 5, Fargo, USA 2006, ad includere anche la finalità cui la HIA tende, ossia «*identifies appropriate actions to manage those effects*». Nel 2010 E. ELLIOTT - E. HARROP - G.H. WILLIAMS, *Contesting the science: public health knowledge and action in controversial land-use developments*, in P. BENNETT et AL. (a cura di), *Risk Communication and Public Health*, 2^a ed., Oxford, 2010, hanno proposto una definizione evoluta della VIS come “*a process through which evidence (of different kinds), interests, values and meanings are brought into dialogue between relevant stakeholders (politicians, professionals and citizens) in order imaginatively to understand and anticipate the effects of change on health and health inequalities in a given population*”.

⁸ La Conferenza si è conclusa con la Dichiarazione di Rio che è consultabile in lingua italiana sul sito del Ministero della Salute: http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_publicazioni_1735_allegato.pdf.

⁹ La Conferenza si è conclusa con il documento *Future We Want*, consultabile all’indirizzo: <https://sustainabledevelopment.un.org/index.php?menu=1298>.

¹⁰ Nimby è l’acronimo di ‘*not in my backyard*’. Caratteristico della sindrome Nimby è l’atteggiamento di un singolo o di un’intera collettività che, mentre manifesta interesse per la soluzione di un problema, si mostra indisponibile a lasciarsi coinvolgere direttamente.

condizioni di benessere della popolazione e di ridurre i costi di medio e lungo periodo per Stato e collettività; ovvero, nella peggiore delle ipotesi, ossia quando è ‘*retrospective*’, limitandosi ad accertare gli effetti di un piano già realizzato o di una politica già attuata, funge da strumento di bilancio finale, di valutazione a posteriori dell’operato della P.a. e, dunque, se positiva quale esempio virtuoso, se viceversa negativa quale allarme per amministratori e amministrati¹¹.

L’HIA, dunque, ha un impatto diretto sulla salute pubblica, ma altresì su efficienza ed economicità dell’azione amministrativa. Basandosi su evidenze analitiche e tecnico-scientifiche trasparenti, essa tuttavia spesso è invisibile alla politica, che vede minacciato il proprio potere da quella che abbiamo chiamato la prassi: un’*authority* che, pur non avendo facoltà autoritative, ha un’autorevolezza priva di confini, per lo meno confini geopolitici; un’autorevolezza che crea consenso e cultura ‘*over the counter*’.

Peraltro, lo strumento della valutazione di impatto non è una novità: nasce negli Stati Uniti degli Anni Settanta con lo storico pionieristico National Environmental Policy Act (NEPA)¹². Esso impone alle agenzie governative lo svolgimento di un Environment Impact Assessment (EIA) in via preliminare (ossia quale valutazione di impatto ambientale ‘*prospective*’) all’adozione di azioni e programmi potenzialmente incidenti direttamente o indirettamente sulla qualità dell’ambiente umano, anche quando coinvolgono attività di privati. La funzione è quella di valutare alternative e potenziali misure di mitigazione del rischio o del danno.

Il perimetro semantico della locuzione ‘ambiente umano’ che si trova nel NEPA è tale da poter includere i profili attinenti alla salute nell’ampia accezione concepita dall’OMS di “uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non semplicemente l’assenza di malattia e di infermità”¹³. Cionondimeno, nella prassi amministrativa e imprenditoriale

¹¹ Per maggiori dettagli, sebbene a carattere piuttosto divulgativo, si rinvia alla Guida pratica elaborata dallo WHIASU gallese, il quale grazie alla vocazione eclettica a livello metodologico e procedurale offre una elaborazione teorico-pratica di sintesi delle esperienze interne e internazionali: *Wales HIA Support Unit, A practical guide*, 2011, <http://www.wales.nhs.uk/sites3/Documents/522/Whiasu%20Guidance%20Report%20%28English%29%20V2%20WEB.pdf>.

