ISSN 2532-8913
Numero 2/2020

Imprese e PA…ndemia
Misure anti contagio ed esecuzione dei contratti con la p.a. (di Giorgia Valenti)

Sommario: 1. Premessa. – 2. La disciplina del codice dei contratti pubblici. – 3. Il decreto c.d. cura Italia. – 4. Conclusioni: *Non omne quod licet honestum est.*

1. Come ormai noto, l'emergenza epidemiologica da COVID-19 ha recentemente giustificato l'emanazione di plurimi, stratificati e sempre più stringenti provvedimenti adottati dal governo[1] che oggi iniziano a delineare un quadro abbastanza articolato oltre che, in più punti, non immediatamente prescrittivo e foriero di svariati dubbi interpretativi.
Infatti, rinvenendo in tale epidemia uno di quei *casi straordinari di necessità ed urgenza* che legittima la produzione di atti aventi forza e valore di legge, il 23 febbraio il governo ha adottato un primo decreto[2] che, fonte legittimante di tutti gli atti normativi successivi, già alla sua origine conteneva l'anticipazione delle misure restrittive che sarebbero poi venute in essere, al fine di evitare il diffondersi del nuovo virus.
A far data da questo momento, ed in attuazione di quanto previsto in tale atto, si è assistito ad una regolamentazione di urgenza che non trova precedenti nel presente secolo: immediatamente un c.d. decreto Conte[3] imponeva le prime misure di contenimento del contagio ad alcuni comuni della Lombardia e del Veneto e, già due giorni dopo, "*preso atto dell'evolversi della situazione epidemiologica, del carattere particolarmente diffusivo dell'epidemia e dell'incremento dei casi anche sul territorio nazionale*"[4], venivano adottate ulteriori regole di contenimento (questa volta con riguardo ad un territorio molto più ampio e finanche valevoli per l'intero territorio nazionale[5]).
A questo sono seguiti, a ritmo incalzante, altri due decreti[6] che, introducendo provvedimenti sempre più stringenti (ed accrescendone di volta in volta la portata qualitativa e quantitativa), impattavano sull'esercizio dei diritti e delle libertà costituzionali[7] (peraltro, bisogna sottolineare come tale repentino stravolgimento sia avvenuto, sino a tale momento, con un unico intervento del Parlamento, limitato alla conversione in legge del decreto del 23 febbraio).
Ulteriore tappa si registra l'8 marzo, quando un nuovo decreto[8] veniva in essere, prescrivendo (?), con quelli che potrebbero essere definiti *ossimori giuridici*, di *evitare* lo spostamento in entrata e in uscita dai territori indicati all'art. 1[9], nonché all'interno dei medesimi (salvo che per comprovate esigenze lavorative, situazioni

[1] Premessa di tale produzione normativa è stata la dichiarazione dello stato di emergenza, proclamato con la delibera del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, *Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*, in G.U. n.26 del 1° febbraio 2020.
[2] Si allude, ovviamente, al decreto legge 23 febbraio 2020, n.6, già convertito, con modificazioni, nella legge 5 marzo 2020, n. 13 - Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19.
[3] Così decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 23 febbraio 2020, in G.U., 23 febbraio 2020, n. 45.
[4] Così recita il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 25 febbraio 2020, in G.U., 25 febbraio 2020, n. 47).
[5] Cfr. art.1, lett. *e)* per cui *"il giorno domenica 1° marzo 2020, su tutto il territorio nazionale, non avrà luogo il libero accesso agli istituti ed ai luoghi della cultura di cui all'art. 1, comma 1, del decreto 11 dicembre 1997, n. 507, «Regolamento recante norme per l'istituzione del biglietto d'ingresso ai monumenti, musei, gallerie, scavi di antichità, parchi e giardini monumentali dello Stato»".*
[6] Cfr. d.p.c.m. 1° marzo 2020 ed il d.p.c.m. 4 marzo 2020.
[7] Solo per citare le più immediatamente percepibili: la libertà di circolazione e soggiorno (art. 16 Cost.), la libertà di riunione (art. 17 Cost.), il diritto all'istruzione e alla cultura (artt. 9, 33 e 34 Cost.), la libertà di professare la propria fede religiosa (art. 19 Cost.).
[8] Il d.p.c.m. 8 marzo 2020, in G.U., 8 marzo 2020, n. 59.
[9] Ovvero la regione Lombardia e le province di Modena, Parma, Piacenza, Reggio nell'Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbano-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso e Venezia.

di necessità o motivi di salute) e *raccomandando fortemente* ai gestori di esercizi commerciali[10] l'adozione di misure organizzative tali da consentire un accesso con modalità contingentate o comunque idonee ad evitare assembramenti di persone.
Ben lontani da volerne fare un discorso di mera forma linguistica, la problematica del basso (per non dire nullo) grado prescrittivo dell'espressione "*evitare*" s'imponeva prepotentemente il giorno seguente, data in cui interveniva un nuovo d.p.c.m.[11] disponendo che "*Allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19 le misure di cui all'art. 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 8 marzo 2020"* fossero estese all'intero territorio nazionale e così, di fatto, indicando nuovamente di "evitare" gli spostamenti.
Probabilmente, anche a causa della prevedibile e non adeguata risposta dei consociati, veniva decretata l'adozione, in data 11 marzo[12], di alcune misure ulteriori sull'intero territorio nazionale. tra cui la sospensione delle attività commerciali al dettaglio (fatta eccezione per le attività di vendita alimentari e di prima necessità precisate in un apposito allegato), dei servizi di ristorazione e delle attività inerenti ai servizi alla persona[13].
Come si è visto, il nuovo virus ha finito per dar vita ad una situazione per la quale le misure di contenimento (o per meglio dire di trattamento) sono divenute di prerogativa del governo (invece che del parlamento), in forza di uno "*stato di eccezione*" che i padri costituenti non avevano previsto: la nostra carta fondamentale infatti, figlia dell'alba seguente il secondo conflitto mondiale, contempla, all'art. 78, solo l'ipotesi in cui "*le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari*".
Oltre a tale ipotesi, nei "*casi straordinari di necessità e urgenza*", sussiste unicamente la possibilità che il governo adotti decreti legge (con i limiti e le problematiche che tale produzione normativa comporta), ma che trova la sua giustificazione, giusta la trama costituzionale, nel fatto che tali atti (tramite il procedimento di conversione) vengono comunque sottoposti al vaglio del parlamento.
Il caso di specie è diverso dalla c.d. decretazione d'urgenza (e giova qui riaffermarlo), dal momento che il governo si è autoconferito dei poteri straordinari, mediante decreto legge (peraltro subitaneamente convertito in legge) e sta operando attraverso decreti del Presidente del consiglio dei ministri; i quali non solo hanno valore normativo (giacché regolamenti), ma hanno anche contenuto provvedimentale, poiché gli stessi sono immediatamente applicativi senza alcuna necessità di ricorrere ad ulteriori atti amministrativi (anche di natura informale, quale può essere, ad esempio, il comando espresso verbalmente da un appartenente alle forze di polizia)[14].
Con tali atti, si è concretato uno "stato di eccezione"[15] in cui il potere costituito sospende, seppure temporaneamente, il diritto per come siamo abituati a conoscerlo in virtù "*di un diritto di autoconservazione*"[16].
Le implicazioni di ciò, dal punto di vista delle ricostruzioni delle fonti del diritto, sono rilevanti e una loro disamina, anche solo approssimativa, esula evidentemente dallo scopo e dai limiti del presente lavoro; nondimeno, sembra utile volgere all'esperienza giuridica maturata nell'ordinamento liberale del Regno italiano, in situazioni simili.

