

LEAP

NEWSLETTER

NEWSLETTER DEL 7 GIUGNO 2022

GIURISPRUDENZA E PROVVEDIMENTI

Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo **3**
Autorità Nazionale Anticorruzione, nota di definizione semplificata del 18
maggio 2022

Consiglio di Stato, Sez. VII, 1° giugno 2022, n. 4442

TAR Lazio, Roma, Sez. III, 23 maggio 2022, n. 6628

Diritto Civile e Processuale Civile **15**

Tribunale civile di Verona, Ord. 5 maggio 2022

Autorità Nazionale Anticorruzione, nota di definizione semplificata del 18 maggio 2022.

Massima

Prima di affidare a una società *in house* un servizio disponibile sul mercato in regime di concorrenza, la Stazione Appaltante deve svolgere un'indagine puntuale, dei cui esiti deve adeguatamente dar conto nella motivazione del provvedimento di affidamento, per accertare se vi siano altri operatori privati che operano nello stesso settore e che siano in grado di fornire il servizio richiesto, magari a condizioni migliori.

Caso di specie

Un Comune decideva di rivolgersi, ai fini dell'affidamento del servizio energia per gli immobili comunali, a una società *in house*. In particolare, il Comune provvedeva in via provvisoria a un primo affidamento diretto, della durata di un anno, sulla base di una valutazione di congruità dell'offerta della società *in house* fondata sull'assenza di convenzioni Consip aventi caratteristiche analoghe, sulla finalizzazione dell'affidamento all'acquisizione di una proposta contrattuale prodromica a un secondo affidamento, quest'ultimo di durata pluriennale, nonché sulla comparazione dei costi di gestione, conduzione degli impianti e fornitura del vettore energetico rispetto alla fornitura dei precedenti contratti. Successivamente, a seguito dell'esecuzione del primo contratto, il Comune provvedeva a un secondo affidamento, di durata pluriennale, in favore della medesima società *in house*. L'ANAC veniva investita della questione a seguito della presentazione di una segnalazione relativamente alla vicenda in esame. Il Consiglio

dell'Autorità, a seguito dell'esame della relazione presentata dall'Ufficio competente, deliberava la trasmissione al Presidente di una nota di definizione semplificata.

Motivi della decisione

L'Autorità ha rilevato molteplici criticità nella condotta del Comune, al punto da ravvisare la violazione degli artt. 1, 2, 51 e 192, comma 2, del Codice dei Contratti pubblici.

In primo luogo, l'Autorità ha evidenziato come, ai sensi dell'art. 192, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016, qualora una Stazione Appaltante intenda procedere all'affidamento *in house* di un servizio, la stessa è tenuta a dare compiutamente conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento, degli esiti della preliminare valutazione dell'offerta non solo sotto il profilo della congruità, ma anche sotto i profili dell'economicità, e, sinteticamente, della convenienza.

Nel caso di specie, a giudizio dell'Autorità il Comune non aveva fornito un'adeguata motivazione circa la convenienza di rivolgersi a un soggetto *in house*, anziché al mercato, per l'affidamento del servizio energia: la Stazione Appaltante non aveva svolto consultazioni preliminari di mercato né aveva fatto ricorso ad esperti esterni per accertare la presenza di altri operatori privati, operanti nello stesso settore, che potessero fornire il servizio richiesto a condizioni economiche diverse da quelle proposte dal soggetto *in house*.

Ulteriori censure sono state sollevate dall'Autorità con riferimento alle modalità di affidamento del servizio di durata pluriennale: la preordinazione del primo affidamento, dal carattere provvisorio, all'acquisizione di una seconda proposta contrattuale, aveva posto infatti la società *in house* in una posizione di indebito vantaggio competitivo rispetto agli altri operatori economici, in quanto la stessa avrebbe potuto presentare la propria offerta - a differenza degli altri concorrenti - sulla base dell'esperienza maturata sul campo durante l'esecuzione del primo contratto. Il Comune avrebbe inoltre dovuto, a giudizio dell'Autorità, scorporare le diverse prestazioni e suddividere l'appalto in lotti, così da consentire la massima partecipazione possibile anche da parte degli operatori economici medio-piccoli.