¹² K. ALEXANDER, *Overview of NEPA Requirements*, in *CRS Report for Congress*, aprile 2017, p. 1 ss. Quale atto federale, il NEPA implica il coinvolgimento delle sole agenzie di governo federale. Tuttavia, ad esso si sono affiancati cc.dd. mini-NEPA interni a singoli Stati: cfr. A. BURATTI, *La valutazione di impatto sanitario nella legislazione e nella prassi amministrativa degli Stati Uniti*, in M. DI FOLCO - M. MENGOSI (a cura di), *La salute nelle valutazioni di impatto ambientale*, Napoli, 2020, p. 182 s.

¹³ Nel preambolo della Costituzione dell’OMS del 1948 la salute viene definita “a state

statunitense tali profili sono stati via via marginalizzati, visti come potenzialmente ostativi e indubbiamente onerosi.

2.1. Tight e Broad Perspective

In effetti, l'HIA soffre di un'ontologica gregarietà nei confronti dell'EIA, che persiste soprattutto in quei paesi il cui modello di valutazione di impatto ambientale ha fatto scuola ed è ampiamente circolato: dagli Stati Uniti¹⁴ ad Australia¹⁵ e Canada¹⁶, che dei primi condividono premesse e contenuti. Nel continente europeo, la Germania è stata precocemente protagonista dell'interventismo ambientalista, tant'è che anche lì la HIA non riesce ad affrancarsi dalla valutazione di impatto ambientale. Ne è testimonianza la confusione terminologica generata dall'utilizzo promiscuo di un'espressione riecheggiante l'*Umweltverträglichkeitsprüfung* quale *Gesundheitsverträglichkeitsprüfung* accanto ad altre altrettanto diffuse quali *Gesundheitsfolgenabschätzung*, *Gesundheitsfolgenanalyse* o da ultimo *Gesundheitsbilanz*¹⁷.

Orbene, questa subalternità ha indotto tali paesi ad operare con una c.d. '*tight perspective*', in ragione di una concezione arcaica della salute come assenza di malattia, impattando in modo restrittivo sull'uso delle prove di effetto che si limitano ai soli aspetti biomedici. Questo gruppo di sistemi giuridici ha sviluppato di conseguenza modelli HIA nel solco dell'EIA, con una spiccata vocazione per la ricerca quantitativa¹⁸ e

of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity". Con il susseguirsi delle critiche dal passaggio al nuovo millennio e dopo ampio dibattito, nel 2011 alcuni autori hanno proposto una revisione di tale definizione, riprendendo l'intuizione espressa da G. CANGUILHEM nel testo *The Normal and the Pathological* del 1943 [cfr. l'editoriale di The Lancet, *What is health? The ability to adapt*, 2009 (373), p. 781], ritenendo la salute come "the ability to adapt and self manage in the face of social, physical, and emotional challenges": M. HUBER ET AL., *How should we define health?*, in BMJ, 2011 (343), p. 235 ss.

¹⁴ La lettura restrittiva del NEPA è stata avvalorata dalla US Supreme Court nel caso *Metropolitan Edison vs People Against Nuclear Energy*, 1983 (460 U.S. 766, 771).

¹⁵ Cfr. B. HARRIS-ROXAS ET AL., *Health impact assessment in Australia*, in J. R. KEMM (a cura di), *Health Impact Assessment. Past achievement, current understanding, and future progress*, Oxford 2013, p. 233 ss.

¹⁶ Cfr. L. ST-PIERRE - A. MENDELL, *Health Impact Assessment in Canada*, in J. R. KEMM (a cura di), op. cit., p. 224 ss.

¹⁷ Cfr. R. FEHR - O. MEKEL, *Health Impact Assessment in Germany*, in J. R. KEMM (a cura di), op. cit., p. 157.

¹⁸ Per meglio comprendere da un punto di vista tecnico in cosa consista una valutazione

l'ossessione per la precisione nel calcolo del rischio.

