



ANTONIO BRIGUGLIO

La possibile epidemia litigiosa e la giurisdizione civile italiana.

SOMMARIO: I. *Covid Litigation* ed incremento del contenzioso civile. I possibili diversi ambiti: a) le impugnative delle sanzioni amministrative (con cenni generali al ruolo della Corte Costituzionale); b) la responsabilità medica; c) i contratti privati (con spigolature sul ruolo del legislatore e su quello CEDU e della Corte di Cassazione); d) l'esecuzione dei contratti pubblici ed i contratti bancari; e) i rapporti di lavoro subordinato; f) le azioni risarcitorie nei confronti della P.A. (con una digressione sull'arbitrato degli investimenti); g) altri ambiti presumibilmente marginali sul piano quantitativo; h) ambiti di contenzioso rispetto ai quali l'emergenza Covid risulterà verosimilmente solo occasionale; i) cenni alla materia concorsuale ed alle azioni di responsabilità previste dal diritto societario; l) limitato (e si spera insignificante) aumento di complessità trasversale del contenzioso in conseguenza delle disposizioni processuali emergenziali. – II. La giustizia civile alla prova della emergenza e la verosimile incapacità che essa possa sopportare un incremento del contenzioso “da Covid” se rilevante. – III. Per una soluzione parziale in termini di giustizia privata istituzionalmente supportata, sostenuta da un volontariato di qualità, e ben diversa da quella arbitrale normale anzitutto quanto a costi e tempi.

I. *Covid Litigation* ed incremento del contenzioso civile. I possibili diversi ambiti.

Quando le acque epidemiche si saranno calmate e saremo in mezzo al guado della crisi ed auspicabilmente anche della ripresa economica¹ è verosimile lo sviluppo contagioso di una variegata e già ora nascente “*Covid Litigation*”.

Non è possibile prevedere l'espandersi quantitativo del fenomeno, o non più di quanto virologi ed epidemiologi oltre ad affabulatori di incerta specializzazione scientifica siano stati in grado di imbrigliare in

¹ La prima è notoriamente crisi di produzione e di domanda e non finanziaria; la seconda è dunque alla portata della fantasia e dell'iniziativa di chi produce (doti queste presenti in sommo grado nella piccola e media imprenditoria italiana) con tutte le conseguenze incentivanti la domanda, e con ulteriori conseguenze virtuose, e durevoli oltre la crisi, in termini di innovazione. Che l'innescò della produzione di beni e servizi abbia necessità del motore di avviamento statale è cosa ovvia. Ed altrettanto ovvio è però che per un imprenditore serio (perfino del settore turistico-alberghiero o dello spettacolo) la sburocratizzazione in proposito valga perfino più dei soldi. Ed alla burocratizzazione, nell'immaginario collettivo e nella realtà concreta, appartiene anche la ruggine della giurisdizione civile; ruggine per forza di cose più percepibile dai suoi utenti che non i congegni occasionalmente ed in qualche sede smaltati e tirati a lucido. Sulle caratteristiche e sulla diffusione geografica di questa pandemia e sulle sue conseguenze, fra i tanti *instant-book*, appare invece particolarmente approfondito e ricco il volume a cura di M. KORINMAN, *Mondo-virus. Storia e geopolitica del Covid-19*, Tagete Ed., Pontedera, 2020.



calcoli predittivi la meravigliosa (nel senso che desta sempre meraviglia) imperscrutabilità della natura.

Si possono solo ipotizzare gli scenari più probabili dei contenziosi significativamente connessi alla emergenza Covid e/o alla sua pubblica gestione, e riflettere sommariamente *ex ante* sulle inerenti peculiarità e problematicità.

Messi da parte i giudizi penali e quelli innanzi al giudice amministrativo, tributario e contabile, ecco un elenco non esaustivo.

a) Le impugnative delle sanzioni amministrative (con cenni generali al ruolo della Corte Costituzionale).

Innanzi ai giudici di pace saranno impugnate le sanzioni amministrative (irrogate agli autentici e relativamente pochi indisciplinati; o a chi si sia perduto nei meandri interpretativi di sintagmi normativi sofisticati quanto vaghi: *exempli gratia* il fin troppo noto “affetto stabile”; oppure – e si tratta purtroppo di episodi reali da annoverarsi fra i più imbarazzanti e forse biechi di tutta la vicenda – all’anziano titolare di un bar che recava due caffè ai poliziotti di guardia al Monte di pietà, o ai commercianti che pacificamente manifestavano in piazza a Milano pur diluiti omeopaticamente nell’enorme spazio ecc.).

Si tratta qualitativamente di microcontenzioso, ma, per ragioni di numerosità e di urgenza delle impugnative, può ben darsi che da questa “più piccola tra le città delle liti” nascano le prime raffiche di rimessioni alla Corte Costituzionale sulla legittimità di disposizioni emergenziali. La Consulta, in questo e specialmente in altri casi, si troverà di fronte alla incombenza non semplice di ricondurre alle norme-parametro della Costituzione un fatto, lo “stato di eccezione” da pandemia che “è penetrato di impeto nella concreta vita delle istituzioni” “ancorché non previsto né disciplinato dalla Costituzione”, come acutamente ha già osservato N. Irti².

E’ ovvio per altro che siffatta mancata espressa previsione e disciplina non esclude – e come potrebbe? –

² *Il diritto pubblico e privato in una epoca che fa eccezione*, in *Il Sole 24 ore*, 5.5.2020.



il potere-dovere del giudice delle leggi di valutare (perfino mediante limitate acquisizioni fattuali al giudizio di costituzionalità) la rilevanza, e quale, o invece la irrilevanza del macroscopico “fatto” in ordine al confronto contenutistico fra disposizioni ordinarie e disposizioni costituzionali.

E vi è da osservare che, per forza di cose oltre che per la inevitabile urgenza, le indubbie sospensioni normative emergenziali di alcune fondamentali libertà costituzionali non sono state certo precedute da una adeguata riflessione sulla loro giustificazione a sua volta costituzionale (null'altra essendo evidentemente possibile). E proprio la Consulta sarà chiamata a verificarla, affermando o negando sulla base del bilanciamento dei valori costituzionali in gioco (compreso quello della salute pubblica) e dei criteri di ragionevolezza. E non è importante il risultato della verifica o la prognosi caso per caso su di essa. E' importante invece che la verifica vi sia e con la ponderazione e la ricchezza argomentativa proprie delle pronunce della Consulta, affinché i valori costituzionali (pur adeguatamente bilanciati nel loro complesso) restino – anzitutto simbolicamente e per i *cives* oggi disorientati - assoluti e non si relativizzino impropriamente con il rischio di fughe verso nuove ed improvvisate “sospensioni” in futuro e ad ogni soffio di burrasca³.

³ Gravissimo rischio quello della eccessiva relativizzazione dei valori fondanti di un sistema sotto il vento della pandemia e l'urgenza delle decisioni. Meno grave ma assai rilevante e' il rischio che la impropria relativizzazione non vi sia ma appaia tale ai *cives*, donde appunto il loro disorientamento. E' per questo che abbiamo bisogno delle “spiegazioni” della Corte Costituzionale, quali che esse siano: se anche “assolutorie” delle provvisorie sospensioni di libertà, è dalla Consulta che esse devono provenire e non certo dalla classe politica.

Mutato quel che si deve, il problema (solo apparentemente piccolo) riguarda anche i *christifideles* (e se ne dice qui non certo per affrontare *ex professo* una questione extragiuridica assai complessa, ma solo per l'utilità sul mero piano sociologico di un confronto con un “sistema” in cui altrettanto assoluti devono restare, ai fini della sua stessa conservazione, i valori fondanti). Nelle piazze antistanti le chiese ed in quella piazza virtuale (palestra di imbecillità ma anche di sincerità) che è Internet è ben percepibile un certo spaesamento di fronte alla eucarestia distribuita da celebranti muniti di guanti. Ma come? L'Ostia consacrata, per chi crede, è il corpo di Nostro Signore. Può mai contagiare anche se toccata dalle mani del parroco affetto da Covid? Che le gerarchie ecclesiali abbiano accettato o tollerato i guanti appare a molti come un simbolico scivolamento verso una dimensione puramente metaforica e commemorativa della eucarestia (quella insomma che, sia pure prospettata in dimensione compromissoria e assai sofisticata, Paolo VI respinse fermamente nella *Mysterium fidei*, 11). In realtà esistono risalenti spiegazioni teologiche idonee a vanificare il carattere spiacevole e spaesante di quei guanti ed a far percepire la differenza fra i diversi piani di realtà: quello della transustanziazione e quello appunto “naturalistico” del pezzo di pane, del parroco contagioso e dei guanti. Senza contare che non è certo la prosaica forma della distribuzione, quale che essa sia, a prevalere sulla sostanza del sacramento, soprattutto per chi segue il verbo di uno che della prevalenza della sostanza sul vuoto rispetto delle forme fece insegnamento fra i più umanamente significativi da lui impartiti (“il sabato per l'uomo e non l'uomo per il sabato”: Marco, 2, 23-28). Ma queste spiegazioni rassicuranti non sono alla portata media del popolo dei fedeli (che non ha studi teologici alle spalle ma semmai reminiscenze di catechismo, ciascuno di essi lottando inoltre perché la personale fiammella della fede non si spenga o si riaccenda). E queste spiegazioni andrebbero appunto, a mio sommesso avviso, impartite con parole semplici dai pastori, più e più frequentemente di quanto non sia stato fatto fino ad ora; (per incidens: in una piccola chiesa romana il celebrante - e spero davvero non



b) La responsabilità medica.