---

[10] Che non fossero attività di ristorazione e bar per cui era sancito, questa volta correttamente, un "*obbligo, a carico del gestore, di far rispettare la distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro, con sanzione della sospensione dell'attività in caso di violazione*".
[11] Il d.p.c.m. 9 marzo 2020, G.U., 9 marzo 2020, n. 62.
[12] Cfr. d.p.c.m. 11 marzo 2020, in G.U., 11 marzo 2020, n.64.
[13] Come giustamente osservato in *https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2020/03/Riverditi_Amerio_gp_2020_3.pdf* , anche "*l'iniziativa imprenditoriale non è più "libera", giacché si raccomanda di incentivare ferie e congedi retribuiti, nonché gli altri strumenti previsti dalla contrattazione collettiva e si richiede che venga incentivata la modalità del lavoro agile e siano comunque sospese le attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione [Protocollo 14 marzo 2020 e DPCM 11 marzo 2020]*".
[14] Per rendersi conto di ciò, è sufficiente osservare che la violazione delle prescrizioni provvedimentali contenute nei c.d. decreti Conte integrava la fattispecie prevista dall'art. 650 c.p. sino alla depenalizzazione avvenuta in forza dell'art. 4 del d.l. 25 marzo 2020, n. 19.
[15] Per stato di eccezione s'intende il regime giuridico che si instaura temporaneamente al verificarsi di una condizione d'emergenza, per la quale la stabilità, la sicurezza o l'ordine costituzionale sono minacciati da eventi tanto gravi da non poter essere affrontati con gli ordinari strumenti giuridici; normalmente siffatti eventi sono riferiti al periodo bellico (il c.d. stato d'assedio). Ma autori come Carl Schmitt (per riferimenti bibliografici si rimanda alla nota che segue), con più precisione, lo hanno configurato come una situazione generale (quindi, non necessariamente riferibile ai solo eventi bellici) ove la "*decisione del sovrano*" si rende libera da ogni vincolo normativo e diventa assoluta in senso proprio.
[16] Cfr. C. Schmitt, *Teologia Politica*, in Id., Le categorie del 'politico', Il Mulino, Bologna 1972, p. 39. Per una critica alla posizione di Carl Schmitt si veda, fra gli altri, D. Dyzenhaus (a cura di), *Law as Politics: Carlo Schmitt's critique of Liberlism*, Duke University Press, Durham and London, 1998. Più in generale, sul rapporto fra sicurezza e diritti civili si veda D. Dyzenhaus, *Civil Rights and Security*, Asgate, Burlington, 2009.

All'indomani del terremoto di Messina e Reggio Calabria del 1908, fu decretato lo stato d'assedio da parte dell'allora governo; tale fatto (inusuale per eventi naturali, ma già conosciuto in quell'ordinamento in caso di stato di crisi dell'ordine pubblico per fatto dell'uomo) impegnò la dottrina ad inquadrare la fattispecie nell'ambito della disciplina delle fonti del diritto. Ci fu chi intravide tale potere nell'estensione dello "*stato di necessità*" e chi lo fece desumere da un procedimento analogico con riguardo ai poteri conferiti al governo in "*stato di guerra*"; tali soluzioni furono poste a severa critica da Santi Romano, il quale, più correttamente (almeno per l'ordinamento di allora) individuò come fonte di fatto del diritto proprio la "*necessità*"[17].
Sicché, la "*necessità*", come fonte autonoma del diritto, conferirebbe quel "*potere di eccezione*" al governo che lo metterebbe nelle condizioni di porre rimedio alla lacuna dell'ordinamento giuridico, in merito all'eccezionale, imprevista ed imprevedibile situazione che si sarebbe venuta a creare[18].
Fra le tre soluzioni sopra indicate, almeno a parere di chi scrive, l'ultima sembra essere quella che ha ispirato, anche in maniera inconsapevole, l'azione di governo; il quale ha preferito ricorrere a strumenti poco praticati, invece di operare con lo strumento del decreto legge, come avrebbe potuto fare, che ha copertura costituzionale sia dal punto formale sia da quello materiale.
Il richiamo alla necessità è in realtà strumentale al pensiero che si vuole sviluppare con riguardo alla sorte dei contratti in cui controparte sia una Pubblica Amministrazione: la materia degli appalti pubblici (come la gran parte delle attività economiche) è direttamente interessata dalle attuali vicende, il cui effetto potrebbe ben riverberarsi sull'esecuzione delle pattuizioni, causandone rallentamenti, sospensioni, applicazione di penali e finanche risoluzioni.
Per tante imprese questa situazione costituirà un problema rilevante, per altre potrà essere una nuova opportunità: quello che è certo è che tutte dovranno far fronte a numerose sfide operative.

2. Prima di indagare l'ulteriore regolamentazione intervenuta successivamente (ed altre norme del nostro ordinamento che possono soccorrere tale contesto emergenziale) risulta utile sottoporre a disamina gli appositi strumenti che la fonte principe degli appalti, il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, predispone allorquando circostanze non imputabili a responsabilità delle parti non permettano il prosieguo delle attività esecutive.
Prima facie, tra il corpo di norme che regolano l'esecuzione delle prestazioni[19] dei contratti pubblici, rileva l'art 107 il quale prevede, al primo comma, l'ipotesi in cui "*ricorrano circostanze speciali che impediscono in via temporanea che i lavori procedano utilmente a regola d'arte, e che non siano prevedibili al momento della stipulazione del contratto*"[20].