D'altro canto, una *'broad perspective'* caratterizza invece l'approccio di quei paesi, British Columbia¹⁹, Finlandia²⁰, Svizzera²¹, Regno Unito²², Nuova Zelanda²³, che hanno recepito la più moderna ed estensiva definizione di salute dell'OMS e i cui modelli di valutazione, di conseguenza, includono tra gli effetti negativi anche le modificazioni indotte sui determinanti della salute. Quest'ottica valorizza gli aspetti sociologici e la percezione del rischio da parte della popolazione. Ne consegue sì una certa approssimazione, che però è controbilanciata da un approccio più qualitativo che quantitativo. È in questo gruppo che, diversamente da quello precedente, si è andata sviluppando l'implementazione in forma autonoma dell'HIA, sotto impulso della prassi e della ricerca scientifica, sollecitato dal supporto politico e finanziario dell'OMS.

2.2. I modelli di HIA nel mondo

I due approcci, *tight* e *broad*, hanno espresso anche modelli diversi²⁴: il modello Merseyside²⁵ è quello che ha riscosso più successo, avvalorando

di tipo quantitativo, cfr. J. R. KEMM, *Quantitative assessment*, in J. R. KEMM (a cura di), op. cit., p. 25 ss.

¹⁹ Il governo della British Columbia nel 1993 è stato, infatti, tra i pionieri dell'integrazione della VIS come strumento autonomo rispetto alla valutazione di impatto ambientale nel processo di analisi delle politiche statali, enfatizzando la partecipazione collettiva e la sensibilizzazione dei settori non sanitari. Tuttavia, dopo il cambio di governo nel 1996 venne smantellato il sistema HIA, circostanza che non ha impedito a quell'esperienza di circolare a livello internazionale e di risorgere con la riforma del *Public Health Act* del 2008: v. *infra* nota 36.

²⁰ Cfr., Ministero della Giustizia finlandese, *Impact Assessment in Legislative Drafting. Guidelines*, cit., p. 36.

²¹ Cfr. N. SIMOS - J. CANTOREGGI, *Health impact assessment in Switzerland*, in J. R. KEMM (a cura di), op. cit., p. 177 ss.

²² Ne sono esempio le politiche di *empowerment* della cittadinanza poste in essere con varie modalità sia in Inghilterra con l'applicazione del modello Merseyside, che in Irlanda, in Galles e Scozia: cfr. A. DIURNI, op. cit., *passim*.

²³ Cfr. L. SIGNAL E AL., *Strengthening health, wellbeing and equity: embedding policy-level HIA in New Zealand*, in *Social Policy Journal of New Zealand*, 2006, 29, p. 24 s.

²⁴ Ai modelli Merseyside e Bielefeld, che sono i più diffusi, si sono affiancate le esperienze della British Columbia e quella svedese, per il quale si permetta rinviare a A. DIURNI, La valutazione di impatto sulla salute in prospettiva comparatistica, in M. DI FOLCO e M. MENGOSI (a cura di), op. cit., p. 165.

²⁵ Il modello è consultabile all'indirizzo: http://www.precaution.org/lib/06/mersey_hia_

l'indipendenza della valutazione di impatto sanitario rispetto a quello ambientale. Concepito a Liverpool nel 1997, il modello Merseyside si struttura sui determinanti sociali della salute, con un'estensione dell'analisi ai profili socioeconomici e culturali. I suoi punti di forza sono, da una parte, la chiara distinzione tra procedura e metodologia, dall'altra, il carattere democratico e partecipativo, con l'inclusione di tutti gli *stakeholders* nei processi valutativi e decisionali nell'ottica dello sviluppo sostenibile delle comunità interessate, realizzazione concreta dei diritti collettivi.

