

## **L'incidenza della gestione della pandemia e delle conseguenze della guerra in Ucraina sui contratti di appalto pubblico in corso di esecuzione**

*Michele Gerardo\**

*SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Criticità dei rapporti contrattuali di appalti pubblici per sopravvenienze collegate alla pandemia e alla guerra in Ucraina - 3. Quadro dei rimedi di diritto comune a fronte dello squilibrio del sinallagma contrattuale nel corso della esecuzione del rapporto - 4. Quadro dei rimedi di diritto speciale per i contratti ad evidenza pubblica con la P.A. a fronte dello squilibrio del sinallagma contrattuale nel corso della esecuzione del rapporto - 5. Quadro dei rimedi di diritto speciale per i contratti ad evidenza pubblica con la P.A. a fronte dello squilibrio del sinallagma contrattuale nel corso della esecuzione del rapporto. Segue. Modifica dei contratti attivi per sopravvenuta onerosità nell'esecuzione - 6. Disposizioni speciali per regolare specifici aspetti dello squilibrio contrattuale conseguente agli avvenimenti eccezionali ed imprevedibili collegati alla pandemia COVID 19 - 7. Conclusioni.*

### *1. Introduzione.*

Non è un buon momento per i rapporti di durata.

Nel marzo 2020 la diffusione del virus COVID 19 e le strategie per contrastarlo hanno comportato oltre a lutti per i tanti morti e a nuove abitudini di vita altresì delle inevitabili conseguenze sui rapporti contrattuali di durata pubblici e privati: differimenti, rallentamenti, interruzioni, appesantimenti degli oneri nella esecuzione dei contratti fonte di rapporti di durata con prestazioni continuative, periodiche, differite o prolungate.

Nelle fasi acute della gestione del contrasto della pandemia, e in specie nella fase iniziale con le severe misure (adottate per specifiche aree, anche intere Regioni del Paese) di isolamento, chiusura di pubblici uffici e di spazi aperti al pubblico, restrizione del regolare svolgimento delle attività commerciali, confinamento, blocco di attività, limitazioni di spostamento anche da e per l'estero (c.d. *lockdown*), i contratti in esame hanno subito - a seconda delle circostanze - una anticipata anomala estinzione oppure una forte alterazione del sinallagma. Anche nel momento attuale (2022) - nel quale sono operative misure anti COVID per contrastare la pandemia tuttora esistente al fine di assicurare una convivenza tollerabile con il virus - vi sono fattori che rendono deviante il modello di esecuzione del contratto rispetto alle modalità ordinarie (quantomeno con riguardo agli oneri economici), ossia alle modalità relative al periodo antecedente alla diffusione del virus. Vuol farsi riferimento alla recrudescenza del virus in specifici luoghi comportanti *lockdown* limitati spa-

---

(\*) Avvocato dello Stato.

zialmente o alla crisi di forniture di materie prime da paesi esportatori che adottano ferrei e severi *lockdown* (è il caso, ad esempio, della Cina che - ancora nell'aprile 2022 - a fronte dell'insorgere di focolai adotta strategie di blocco totale per eradicare il virus con stasi delle attività produttive). Vuol farsi riferimento soprattutto alle modalità organizzative nella esecuzione della prestazione implicanti: distanziamento e divieto di assembramenti degli operatori coinvolti nella esecuzione della prestazione; utilizzo di igienizzanti, di mascherine protettive, di misuratori della temperatura, di tamponi per testare la negatività al virus.

Ad aggravare il quadro, da ultimo - perché le disgrazie non vengono mai da sole - si è avuto lo scoppio della guerra in Ucraina nel febbraio 2022. La guerra e le sue conseguenze (morti, distruzioni e devastazioni di territori, blocco dei collegamenti, embarghi) sta determinando, da una parte, il venire meno in tutto o in parte di materie prime (con aumento dei relativi costi per gli operatori economici) e, da un'altra parte, il venire meno in tutto o in parte di mercati (con problemi sulla collocazione dei prodotti oggetto di contratti ad esecuzione differita).

## *2. Criticità dei rapporti contrattuali di appalti pubblici per sopravvenienze collegate alla pandemia e alla guerra in Ucraina.*

La pandemia e la guerra in Ucraina, ma soprattutto la numerosa legislazione d'emergenza emanata di volta in volta per contenerne la diffusione, hanno causato quale effetto naturale uno sconvolgimento sopravvenuto all'equilibrio contrattuale che regolava le preesistenti prestazioni nei contratti a prestazioni corrispettive. La corrispettività delle prestazioni contrattuali sta a significare che la prestazione di una parte trova remunerazione nella prestazione dell'altra.