---

[17] Lo Statuto del Regno, com'è noto, non contemplava il potere di decretazione d'urgenza del governo (che venne infatti formalizzato solo con la l. 31 gennaio 1926, n. 100), ma di fatto esso era sempre stato esercitato (pure in caso di dichiarazione di stato d'assedio per sommovimenti popolari) e normalmente nel decreto reale si prevedeva, comunque, la sottoposizione della norma al vaglio successivo delle camere. Il decreto del 3 gennaio 1909 per certi versi si discosta dalla precedente prassi costituzionale: in primo luogo, perché decreta per la prima volta lo "stato d'assedio civile" ossia per eventi naturali e non per fatto dell'uomo; in secondo luogo, poiché non dispone alcun tipo di controllo del parlamento su tale atto. Sicché il governo si conferì dei poteri di eccezione, privando il parlamento di qualsiasi potere di interlocuzione. Santi Romano dette, dal punto di vista scientifico, fondamento all'azione di governo, pur criticando aspramente l'avvenuto esautoramento del potere legislativo. Sul punto cfr. S. Romano, *Sui decreto legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1909, p. 251 ss. ed in specie p. 260 ss.
[18] G. Agamben, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2004, p. 42. In questo senso, si richiama il tema della lacuna dell'ordinamento giuridico e ciò per la ragione che "*in analogia col principio secondo cui la legge può essere lacunosa, ma il diritto non ammette lacune, lo stato di necessità viene così interpretato come lacuna nel diritto pubblico, a cui il potere esecutivo ha l'obbligo di porre rimedio*".
[19] Ci si riferisce in particolare agli artt. da 100 a 113 del codice dei contratti pubblici.
[20] La norma recepisce gli artt. 73 della direttiva 2014/24/UE, 90 della direttiva 2015/20/UE e 44 della direttiva 2015/23/UE. La norma medesima deve essere letta, poi, alla luce del d.m. 7 marzo 2018, n. 49 (con particolare riguardo all'art. 10) recante l'approvazione delle linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del diretto dell'esecuzione. Sul punto si veda in generale M. Oscurato, *la sospensione e ripresa dei contratti in corso di esecuzione dopo il decreto sul direttore dei lavori e direttore dell'esecuzione*, in *Appalti e contratti*, 2019, 3, p. 50 ss. Nel periodo anteriore al codice previgente, le ipotesi di sospensione dei lavori erano disciplinate dall'art. 133 del d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554 (regolamento di attuazione ed esecuzione delle legge quadro sui lavori pubblici) e dall'art. 24 del d.m. 19 aprile 2000, n. 145 (regolamento recante il capitolato generale d'appalto nel settore dei lavori pubblici). In quello del codice previgente la disciplina di tale istituto era contenuta negli artt. 158 – 160 del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207 (regolamento di esecuzione di attuazione del codice dei contratti pubblici). Sul punto si veda ad esempio A. Angiuli, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2010, p. 865 ss.; F. Garri – Fa. Garri, *La*

Più precisamente, questa disposizione prescrive che, allorquando in corso di esecuzione di un contratto per lavori, forniture o servizi[21], si verifichino eventi "*speciali*"[22], "*non prevedibili*" e tali da impedire temporaneamente il proseguimento a regola d'arte dell'attività dell'appaltatore, soccorra come rimedio la facoltà del direttore dei lavori[23] di sospendere l'esecuzione del contratto[24].
Il secondo comma dell'art. 107 regola, poi, un'ulteriore modalità di sospensione, questa volta rimessa alla disponibilità del RUP, "*per ragioni di necessità o di pubblico interesse, tra cui l'interruzione di finanziamenti per esigenze di finanza pubblica*".
Entrambe le fattispecie di sospensione delineate dai primi due commi dell'art. 107, sebbene originate da diverse ragioni, prevedono, dunque, in una sorta di "tutela cautelare sostanziale" indissolubilmente ancorata al tempo in cui perdurano le cause che ostano al corretto svolgimento dell'attività (ed, infatti, "*la sospensione è disposta per il tempo strettamente necessario. Cessate le cause della sospensione, il RUP dispone la ripresa dell'esecuzione ed indica il nuovo termine contrattuale*"[25]).
Ciononostante, un primo limite di tale disciplina risiede nel fatto che, in realtà, l'unico riferimento espresso a delle tempistiche determinate (nonché l'unico ristoro economico accordato all'appaltatore) si rinviene nell'ipotesi in cui la sospensione duri più di un quarto della durata prevista per l'esecuzione dei lavori o, comunque, superi i sei mesi: in tali casi, infatti, l'esecutore può chiedere la risoluzione del contratto senza indennità (con tutto ciò che tale scelta comporta in termini di mancato guadagno); con l'ulteriore precisazione, però, che la stazione appaltante può opporsi a tale richiesta ed in quel caso all'esecutore viene riconosciuta la refusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione "*oltre i termini suddetti*" (quindi *ex nunc* e non *ex tunc* e con l'indicazione immediatamente successiva che "*nessun indennizzo è dovuto all'esecutore negli altri casi*").
Diversa fattispecie rilevante, con riguardo l'argomento cui si tratta, è poi prevista dal quinto comma dell'art. 107 il quale concede all'appaltatore, al fine di evitare l'addebito di eventuali penali per la maggiore durata dell'esecuzione della propria prestazione, la possibilità di domandare (con congruo anticipo) una proroga del termine di conclusione dell'appalto.
E veniamo, dunque, a rilevare la seconda problematica di tale disciplina ovvero che la decisione, anche in questa ipotesi, in ultima analisi sia rimessa alla committente in quanto "*sull'istanza di proroga decide il responsabile del procedimento, sentito il direttore dei lavori, entro trenta giorni dal suo ricevimento"*.
Rimandando ad un momento successivo della trattazione le critiche sul permanere di siffatta modalità del concepire la pubblica amministrazione come contraente privilegiato, qui non si può tacere il fatto che espressioni quali "*il direttore dei lavori può disporre la sospensione*", "*la sospensione può … essere disposta dal RUP*", "*sull'istanza di proroga decide il responsabile procedimento"* concretano facoltà riconosciute

---

responsabilità amministrativa nella gestione degli appalti di lavori pubblici in M.A. sandulli – R. De Nictolis – R. Garofoli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, v. VI, Giuffré, Milano, 2008, p. 4315 ss. ed in particolare le riflessioni sull'istituto disciplinato dal regolamento di R. Goso, *Art. 169*, in F. Caringella – M. Protto (a cura di), *Codice – Regolamento unico dei contratti pubblici*, Dike, Roma, 2011, p. 2042 ss.

[21] Nella generalità dei casi, come evidente che sia, la sospensione riguarda l'esecuzione dei lavori ma il comma 8 dell'art. 107 prescrive che "*le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, ai contratti relativi a servizi e forniture*".