Diverso è il modello Bielefeld, concepito in Germania per migliorare l'integrazione della salute umana all'interno della procedura di valutazione di impatto ambientale, quindi ancillare ad esso. La valutazione di impatto ambientale, infatti, è a tal punto acquisita nei processi di esame e approvazione dei progetti sia generali che settoriali, sia a livello di *Bund* che a livello di *Länder*, da aver irrimediabilmente contaminato e sottomesso la valutazione di impatto sanitario subentrata successivamente. Non diversamente negli Stati Uniti, dove l'HIA si è pur fatto strada, ma per via volontaria nelle prassi delle amministrazioni locali, su stimolo proveniente dall'ambito scientifico o su iniziativa delle associazioni civiche, in assenza di un mandato legislativo, federale o statale che fosse. Molto vivace su questo fronte la città di San Francisco²⁶.

Anche l'Europa ha fatto la sua parte quale istituzione regionale. Senza ripercorrere la filogenesi dell'attuale art. 168 TFUE, basti ricordare che l'Unione europea ha tra i suoi compiti garantire "un livello elevato di protezione della salute umana", da tradurre in azioni indirizzate «al miglioramento della sanità pubblica, alla prevenzione delle malattie e affezioni e all'eliminazione delle fonti di pericolo per la salute umana». La UE ha dunque accolto anch'essa un concetto ristretto di salute. Ciononostante, nell'ottica della sua protezione, la commissione europea ha finanziato lo sviluppo di varie iniziative riguardanti la valutazione di impatto sulla salute, tra le quali la più feconda è stata svolta da un gruppo di esperti e ricercatori inglesi, irlandesi, olandesi e tedeschi, i cui risultati sono stati pubblicati nel 2004²⁷. Questo studio non solo ha fotografato

guide_2nd_edn.010601.pdf. Si segnala che la guida britannica pubblicata nel 2010 dal Department of Health, Health Impact Assessment of Government Policy curiosamente non vi espresso fa riferimento: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/216009/dh_120110.pdf.

²⁶ A. BURATTI, op. cit., p. 186 s.

²⁷ Cfr. D. ABRAHAMS E AL., Policy Health Impact Assessment for the European Union: Final Project Report, 2004, da consultare all'indirizzo https://ec.europa.eu/health/ph_projects/2001/monitoring/fp_monitoring_2001_frep_11_en.pdf.

la situazione esistente all'interno dei singoli paesi membri, ma ha operato una sintesi critica di tali esperienze, arrivando infine a formulare una metodologia specifica per la UE, la c.d. *European Policy HIA* (EPHIA), che chiamerò modello UE.

La prima bozza del modello è stata poi testata con due modalità differenti: da una parte, passando sotto la lente una selezione a campione di iniziative politiche comunitarie di vario tipo e livello operate tra il 2002 e il 2003, applicandovi retrospettivamente il modello UE; dall'altra, provvedendo direttamente a condurre studi pilota su progetti interni a singoli stati membri o interstatuali.

3. HIA: il ruolo della prassi nel confronto con i poteri tradizionali

Di estremo interesse comparatistico è l'osservazione delle modalità di azione della prassi quale formante: perché ciascuno dei partecipanti ha sperimentato nel proprio paese il modello abbozzato con il lavoro congiunto e, nel farlo, ciascuno ha adattato il modello comune alla propria cultura e al proprio contesto: in Germania è stato sviluppato un modello matematico sul solco dell'approccio quantitativo che è proprio del modello Bielefeld; nel Regno Unito sono stati raccolti dati attingendo le informazioni direttamente dagli *stakeholders* su modello Merseyside; in Olanda²⁸ e Irlanda²⁹, viceversa, la partecipazione dei soggetti interessati è stata inclusiva, con la loro integrazione diretta all'interno del gruppo di lavoro nell'ottica di una capillare democratizzazione dei processi decisionali.

L'applicazione alternativa e congiunta di diversi approcci metodologici e procedurali costituisce il punto di forza del modello UE ed è prova del potere della prassi e della sua forza centripeta, della capacità di indurre

²⁸ Cfr. M. BEKKER, *The politics of healthy policies. Redesigning Health Impact Assessment to integrate health in public policy*, Rotterdam 2007, p. 15 ss.