La responsabilità medica: ambito nel quale vi è da chiedere anzitutto alla classe forense non già un “atto d’amore” – espressione che, rivolta all’*homo oeconomicus*, suona sempre umoristica – ma sì un atteggiamento di responsabile rispetto verso la classe medica e più che altro di decenza: la tutela del diritto soggettivo alla salute non certo viene meno (bensì semplicemente si adegua) sol perché vi sia di mezzo una emergenza così ampia ed imprevedibile, ma non può assolutamente comportare – per decenza appunto – alcuna attività anche contenuta e nascosta di procacciamento di “danneggiati”. E sempre per decenza bisognerà che il legale sappia, qui soprattutto, opporre al comprensibilmente emotivo cliente, con competenza ed umanità, perfino luoghi comuni come “*di qualcosa bisogna pur morire*” o “*la morte fa parte della vita*”, o per meglio dire la equilibrata razionalità giuridica che sta dietro a questi pur drastici luoghi comuni⁴.

Quanto questa equilibrata razionalità debba essere propria dei giudici che, pur dopo le farraginose stazioni intermedie contemplate dalla nuova legge sulla responsabilità medica, si occuperanno della materia in “casi Covid”, non vi è ovviamente bisogno di dirlo. Piuttosto vi è da osservare che particolarmente delicato sarà il discorso (i) quando il presunto danno provenga da imprenditori non ospedalieri ma di altro tipo (RSA e non solo); (ii) quando la presunta negligenza del singolo sanitario o della struttura sia intervenuta in diagnosi o terapia di patologia diversa dal Covid ed il convenuto deduca come esimente, a vario titolo, l'emergenza e/o le regole (di varia provenienza) imposte o consigliate per la gestione di essa, ovvero sia lo stesso attore a prospettare la condotta illecita omissiva come pretestuosamente fondata sulla emergenza; ove non sempre ed anzi quasi mai la

sia il solo - rifiuta sdegnosamente l'uso dei dannati guanti al momento della comunione: *chapeau!* ma non sul piano teologico, sul piano “estetico” e visto oltretutto il carattere francamente risibile della precauzione).

⁴ Senza dire, su altro versante, che proprio questa pandemia (per la brutale ragione della età media dei contagiati e soprattutto dei soggetti clinicamente colpiti in modo severo) ha rischiato – e speriamo non debba più accadere con buona pace della passione filosofica o bioetica – di tirare in campo, sul piano sociale, dilemmi etico-giuridici strutturalmente analoghi a quelli posti dall'accanimento terapeutico, ed al limite della eutanasia, sul piano individuale: fin dove può e deve spingersi il sacrificio (spesso anche della salute mentale e fisica) degli *omnes* onde preservare un allungamento della vita media benemerito ma all'epoca della “spagnola” ed anche della “asiatica” semplicemente fantascientifico ed innaturale?

L'atroce interrogativo - credo - non si è posto in termini davvero decisivi almeno in Europa (salvo il suo trasparire nelle prese di posizione di alcuni leader nord-europei), ma ci è mancato poco (qualche altro mese di *lockdown*).



graduazione delle scelte d'obbligo o anche solo professionalmente diligenti sarà data da norme di legge speciale emergenziale, ma semmai dal confronto fra contrastanti “protocolli” di vario genere, quelli “normali” e quelli “emergenziali”, fra i quali spetterà pur sempre al giudice di arbitrare in relazione alle peculiarità del caso concreto.

c) I contratti privati (con spigolature sul ruolo del legislatore e su quello CEDU e della Corte di Cassazione).

Qui vi è anzitutto da augurarsi che imprenditori (non solo ma soprattutto loro) e legali comprendano appieno quanto fondamentale⁵ sia questa volta lo sforzo di rinegoziazione rapidamente compiuto (ché la certezza rapida sul nuovo assetto di interessi è essenziale alla ripresa del singolo come a quella collettiva) nel seno della privata autonomia, e sperabilmente fuori da inutili orpelli conciliativi o di formale negoziazione assistita (a meno che non vi siano effetti sostanziali interinali da conseguire mercé l'avvio di tali procedure).

Non credo tuttavia debba andarsi, al di là dell'auspicio (e della auspicabile consapevolezza pratica della grande utilità) della rinegoziazione, fino alla imposizione normativa di un obbligo di rinegoziazione; ed anzi la sola prospettazione di una simile tesi⁶ è pericolosissima perché suggerisce ai nostri giudici soluzioni di *non liquet* con rinvio a fantomatici arbitratori o conciliatori per la rinegoziazione, sulla scia della giurisprudenza largamente abusiva in tema di conciliazione delegata.

L'alternativa a siffatto buon senso, ed a siffatta spontanea ed efficiente rinegoziazione, che in molti casi potrà condurre a risultato novativo utile e adeguato, non è particolarmente fausta ed è raggiungibile comunque in

⁵ Così energicamente N. IRTI, *Il diritto pubblico e privato*, lc. cit.

⁶ Così invece A.M. BENEDETTI e R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti*, in *Dirittobancario.com*, 2020, citati ed avallati nel menzionato articolo di N. IRTI.

Fra i più approfonditi ed utili interventi sul tema generale della incidenza della situazione emergenziale sui contratti vanno segnalati (senza pretesa di completezza) quelli di A. GENTILI, *Una proposta sui contratti di impresa al tempo del Coronavirus*, in *Giusticiv.com*, 4/2020; F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di “coronavirus”*, in AA.VV., *Emergenza Covid-19. Speciale. Uniti per l'Italia*, Milano, 2020, 207 ss.; U. MATTEI - A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, ivi, 5/2020; C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, ivi, 4/2020; M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, ivi, 4/2020.



un tempo dieci o venti volte maggiore: o la gabbia di una risposta giudiziale tradizionalistica che sarà pur sempre improntata agli sclerotici artt. 1467-168 c.c., ovvero l'intromissione di un terzo estraneo, il giudice (a volte saggio altre meno), nei nostri affari privati, animato da zelo sostanzialmente rinegoziatorio da attuarsi attraverso la non convenzionale, libera e difficilmente controllabile applicazione dei canoni di buona fede *ex* artt. 1366 e 1375 (e se del caso 1371 ultima parte e 1374) c.c.: Scilla o Cariddi insomma.

Ove il contenzioso sia inevitabile, non mi auguro perciò una evoluzione ultra-elastica (o ultra-dirigistica che dir si voglia) dei margini di adeguamento giudiziale della comune volontà negoziale sol perché c'è stato il Covid: ce la porteremmo malauguratamente dietro anche in futuro ed anche senza Covid; e ciò che la giurisprudenza ha fatto di prevaricante rispetto all'autonomia privata in questi ultimi dieci o quindici anni basta e avanza⁷.

E' inutile dire, per altro, che una elasticità decisoria giustificatamente maggiore, peculiare e sostanzialmente rinegoziatrice si avrà in caso di applicazione da parte del giudice italiano di diritto sostanziale straniero (francese ed anglosassone in primo luogo) più sensibile a *force majeure/hardship/frustration* ecc., nonché in sede di giudizio arbitrale domestico o internazionale ove, a prescindere dalla sede dell'arbitrato ed anche dalla legge sostanziale applicabile, quella elasticità è favorita dall'uso della *lex mercatoria* o comunque dal costume e dell'atmosfera dell'arbitrato, dovendosi per altro ancor qui insistere nella raccomandazione al giudicante: ausilio paritetico ad entrambe le parti, non prevaricazione di entrambe.

Ed è ovvio altresì che specie nei grandi contratti e specie in quelli internazionali, le parti potranno trovarsi dapprima la strada segnata da apposite e spesso articolate e complesse clausole di rinegoziazione prevedenti anche l'intervento di terzi arbitratori o negoziatori; ed il giudice, poi, dovrà affaccendarsi anch'egli con l'interpretazione di tali clausole, per stabilire se esse siano state correttamente osservate in fase stragiudiziale

⁷ A solo titolo di esempio fra decine e decine si ricordi Cass. 18.9.2009, n. 20106 nel noto caso dei "concessionari Renault": una inequivoca clausola di recesso *ad nutum* svanisce d'incanto nella vaghezza fumosa ed azzurrina della buona fede. In casi del genere mi chiedo sempre chi possa investire a cuor leggero in Italia.



e prima ancora se esse contemplassero davvero una straordinaria emergenza quale quella del Covid 19.

Più in generale quanto ai contratti internazionali⁸ sorgeranno, accanto ai consueti problemi di legge applicabile, i problemi – dalla soluzione non necessariamente omogenea a seconda della giurisdizione adita – della esatta individuazione delle norme di applicazione necessaria fra quelle dettate dai vari legislatori nazionali in ragione della emergenza⁹. Ed ulteriore complicazione si avrà ove diverse norme di applicazione necessaria entrino in conflitto fra loro.