[22] Peraltro si noti che, mentre con il previgente codice, il d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, le "circostanze speciali" di cui all'art. 158 venivano specificate, nel comma 1 del seguente art. 159, in "*avverse condizioni climatiche*", "*forza maggiore*" ed altre "*circostanze speciali*" e, nel comma II del medesimo articolo, in "*situazioni che determinano la necessità di procedere alla redazione di una variante in corso d'opera nei casi previsti dall'articolo 132, comma 1, lettere a) e b), del codice*" con la precisazione che "*nei casi previsti dall'articolo 132, comma 1, lettere c) e d, del codice, la sospensione è ammessa solo quando dipenda da fatti non prevedibili al momento della stipulazione del contratto*", il nuovo Codice del 2016, invece, non accorda indicazioni sul punto.

[23] O, in caso, si discorra di forniture e servizi, il direttore dell'esecuzione.

[24] Ove il direttore dei lavori disponga la sospensione dell'esecuzione del contratto compila (anche unilateralmente) un verbale di sospensione, che deve essere consegnato al RUP entro cinque giorni, e che deve contenere "*l'indicazione delle ragioni che hanno determinato l'interruzione dei lavori, nonché dello stato di avanzamento dei lavori, delle opere la cui esecuzione rimane interrotta e delle cautele adottate affinché alla ripresa le stesse possano essere continuate ed ultimate senza eccessivi oneri, della consistenza della forza lavoro e dei mezzi d'opera esistenti in cantiere al momento della sospensione*".

[25] Cfr. art. 107, comma 3, d.lgs. n.50/2016.

unicamente alla committente e, così facendo, deformano l'equilibrio del sinallagma contrattuale in un modo che non trova corrispondente espresso nel diritto comune[26].
Ebbene se, con riguardo alle norme citate, l'emergenza COVID-19 potrebbe in taluni casi (occorrerà valutare ogni fattispecie concreta), ovvero laddove ricorrano "*ragioni di necessità o di pubblico interesse"*, essere incarnazione di una di quelle "*circostanze speciali*" che giustificano la sospensione dei lavori da parte di una amministrazione pubblica, in realtà all'impresa esecutrice, a seconda dei casi, è unicamente accordata la possibilità o di intimare formalmente la sospensione dell'esecuzione del contratto o di richiedere una proroga dei termini originariamente fissati per l'ultimazione dell'appalto (con la precisazione che, nel primo caso, eventuali "*contestazioni dell'esecutore in merito alle sospensioni dei lavori sono iscritte a pena di decadenza nei verbali di sospensione e di ripresa dei lavori, salvo che per le sospensioni inizialmente legittime, per le quali è sufficiente l'iscrizione nel verbale di ripresa dei lavori; qualora l'esecutore non intervenga alla firma dei verbali o si rifiuti di sottoscriverli, deve farne espressa riserva sul registro di contabilità"*[27]*).*
In conseguenza di una tale disciplina, che tutto rimette alla discrezionalità della pubblica amministrazione[28], nel caso in cui non venisse accordata la sospensione dei lavori all'impresa residuerebbe l'esclusiva tutela (patologica ed economicamente non efficiente) di un successivo ricorso all'autorità giurisdizionale.
Giova a questo punto rilevare che vi sono altre disposizioni del codice degli appalti le quali, anche in quanto espressione di principi vigenti in altri settori dell'ordinamento, potrebbero permettere, se non una risposta più immediatamente "economica", quantomeno una ulteriore chiave di lettura sotto la quale analizzare le giuste occorrenze per ogni fattispecie concreta: ci si riferisce in particolare all' art. 106 lett. *c) , modifica dei contratti durante il periodo di efficacia*, ed all'art. 165 comma 6, *rischio ed equilibrio economico finanziario nelle concessioni*.
Al riguardo occorre premettere che sebbene le clausole nei contratti pubblici sottostiano alla regola della generale immodificabilità (secondo il principio *pacta sunt servanda* e ai fini della non elusione della concorrenza), tale immodificabilità sia in realtà solo tendenziale giacché il sistema contempla una serie di deroghe[29].
Invero, l'art. 106, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce che "*Le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende. I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento*" tra le altre ipotesi "*ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni, fatto salvo quanto previsto per gli appalti nei settori ordinari dal comma 7: 1) la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera. Tra le predette circostanze può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti; 2) la modifica non altera la natura generale del contratto*".
La disposizione, per tanto, ricomprende le "*circostanze impreviste ed imprevedibili"* nel novero degli accadimenti passibili di dar luogo ad una "*necessità di modifica*" ed ha cura di precisare espressamente che "*anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti*" sia da considerare tale.
Ebbene, se da un punto vista è pacifico che l'epidemia da COVID-19 sia evento imprevisto ed imprevedibile (e dunque idoneo a poter essere *ex se* considerato motivo di modifica del contratto ove concretamente impatti sulla sua esecuzione), da quello ulteriore è interessante la scelta del legislatore di prevedere espressamente

[26] In effetti, il codice civile, con riguardo al contratto di appalto, statuisce equilibrate garanzie sia a favore del committente sia a favore dell'appaltatore. Sul punto cfr. C Giannattasio, *L'appalto*, in A. Cicu – F. Messineo (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, v. XXIV, t. 2, Giuffré, Milano, 1969, p. 114 ss. e G. Musolino, *Art. 1664*, in D. Valentino (a cura di), *Dei singoli contratti. Artt. 1655 – 1802* nel *Commentario del codice civile* (diretto da E. Gabrielli), UTET, Torino, 2011, p. 102 ss.
[27] Cfr. art. 107, comma 4, d.lgs. n. 50/2016; sul punto si rimanda a Tribunale Roma, sez. XVII, 1° agosto 2019, n.15910, in *Redazione Giuffrè*, 2019.
[28] Sulle problematiche della questione si era già espressa l'Associazione Nazionale dei Costruttori Edili che "*con comunicato in data 13 marzo 2020* (…) *"ha sollecitato l'emanazione, da parte del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, di un provvedimento volto a determinare la sospensione ex lege (e, quindi, non rimessa alla discrezionalità delle singole stazioni appaltanti) di tutti i contratti pubblici e la conseguente "chiusura" dei relativi cantieri*", fonte https://www.osborneclarke.com/insights/le-ricadute-dellemergenza-coronavirus-sullesecuzione-degli-appalti-pubblici/
[29] Per un approfondimento sul punto si rimanda al lavoro di A. Crismani, *Le modifiche oggettive nei contratti pubblici e il diritto potestativo nel quinto d'obbligo*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, fasc.1, 1° febbraio 2019, p. 17 ss.