Infine, con riferimento all'asserita mancanza di convenzioni Consip riguardanti servizi analoghi, l'Autorità ha affermato come ciò non avrebbe in alcun modo potuto esimere il Comune dall'obbligo di

SOMMARIO

affidare il contratto alla società *in house* per il tempo strettamente necessario, inserendovi una specifica clausola risolutiva da attivare nell'ipotesi di sopravvenuta disponibilità di una convenzione Consip.

Consiglio di Stato, Sez. VII, 1° giugno 2022, n. 4442

Massima

I fatti penalmente rilevanti contestati all'amministratore della società attengono alla attività della società e non sono confinati nella sfera personale dell'amministratore sottoposto a procedimento penale, con la conseguenza che essi assumono rilevanza giuridica ai fini della partecipazione alla procedura di gara.

Le persone giuridiche agiscono sul piano giuridico e materiale per mezzo dei propri organi - persone fisiche, con la conseguenza che, a prescindere dalla responsabilità penali di natura personale, l'attività materiale posta in essere nel caso di specie non può che essere imputata alla società in nome e per conto della quale l'amministratore ha agito.

Caso di specie

Con ricorso in appello, ritualmente notificato e depositato in giudizio, una società operante nel settore dei servizi balneari ha impugnato la sentenza resa dal TAR per il Lazio, con la quale è stato respinto il ricorso di primo grado, avente ad oggetto la domanda di annullamento di una determina comunale di l'esclusione dalla procedura di affidamento, tramite convenzione, dei servizi connessi alla balneazione riferiti alla spiaggia libera del predetto Comune, dal 2021 e per la durata di 6 anni.

L'appellante ha chiesto, in riforma della sentenza impugnata, oltre all'annullamento degli atti censurati con il ricorso di primo grado, anche l'accoglimento della domanda di risarcimento dei danni asseritamente subiti.

Giova premettere che alla base del provvedimento di esclusione dell'appellante dalla procedura di gara in questione vi era la constatazione (secondo quanto rilevato dal RUP in sede di gara, sulla base della documentazione trasmessa dalla Capitaneria di Porto competente) che la società avesse abusivamente e

reiteratamente occupato circa 800 mq di demanio marittimo con attrezzature che non rientrano nella tipologia di attrezzature autorizzate, poi sottoposte a sequestro penale.

L'Amministrazione comunale ha, dunque, estromesso dalla procedura di gara la società istante per due ordini di ragioni:

- l'insussistenza del requisito previsto dall'avviso pubblico relativo alla gara in oggetto, per aver effettuato occupazioni *sine titulo* e aver realizzato opere abusive sul demanio marittimo;

- l'aver presentato dichiarazioni non veritiere, in violazione di quanto prescritto dall'art. 80, comma 5, lett. f *bis*, del D.Lgs. n. 50/2016.

Le difese dell'appellante si fondavano, in sintesi, sul fatto che *i.* la Capitaneria di Porto avesse avviato un procedimento penale nei confronti del solo amministratore della società, non anche nei confronti della società medesima e che *ii.* prima della presentazione della domanda di partecipazione alla gara *de qua*, l'Amministratore in questione fosse stato sostituito con altri.

Motivi della decisione

Secondo il Consiglio di Stato adito, le ragioni addotte dalla società appellante sono prive di fondamento per una serie di ordini di ragioni.

In primo luogo, secondo i Giudici le persone giuridiche agiscono sul piano giuridico e materiale per mezzo dei propri organi - persone fisiche, con la conseguenza che, a prescindere dalla responsabilità penali di natura personale, l'attività materiale posta in essere nel caso di specie (ossia, l'occupazione abusiva di circa 800 mq di demanio marittimo) non può che essere imputata alla società in nome e per conto della quale l'amministratore ha agito.

In altri termini, la società appellante avrebbe dovuto indicare all'Amministrazione comunale le violazioni accertate dalla Capitaneria di Porto, rimettendo quindi alla Stazione Appaltante la valutazione della rilevanza giuridica delle predette circostanze, ai fini della partecipazione alla procedura di gara.