Negli scenari contenziosi nostrani, ben oltre che rispetto ai soli artt. 1467, 1468, 1366, 1371, 1374 e 1375 del c.c. (o disposizioni parallele nella legislazione speciale), la giurisprudenza sarà chiamata a ripensare ed eventualmente adeguare alla emergenza Covid l'interpretazione ed applicazione “concreta” di altre disposizioni cardine del nostro diritto delle obbligazione e dei contratti: basti pensare all'art. 1218 c.c. (impossibilità sopravvenuta della prestazione, ove dovrà verificarsi il limite di resistenza del tradizionale e normalmente sacrosanto orientamento restrittivo riguardo alla possibilità di invocare in guise di impossibilità della prestazione pecuniaria le pur gravi difficoltà economiche del debitore¹⁰) in correlazione o meno con l'art. 1228 (responsabilità degli ausiliari); agli artt. 1463, 1464 e 1466 (impossibilità totale o parziale nei contratti con prestazioni corrispettive ed in quelli plurilaterali) ed a disposizioni correlate relative a singoli tipi contrattuali; e perché non all'art. 1227 (coniugato sempre ai principi di buona fede) visto che l'emergenza potrà aver messo in seria difficoltà il debitore (ma quanto?), ma anche compromesso le normali capacità reattive di autotutela del

⁸ Si veda più in proposito l'interessantissimo contributo di M. TORSELLO e M. WINKLER, *Coronavirus Infected International Business Transactions: A Preliminary Diagnosis*, in www.cambridge.org/core.

Limitatamente al sistema svizzero v. A. LÄNZLIGER – P. HACHEM, *Disruption to Contracts resulting from COVID-19 and Governmental Measures*, in www.baerkarrer.ch

⁹ Lo ricorda perspicuamente F. EMANUELE, *Il rischio contrattuale diventa globale*, in *Il Sole 24 Ore*, 25.4.2020, il quale segnala come il legislatore italiano abbia già qualificato in termini di applicazione necessaria (art. 28 D.L. n. 9/2020) alcune disposizioni in tema di contratti di trasporto aereo, ferroviario e marittimo. Ovviamente, al di là della qualificazione espressa o della sua assenza, la individuazione delle norme emergenziali di applicazione necessaria è operazione complessa che andrà svolta badando alla sostanza della previsione calata nel sistema complessivo.

¹⁰ V. ad es. Cass. 20 maggio 2004, n. 9645 e Cass. 15 novembre 2013, n. 25777.



creditore (ma quanto?).

Non mi interessa proseguire nell'elenco.

Mi interessa piuttosto richiamare l'attenzione su tre profili trasversali, ed eterogenei fra loro, rispetto al contenzioso sui contratti.

c. 1) Il primo profilo riguarda – ben al di là ovviamente del collegamento negoziale in senso tecnico – l'interconnessione economica fra i rapporti contrattuali; tale che la situazione patologica da emergenza-Covid che incide su di un rapporto fra Tizio e Caio e/o sulla sua cognizione giudiziale (o anche sulla sua spontanea rinegoziazione) potrà riverberarsi in patologie relative al rapporto contrattuale (altrimenti perfino immune in via diretta rispetto alla emergenza) fra Caio e Sempronio, e così via. Il tutto, dunque, con ulteriori ripercussioni giuridiche sostanziali e processuali. Ed un paragrafo interessante e peculiare di tale capitolo sarà rappresentato dalla interrelazione fra contratto principale e contratto assicurativo che garantisca una parte dal rischio di inadempimento dell'altra, in un contesto generale in cui ciò che è accaduto – la pandemia – da un lato è un rischio che ben difficilmente una compagnia assicurativa o meglio una catena di assicuratori e rassicuratori potrebbe direttamente assicurare, d'altro lato e correlativamente la trasformazione della globalizzazione economica in “globalizzazione del rischio contrattuale” è stata tale “che neppure evolute tecniche di *risk management* avrebbero potuto prevenir(la)”¹¹.

c. 2) Il secondo aspetto è dato dal fatto che in linea di massima, e come ha notato ancora N. Irti, il nostro diritto civile è già idoneo a governare la crisi dei contratti dovuti all'emergenza-Covid¹², salva la necessità di

¹¹ Così F. EMANUELE, *Il rischio contrattuale*, lc. cit.

¹² Cfr. N. IRTI, *Il diritto pubblico e privato*, cit.: “Ai problemi del domani si potrà rispondere mediante l'uso del diritto comune, cioè delle norme già fissate nel codice civile e nelle leggi generali”.

Eccezioni che confermano la regola, poiché si tratta di disposizioni transeunti che rimandano a norme del diritto comune, sono date dall'art. 88 del D.L. n. 18/2020 che richiama l'applicazione dell'art. 1463 c.c. in materia di contratti del turismo e dello spettacolo, e dall'art. 91 del D.L. cit. (a modifica dell'art. 3 D.L. n. 6/2020), ove si dice che il rispetto delle misure di contenimento “va sempre valutato ai fini della esclusione ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti”. La giurisprudenza – confido – saprà evitare opportunamente le secche di una drastica lettura *a contrario* di tale ultima disposizione emergenziale, in senso cioè



qualche sobrio adeguamento giurisprudenziale e salvo il rischio, di cui si è già detto, di eccessiva intromissione del giudice nel cuore pulsante dell'autonomia privata. Ed il legislatore dovrebbe dunque rifuggire dalla tentazione di innovare stabilmente il diritto comune sol perché c'è stato il Covid.

Tuttavia il legislatore è spontaneamente intervenuto, diversamente ed anche comprensibilmente (anche se non sempre in modo coerente e avveduto), e potrà forse ancora intervenire - nel quadro generale di una congerie di misure sospensive di versamenti, adempimenti fiscali e previdenziali, canoni concessori alla P.A., titoli di credito ecc. - sospendendo termini contrattuali di adempimento o inibendo provvisoriamente l'esecuzione forzata anche relativamente a rapporti contrattuali (si consideri la "sospensione dei mutui per gli operatori economici vittime di usura" di cui all'art. 54-*quater* D.L. n. 17/2020 convertito in L. n. 27/2020; la sospensione delle rate dei mutui agevolati INVITALIA di cui all'art. 72-*ter* sempre del D.L. n. 17/2020; la "proroga dei termini nel settore assicurativo" in determinati e circoscritti ambiti di cui all'art. 125 del medesimo D.L.). Con ciò, per altro, si tampona l'emergenza con giustificato *favor* per una delle parti contraenti, ma si sbilancia per ciò stesso il sinallagma con possibili questioni che al giudice sarà rimesso di risolvere in funzione perequativa.

c. 3) Il terzo aspetto riguarda il ruolo che sarà chiamato a svolgere, in questo ma anche in altri settori di contenzioso, il vertice della giurisprudenza e cioè la Corte di Cassazione.

Alla quale, a mio sommo avviso, dovrebbero essere chieste due cose (sempre che i numeri effettivi del contenzioso le giustificano) idonee a tamponare lo spaesamento giuridico e la conseguente ondivaga mutevolezza giurisprudenziale innanzi alla emergenza:

(i) una disponibilità ancora più disinvolta del solito verso la fissazione del "principio di diritto nell'interesse della

preclusivo del riferimento analogo agli artt. 1218 e 1223 in relazione ad altri fatti comunque connessi all'emergenza.

Eccezione di ordine diverso è data da una disposizione (l'art. 82 del D.L. cit.) che, sia pure in termini alquanto generici, innalza (a beneficio della collettività) il livello dell'esatto adempimento a carico delle imprese fornitrici di reti e servizi di comunicazioni elettroniche.



legge” *ex art. 363 c.p.c.*. Attesa la forzata pochissima incidenza del ricorso del P.G., il quale pure dovrebbe attivarsi più del solito ma è comunque vincolato (dalla legge) alla attesa della formazione del giudicato *inter partes*, occorrerà ad esempio che la Suprema Corte sia disponibile a pronunciare il “principio di diritto”, in tema di *Covid Litigation*, di fronte ad un ricorso scientemente inammissibile proposto in un *leading case* (contemporaneamente all’appello) avverso la sentenza di primo grado, per accelerare i tempi: non è minimamente immaginabile infatti che, in un *leading case* appunto, il responso della Suprema Corte debba scontare, oltre ai tempi tollerabili del giudizio di cassazione, quel *lockdown* quadriennale o quinquennale che intercorre fra la notifica dell’atto di appello e la sentenza presso molte corti di secondo grado.

(ii) La nostra Suprema Corte, quando vuole, è sobriamente disposta a forzare il guscio, pur astrattamente solido, della qualificazione giuridica dei fatti e della chiarificazione delle clausole generali. Oltretutto, essendo ogni norma generale e astratta, non vi è certo una differenza qualitativa fra la maggior parte delle norme ed una clausola generale rispetto alla loro interpretazione ed applicazione *concreta*; o siamo ancora ingenuamente convinti che concretizzare il significato di “giusta causa” o “giustificato motivo” di licenziamento sia operazione qualitativamente diversa dal concretizzare sintagmi quali “nell’esercizio delle incombenze” agli effetti dell’art. 2049 c.c., o “del tutto inadatta alla destinazione” agli effetti dell’art. 1668 c.c., ovvero “onere impossibile” ai sensi dell’art. 647, c. III, c.c., o “destinazione economica” ai sensi dell’art. 981 ecc.? O se si preferisce: davvero crediamo ancora che via sia una rigorosa distinzione fra ciò che è clausola generale o concetto valvola e ciò che non lo è?¹³.