l'ipotesi della sopravvenienza normativa in quanto la richiamata copiosa regolamentazione recentemente intervenuta ha indubbiamente comportato maggiori oneri per le imprese[30]: *ope legis* (sebbene si ribadisce che tale ipotesi di necessità di modifica contrattuale debba essere oggettiva e da apprezzare in concreto[31]) tramite revisione del prezzo verrebbe così ristabilito l'originario equilibrio contrattuale (e, per parte dell'appaltatore, l'equilibrio economico-finanziario[32] tra investimenti e rendimento su cui aveva fatto affidamento).
Una siffatta lettura "ottimista" della disciplina si scontra però con la circostanza che, anche in questo caso, sia il RUP a dover autorizzare le modifiche dei contratti di appalto in corso di esecuzione secondo le "*modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante da cui* (…) *dipende*" e che, addirittura, l'Anac abbia definito tale autorizzazione alle modifiche come "*l'atto tramite il quale il responsabile del procedimento dà il suo nulla-osta*"[33], con ciò indicando una precisa natura giuridica dell'atto di autorizzazione ed un' altrettanto precisa situazione giuridica delle parti… purtroppo ben distante da quella paritaria dei contratti privati.
Alle norme indicate si aggiunge, in materia di concessioni, il sesto comma dell'art. 165, il quale recita che "*Il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio*"[34]: una previsione evidentemente rilevante, anche considerando le successive precisazioni per cui "*in caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto*" e che tale recesso non pregiudica il rimborso al concessionario del "*valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario*" e delle "*penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione, ivi inclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse*"[35].
Non è dunque da escludere che, previo dialogo collaborativo con la pubblica amministrazione, eventuali maggiori oneri sopportati dall'ente aggiudicatore, in quanto (accertata) conseguenza dell'epidemia, possano legittimare una variante contrattuale e ciò, come accennato, sarebbe sicuramente coerente con il resto del sistema: i dettami del diritto amministrativo si devono infatti rapportare alle altre norme dell'ordinamento[36] e, nel caso specifico della fase di esecuzione dei contratti pubblici, per quanto non previsto, trovano applicazione le disposizioni del codice civile[37].
Rimettendo l'approfondimento di tale aspetto ad un momento successivo della trattazione, qui ci si limita ad indicare come, in ultima analisi, probabilmente sarebbe anche opportuna una disciplina cristallizzata, più vicina a quella prevista dal codice civile ai fini della tutela dell'equilibrio contrattuale, allorquando si verifichino eventi che possano comprometterlo: in particolare si allude all'art. 1664 il quale, prescrivendo che "*Qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo*

---

[30] Si pensi semplicemente al comma 7, lett. *d)*, dell'art. 1 del DPCM 11 marzo 2020 che prevedeva "*assumano protocolli di sicurezza anti-contagio e, laddove non fosse possibile rispettare la distanza interpersonale di un metro come principale misura di contenimento, con adozione di strumenti di protezione individuale*".
[31] Sul punto, di recente, Cons. St., sez. V, del 23 settembre 2019, n. 6326 in *Redazione Giuffrè amm*. 2019.
[32] Che a norma del secondo comma dell'art. 165 del codice dei contratti pubblici "*rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al precedente comma 1*".
[33] Fonte: http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/home/_RisultatoRicerca?id=bce4d18f0a7780422c5ea8fc50f4182d&search=faq+varianti
[34] subordinando, nei casi di opere di interesse statale (o finanziate con contributo dello stato) alla previa valutazione da parte del NARS (mentre negli altri casi tale valutazione è facoltativa e rimessa all'amministrazione aggiudicatrice).
[35] Così le lettere a) e b) del quarto comma dell'art. 176 del codice degli appalti in quanto espressamente richiamate dal sesto comma dell'art. 165.
Restano comunque esclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse.
[36] Si richiama, tra tutti, l'art 1 *bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241 per cui "*La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*".
[37] A norma dell'ottavo comma dell'art. 30 del Codice dei contratti pubblici infatti "*Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi (...) alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile*".

medesimo"[38], ribadisce che la normale alea del contratto (che, con riguardo agli appalti, viene individuata dal codice civile nel decimo del prezzo complessivo dell'opera) grava sì i contraenti ma che, qualora tale soglia di "normalità" venga oltrepassata a causa di circostanze imprevedibili, si possa procedere ad una variazione del prezzo[39].

3. Come già accennato in premessa, anche la materia degli appalti pubblici è stata interessata dalla regolamentazione intervenuta di recente al fine di contrastare la diffusione del nuovo virus.
Con il decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, il c.d. cura Italia, recante "*Misure di potenziamento del Servizio Sanitario Nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*", sono state infatti adotatte misure *ad hoc* anche per la materia dei contratti pubblici, con la conseguenza che, in diversi punti, la disciplina del codice risulta derogata o modificata al fine di rispondere più efficacemente alle necessità imposte dalla nuova situazione.
Premettendo che tali innovazioni sono molteplici[40] e che una loro analisi esula dallo scopo della presente indagine, ci si limita in questa sede ad indicare, in quanto previsioni di maggiore interesse, quelle dell'art. 91.
E, invero, tale norma, già dalla sua rubrica "*Disposizioni in materia ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici",* mostra l'acquisita coscienza del fatto che si discorra di aspetti divenuti nell'odierno contesto necessità di vitale importanza per numerose imprese.
Più precisamente, il primo comma di tale articolo prevede che "*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*"[41], permettendo dunque all'esecutore "colpevole" di un ritardo o di un inadempimento di liberarsi da tale responsabilità ove dia prova che la mancata ottemperanza delle previsioni contrattuali sia derivata dal *rispetto delle misure di contenimento* imposte.
È interessante soffermarsi sul richiamo che tale norma opera a due articoli cardine del codice civile, in tema di responsabilità contrattuale derivante da inadempimento o non esatto adempimento (ovvero l'art. 1218)[42] e di determinazione del danno risarcibile in caso di inadempimento[43] (ovvero l'art. 1223)[44]: "*il rispetto delle misure di contenimento*", assurgendo *ex lege* ad elemento di valutazione ai fini della sussistenza della responsabilità del debitore, da una prima lettura sembra, infatti, potersi incarnare in una ipotesi (se non rigidamente tipizzata, quanto meno normativamente prevista) di quelle cause a lui non imputabili che, determinando l'impossibilità della prestazione, non diano luogo ad inadempimento o ritardo.
Sebbene il legislatore abbia tentato di dare una risposta alle necessità che si impongono prepotentemente nella vita economica del paese (incorrere in decadenze e penali è normalmente un "tasto dolente" per le imprese, ancor più sensibile in questo momento critico) ci si rende tuttavia conto che la previsione in oggetto in realtà innova di ben poco, recando tutti i limiti, in termini di onere della prova e di impossibilità della prestazione, propri della disciplina generale.
Difatti, com'è noto, mentre il creditore deve limitarsi a provare il titolo costitutivo del rapporto "*ed il relativo termine di scadenza, limitandosi poi ad allegare la circostanza dell'inadempimento della controparte*"[45] è il