Oltre a ciò, appare del tutto corretto e condivisibile, secondo quanto stabilito dall'Amministrazione resistente, la contestazione contenuta nel provvedimento impugnato con riguardo alla violazione dell'art. 80, comma 5, lett. f- *bis* del D.Lgs. n. 50/2016 in ragione del fatto che la

società ha senza dubbio reso dichiarazioni non veritiere.

Per tale ragione, dunque, nel respingere l'appello, il Consiglio di Stato ha condannato la società appellante al pagamento in favore del Comune resistente delle spese di giudizio, liquidate in Euro 4.000,00, oltre accessori (se e in quanto dovuti).

**TAR Lazio, Roma, Sez. III, 23
maggio 2022, n. 6628****Massima**

L'annullamento del bando comporta l'automatica caducazione del provvedimento di aggiudicazione secondo lo schema della invalidità ad effetto caducante, con la conseguenza che il ricorrente avverso il bando di gara non è tenuto ad impugnare anche il provvedimento di aggiudicazione. Due le ragioni che sorreggono siffatta ricostruzione: la prima attiene al rapporto di presupposizione - consequenzialità immediata, diretta e necessaria tra il bando di gara e gli atti in sequenza procedurale, e tra questi, in particolare, il provvedimento di aggiudicazione, tale per cui quest'ultimo non potrebbe logicamente continuare ad esistere (e produrre i suoi effetti) venuto meno il primo sul quale si fondano le determinazioni che lo stesso contiene e dal quale, in ultima analisi, dipende (secondo la regola generale che si ricava dall'art. 336, comma 2, cod. proc. civ.). In secondo luogo, per essere l'interesse a ricorrere avverso il bando di gara diretto ad ottenere la ripetizione della procedura (c.d. interesse strumentale), con la conseguenza che esso logicamente precede e, in caso di accoglimento, inevitabilmente prevale sull'interesse a conservare l'aggiudicazione della gara pena la privazione di effettività della tutela giurisdizionale (in contrasto con l'art. 24 Cost. ed art. 1 cod. proc. amm., oltre che, con specifico riferimento alla materia dei contratti pubblici, i principi della direttiva ricorsi); è questa la ragione, peraltro, per la quale si esclude che il medesimo effetto caducante dell'aggiudicazione si produca nel caso in cui sia stato impugnato il provvedimento di esclusione dalla procedura di gara. Secondo l'ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale seguito, se è vero che l'esito di una procedura di gara è impugnabile solamente da colui che vi ha partecipato (la domanda di

partecipazione atteggiandosi a strumento per la sussistenza della posizione qualificata e differenziata che legittima l'impugnazione, laddove altrimenti l'operatore del settore sarebbe portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione per partecipare ad una riedizione di questa), è pur vero che a tale regola generale si deroga allorché l'operatore contesti in radice l'indizione della gara ovvero all'inverso contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto, ovvero ancora impugni direttamente le clausole del bando assumendone l'immediato carattere escludente; in tali ipotesi, infatti, la presentazione della domanda di partecipazione costituirebbe un inutile adempimento formale, privo della benché minima utilità sul piano della funzionalità giustiziale

I bandi di gara possono, quindi, prevedere requisiti di capacità più rigorosi di quelli indicati dalla legge, purché non discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore, rientrando nel potere discrezionale dell'Amministrazione aggiudicatrice la fissazione dei requisiti di partecipazione ad una singola gara anche superiori a quelli previsti dalla legge. È stato poi precisato che le clausole di un bando di gara concernenti i requisiti di capacità tecnica e dei requisiti soggettivi delle concorrenti devono perciò essere congrue e adeguate rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto in modo che la *lex specialis* possa consentire la selezione dell'operatore economico più idoneo, anche in ragione della pregressa esperienza acquisita e delle competenze tecniche e gestionali maturate, allo svolgimento delle prestazioni da affidarsi.