La Cassazione insomma si è mostrata disposta all’occorrenza ad entrare con passo più o meno felpato in

¹³ Del resto, anche ammesso che questa differenza vi sia, mercé comunque un ampliamento del novero delle clausole generali, la specificazione giurisprudenziale di una clausola generale non dovrebbe in teoria più funzionare da... clausola generale. Ma la realtà di ogni giorno dimostra l’opposto. Ad esempio, si può anche dire che “nell’esercizio delle loro [dei commessi] incombenze” è una clausola generale ai fini della individuazione della responsabilità oggettiva di “padroni e committenti” *ex art. 2049 c.c.*. Sennonché la sua nota specificazione giurisprudenziale in sede di legittimità – nel senso della “occasionalità necessaria” rispetto alle mansioni come sufficiente alla applicazione del disposto e perciò al coinvolgimento della responsabilità oggettiva - si volge tosto, in vista dei variegati casi futuri, in enunciazione essa pure generale e astratta, a sua volta dunque specificabile ulteriormente e nuovamente anche in sede di legittimità (si veda ad. es. Cass. sez. III, n. 11816/2016).



un'area nebbiosa in cui fatto e diritto sono pressoché indistinguibili.

Ebbene qui sarà chiamata a farlo – assumendo il valore della nomofilachia in termini sostanziali e non formali - con ancor maggiore disponibilità, tenendo a mente che molti dei fatti che corrispondono alla emergenza-Covid sono uguali per tutti oltre che notori (ed anche in Cassazione il notorio merita di avere un suo peculiare spazio ancor forse da indagare), ed il più possibile uguale per tutti deve essere la interpretazione ed applicazione concreta di una determinata norma quando il suo riferimento fattuale di contesto è così uniforme ed eclatante sul territorio nazionale. Insomma, per quel tanto che ogni interpretazione ed applicazione concreta della norma (non insomma la semplice opzione fra più significati astratti riconducibili al suo tenore) è invariabilmente influenzata caso per caso dal substrato fattuale nominalmente riservato alla indagine del giudice del merito, la Corte uniformatrice in quel substrato fattuale dovrà saper entrare utilizzando – in modo uniforme appunto – la notorietà di molti fatti emergenziali di così larga ed incidente diffusione.

d) L'esecuzione dei contratti pubblici ed i contratti bancari.

È chiaro che si tratta semplicemente e rispettivamente di un settore affine e di un sottosettore rispetto a quello cennato sub c), e però pragmaticamente e (specie il secondo) numericamente assai rilevanti, ove oltre ad alcune norme e principi generali del codice civile si tratterà di leggere o rileggere alla luce della esperienza Covid complessi normativi appositi (Codice dei contratti pubblici, TUB, ecc.).

Inoltre, caratteristiche comuni a tali due ambiti, eterogenei fra loro, in relazione alla *Covid Litigation* potranno essere:

- (i) una ben minore elasticità caso per caso nelle possibili iniziative di spontanea rinegoziazione stragiudiziale;
- (ii) per contro, una ben maggiore possibilità che il contenzioso sia compresso e prevenuto, e poi all'occorrenza condizionato, da disposizioni speciali¹⁴ di vario grado gerarchico, emanate proprio a seguito dell'emergenza (e fra

¹⁴ Vedi al paragrafo precedente la indicazione di talune disposizioni sospensive dei pagamenti delle rate dei mutui, nonché riguardo ai contratti pubblici la nota 12.



esse anche norme orientatrici di una rinegoziazione standardizzata¹⁵ e seriale o determinanti *tout court*, con incidenza sui rapporti sostanziali, nuovi assetti specialmente quanto ai cronoprogrammi). E speriamo si tratti di norme più e meglio ragionate rispetto alla media di quelle, ad esempio, dell'attuale Codice dei C.P..¹⁶

e) I rapporti di lavoro subordinato.

Per essi varrà discorso analogo a quello appena svolto per i contratti bancari ed i contratti pubblici: un legislatore accorto è in grado di prevenire e comprimere l'eccesso di contenziosi emergenziali; un legislatore inerte si affiderà in proposito alla Provvidenza; un legislatore attivo e pasticcione rischierà seriamente ulteriori aumenti della litigiosità; (dovrà anche vedersi se e come sarà definitivamente sciolto il nodo dello “scudo penale” quanto ai contagi sul luogo di lavoro e con quali eventuali ripercussioni sulla inerente responsabilità civile della parte datoriale).

Riterrei invece destinato alla marginalità l'incremento del contenzioso connesso alle misure speciali di ordine previdenziale. Confido insomma che le sospensioni di versamenti contributivi variamente previste dalla normativa emergenziale (v. soprattutto il D.L. n. 17/2020 convertito in L. n. 27/2020) saranno interpretate ed applicate, se del caso previa emanazione di apposite circolari degli enti preposti, in modo chiaro e lineare e non saranno dunque riversate, in misura significativa, inerenti questioni contenziose sul tavolo del giudice. Qualche rischio più serio in tal senso vi è semmai, proprio in materia di rapporti di lavoro, riguardo alla applicazione delle disposizioni emergenziali (D.L. n. 18/2020 conv. in L. n. 27/2020, artt. 23ss.) sulla “riduzione dell'orario di lavoro e di sostegno ai lavoratori”.

¹⁵ Un embrione nell'art. 113 D.L. 18/2020 conv. in L. n. 27/2020 quanto alla rinegoziazione dei mutui stipulati dagli enti locali.

¹⁶ Quanto a quest'ultimo settore, non potrà esservi, a più lunga scadenza, in guisa di conseguenza delle riflessioni avviate in ordine alla ripresa economica dalla emergenza-Covid, un fisiologico aumento delle incombenze del giudice civile ove si dia spazio a quel salutare spostamento – da alcuni e con giusta veemenza auspicato (F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più*, Rubettino ed., 2020, 112 ss.) – dell'asse primario della tutela verso il risarcimento del danno piuttosto che verso la invalidazione della gara e della aggiudicazione; e ciò perché la tutela risarcitoria resterà ovviamente in quei casi nell'alveo della giurisdizione amministrativa (e le incombenze della giurisdizione civile in materia di esecuzione del contratto resteranno quantitativamente indifferenti, nella sostanza, rispetto ad una eventuale diminuzione del sindacato annullatorio sulle gare.



f) Le azioni risarcitorie nei confronti della P.A. (con una digressione sull'arbitrato degli investimenti).

Quello delle richieste risarcitorie dei privati nei riguardi della P.A. per i danni variamente causati dalla gestione della emergenza (con eventuale appendice CEDU esauriti i “ricorsi interni”, ivi inclusi fra essi eventuale attivazione della Corte cost.) appare come il capitolo più misterioso e complesso ed al momento difficilmente sondabile.

Lo scontento potrebbe montare e trasformarsi in assedio alle sedi giudiziarie (esito drammatico ma ben meno dell'ira di piazza, la quale fortunatamente è ben poco nelle corde degli italiani). Oppure potrebbe scemare come va scemando l'epidemia.

L'immagine simbolica, e quasi victorhughiana, in via predittiva, è comunque quella del curatore del fallimento del ristoratore molisano o dell'albergatore agrigentino (non a caso luoghi fortunati in cui si è avuta sì e no qualche linea di febbre ed un po' di tosse): si convincerà costui che l'insolvenza è stata determinata in modo causale e diretto da irrazionali ed ingiustificati limiti connessi alla chiusura o alla riapertura? avrà il coraggio di parlarne al giudice delegato? e questi di autorizzare l'azione risarcitoria contro la o le pubbliche amministrazioni coinvolte?

E tutti gli altri, al di fuori dell'esempio, e cioè al di fuori del caso drammatico del fallimento, in una multiforme congerie di situazioni possibili?

Perché, dato per scontato che dalla emergenza sortiranno come sempre finti storpi, profittatori, professionisti dell'assistenzialismo, piagnoni, collezionisti di redditi di cittadinanza e buoni vacanze e simili tagliandi, ne sortirà anche un corposo numero di cittadini e soprattutto imprenditori autenticamente e gravemente danneggiati da ciò che la mano pubblica non ha fatto o avrebbe potuto fare decisamente meglio o non avrebbe dovuto fare (anche in comparazione con quel che è accaduto in altri paesi e soprattutto nella considerazione di una realtà, quella italiana, in cui non soltanto grazie all'iniziale *lockdown* l'evoluzione dell'epidemia è stata notevolmente diversa da regione a regione e le misure emergenziali invece sostanzialmente



uniformi).

E posto che il discorso è anzitutto ed ovviamente politico, come reagirà la giurisprudenza quando e se esso divenga giuridico e contenzioso?

Che lo Stato sia – qualunque idea decente si abbia di esso – politicamente, eticamente e costituzionalmente responsabile di un ristoro in favore degli autenticamente pregiudicati ed in modo assolutamente oggettivo (non essendo qui in questione la responsabilità civile della P.A. ed i suoi criteri di imputazione) non può esservi dubbio in astratto.