---

[38] Ed invero, a parere di chi scrive, potrebbe esservi un concorso con la disciplina di cui all'art. 1467 c.c. (in quanto soddisfatto anche il requisito della straordinarietà) ma è opportuno interrogarsi sulla utilità perseguita in concreto dalla parte e sugli effettivi vantaggi conseguenti ad una risoluzione del contratto.
Si rileva comunque che la giurisprudenza (tra tutte Cass. civ., sez. I, 31 dicembre 2013 n. 28812), ha ricordato che l'art. 1664 c.c. costituisce, per le ipotesi in essa contemplate, norma con carattere di specialità rispetto all'art. 1467 cod. civ., del quale impedisce l'operatività.
[39] Si tace, invece, su quanto previsto dall'ultimo comma dell'art. 1664 (che accorda un equo compenso all'appaltatore ove cause naturali e non previste dalle parti rendano più onerosa la prestazione) in quanto la *ratio legis* della norma sembra distante dalla situazione che si indaga.
[40] In particolare si segnalano le norme di cui all'art. 75 comma 1, all'art. 86 comma 2, all'art. 99 comma 3 ed all'art. 120 comma 3 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18.
[41] Tale risultato viene conseguito mediante l'aggiunta di un nuovo comma il 6 bis, all'art. 3 del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13.
[42] Con riguardo alla portata dell'art. 1218 c.c. si veda G. Visintini, *Inadempimento e mora del debitore*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffré, Milano 1987, p. 21 ss.
[43] Si precisa che la materia è completata nel codice civile dalle norme degli artt. 1224 ss.
[44] Con riguardo alla portata dell'art. 1223 c.c. si veda F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, quarta edizione, Cedam, Padova, 2004, p. 92 ss.
[45] Cfr. da ultima Cass. Civ., sez. III, del 18 febbraio 2020, n. 3996, in *Guida al diritto* 2020, 15, p. 46.

debitore a dover dimostrare che questa non sia a lui imputabile perché "impossibile" (peraltro non bisogna tralasciare nemmeno il contenuto pesantissimo di siffatta impossibilità che "*è intesa dalla giurisprudenza consolidata come assoluta, consistente nella non eseguibilità tecnica della prestazione e non nella mera maggiore onerosità o difficoltà dell'esecuzione da parte del debitore*"[46]).
È evidente che, con riferimento alla situazione determinata dalle misure di contenimento (a causa dalla diffusione del nuovo virus), dimostrare che l'inadempimento (od il non esatto adempimento) derivi da causa non imputabile dell'appaltatore sarà un onere di estrema difficoltà per molti operatori, che rischia di risolversi in una *probatio diabolica*; anche perché, nella generalità dei casi, difficilmente si discorrerà di prestazioni assolutamente impossibili *tout court*, molto più frequentemente invece si tratterà di difficoltà relative e legate alla singola parte.
Si pensi al frequentissimo caso in cui, nell'ambito di cantieri (almeno per quelli che ancora oggi si possono considerare operativi, giuste le disposizioni contenute nel d.p.c.m. 22 marzo 2020 – c.d. decreto blocca Italia) che non consentano il mantenimento della distanza di un metro tra i lavoratori, si verifichi la difficoltà di reperire quelle mascherine che, dal Decreto Cura Italia, vengono definite "*dispositivi di protezione individuale (DPI), di cui all'articolo 74, comma 1, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n.81*" , e che tale difficoltà abbia dato luogo ad un ritardo: ebbene, ci si chiede, in questo caso sarebbero effettivamente soddisfatti i requisiti tanto stringenti della nozione civilistica di impossibilità assoluta? E, anche nel caso in cui si dia risposta affermativa (cosa che, chi scrive, auspica), il debitore come dovrebbe (e potrebbe) darne prova? È evidente si impongano delle riflessioni circa l'opportunità di un riequilibrio dell'onere probatorio e su di un diverso contenuto da attribuire a siffatta, specifica, impossibilità.
Bisogna poi sottolineare come a tali criticità si sommi un altro problema derivante dalla *lettera* della norma che, come già detto, recita "*Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione (...) della responsabilità del debitore*" ponendo dunque ulteriori dubbi circa il soggetto deputato a porre in essere tale giudizio.
Nulla quaestio sulla circostanza che, in ultima analisi, si discorra della fase patologica di fronte al giudice[47] che è terzo e imparziale (rispetto al conflitto d'interessi che si agita nella fattispecie); se, invece, ci si volesse fermare ad una fisiologica evoluzione del contratto questo potere sembra essere, di nuovo e unicamente, proprio della pubblica amministrazione (circostanza questa che riecheggia di tutti i dubbi in punto di imparzialità e discrezionalità già espressi nel paragrafo precedente).
Per terminare la disamina circa le innovazioni introdotte dall'art. 91 del decreto cura Italia maggiormente significative, come già accennato, rileva anche il secondo comma il quale prevede che "*l'erogazione dell'anticipazione*" sia "*consentita anche nel caso di consegna in via d'urgenza, ai sensi dell'articolo 32, comma 8*" del codice dei contratti pubblici[48], con ciò permettendo espressamente, anche nel caso di consegna in via di urgenza di lavori, servizi o forniture, l'anticipazione del prezzo a favore dell'appaltatore entro quindici giorni dall'effettivo inizio dei lavori (ed anche in mancanza di stipula del contratto), previa costituzione di garanzia fideiussoria.
Sebbene questo sia un aspetto che, stante l'attuale situazione, diventa di importanza nodale per la sopravvivenza di numerosi operatori economici (ed è quindi assolutamente positivo il fatto che tale disposizione ampli in modo espresso il novero dei casi in cui si possa procedere ad una anticipazione del prezzo[49]), nulla è stato ancora fatto circa un possibile aumento quantitativo dell'erogazione di tale anticipo; misura che invece assicurerebbe "*a spesa finale zero da parte dello Stato, la necessaria liquidità alle aziende*