Caso di specie

La questione esaminata dal TAR Lazio ha ad oggetto la controversia nata a seguito della pubblicazione del bando di gara da parte dell'Istituto Nazionale di Valutazione del Sistema Educativo di Istruzione e Formazione, per una procedura aperta riguardante la conclusione di un "Accordo Quadro", con un solo operatore economico, ai sensi dell'art. 54, comma 3, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, avente ad oggetto il servizio di implementazione della piattaforma per

la somministrazione “*computer based test*” di strumenti standardizzati INVALSI (questionari e prove) su larga scala in favore di tutte le scuole del territorio nazionale. In particolare, si prevedeva come requisito di partecipazione di ordine speciale di “*aver effettivamente eseguito almeno due contratti, negli ultimi quattro anni, che per natura e complessità delle attività svolte siano simili all’oggetto della presente gara e, in ogni caso, comportanti la somministrazione di almeno 1.500.000 di prove nell’arco di tre mesi solari con una concorrenza (concurrency) effettiva di almeno 125.000 studenti*”.

La Stazione Appaltante, ai fini della prova di tale requisito, richiedeva di fornire “*copia conforme del contratto unitamente a copia conforme delle fatture relative al periodo richiesto*” e nell’ambito degli obiettivi indicati nel Capitolato tecnico individuava come necessaria la piattaforma TA0.

La ricorrente TIM S.p.A. ha impugnato la procedura di gara censurandone la legittimità per violazione di legge ed eccesso di potere.

La Stazione Appaltante, costituendosi in giudizio ha, in primo luogo, eccepito l’inammissibilità del gravame per la mancata partecipazione di TIM S.p.A. alla procedura di gara, in quanto le clausole impuguate non possedevano alcuna efficacia immediatamente escludente e quindi, la società ricorrente avrebbe potuto partecipare alla gara, essendo in possesso di tutti i requisiti di partecipazione previsti dalla *lex specialis* e, in secondo luogo, la mancata impugnazione del provvedimento sopravvenuto di aggiudicazione ed in ultimo ha anche eccepito l’infondatezza nel merito del ricorso introduttivo.

Motivi della decisione

Il TAR per il Lazio ha accolto il ricorso e ha esaminato in via preliminare l’eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo per mancata, volontaria, impugnazione da parte di TIM S.p.A. del provvedimento di aggiudicazione della gara riportando due diversi orientamenti in ordine all’incidenza dei vizi del bando sul sopravvenuto provvedimento non impugnato. Il primo orientamento sostiene che l’annullamento del bando comporterebbe, in base al principio della “invalidità ad effetto caducante”, l’automatica caducazione del provvedimento di aggiudicazione, con la conseguenza che il ricorrente che abbia contestato la legittimità del bando di gara, proponendo avverso tale atto amministrativo generale una autonoma

impugnazione, non è tenuto ad impugnare anche il sopravvenuto provvedimento di aggiudicazione al fine di evitare l'improcedibilità del ricorso introduttivo. Le ragioni poste alla base di questo filone attengono in primo luogo al rapporto di presupposizione e consequenzialità immediata, diretta e necessaria tra il bando di gara e il provvedimento di aggiudicazione, tale per cui quest'ultimo non potrebbe logicamente continuare ad esistere e a produrre effetti.

In secondo luogo, l'interesse a ricorrere avverso il bando di gara ha come fine ultimo quello diretto ad ottenere la ripetizione della procedura, con la conseguenza che esso logicamente precede e, in caso di accoglimento, inevitabilmente prevale sull'interesse a conservare l'aggiudicazione della gara comportando come pena la privazione di effettività della tutela giurisdizionale, questa è anche la ragione per cui si esclude che il medesimo effetto caducante dell'aggiudicazione si produca nel caso in cui sia stato impugnato il provvedimento di esclusione dalla procedura di gara. Un contrapposto orientamento giurisprudenziale afferma che gli eventuali profili di legittimità del bando hanno un carattere viziante, anziché caducante, con un conseguente onere di impugnazione della successiva aggiudicazione.

Il TAR per il Lazio ha aderito al primo degli orientamenti giurisprudenziali in quanto, ad avviso del Collegio, l'elemento centrale risiede nella circostanza per cui l'interesse che sorregge il gravame proposto avverso la *lex specialis*, a prescindere dalla formale partecipazione alla gara da parte dell'operatore economico ricorrente, è quello strumentale alla demolizione dell'intera procedura ad evidenza pubblica al fine di ottenere la sua ripetizione. Nel caso in cui l'azione giudiziaria miri a censurare la legittimità della *lex specialis* in ragione del suo carattere indebitamente preclusivo del confronto concorrenziale risulta privo di qualsiasi effetto utile gravare il ricorrente dell'onere di impugnare con lo strumento processuale dei motivi aggiunti il provvedimento di aggiudicazione successivamente intervenuto, in quanto dalla sua eventuale declaratoria di illegittimità non potrebbe essere ritratta alcuna maggiore utilità rispetto a quella già *ex se* evincibile dall'accoglimento dell'originaria domanda giudiziale, posto che il ricorrente non mira ad ottenere l'aggiudicazione di una gara che reputa in radice illegittima (e alla quale, peraltro, non può concretamente ambire per

non avervi partecipato), bensì unicamente la sua ripetizione.