²⁹ La valutazione di impatto sulla salute ha cominciato a diffondersi nell'isola irlandese dal 2001 quale ulteriore sviluppo della politica sanitaria. Non è stata, però, mai integrata a livello legislativo né nell'Irlanda del Nord né nella Repubblica di Irlanda, le quali viceversa hanno costituito insieme un unico organismo con tre finalità statutarie: rafforzare la ricerca, potenziare le competenze in materia sanitaria e sviluppare e valutare politiche e programmi aventi ad oggetto la salute. Nasce così l'*Institute of Public Health in Ireland* (IPH), che nel tempo è divenuto il centro di riferimento per la valutazione di impatto sulla salute nell'isola: cfr. O. METCALFE - C. HIGGINS - T. LAVIN, *Health impact assessment in the island of Ireland*, in J. R. KEMM (a cura di), op. cit., p. 137 s.; e G. STOKER, *New localism, progressive politics and democracy*, in *The Political Quarterly*, 75 (2004), Supplement 1, p. 9 ss.

convergenza. Il modello UE, in effetti, è stato finanziato affinché potesse essere fruito dalle stesse istituzioni europee nel processo decisionale regionale, ma ha operato altresì quale strumento divulgativo della cultura della sostenibilità e di un concetto di salute ampio dentro e fuori l'Europa, dando prova di grande maturità nell'ampio e disomogeneo scenario internazionale.

Eppure, non ci si può esimere dal dare conto della circostanza che, come ci spiega anche la fisica, non viviamo in un sistema inerziale. Ci sono altre forze che intervengono: nell'arena si affrontano i poteri tradizionali, i classici attori politici e istituzionali. Ed infatti, nonostante la metodologia UE sia stata pubblicata nel 2004, nel 2006 la Commissione europea, che pure la aveva voluta e finanziata, nell'elaborare una guida per migliorare l'attività regolamentare³⁰ si è focalizzata sulla valutazione degli impatti economici, ambientali e sociali, considerando i rischi sulla salute “*of specific nature*”³¹.

Questo è solo uno dei molti esempi³² di come la prassi possa creare modelli, con relative regole e procedure, ma poi è la volontà politica a decidere della loro istituzionalizzazione; come similmente la dottrina offre stimoli esegetici e propone originali strumenti giuridici, ma sono giurisprudenza e legislatore a dare ad essi forza legale. L'esempio più eclatante in tal senso è quello della British Columbia, il cui governo nel 1993 è stato il primo al mondo ad integrare la valutazione di impatto sulla salute come strumento autonomo e indipendente rispetto alla

³⁰ Si tratta della *Better Regulation – Simply Explained* del 2006, seguita dalla più recente *Better Regulation Guidelines* del 2015, che si compone di un capitolo dedicato alla valutazione di impatto (*Impact Assessment, IA*), ritenuta necessaria per le iniziative della Commissione europea che possano avere impatti economici, ambientali o sociali significativi (“*required for Commission initiatives that are likely to have significant economic, environmental or social impacts*”): <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-guidelines-impact-assessment.pdf>.

³¹ Cfr. Commissione Europea, *Better Regulation Guidelines*, Maggio 2015, p. 25: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-guidelines.pdf>. Il *Better Regulation – Simply Explained* della Commissione europea del 2006 ha influenzato in modo significativo il Ministero della Giustizia finlandese al momento della redazione delle linee guida *Impact assessment in legislative drafting*, cit., pubblicate nel 2008: v. spec. p. 10 ss.