E tuttavia, a misura che le conseguenti provvidenze (di tipo *lato sensu* indennitarie), in qualsiasi forma effettiva ed innescate o meno dagli aiuti europei, non giungano nel corso di un ragionevole lasso di tempo, da un lato diminuirà la sostanziale *compensatio lucri cum damno* idonea a disinnescare il contenzioso risarcitorio propriamente detto, d'altro lato la giurisprudenza, pur con immaginabile travaglio ed auspicabile prudenza sarà – eticamente anzitutto – incentivata al coraggio ed alla apertura di breccie anche di nuova foggia ed alla elasticità nel ripercorrere zone grigie e nel rivisitare norme di sistema in punto di responsabilità civile della P.A. nelle sue varie articolazioni (amministrazione centrale dello Stato, se del caso, compresa).

Al postutto poi vi sarà la CEDU, dinanzi alla quale la responsabilità dello Stato è “internazionale”, ma pur sempre “civile” e indennitaria o risarcitoria quanto alla sostanza e nei confronti del singolo i cui diritti fondamentali risultino vulnerati. E la CEDU per ovvie ragioni conosce, sul piano schiettamente giuridico, assai minori remore del giudice interno della responsabilità civile, specialmente quanto alla distinzione fra semplice condotta omissiva o commissiva della P.A. ed atti politici o perfino legislativi; e potrebbe – specie di fronte a situazioni particolari ed ove si ravvisasse una evidente discrepanza rispetto a quel che è accaduto in fase emergenziale nella maggioranza degli altri paesi europei – creare *leading cases* incentivanti una successiva seconda ondata di contenzioso interno. Qualcuno poi, proprio in ragione degli ostacoli oltre un certo limite insormontabili del sistema dei “ricorsi interni” in materia di responsabilità della P.A., proverà a rivolgersi immediatamente alla CEDU per coinvolgere innanzi ad essa la responsabilità dello Stato italiano-legislatore. E’



troppo presto per dire se si tratterà di *boutades* da trafiletto giornalistico (come sono oggi le mitiche “cause contro la Cina”¹⁷) o di cose serie, ma la prospettiva non è affatto escludibile.

L'aria elettiva di un complessivo contenzioso siffatto (ridotto a casi isolati o esteso nella numerosità) è naturalmente quella della tutela (risarcitoria) della impresa e della proprietà. Ma non può escludersi certo la tutela risarcitoria del diritto alla salute; e potranno qui aversi singolari scambi di contraddittorie battute a distanza fra una sentenza che accordi tutela a quei diritti “economici” ed una che accordi tutela al diritto alla salute condannando nella sostanza lo stesso convenuto pur in persona di diversa articolazione della P.A.: non tutto del resto può essere assolutamente armonico nel mondo del diritto, salva una qualche armonizzazione che andrà rimessa alla S.C. affinché non passi l'idea che, salute ovvero proprietà/impresa, paga comunque e sempre Pantalone.

Mentre altre voci extravaganti di pregiudizio, più o meno camuffate (alla vita di relazione, esistenziale ecc.) sono state già fortunatamente pressoché sterilizzate dalla S.C. nella celebre sentenza delle Sez. Un. n. 26972/2008; insegnamento quello che la giurisprudenza dovrà all'occorrenza rafforzare anche in questa particolare contingenza, reiterando agli *omnes* ed anzitutto a demagoghi e/o procacciatori di cause il monito saggio e mesto, *a fortiori* valido in questo frangente: non esiste “il diritto [civile] ad essere felici”.

Una versione più complessa ed assai delicata del contenzioso risarcitorio verso lo Stato o meglio verso gli Stati (non direttamente involgente le funzioni della giurisdizione civile italiana) potrà aversi ove tutela della “proprietà” e della “impresa” si rifondano nella particolare tutela internazionale dell’“investimento”.

Anche qui gli standard sono ben più laschi rispetto al sistema interno della responsabilità della P.A., ed anche qui non vi è alcuna rigorosa insindacabilità dell'atto politico o legislativo. È ben vero che *Achmea*¹⁸ e quel

¹⁷ Ma vedi (salvo altre avviande o avviate nell'universo mondo) l'annuncio del Codacons (<https://codacons.it/covid-19>) riguardo alla azione civile di una contagiata avverso lo Stato cinese.

¹⁸ Si tratta della nota (e assai criticata e controversa) pronuncia dalla Corte di Giustizia del 6 marzo 2018, c. 284/16, con la quale è stato ritenuto il contrasto con il diritto dell'Unione, ed in particolare con le prerogative del sistema giurisdizionale dell'Unione nel suo complesso, delle clausole arbitrali contenute nei trattati bilaterali sugli investimenti stipulati fra numerosi Stati europei.



che ne è seguito pare aver arginato le possibilità di un arbitrato degli investimenti efficacemente instaurato da investitore europeo contro l'Italia. Sennonché: *i*) esistono tuttora numerosi trattati bilaterali di investimenti fra l'Italia e paesi extraunionali e possibilità dunque che un investitore di quei paesi attivi il relativo arbitrato da BIT contro l'Italia (a tacere della, allo stato intatta, vigenza del sistema ICSID nel suo complesso)¹⁹; *ii*) proprio il *post Achmea* dovrebbe comportare che gli standard sostanziali di tutela degli investimenti, e perciò il livello di responsabilità dello Stato dell'investimento, non debbano essere, innanzi alle giurisdizioni statuali destinate a subentrare ai collegi arbitrali, sostanzialmente diversi da quelli assicurati da questi ultimi e cioè fino ad ora dal c.d. diritto transazionale degli investimenti (si veda già in proposito la *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo ed al Consiglio* del 19.7.2018 sulla *Tutela degli Investimenti intra-UE*)²⁰.

g) Altri ambiti presumibilmente marginali sul piano quantitativo.

Vi sono poi ambiti fatalmente destinati ad essere assai marginali sul piano quantitativo: ad esempio quello delle azioni risarcitorie promosse da consumatori o imprese a seguito di accertamenti dell'AGCM relativi a condotte *antitrust* poste in essere con “profittamento” della emergenza; così come può immaginarsi – ed ancora qui si tratterà verosimilmente di pochi casi – che il sistematico mancato rispetto di prescrizioni di legge ed amministrative imposte agli esercizi commerciali sia configurato con atto di sleale concorrenza atipica *ex art.* 2598, n. 3, c.c. in danno di chi quelle prescrizioni scrupolosamente osserva.

h) Ambiti di contenzioso rispetto ai quali l'emergenza Covid risulterà verosimilmente solo occasionale.

Infine vi saranno situazioni – ad esempio quelle delle azioni risarcitorie a tutela della immagine rispetto a

¹⁹ V. in proposito, fra molti altri l'interessante scritto di M. BENEDETTI, *Could COVID-19 Emergency Measures give rise to Investment Claims? First reflection from Italy*, in <https://globalarbitrationreview.com>.

Vedi anche N. BERNASCONI OSTERWALDER – S. BREWIN – N. MAINA, *Protecting against Investor-State Claims amidst COVID-19*, nel sito dell'*International Institute for Sustainable Development*, e soprattutto MAO-WEI LO, *Legitimate Expectation in a Time of Pandemic: The Host State's COVID-19 Measures, its Obligations and possible Defenses under International Investment Agreements*, in *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 13, 2020, n. 1, 249 ss.

²⁰ Nonché implicitamente ora *l'Accordo sulla estinzione dei Trattati Bilaterali di Investimento fra Stati Membri dell'UE*, in attesa di ratifiche.



propalazioni diffamatorie o comunque lesive ovvero ad attribuzioni di false dichiarazioni a personaggi più o meno pubblici, variamente occasionate dalla emergenza epidemica – che non meritano di essere ascritte alla *Covid Litigation*, a motivo della mera occasionalità; e neppure è immaginabile che vi corrisponda un significativo ed autentico incremento del contenzioso civile (chi parla o scrive troppo e smodatamente lo fa e lo avrebbe fatto comunque, su altri temi, anche senza l'occasione del Covid²¹).

Quel che più conta è però la assai poca incidenza che le peculiarità *lato sensu* fattuali e di contesto della emergenza-Covid avranno sulla dinamiche di un contenzioso di tal genere (tanto per capirci, esemplificando, non c'è fine del mondo – e questa ci è andata molto molto lontano - che giustifichi giuridicamente la grave incontinenza verbale; e l'“interesse pubblico della notizia” non è certo particolarmente acuito, rispetto agli altri casi, dalla emergenza Covid).

i) Cenni alla materia concorsuale ed alle azioni di responsabilità previste dal diritto societario.

Discorso analogo dovrebbe valere per la materia concorsuale. L'emergenza Covid potrà essere certamente l'occasione per l'aumento numerico delle dichiarazioni di insolvenza e perciò anche delle controversie conseguenziali ed in qualsiasi modo connesse. Ma su questo scenario contenzioso i “fatti” della emergenza avranno modesta incidenza e non peculiare rispetto a qualsiasi altra circostanza causativa della insolvenza²².