Il Collegio non ha nemmeno ritenuto meritevole di accoglimento l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla Stazione Appaltante e fondata sulla asserita carenza di interesse della società ricorrente in ragione del carattere non immediatamente escludente delle clausole impugnate. A sostegno di ciò, in via generale, si afferma che l'interesse a ricorrere trova il suo fondamento nell'art. 100 del Codice di Procedura Civile, applicabile al processo amministrativo in virtù del rinvio dell'articolo 39 c.p.a. - e si caratterizza per la "*prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato*" e questo è coerente con la funzione svolta dalle condizioni dell'azione nei processi di parte, innervati dal principio della domanda e dal principio dispositivo. L'interesse a ricorrere, inoltre, ha una funzione di filtro processuale, fino a diventare strumento di selezione degli interessi meritevoli di tutela.

Il Collegio, più in particolare, ha osservato che la giurisprudenza amministrativa riconosce nelle procedure di gara la lesione dell'interesse sostanziale del ricorrente che si concretizza con gli atti che danno attuazione alla *lex specialis*, sicché il bando, essendo un atto amministrativo generale, di regola non è suscettibile di ledere gli interessi dei potenziali partecipanti alla procedura ad evidenza pubblica. La giurisprudenza amministrativa, però, ha ammesso l'immediata impugnazione della *lex specialis* quando l'interesse a ricorrere dipende da clausole del bando che prevedono oneri di partecipazione manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati e da clausole immediatamente escludenti. Il TAR ha, quindi, ritenuto che le clausole bando oggetto di impugnazione hanno una portata immediatamente escludente e che sussiste l'interesse a ricorrere della TIM S.p.A.

Nel merito la prima censura della ricorrente riguardante l'illegittimità della previsione di richiedere requisiti speciali di partecipazione alla procedura di gara, da parte di INVALSI non è stata accolta. Si riconosce, infatti, un'ampia discrezionalità per quanto riguarda la fissazione di requisiti speciali di capacità tecnica e professionale, che risulta coerente con il dettato normativo nazionale ed eurounitario in materia. L'esercizio del potere discrezionale riconosciuto

alle Amministrazioni aggiudicatrici incontra, però, alcuni specifici limiti sul piano normativo. L'articolo 58, par. 1, della direttiva 2014/24/UE, stabilisce espressamente che i criteri di selezione che le Amministrazioni aggiudicatrici possono imporre agli operatori economici come requisiti di partecipazione devono essere attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto. Nel caso di specie, dunque, il carattere adeguato e proporzionato del contestato requisito speciale di capacità tecnica esclude il carattere illegittimo della *lex specialis*, così come prospettato dalla società ricorrente con il primo motivo di ricorso. Il TAR ritiene che anche le altre censure articolate con il primo mezzo di gravame avverso gli atti impugnati non risultino meritevoli di accoglimento. La TIM S.p.A., poi, con il secondo motivo di ricorso contesta la legittimità degli atti gravati per *"Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 68, 79 e 83 del Codice dei Contratti Pubblici, 8, c. 1, lett. c), del D.L. 76/20; dei principi di proporzionalità, ragionevolezza, di par condicio e del favor participationis, di libera concorrenza e apertura del mercato degli appalti pubblici. Violazione e falsa applicazione della determina a contrarre del 5/5/21. Eccesso di potere per assoluto difetto di motivazione, travisamento ed erronea valutazione dei fatti, falsità dei presupposti di fatto e di diritto, illogicità, ingiustizia manifesta e sviamento"*. Il Collegio ritiene che la censura articolata con il secondo motivo di ricorso risulti fondata e vada dunque accolta, con conseguente annullamento degli atti gravati e caducazione dell'intera procedura di gara.