³² Altro esempio è quello del *Collateral Law Reform Group* dell'ISDA, il quale, per salvare l'operatività dell'alienazione fiduciaria dal rischio di nullità per violazione del divieto di patto commissorio o di riquilificazione in sede giudiziaria in termini di garanzia pignoratizia, rischi elevati in Italia, Danimarca, Finlandia, Grecia, Spagna, Lussemburgo e Olanda, pubblicò nel 2000 uno studio dal titolo *Collateral Arrangements in the European Financial Markets*, che fece da supporto all'azione lobbistica con cui la medesima associazione fece pressione nei confronti della UE per ottenere una regolamentazione di settore favorevole, in effetti ottenuta con la Direttiva 2002/47/CE.

valutazione di impatto ambientale nel processo di analisi delle politiche statali, peraltro con un' enfasi inusuale in quel periodo storico alla partecipazione collettiva e alla sensibilizzazione dei settori non sanitari in un'ottica di vera collaborazione intersettoriale. L'esperienza della British Columbia ha ispirato altre iniziative nel mondo e il modello così creato è stato apprezzato e copiato (in Olanda³³, Irlanda³⁴ e Galles³⁵, ad esempio). Ciononostante, la mancata istituzionalizzazione con legge ordinaria ne ha reso fragile il destino. Il cambio di governo nel 1996 ne ha decretato il lento, inesorabile declino, fino al 2008 quando la VIS è stata inserita all'interno della riforma del *Public Health Act*. Storia simile è occorsa in Olanda tra il 1996 e il 2003³⁶.

L'elemento chiave per consolidare i risultati della convergenza virtuosa tra nuove forze e tradizionali poteri è, in definitiva, l'istituzionalizzazione, intendendo per 'istituzionalizzazione' in questo ambito non solo forme di regolamentazione ufficiale adottate dalla pubblica autorità, ma altresì qualunque altra forma di stabile e rilevante diffusione nella pratica, una diffusione tale per cui ci siano regole che ne sovrintendono lo svolgimento. Non v'è dubbio, infatti, che le migliori condizioni per una reale operatività della valutazione di impatto sulla salute si rinvergono nella forza della determinazione politica e nel sostegno impegnato da parte

³³ V. *infra* nota 36.

³⁴ Cfr. R. BANKEN, *Strategies for Institutionalizing HIA*, in *Health Impact Assessment Discussion Papers No 1*, Bruxelles 2001, p. 9, e *supra* nota 29.

³⁵ Il Galles ha creato un modello aperto, strutturato in modo flessibile intorno alla finalità della tutela della salute in senso ampio e dei suoi determinanti. Il criterio della funzionalità rende possibile sviluppare di volta in volta strumenti fatti su misura per i loro utilizzatori e per aggiungere valore e qualità al processo decisionale, utilizzando modelli di altri paesi, come accaduto con il modello della British Columbia, oppure componendone uno con elementi di più modelli: cfr., E. ELLIOT e AL., *Devolution, evolution, and expectation: health impact assessment in Wales*, in J. R. KEMM (a cura di), op. cit., p. 118 ss. V. altresì *supra* nota 11.

³⁶ Fino al 2003, infatti, il processo di integrazione dell'HIA nella struttura politico-amministrativa olandese aveva fatto progressi a seguito dell'istituzione nel 1996 presso la *Netherlands School of Public Health* (NSPH) dell'*Intersectoral Policy Office* (IPO) e la redazione ad opera di quest'ultimo di un quadro giuridico-metodologico di riferimento per la pianificazione politica nazionale e locale. A seguito di un cambio di maggioranza nel 2003, questo cammino virtuoso si è interrotto: lo svolgimento dell'HIA è stato attribuito al *Center for Health Impact Assessment of Disasters* (CGOR) presso il *National Institute for Public Health and the Environment* (RIVM), così da ridimensionarne l'ambito di applicazione da un punto di vista contenutistico alle sole catastrofi e dal punto di vista metodologico alla più solida valutazione di impatto ambientale. Cfr. L. DEN BROEDER - B. STAATSEN, *Development of health impact assessment in the Netherlands*, in J. R. KEMM (a cura di), op. cit., p. 141 ss.

della collettività tutta, aziende e liberi cittadini, in quanto alla fine è la collettività *that have choice and voice*³⁷.