Una limitata eccezione sarà semmai costituita dall'area delle azioni di responsabilità previste dal diritto societario (sociale e dei creditori) esperite dal curatore, ma allora e non diversamente dall'area delle azioni di

²¹ Occasione che certo ha già dato e darà luogo a polemiche virulente anche fra probi scienziati, a colpi di contumelie (“io ero candidato al Nobel!” – “Si ed io sono miss Italia!”, “Tu non hai mai visto un virus!” – “E tu non hai mai visto un ospedale!”, e taccio d'altro) su argomenti come: “il virus si è indebolito o no?”; ovvero: “il virus scomparirà come quello della prima SARS o no?”; ovvero: “gli asintomatici contagiano o no?” ecc..... Il tutto sotto l'ombrello degli incredibili giri di valzer dell'OMS, e nel frattempo approssimandosi la commercializzazione dei vaccini ed il potente ed ahimè condizionante odore di sterco del diavolo che questa si porterà dietro (e prima di ciò vi sarà stata la concorrenza fra i test sierologici, o quella fra gli istituti di ricerca in vista dei futuri finanziamenti, ecc.). Il giurista pratico affila le armi per l'attore o per il convenuto (ancor qui con auspicabile morigeratezza intesa ad evitare iniziative di pura suscettibilità e/o a favorire composizioni bonarie e *sine strepitu*). Il teorico contempla, sorridente, considerando una volta di più come la scienza pura non sia affatto più pura della economia, o del diritto, o della politica.

²² Salvo naturalmente l'esempio della drammatica azione risarcitoria promossa dal curatore cui si è detto *retro, sub f*).



responsabilità avverso i componenti degli organi sociali anche fuori dalla insolvenza. Perché è immaginabile che l'applicazione giudiziale concreta della *business judgement rule*, con portata protettiva per i convenuti, riceva speciali connotazioni di tipo anche “seriale” in virtù del carattere imprevisto e straordinario della emergenza e delle sue immediate e travolgenti ripercussioni anche sulla gestione imprenditoriale e societaria. E sul delicato terreno dell'obbligo di predisposizione degli “assetti adeguati” ex artt. 2086, 2380 *bis*, 2475 e 2257 c.c., vi sarà verosimilmente un “prima” e un dopo Covid: prima non era ragionevolmente possibile prevedere ed adeguare alcunché; dopo, invece, la predisposizione di assetti adeguati non potrà non tenere conto della eccezionale esperienza; (da segnalare *per incidens* che le disposizioni provvisorie di cui all'art. 106 D.L. n. 18/2020 conv. in L. n. 27/2020 in tema di modalità di svolgimento delle assemblee societarie appaiono sufficientemente chiare e comunque non tali da aggravare i compiti del giudice).

Nel frattempo, e tornando al “fallimento”, vi è da salutare con favore che nel frattempo lo si possa ancora chiamare così e che sia stata sospesa la entrata in vigore del *Codice della crisi*²³, con il suo corredo di sapienza giuridica astratta, ma anche con il suo ciarpame di “all'erte”, controlli velleitari, delazioni, ecc., e soprattutto con il suo essere in concreto – nei lidi italici – il modo migliore per arricchire professionisti vari a danno dei creditori e del “liquidato” o “liquidando”. Se poi dalla attuale sospensione si passasse direttamente all'archivio o ad un radicale ripensamento, ciò sarebbe davvero uno dei più salutari effetti indiretti della pandemia.

1) Limitato (e si spera insignificante) aumento di complessità trasversale del contenzioso in conseguenza delle disposizioni processuali emergenziali. Un trasversale aumento di complessità in

²³ Art. 5 D.L. n. 23 dell'8 aprile 2020.

Si vedano gli auspici, anticipatori della sospensione, equilibrati ed intelligenti, di N. ABRIANI – G. PALOMBA, *Strumenti e procedure di allerta: una sfida culturale (con una postilla sul Codice della crisi dopo la pandemia da Coronavirus)*, in www.osservatorio-oci.org.

Per un utile confronto con una esperienza estera si veda la *Panoramica sulla procedura concordataria e di insolvenza*, a cura di BÄR & KARRER (maggio, 2020 nel sito dello studio: <http://www.baerkarrer.ch>) relativamente al sistema svizzero, ove le disposizioni in materia di diritto concorsuale sono state coniugate con quelle generali sulla c.d. “moratoria COVID-19” relative alla sospensione dei pagamenti.



rito (per qualsiasi causa) deriverà infine – ma si confida possa ben presto risultare trascurabile (grazie anche all'utile e predittivo *vademecum* diffuso dall'Ufficio del Massimario²⁴ che anticipa *de facto* la giurisprudenza di vertice che potrebbe formarsi e scoraggia soluzioni esoteriche dei giudici di merito) – dalle questioni di interpretazione ed applicazione della normativa emergenziale sulla sospensione dei termini processuali ed in generale sulla gestione dei processi durante il *lockdown*; normativa la cui farraginosità ed equivocità sono state ben minori di quanto non abbiano voluto scorgere alcuni cacciatori di farfalle sotto l'Arco di Tito; ed una volta tanto farraginosità ed equivocità appaiono giustificate (a differenza che in altri settori) dalla convulsa fretta. Si tratta come sempre di non fare del processo e delle questioni di rito il fine del processo medesimo, e di manovrare all'occorrenza con saggezza (non necessariamente con larghezza, perché l'avvocato che ci prova è figura endemica) l'istituto della rimessione in termini.

* * *

II. La giustizia civile alla prova della emergenza e la verosimile incapacità che essa possa sopportare un incremento del contenzioso “da Covid” se rilevante.

Non è una certezza, ma sicuramente una possibilità, che da questi o altri variegati ambiti di *Covid Litigation* scaturisca a partire dall'anno corrente e poi per qualche anno a venire una piena incrementale rispetto agli ordinari numeri in ingresso che gravano sulla nostra giustizia civile.

Con tutta la approssimazione opportuna, credo che se l'incremento straordinario fosse anche solo di un terzo o un quarto annuo²⁵, rispetto alla normalità, la nostra giurisdizione civile non sarebbe assolutamente in grado di reggere da sola decentemente l'urto. *A fortiori* nell'immediato e vista la necessità di smaltire anch'essa

²⁴ Corte Suprema di Cassazione – Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Relazione su novità normative n. 28 – Procedimento civile – Emergenza epidemiologica da Covid 19*, e successivamente *Rel. N. 37 – Integrazione*, entrambe in www.cortedicassazione.it.

In arg. si veda già A. PANZAROLA – M. FARINA, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile*, in *Giustcin.com*, 18.3.2020.

²⁵ Nel 2017 (ultimi dati statistici ufficiali disponibili) le sopravvenienze in primo grado sono state circa 3,4 milioni. Un aumento straordinario, causa Covid, di 1.133.000 (1/3) o di 850.000 (1/4) nuovi giudizi di primo grado ogni anno fra il 2020 ed il 2023 non è implausibile, ed a me pare appunto non adeguatamente gestibile dal nostro “servizio giustizia” senza il parziale supporto della giustizia privata.



arretrati o disfunzioni da Covid. *A fortiori* dopo aver dato prova, proprio durante l'emergenza, di efficienza tutt'altro che teutonica e di impegno tutt'altro che ardito (quale è stato invece e indubitabilmente quello dei nostri sanitari). Se il giudice civile aveva l'occasione per imporsi come eroe culturale alimentando la fiducia, propria e dei *cives*, nella giustizia (mentre medici ed infermieri si imponevano come eroi e basta, o meno retoricamente e soltanto raddoppiavano i loro sforzi ordinari, e comunque accrescevano indubitabilmente – ed al di là di qualche polemica verso i vertici organizzativi – la fiducia collettiva nel servizio sanitario), ebbene questa occasione la giustizia civile l'ha largamente persa (da sola ma soprattutto con ampia cooperazione del Ministero e degli uffici giudiziari propriamente detti). E purtroppo l'ha persa nel torno di tempo in cui, anche qui senza colpa di nessuno in particolare, le cronache rinnovellavano nell'immaginario collettivo, e non certo a torto, l'idea che dentro e fuori il CSM abbia luogo prima che una lotta fra correnti una guerra fra bande, a discapito di moltissimi magistrati più che degni di questo nome²⁶.

So bene quanto queste generalizzazioni siano ingenerose nei confronti dei singoli. Ma proprio esse qui ed in prospettiva contano. Ed in termini generali non si è visto, nella pur in parte forzata stasi (di attività processuale propriamente detta ma non di lavoro retribuito), un profluvio di sentenze arretrate scaricate sui nostri computer. Né si è vista una immaginifica ed iperattiva conduzione (ampiamente possibile e doverosamente idonea a svellere eventuali resistenze di frange di avvocatura locale) di udienze video-telematiche fondamentali²⁷ (che gli arbitri hanno invece tranquillamente svolto), o una utilizzazione acceleratoria (o

²⁶ I quali – io ne sono a titolo esclusivamente personale e fideistico sicuro da almeno una decina di anni – salterebbero con intima e convinta felicità l'avvento di un divieto generale di istituzione di correnti e relativa iscrizione ad esse.

Si consideri del resto l'inusitato monito del Presidente della Repubblica (e di un Presidente particolarmente parco di parole e morigerato) del 18 giugno 2020 (in occasione della *Cerimonia in ricordo dei magistrati vittime di terrorismo e mafia*), ove si è detto di “gravi distorsioni”, di una “Magistratura china su se stessa” e della necessità di “dimostrare con coraggio di voler superare ogni degenerazione del sistema delle correnti”.