[46] Così Tribunale Reggio Calabria sez. II, del 27 novembre 2019, n.1584, in *Redazione Giuffrè*.
[47] L'art. 133 c.p.a. dispone la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo per la fase di selezione del contraente sino all'aggiudicazione definitiva; con riguardo alla fase dell'adempimento, anche prima della stipula del contratto, vale il sistema tradizionale di riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo, fondato sulla distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi, come di recente è stato sottolineato dalle sezioni unite della Suprema corte di Cassazione, cfr. Cass. Civ., sez. un., 5 ottobre 2018, n. 24411, in *Foro amm.*, II, 2019, p. 1009.
[48] Tale intervento si realizza mediante una modifica all'art. 35, comma 18, del codice dei contratti pubblici.
[49] In realtà il decreto cura Italia, in tema di anticipazione del prezzo, contiene un'altra norma, molto settoriale, all'articolo 97 per cui "*Al fine di sostenere gli interventi finanziati con risorse del Fondo sviluppo e coesione 2014-2020 nell'ambito dei Piani Operativi delle Amministrazioni Centrali e dei Patti per lo sviluppo, le anticipazioni finanziarie, di cui al punto 2 lettera h) della delibera del Comitato interministeriale per la programmazione economica n. 25 del 10 agosto 2016, e di cui al punto 3.4 della delibera del CIPE n. 26 del 10 agosto 2016, possono essere richieste nella misura del venti per cento delle risorse assegnate ai singoli interventi, qualora questi ultimi siano dotati, nel caso di interventi infrastrutturali, di progetto esecutivo approvato, ovvero, nel caso di interventi a favore delle imprese, di provvedimento di attribuzione del finanziamento. Restano esclusi gli interventi di competenza di ANAS e di Rete ferroviaria italiana*".

in un periodo di sostanziale fermo produttivo, garantendo in questo modo la sopravvivenza e l'operatività delle stesse nel momento in cui sarà superata l'emergenza e potranno essere riaperti i cantieri in assoluta sicurezza"[50].

4. Da quanto precedentemente esposto risulta che si discorra, quindi, di una materia soggetta a diverse fonti e ad una disciplina ancora *in fieri* che, pur fornendo i primi accenni di risposte, allo stato dell'arte non appare del tutto soddisfacente.
Non essendo lo scopo di tale scritto limitarsi a critiche circa l'attuale impianto normativo[51], volendo indagare piuttosto quali possano essere gli apporti positivi per le problematiche indagate, si ritiene essere dirimente, come spesso accade in tali casi, fare riferimento alle clausole ed ai principi generali dell'ordinamento: concetti propri di diversi rami del diritto come "cooperazione all'adempimento", "obbligo di correttezza", "buona fede", "ragionevolezza", "imparzialità" che, se ordinariamente vengono percepiti dall'operatore del diritto quasi come costruzioni dotte e vaghe, nei momenti critici assumono una rilevanza fondamentale in quanto concetti valvola[52] (e valvole di sicurezza[53]) tramite cui immettere nel sistema giuridico valori extragiuridici[54].
Invero, nonostante la preminenza che le norme esaminate sembrano avere accordato alla P.A. parte del rapporto contrattuale, si ricorda che tale disciplina debba necessariamente raccordarsi con la pacifica costituzionalizzazione dell'obbligo di correttezza (in quanto specificazione degli "*inderogabili doveri di solidarietà sociale*" imposti dall'art. 2 della Costituzione) e con la centralità che a questo viene riconosciuta dal codice civile, il quale infatti "*pur considerando preminente la posizione del creditore, ha ritenuto, nell'art. 1175 del c.c., di imporgli un dovere di correttezza, e di parificarne la situazione, da tal riflesso, a quella fatta al debitore*" dovendosi richiamare "*nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore"*[55].
Nel nostro ordinamento il principio di buona fede permea l'intero rapporto contrattuale (inclusa dunque la fase di esecuzione dello stesso) e la correttezza (la c.d. buona fede in senso oggettivo) costituisce parametro di valutazione del comportamento tenuto dai soggetti del rapporto obbligatorio "*il cui contenuto non è a priori esattamente determinato, necessitando di un'opera di concretizzazione valutativa, in riferimento agli interessi in gioco ed alle caratteristiche del caso concreto e attraverso l'art. 1175 c.c. coordinato con gli artt. 1374 e 1375 c.c., può essere meglio individuato il contenuto del singolo rapporto obbligatorio, sia per quanto riguarda gli obblighi principali che collaterali (di protezione, cooperazione e informazione)*"[56].
In altri termini, il principio di correttezza interviene come criterio di reciprocità che impone, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra[57] (e questo a prescindere, si badi bene, dall'esistenza di specifiche previsioni contrattuali o espresse norme di legge in quanto autonomo dovere giuridico[58]), cooperando con essa affinché anche la sua prestazione possa venire in essere.
Per quanto, probabilmente sovrabbondante, si evidenzia come la centralità del principio in questione trovi conferma anche nella giurisprudenza amministrativa la quale, in numerose pronunce, ha espressamente indicato che l'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto sia da intendersi violato non solo quando una parte agisca con il cosciente proposito di recare un pregiudizio all'altra ma anche quando la condotta da essa tenuta non sia, comunque, improntata alla diligente correttezza e al senso di solidarietà sociale: tali valori, hanno massima intensità, in forza degli artt. 2 e 97 Cost. e dell'art. 1 della L. 241/1990 nell'esercizio (anche ove non autoritativo) dei pubblici poteri[59], con la conseguenza che "*anche nell'appalto di opere pubbliche,*

---

[50] Fonte: https://www.edilportale.com/news/2020/03/normativa/coronavirus-per-gli-appalti-pubblici-servono-misure-ad-hoc_75641_15.html.
[51] Critiche che, comunque, non mancano soprattutto tra gli "operativi"; tra tutte si segnalano le interviste al presidente degli ingegneri A.Zambrano in https://www.corriere.it/economia/professionisti/20_aprile_01/zambrano-il-codice-appalti-cosi-soltanto-zavorra-7877d19c-7329-11ea-bc49-338bb9c7b205.shtml e l'intervista al governatore dell'Umbria D.Tesei in https://www.italiaoggi.it/news/tesei-il-codice-degli-appalti-blocca-tutto-2436638).
[52] K.G. Wurzel, *Das juristische Denken*, Perles, Wien-Leipzig, 1904, p. 86.
[53] O. Wendt, *Die exceptio doli generalis im heutigen Recht*, in *Archiv fur die civilistische Praxis*, 1906, p. 106.
[54] Così A. Di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 542; F. Roselli, *Clausole generali: l'uso giudiziario*, in *Pol. dir.*, 1988, p. 671.
[55] Così la relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al Codice Civile del 4 aprile 1942.
[56] Così Tribunale Siena, del 7 marzo 2019, n. 269, in *Redazione Giuffrè* 2019.
[57] Cass. Civ., Sez. I, del 5 novembre 1999, n. 12310, in *Foro padano*, 2000, I, p. 348.
[58] Così, tra le tante, Tribunale Roma sez. X, n. 2851 del 13 febbraio 2017, in Redazione Giuffrè 2017.
[59] Cons. St. sez. III, 26 maggio 2014, n. 2693, in *Redazione Giuffrè amministrativo*, 2014.

stante la natura privatistica del contratto, è configurabile, in capo all'amministrazione committente, creditrice dell'opus, un dovere — discendente dall'espresso riferimento contenuto nell'art. 1206 c.c. e, più in generale, dai principi di correttezza e buona fede oggettiva, che permeano la disciplina delle obbligazioni e del contratto — di cooperare all'adempimento dell'appaltatore"[60].