L'archetipo di un impegno permeante l'intera società è costituito dalla Tailandia³⁸, in cui il processo di istituzionalizzazione dell'HIA è stato avviato dalla riforma del sistema sanitario nazionale nel 2000, che ha posto a suo fondamento un concetto ampio di salute, declinandolo per ogni settore sul principio «*all for health*». Il processo è stato altresì corroborato dalla contestuale volontà della commissione di revisione costituzionale di introdurre la valutazione di impatto sulla salute nella nuova Costituzione³⁹ e dalla istituzione di una *National Health Assembly*, un *National Health Committee* e un *Health Systems Research Institute*, quali luoghi di discussione il primo⁴⁰, coordinamento il secondo⁴¹, ricerca e sviluppo il terzo rispetto alle strategie pubbliche con impatto sulla salute. Ruolo cardine per la realizzazione del nuovo corso, inoltre, è stato attribuito, da

³⁷ Il riferimento è alla teoria dell'*exit & voice* di Hirschman [A. O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice and Loyalty*, Cambridge (MA), 1970], applicata all'ambito del settore sanitario ovvero più in generale alle politiche impattanti sulla salute: cfr. R. FORSTER - J. GABE, *Voice or Choice? Patient and Public Involvement in the National Health Service in England under New Labour*, in *Int. Journal of Health Services*, 2008 (38), 333 ss. Con *choice* si intende il coinvolgimento diretto del cittadino o delle organizzazioni che lo rappresentano o lo assistono nella fase della progettazione e programmazione, oltre che nelle decisioni circa la loro realizzazione.

³⁸ Per approfondimenti cfr. W. PHOOLCHAROEN - D. SUKKUMNOED - P. KESSOMBOON, *Development of health impact assessment in Thailand: Recent experiences and challenges*, in *Bulletin of the World Health Organization*, 2003, 465 ss.

³⁹ Section 58 Constitution of the Kingdom of Thailand: «(1) In regard to any undertaking by the State or which the State will permit any person to carry out, if such undertaking may severely affect the natural resources, environmental quality, health, sanitation, quality of life or any other essential interests of the people or community or environment, the State shall undertake to study and assess the impact on environmental quality and health of the people or community and shall arrange a public hearing of relevant stakeholders, people and communities in advance in order to take them into consideration for the implementation or granting of permission as provided by the law. (2) A person and a community shall have the right to receive information, explanation and reasons from a State agency prior to the implementation or granting of permission under paragraph one. (3) In the implementation or granting of permission under paragraph one, the State shall take precautions to minimise the impact on people, community, environment, and biodiversity and shall undertake to remedy the grievance or damage for the affected people or community in a fair manner without delay».

⁴⁰ Cfr. Sec. 40 *National Health Act 2007*, che statuisce la possibilità di organizzare *Health Assemblies* locali o a progetto, purché in accordo con regole e procedure dettate dal *National Health Committee*.

⁴¹ Sec. 25 (5) *National Health Act 2007*, a tal proposito, attribuisce al *National Health Committee* il potere e il dovere «*to prescribe rules and procedure on monitoring and evaluation in respect of national health system and the impact on health resulting from public policies, both in the level of policy making and implementation*».

una parte, alla decentralizzazione dei processi decisionali e dell'allocazione delle risorse, dall'altra, alla partecipazione collettiva su modello olandese e irlandese⁴², seguendo la direzione di una forte democratizzazione dei processi decisionali in ogni campo e per ogni progetto con potenziali nocività, con il fine di una «*health for all*».

4. Conclusioni

L'osservazione comparata delle dinamiche nazionali, regionali e internazionali di creazione, ascesa e diffusione dell'HIA aiuta, in definitiva, a meglio comprendere quale siano ruolo e valore della prassi, dell'expertise tecnico-scientifico, quale la loro capacità predittiva nel dibattito politico. Questo strumento ha dato evidenza della distribuzione del potere decisionale nell'interazione tra settori e della valenza reale dei diritti collettivi nella relazione tra istituzioni e cittadini.