Tribunale civile di Verona, Ord. 5 maggio 2022

Massima

Il debitore convenuto in giudizio per l'adempimento della propria obbligazione non può eccepire - al fine di essere dichiarato esente da responsabilità - il rispetto delle misure anti COVID se il rapporto obbligatorio ha avuto esecuzione in un periodo in cui non aveva più efficacia la normativa emergenziale.

Caso di specie

Nella fattispecie sottoposta al vaglio del Tribunale un debitore ha opposto il decreto con il quale gli è stato ingiunto di pagare alla convenuta la somma di Euro 17.699,02 a titolo di compenso per l'esecuzione di lavori di trasporto e smaltimento rifiuti presso diversi cantieri commissionati da parte della medesima attrice.

In particolare, il debitore ha lamentato che l'inadempimento contrattuale fosse stato determinato dalla sospensione della propria attività imprenditoriale per effetto delle normative emanate nel corso della pandemia.

A fondamento di tale assunto il debitore ha richiamato il disposto dell'art. 91, del D.L. 17 marzo 2020 n. 18, il quale ha aggiunto all'art. 3 del D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla Legge 5 marzo 2020, n. 13, dopo il comma 6, il comma 6 *bis* secondo cui "*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*".

Motivi della decisione

Il Giudice adito ha ritenuto fondate le obiezioni della società convenuta.

Difatti, le prestazioni di cui essa ha chiesto il pagamento sono state rese in periodo successivo a quello in cui molte attività imprenditoriali erano

state sospese dalla legislazione emergenziale; esse risalgono infatti al periodo tra novembre 2020 e febbraio 2021, quando le attività lavorativa erano già riprese e le limitazioni dovute alla pandemia si erano notevolmente affievolite, se non annullate, per gli operatori operanti nel settore di cui fa parte anche l'opponente (si noti che l'attrice non ha fornito nessun argomento o elemento probatorio per dimostrare che il proprio inadempimento fosse dipeso dai provvedimenti di chiusura emanati dal Governo, sebbene fosse onere del debitore il collegamento eziologico fra l'inadempimento e la causa impossibilitante rappresentata dal rispetto delle misure pandemiche - in questo senso, Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Cassazione n. 56/2020).

Del resto, a confutare la tesi del debitore ingiunto vale anche la considerazione che la società creditrice ha svolto la propria attività negli stessi cantieri in cui stava operando G., di talché è evidente che, se la prima ha potuto operare nel suddetto periodo, così è stato anche per la seconda.

L'attrice ha anche eccepito l'improcedibilità della domanda monitoria sulla scorta dell'art. 3, comma 6 *ter*, del D.L. n. 6/2020 a norma del quale: *"Nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali, nelle quali il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto, o comunque disposte durante l'emergenza epidemiologica da COVID-19 sulla base di disposizioni successive, può essere valutato ai sensi del comma 6-bis, il preventivo esperimento del procedimento di mediazione ai sensi del comma 1-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, costituisce condizione di procedibilità della domanda"*.

L'art. 91, del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 prevede: *"All'articolo 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla l. 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 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"*.

Detta norma è di difficile interpretazione sotto due specifici profili.

Il primo: la responsabilità del debitore inadempiente a causa della necessità di rispettare

le misure di contenimento sembrerebbe esclusa già in virtù dell'art. 1218 c.c., non a caso richiamato dalla disposizione di nuova approvazione.

Il secondo: la norma non esclude *tout court* la responsabilità “da adeguamento” alle misure “anti-Covid”, piuttosto stabilendo che il rispetto di queste sia “sempre valutato” ai fini del giudizio di responsabilità.

Lo sforzo materiale ed economico di adattamento alle prescrizioni sanitarie non assurge, quindi, ad esimente automatica dell'inadempimento, ma è ineludibilmente apprezzato alla stregua di dato saliente, certamente da inserire nel perimetro della più articolata valutazione sulla responsabilità.