Ecco dunque che la nozione di buona fede (e di correttezza nel rapporto obbligatorio) come delineata consente l'ingresso ad una valutazione cd. di *giustizia sostanziale*; la quale opera sempre, ma che oggi, vista alla luce sia dell'eccezionalità del momento sia alle risposte che l'ordinamento vi ha predisposto, opera con maggiore incisività.

Su questa linea, ad esempio, oltre al presupposto oggettivo dell'esistenza dell'obbligo di conformazione alle misure di contenimento, si dovrà valutare la ricaduta concreta dello stesso sul rapporto contrattuale fra amministrazione committente e privato appaltatore.

Tutto ciò con riguardo, da un lato, all'incidenza (delle misure di contenimento) sul tipo di prestazione da effettuare e, dall'altro lato, alle modifiche alla ordinaria organizzazione del lavoro che l'appaltatore è tenuto ad effettuare in ragione delle ricordate misure.

Sicché, se guardiamo alla buona fede sul versante della tolleranza del creditore rispetto alla prestazione del debitore, risulta facile comprendere che la stessa, in questo tempo, sia significativamente dilatata rispetto a quello ordinario.

Ed anche volendo analizzare la fattispecie sotto altro profilo, ovvero quello del principio di ragionevolezza, il risultato non cambia.

Tale principio è tanto fondamentale nel nostro ordinamento da inserirsi *"probabilmente in ogni questione di legittimità costituzionale, sia pure in forma implicita e inespressa*"[61] e, corollario dei principi di imparzialità e buon andamento[62] con specifico riferimento al diritto amministrativo, rappresenta il canone fondamentale per il corretto esercizio del potere discrezionale da parte della Pubblica Amministrazione in quanto rende conto della "*plausibilità e giustificabilità della scelta operata dall'amministrazione*"[63]: la qual cosa vale non solo quando l'amministrazione agisce nella c.d. veste pubblica (in un rapporto che oggi si dice paritario[64], in ragione del procedimento amministrativo) , ma pure "*nell'adozione di atti di natura non autoritativa*" quando opera "*secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*"[65], come qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento[66], non dovendo però l'amministrazione assumere il ruolo di parte contrattuale forte od eccessivamente tale, per il particolare ruolo che essa ricopre a servizio del consorzio sociale e quindi, pure, nei confronti della controparte contrattuale.

---

[60] Cass. Civ., Sez. I, 29 aprile 2006, n. 10052, in *Foro amm. CDS*, 2006, 7-8, p. 2147, ove per altro (pur se con riguardo ad una situazione diversa da quella oggetto della presente indagine) si legge che "*l'elaborazione di varianti in corso d'opera — di norma costituente una mera facoltà della P.A. (esercitabile in presenza delle condizioni previste dalla legge) — può configurarsi come espressione di un doveroso intervento collaborativo del creditore*".

[61] Cfr. C. Lavagna, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova 1973, p. 1582. Su tale principio si veda anche L. Paladin, voce *Ragionevolezza (Principio di),* in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento I, Giuffré, Milano, 1997, p. 899 ss. Più recentemente A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffré, Milano, 2001.

[62] "*la ragionevolezza costituisce un criterio al cui interno convergono altri principi generali dell'azione amministrativa (imparzialità, uguaglianza, buon andamento) e la Pubblica amministrazione, in forza di tale principio, deve rispettare una direttiva di razionalità operativa al fine di evitare decisioni arbitrarie od irrazionali; in virtù di tale principio, l'azione dei pubblici poteri non deve essere censurabile sotto il profilo della logicità e dell'aderenza ai dati di fatto risultanti dal caso concreto: da ciò deriva che la Pubblica amministrazione, nell'esercizio del proprio potere, non può applicare meccanicamente le norme, ma deve necessariamente eseguirle in coerenza con i parametri della logicità, proporzionalità ed adeguatezza*" così Cons. St., sez. V, del 20 febbraio 2017, n.746 in *Redazione Giuffrè amm*. 2017.

[63] Così S. Cassese (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 248. Sul principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo si veda fra gli altri F. Merusi, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011. Con riguardo al rapporto fra autonomia privata e discrezionalità amministrativa cfr. G. Poli, *Autonomia privata e discrezionalità amministrativa a confronto. La prospettiva della ragionevolezza*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 863 ss. Per uno sguardo in chiave comparatistica si veda P. Chirulli, *L'evoluzione del controllo giurisdizionale sulla discrezionalità nel Regno Unito: dalla ragionevolezza alla proporzionalità*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 419 ss.

[64] Tale espressione è stata usata per la prima volta, probabilmente, da F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Cedam, Padova, 1975, p. 807 ss.

[65] Cfr. art 1 bis della Legge 7 agosto 1990, n. 241 per come introdotto dall'art. 1, comma 1, lettera b), legge n. 15 del 2005.

[66] Soggiacendo conseguentemente alla disciplina del diritto comune.

A maggior ragione, ciò vale nel momento attuale ove, proprio per il principio di ragionevolezza, ci si aspetta che l'amministrazione (pur nella veste di committente) debba dar prova di una correttezza e di una cooperazione all'esecuzione diversa da quella che ordinariamente viene richiesta ad un comune creditore.
In questo senso, seppure la norma (l'art. 91 del decreto cura Italia) tace sull'onere della prova rimandando alla disciplina codicistica, auspicabilmente esso dovrà essere considerato attenuato per il debitore sia nei confronti dell'amministrazione, sia nei confronti del giudice.
In altre parole, prima del giudice, la p.a. è tenuta a valutare il comportamento dell'appaltatore – debitore, non con l'ottica della convenienza propria, ma anche di quella della controparte, in relazione agli adempimenti obbligati per quest'ultima a causa dell'emergenza sanitaria.
Qualora ciò non avvenga, risulterà irragionevole sia il diniego del RUP all'istanza di proroga dei termini di conclusione dell'appalto o alla modifica del contratto in corso di esecuzione, sia la valutazione (a cui, in un un'ottica di deflazione del contenzioso, è chiamata la PA) circa la sussistenza della responsabilità del debitore trattata ai fini dell'art. 91 del decreto Cura Italia.
Ecco in che senso si ritiene che l'art. 107 del codice dei contratti pubblici si arricchisca di nuovi significati, anche alla luce di quanto innovato dall'art. 91 del decreto cura Italia.

(29 aprile 2020)