Certo, è innegabile che la promozione della valutazione di impatto sulla salute da parte di forze di origine sovranazionale si sia scontrata con l'eterogeneità delle realtà locali, eterogeneità sotto il profilo politico, economico, socio-culturale, strutturale e di sistema, trasformando – come detto in apertura - uno strumento dalle indiscutibili potenzialità in un'arena in cui diversi attori confrontano le rispettive forze su principi, valori, diritti, dati e (pre)visioni.

Altresì innegabile è però che la prassi ha non solo raccolto le suggestioni provenienti dall'alto (UE) o dal centro (OMS), ma le ha sviluppate con la modellazione teorica e l'applicazione pratica, atteggiandosi come un vero formante nel *legal process*. È di tutta evidenza che questo formante, esercitando una forza centripeta, intuitivamente si coordina con i soggetti di rilievo internazionale che esercitano viceversa una forza centrifuga, operando una convergenza, che nel caso specifico della HIA si realizza in concreto tra il concetto ampio di salute e la sua tutela sostanziale, pur nella poliedricità delle fisionomie che lo strumento di fatto assume nei singoli contesti nazionali.

⁴² Cfr. W. PHOOLCHAROEN E AL., *op. loc. ult. cit.*

ABSTRACT

On the 10th anniversary of the World Conference on Social Determinants of Health and almost three years after the WHO's declaration of COVID-19 pandemic, it is time to take stock of the diffusion of HIA around the world and of its effectiveness to impose the question of 'global' human health (in multiple connotations of this term) in political and social debate on national, regional and international level in an autonomous manner as well as in coordination with the more classical theme – environment. Its promotion of supranational origin clashed with the heterogeneity of local realities in political, economic, socio-cultural, structural and systemic terms, transforming a tool with unquestionable potential into an arena where different actors confront their respective strengths in terms of principles, rights, policies, data, predictions and views.

Investigation through the macro-comparative methods of the multiple physiognomies that HIA has taken on in the processes of its contextualisation in the domestic sphere and functionality verification of the resulting models provides relevant information on the role and value of technical and scientific expertise and its predictive capacity in the political debate, on the distribution of decision-making power in the interaction between sectors, and on the real value of collective rights in the relationship between institutions and citizens.

The contribution that this analysis may bring to the legal debate consists in the systemological mapping of the diffusion and application of HIA in Europe and worldwide, which can be included in a broader understanding of the current dynamics of the legal process.

Il volume raccoglie quasi trenta saggi, rielaborati, presentati al XXVI Colloquio dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato, tenutosi a Bologna nell'ottobre 2021 e dedicato a “*Comparative Law in Times of Emergencies*”. I contributi spaziano dai molteplici problemi posti dalla pandemia da Covid-19, alla protezione dei diritti umani, al bilanciamento fra i vari poteri in tempi di crisi, all'impatto sulla giustizia arbitrale, alla disciplina dei mercati finanziari, alle sfide poste dai cambiamenti climatici.

CONTRIBUTI DI: **Antonia Baraggia, Domenico Benincasa, Francesco Biagi, Sabrina Bruno, Claudia Morgana Cascione, Adriana Ciancio, Francesco Cirillo, Margherita Colangelo, Cristina Costantini, Giovanni D'Alessandro, Barbara De Donno, Amalia Diurni, Francesco Duranti, Carlo Garbarino, Cristina Gazzetta, Federico Girelli, Leysser Leon Hilario, Mariassunta Imbrenda, Antonio Las Casas, Letizia Palumbo, Alessandra Pera, Federico Pernazza, Giuseppe Rossi, Gianluca Scarchillo, Giovanni Sciancalepore, Andrey Shirvindt, Angioletta Sperti, Marco Torsello, Laura Vagni, Domitilla Vanni, Noah Vardi, Livia Ventura.**