²⁷ In materia cautelare (sostituite da snaturante trattazione scritta o da ancor più snaturanti rinvii), o per l'assunzione dei testi (mi rendo conto delle difficoltà tecniche tutte superabilissime per altro, con un efficace ausilio ministeriale; e poi ... un po' di cuore oltre l'ostacolo: per un sistema la cui prassi fino a non poco tempo fa è stata l'audizione del teste in corridoio ad opera degli avvocati, certi eccessi di garantismo risultano un po' pelosi).



semplicemente non dilatoria) di udienze telematiche a trattazione scritta sistematicamente in *tutti* o quasi i casi in cui ciò fosse davvero possibile²⁸.

Si è visto invece un profluvio di rinvii a “dopo l'estate”, nonché di comunicazioni di cancelleria, provenienti perfino dai vertici, che sommessamente, ma agitando lo spauracchio della dilazione altrimenti della decisione, chiedevano agli avvocati o alle loro segretarie (molte delle quali in cassa integrazione, perché tutt'altro che fissa è la remunerazione degli avvocati) di svolgere lavori che le stesse cancellerie avrebbero dovuto fisiologicamente svolgere (se avessero voluto, se il Ministero le avesse messe davvero in condizione di farlo o,

²⁸ Più o meno ispirati alle già complesse linee-guida ministeriali o dei capi dell'ufficio o ai protocolli concordati con l'avvocatura, vi sono stati poi volenterosi e complicatissimi provvedimenti ordinatori fatti apposta per confondere agli utenti le idee già confuse da linee guida e protocolli. Si consideri questo, sul tema della c.d. “nota unica congiunta”, che trascrivo per intero perché, dettato nello stile di un legislatore processuale sudamericano di buona scuola italiana, si commenta da sé.

“**A modifica della data già stabilita, fissa, per la trattazione della causa, il 15.07.2020 alle ore 10;**

- **dispone** che la causa sia trattata con le modalità disciplinate dall'art. 83, comma 7, lett. b), D.L. 17.3.2020, n. 18;

- **assegna**, a tal fine, alle parti termine fino alle ore 9.00 del giorno come sopra fissato per il deposito di una **nota congiunta** da denominarsi “nota di trattazione scritta” contenente le proprie istanze, conclusioni, deduzioni e repliche (la nota da depositare telematicamente, all'esito dello scambio tra le parti, dovrà essere firmata da tutti i difensori delle parti costituite).

Invita le parti:

- al rispetto del principio di leale collaborazione sia tra loro che nei confronti del giudice;

- a redigere la nota congiunta in forma chiara e sintetica, ricordando che essa sostituisce le dichiarazioni da rendersi in udienza e non può, pertanto, sconfinare in inammissibili memorie difensive;

- ad attenersi alle seguenti misure prudenziali nella fase dello scambio: la parte più diligente assumerà l'iniziativa trasmettendo alla controparte - sollecitamente e, comunque, in termine congruo per consentirne l'esame e il completamento da parte di quest'ultima - la nota provvisoria contenente le proprie istanze e conclusioni e l'altra parte completerà la nota in tempo utile al suo esame e all'eventuale scambio ulteriore al fine delle reciproche repliche e sottoscrizioni finali in via telematica; le parti si accorderanno su chi di loro provvederà al deposito telematico nel fascicolo entro le ore 9.00 della data sopra indicata;

- a premettere, nella nota congiunta, una titolazione che sintetizzi l'oggetto della stessa (ad es. istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo e richieste in merito alla prosecuzione del giudizio di merito; istanza di ammissione delle prove richieste con le memorie ex art. 183, VI co. c.p.c., precisazione delle conclusioni, discussione della causa ecc.);

- a depositare, unitamente alla nota congiunta, le copie informatiche degli atti di parte e dei documenti in precedenza depositati in forma cartacea, nei formati ammessi dalla normativa sul processo telematico;

Avverte che, avvenuta la comunicazione del presente decreto:

- il mancato deposito della nota congiunta sarà valutato alla stregua della mancata comparizione in udienza (con le varie conseguenze che ne discendono a seconda del tipo di procedimento e dello stato del giudizio, e quindi anche ai sensi degli artt. 181 e 309 c.p.c.);

- la mancata partecipazione alla redazione della nota congiunta da parte di una o più delle parti costituite dovuta a costituzione tardiva e/o ad altra causa non imputabile comporterà il rinvio – ove lo stesso possa essere contenuto entro il 30 giugno 2020- della trattazione scritta ad altra data con assegnazione di termine per l'integrazione della nota;

- è fatta, comunque, salva la facoltà per le parti di richiedere al giudice, con la nota congiunta, la successiva presenza delle parti personalmente allo scopo di coltivare ipotesi conciliative con l'ausilio dell'autorità giudiziaria, laddove ve ne siano concretamente le condizioni oppure qualora tale presenza sia ritenuta necessaria, in relazione alla natura e all'oggetto della controversia, ai fini dell'interrogatorio libero;

- per l'ipotesi in cui la causa sia fissata per la precisazione delle conclusioni e la discussione orale ex art. 281 sexies c.p.c. il giudice emetterà sentenza con deposito curato entro il giorno dopo la data fissata per la trattazione solo ove, nella nota congiunta, le parti lo richiederanno espressamente riportando la seguente formula: “Le parti chiedono che il giudice emetta sentenza, depositandola in via telematica il giorno successivo alla data fissata per la trattazione scritta, e dichiarano concordemente di intendere il deposito telematico, accettato dalla Cancelleria nel termine sopra indicato, come equivalente e sostitutivo della lettura della sentenza in udienza e della sottoscrizione del verbale che la contiene, come previste dall'art. 281 sexies c.p.c.”.



forse, se non avesse dato loro scuse per non farlo)²⁹.

Insomma, sebbene non sia personalmente tra quelli che si lamentano ogni pie' sospinto dei tempi e delle inefficienze della giustizia civile italiana comparativamente ad un "altrove" (Finlandia? Lapponia? Isola che non c'è?) spesso cartaceo e illusorio o buono in realtà a gestire efficacemente le sole "cause dei ricchi", francamente non credo che a questa giustizia civile che è ora rimasta in semi-letargo³⁰, come se si trattasse di attività meno essenziale della vendita di tabacchi, sia affidabile il peso integrale di una rilevante emergenza litigiosa, se davvero vi sarà. Piuttosto la giustizia civile deve pensare a rimettersi e presto in carreggiata nell'ordinario.

* * *

III. Per una soluzione parziale in termini di giustizia privata istituzionalmente supportata, sostenuta da un volontariato di qualità, e ben diversa da quella arbitrale normale anzitutto quanto a costi e tempi.

Si è già detto, passando in rassegna i vari ambiti della *Covid Litigation*, ove in particolare lo sforzo di

²⁹ Ora è chiaro che per un avvocato (aduso a ben altro) organizzarsi, con segretarie e collaboratori richiamati (con distanziamento e mascherine) dallo smart-working, in modo da far arrivare alla Cancelleria del Palazzaccio e attraverso essa ai consiglieri del collegio, ciascuno (ci mancherebbe!) a casa propria, le copie scannerizzate di tutto quanto non è nulla di particolarmente trascendentale. Ma è l'aspetto simbolico che conta, perché ad organizzazione siffatta, con adeguato supporto ministeriale, avrebbe ben potuto e dovuto provvedere la Cancelleria della Suprema Corte; né più e né meno di come alla grande distribuzione nonché alla distribuzione al dettaglio di frutta e verdura ha provveduto, anche in "fase 1" e con le dovute accortezze, chi da sempre vi provvede, senza che nessuno osasse dirci che dovevano allestire un orto nel balcone.

Ecco un esempio:

"CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE. Protocollo d'intesa sottoscritto in data 9 aprile 2020 fra la Corte di cassazione, la Procura Generale presso la Corte di cassazione ed il Consiglio Nazionale Forense per la trattazione delle adunanze civili ed udienze penali camerale non partecipate, durante il periodo dell'emergenza determinata dalle disposizioni dettate per impedire il contagio da COVID 19.

Si invitano i sigg. Avvocati a trasmettere, ove nella loro disponibilità ed entro sette giorni dal ricevimento della presente comunicazione, copia informatica - in formato pdf - degli atti processuali del giudizio di cassazione, già in precedenza depositati nelle forme ordinarie previste dalla legge (ricorso, controricorso, nota di deposito ex art. 372, comma 2, c.p.c., provvedimento impugnato).

Si avverte che nel caso in cui la copia degli atti non pervenga nel detto termine in cancelleria, la trattazione della causa, già fissata, potrà essere rinviata a nuovo ruolo ove il collegio non sia in condizione di decidere nella camera di consiglio da remoto.

Si avvisa inoltre che la anzidetta trasmissione non sostituisce il deposito degli atti nelle forme previste dal codice di rito e non determina rimessione in termini per le eventuali decadenze già maturate".

³⁰ All'approccio dichiaratamente polemico di cui nel testo (basato per il momento e per forza di cose sulla esperienza e non su dati statistici non ancora disponibili) sono naturalmente opponibili diversi punti di vista (non credo però radicalmente diversi a quanto mi è dato percepire).