Non è esclusa, infatti, l'evenienza di un debitore il quale, sebbene frenato dalle prescrizioni di contrasto dell'epidemia, sia responsabile dell'inadempimento, poiché qualora si fosse adoperato secondo ordinaria diligenza egli avrebbe potuto esattamente adempiere nel rispetto contestuale delle prescrizioni, ovviandovi mediante contromisure non eccessivamente onerose. Altro caso possibile è quello del debitore che rimanga inerte ed inadempiente non in ragione dell'osservanza di una misura di contenimento, bensì in forza di una percezione soggettiva culminante nel timore che l'esecuzione della prestazione possa mettere a repentaglio l'incolumità sua o dei suoi collaboratori.

Non spettando al singolo debitore, bensì alla Pubblica Autorità, soppesare i rischi epidemiologici, l'inadempimento non sarebbe in tal caso giustificato dalla causa straordinaria di giustificazione tratteggiata dalla legislazione emergenziale e costituirebbe, a tutti gli effetti, un inadempimento imputabile.

Il debitore, in ogni caso, rimane onerato di dimostrare che è stata proprio l'osservanza alle disposizioni di contenimento ad avergli impedito di eseguire la prestazione.

Il nesso causale fra rispetto delle misure e inadempimento va provato e contestualizzato, ma è sufficiente dimostrare che sono state le misure ad aver bloccato o trattenuto la prestazione, esemplificativamente in quanto hanno vietato o ritardato l'esercizio di un'attività, per sottrarre il debitore dall'area della responsabilità, consentendogli di porre il rapporto contrattuale in una situazione di peculiare quiescenza.

Il principio rimane, dunque, quello per cui “*spetta al debitore dimostrare di aver fatto uso della*

ordinaria diligenza per rimuovere gli ostacoli creati all'esatta esecuzione degli impegni contrattualmente assunti".

L'obbligato per slegarsi dalla responsabilità non può limitarsi ad allegare che l'inadempimento è ascrivibile alle misure anticontagio, dovendo, al contrario ed in linea con la previsione dell'art. 1218 c.c., offrire la prova circostanziata del collegamento eziologico fra inadempimento e causa impossibilitante rappresentata dal rispetto delle prescrizioni di contenimento dell'epidemia.

Dunque, la necessità di adeguarsi a tali prescrizioni è in linea astratta causa di forza maggiore, ma esige la concreta dimostrazione da parte del debitore che l'inadempimento è derivato proprio dall'esigenza di adeguarsi ad esse.

D'altronde, su un piano generale, l'onere della prova va suddiviso sulla base della concreta possibilità per l'una o per l'altra delle parti di avvalorare circostanze che ricadono nelle rispettive sfere d'azione, per cui è ragionevole gravare dell'onere probatorio la parte cui è più vicino il fatto da provare.

In tal senso, lasciare al creditore l'onere di provare che l'adempimento sarebbe stato possibile nonostante la necessità di rispettare le prescrizioni anti-contagio significherebbe addossargli la dimostrazione di circostanze estranee rispetto alla sua sfera d'azione e rientranti, viceversa, entro quella del debitore, che conosce i dettagli della propria organizzazione interna e gli ostacoli che vi impattano.

La norma d'emergenza contiene anche un richiamo all'art. 1223 c.c.; essa pare mirare alla finalità di paralizzare gli effetti sostanziali che deriverebbero dall'inadempimento del debitore in una situazione di fisiologia.

Il Legislatore avrebbe inteso regolare una causa emergenziale di giustificazione, destinata ovviamente a cessare con la fine dell'emergenza.

Ne discenderebbe una figura di debitore definibile come "immune".

Residua il quesito relativo ai margini di reazione del creditore nei confronti del debitore "riparato" dalla norma "emergenziale" in commento.

Detto creditore sembrerebbe potersi avvalere dell'*exceptio inadimpleti contractus* per sospendere l'esecuzione della propria prestazione, quand'anche la stessa, come accade di regola per le obbligazioni pecuniarie, sia per definizione sempre possibile e non ostruita neppure dalle misure di contenimento.

SOMMARIO

In conclusione, all'esito dell'anzidetta disamina, il Tribunale di Verona ha concesso la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto.

Leap è un progetto editoriale a cura dello Studio Legale Lipani, Catricalà & Partners. È vietata ogni distribuzione non autorizzata.

© Copyright 2020 | Lipani Catricalà & Partners

LEAP

NEWSLETTER