Sulla linea del testo ho trovato poi piena conferma negli istituzionali quanto accorati (e ben argomentati) interventi di A. GALLETTI (presidente del Consiglio dell'Ordine romano) il quale ha anzi particolarmente enfatizzato (e non solo riguardo alla giustizia civile) il circolo vizioso fra inerzia pragmatica ed elefantiasi delle linee guida (v. ad es. www.diritto.ilsolo24ore.com/news/StudiLegaliEOrdini/2020-05-13: "Parte la Fase 2, ma la giustizia resta al palo"; www.facebook.com/CoARoma/videos/172426273085644: "Otto obili di linee guida. Ecco cosa vuol dire caos in Tribunale").



composizione pre-contenzioso debba essere intenso e determinato nell'interesse primario delle parti. E si è detto anche ove è forse consigliabile un intervento normativo purché adeguato e non pasticione nel senso della prevenzione e compressione delle liti³¹. Mentre non pare auspicabile una generalizzazione di tale intervento, la quale oltretutto porterebbe probabilmente con sé la estensione provvisoria di quella inutile e dannosa area di parcheggio che è la conciliazione istituzionalizzata e obbligatoria.

Se il fenomeno dell'incremento delle liti civili da Covid sarà rilevante, aumenterà percentualmente, nonostante qualunque misura preventiva, il numero dei casi (sempre di molto maggiori rispetto a quelli di composizione bonaria o rinegoziazione) in cui le parti avranno comunque necessità di una soluzione aggiudicativa.

Ed è qui che la giustizia civile togata dovrà essere supportata per evitare il collasso o perlomeno la grave difficoltà e l'accumulo ulteriore e straordinario di arretrato.

In alcuni ambiti (v. retro quelli indicati *sub* I, a) ed f), ed in larga misura anche per l'esecuzione dei contratti pubblici di cui *sub* d), per la materia concorsuale di cui *sub* i), e – a meno di una forte impostazione verticistica concordata fra le parti sociali - per i rapporti di lavoro subordinato di cui *sub* e)) non vi è però e per forza di cose, *de iure* o *de facto*, alternativa praticabile e seria alla giustizia togata.

Negli altri ambiti l'alternativa è ovviamente la giustizia privata nelle forme arbitrali. Sennonché non è all'arbitrato “normale” costoso ed occasionale oltre che necessitante una tradizionale congiunta volontà compromissoria, nella stragrande maggioranza dei casi espressa in via previa e cioè mediante clausola arbitrale,

³¹ Siffatti interventi, alcuni già presenti, insieme a quelli in materia di gestione emergenziale del contenzioso civile di cui si è detto retro *sub* I, l) nonché *sub* II, costituiscono, insieme alla congerie più o meno disordinata e più o meno folkloristica di dpcm ed altri strumenti di organizzazione emergenziale della vita sociale, quel che N. IRTI (*Il diritto pubblico e privato*, cit.) ha icasticamente definito “il diritto di guerra (“un quotidiano addensarsi di norme dal più vario contenuto”, “un diritto vagante di giorno in giorno, incerto come incerti sono il cammino e le forme e i tempi dell'invisibile nemico”).

Sol che mentre tutto il resto di questo “diritto di guerra” è immediatamente transeunte ed i suoi errori si riassorbono facilmente e semmai restano a monito per una eventuale (e non auspicata) occasione futura, proprio quella parte invece che è data da interventi normativi sui rapporti privati sostanziali, intesi anche lodevolmente a prevenire o evitare le liti, non è facilmente riassorbibile ed i suoi eventuali errori, le sue incautele, le sue approssimazioni si pagano eccome.



che ci si potrà rivolgere. Occorreranno strumenti arbitrari o para-arbitrari *a)* a costo zero (o quasi e comunque largamente inferiore a quello della giustizia togata, e salve ovviamente le spese di difesa); *b)* idonei a smaltire grandi quantità di contenzioso.

Gli strumenti ed i modelli utilizzabili potrebbero essere:

- (i)* il potenziamento del già esistente ABF, ovviamente per le sole liti relative ai rapporti bancari, ma con una Banca d'Italia disponibile (e sarebbe davvero più che doveroso) ad un potenziamento di collegi ABF, al mantenimento degli attuali costi ridottissimi per il ricorrente, e ad un radicale ampliamento delle competenze “per valore” dei collegi ABF.
- (ii)* Il modello arbitrale classico ma “da compromesso” aperto alla volontaria adesione di entrambe le parti (mediante compromesso appunto) reso davvero allettante dalla assoluta economicità perfino rispetto all'onere del contributo unificato, nonché da tempi davvero certi e rapidi (non dunque quelli di un normale arbitrato che sconta fra l'altro una lenta fase di costituzione del collegio), e da una sacrosanta esenzione della vincolante decisione finale dalla imposta di registro; attraverso enti esponenziali di categoria potranno essere raccolti impegni compromissori preventivi ed aperti ad una successiva formazione della volontà bilaterale mediante adesione della controparte volta per volta implicata.
- (iii)* L’“esportazione” oltre materia del modello ABF, ove vi siano categorie di potenziali convenuti soggetti alla *moral suasion* di una istituzione di amministrazione della procedura (ad esempio compagnie assicurative rispetto all'IVASS, o strutture sanitarie private e medici rispetto al Ministero della Salute supportato da articolazioni territoriali); in modo cioè che si possa utilmente replicare un modello di successo: giudizio para-arbitrale di fatto “obbligatorio” per il convenuto, aperto alla scelta dell'attore (incentivato, ad esempio in materia di responsabilità medica, dal carattere sostitutivo dell'esperimento di una simile procedura rispetto a quelle pre-contenziose comunque necessarie ai sensi della legge attualmente in vigore) con soluzione della lite di fatto



aggiudicativa ma formalmente non vincolante e però raramente ribaltabile in sede di giudizio ordinario, perché il convenuto ottempera se del caso spontaneamente in virtù della *moral suasion*, e l'attore può provarci andando però incontro ad un verosimile adeguamento del giudice alla soluzione del collegio para-arbitrale (purché sufficientemente serio e prestigioso). Vari aggiustamenti di dettaglio sarebbero naturalmente concepibili rispetto al modello originario.

Gli strumenti o modelli di cui *sub* (ii) e (iii) varrebbe certo la pena di concepirli per serie di controversie tra quelle per le quali ci si possa attendere un *overload* da Covid, ma del tutto prescindendo in concreto e nel singolo caso dalla riconducibilità o meno della lite alla emergenza; così che non ci si debba imbarcare in complesse verifiche in proposito ai fini della “competenza” dell'organo di giustizia privato, e lo strumento o modello risulti utile in generale a supportare la giustizia ordinaria ed alleviarne il carico.

Gli obiettivi, essenziali, del “costo zero (o quasi) per le parti”, della efficienza e rapidità di questa giustizia privata, e del suo prestigio ed affidabilità sono conseguibili solo a tre condizioni

a) il prestigio e l'affidabilità delle istituzioni di appoggio e di organizzazione, coesenziali al modello (iii) ma ovviamente fondamentali anche per il modello (ii) (vi sarebbero anche, nei congrui settori, le Camere di commercio, alcune Autorità indipendenti, Confindustria);

b) l'incanalamento di una limitata parte dei fondi europei (pochi o molti che essi siano) anche verso queste destinazioni a copertura dell'investimento organizzativo; perché certo alle istituzioni di appoggio non si può chiedere molto di più che una disponibilità logistica pur, per così dire, ad alta resa per metro quadrato, in ragione della deformalizzazione della giustizia privata e grazie ai metodi di comunicazione dal remoto ormai sperimentati anche nella prassi degli operatori del diritto;

c) una disponibilità al volontariato gratuito (forse un tantino più utile di quello dei “persuasori antiassembramento” e perfino della più parte dei volenterosi consulenti governativi fioriti come pratoline nei campi) che apporti le “risorse umane”: giudicanti e coadiutori. E quanto alle “risorse umane” potenzialmente volontarie ve ne sono in Italia di prematuramente accantonate o sottoutilizzate sicuramente idonee – previa una



decente preselezione – a giudicare (magistrati e professori universitari in pensione, professori universitari a tempo pieno, ed anche altri operatori giuridici possibilmente non più attivi); così come vi sono, quale supporto organizzativo e segretariale, studenti universitari e neo-laureati gratificabili con adeguato riscontro curricolare.

Per il resto assoluta gratuità della prestazione (e perciò coperture assicurative, anche per le responsabilità civile, a carico delle istituzioni di appoggio finanziate come si è detto). Giudizio probabilmente monocratico, per economizzare le risorse, nei modelli (i) e (iii) (ABF ampliato ed esportato oltre materia); sicuramente monocratico nel modello (ii) (“arbitrato del popolo” l’espressione è bruttina o bruttissima ma credo significante) con giudicante monocratico scelto in modo random e con rispetto della turnazione dall’ente di amministrazione all’interno di un elenco, salva la indicazione congiunta delle parti all’interno del medesimo elenco.

Lo spirito – provvisorio – sarà pur sempre quello di dare una mano, come chi (anche top manager e dirigenti di grandi imprese) si è autodecurtato il compenso in favore di iniziative benefiche, o come chi, comunque, nel periodo emergenziale, ha compiuto piccoli o grandi gesti di altruismo.