I contratti a prestazioni corrispettive sono anche detti sinallagmatici. Essi comprendono principalmente i contratti di scambio, i contratti di concessione in godimento e di servizi a titolo oneroso (locazione, lavoro subordinato, ecc.) in cui la prestazione di una parte è compensata dalla controprestazione dell'altra. La corrispettività comporta normalmente l'interdipendenza delle prestazioni (1).

In questa tipologia di contratti l'equilibrio è un elemento essenziale e deve sussistere per tutta la durata della prestazione. L'eventuale vizio o difetto che colpisce una delle due prestazioni è destinato a ripercuotersi inevitabilmente anche sull'altra, poiché quest'ultima diverrebbe irrimediabilmente sproporzionata.

Le sopravvenienze in esame, collegate alla pandemia e alla guerra in Ucraina, possono essere causate, in essenza, da due fattori:

---

(1) Così C.M. BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, II edizione, Giuffrè, 2015, p. 488.

a) *factum principis*, ossia atti normativi (leggi, decreti legge) o amministrativi (D.P.C.M., D.M., D.P. Giunta Regionale, Decreti sindacali) con i quali si dispongono misure di contenimento, quali *lockdown* (severi o leggeri; per aree limitate o per aree ampie), divieti o restrizioni nella circolazione di merci (ad es. armi) o nello svolgimento di attività, ecc.;

b) mutamenti nella circolazione di beni o servizi quale effetto indiretto delle crisi. Ad esempio: distruzione e/o perimento di materie prime comportante secondo la legge economica della domanda e della offerta un aumento dei prezzi.

Le sopravvenienze, poi, a seconda del loro connotato, rifluiscono sul rapporto contrattuale come circostanza “anomala”, *rectius*: impossibilità della prestazione oggetto del contratto *sub specie* di forza maggiore, eccessiva o maggiore onerosità della prestazione oggetto del contratto, pregiudizio nella utilizzazione riconducibile a “grave motivo” (2), ecc.

In questa sede si esamineranno le criticità conseguenti alle due emergenze sopraindicate sui contratti di appalto pubblici in essere originanti rapporti di durata, ossia ad una *species* dei contratti pubblici come definiti dall’art. 3, lett. dd), D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50, recante il Codice dei contratti pubblici (“*i contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l’acquisizione di servizi o di forniture, ovvero l’esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti*”). Ai contratti di appalti pubblici (3) vanno equiparati, a questi fini, i contratti di concessione di lavori o di servizi (4).

Sono esclusi dalla disamina i contratti di appalti pubblici non originanti rapporti di durata, quali potrebbero essere i contratti di appalti pubblici di forniture (5) ad esecuzione non differita, ma immediata.

All’evidenza sono i contratti di durata che risentono maggiormente di difficoltà nella gestione ed evoluzione del rapporto in conseguenza delle due emergenze in esame. Il contratto di durata è quello nel quale il protrarsi del-

---

(2) Ad esempio i gravi motivi *ex art. 4, comma 2, L. 27 luglio 1978, n. 392* facoltanti il recesso del conduttore.

(3) “*i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l’esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi*” (art. 3, lett. ii, Codice dei Contratti).

(4) contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto in virtù dei quali una o più stazioni appaltanti affidano l’esecuzione di lavori ovvero la progettazione esecutiva e l’esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l’esecuzione di lavori oppure la fornitura e la gestione di servizi ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere ovvero i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere ovvero dei servizi (art. 3, lett. uu, lett. vv, Codice dei Contratti).

(5) “*i contratti tra una o più stazioni appaltanti e uno o più soggetti economici aventi per oggetto l’acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l’acquisto a riscatto, con o senza opzione per l’acquisto, di prodotti. Un appalto di forniture può includere, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione*” (art. 3, lett. tt, Codice dei Contratti).

l'adempimento, per una certa durata, è condizione perché il contratto produca l'effetto voluto dalle parti e soddisfi il bisogno (durevole o continuativo) che le indusse a contrarre; in tal caso la durata non è subita, ma voluta da esse, in quanto l'utilità del contratto è proporzionale alla durata di questo. L'esecuzione continuata o periodica si ha, propriamente, quando essa sia, non tanto differita, quanto distribuita, o reiterata nel tempo. La categoria si bipartisce, secondo che il contratto sia ad esecuzione continuata, dove la prestazione (di regola, di fare, ma anche negativa) è unica, ma ininterrotta (locazione, affitto, somministrazione di energie, comodato e simili), ovvero ad esecuzione periodica, dove si hanno più prestazioni (di regola, di fare), che sono ricorrenti a date prestabilite (ad esempio, rendita e contratto vitalizio), ovvero saltuarie, su richiesta di una delle parti (es. conto corrente, apertura di credito in conto corrente) (6). Distinti dai contratti di durata sono i contratti ad esecuzione differita, nei quali il momento della scadenza o il momento iniziale dell'esecuzione è spostato nel tempo rispetto alla conclusione; il legislatore, a determinati effetti - come ad esempio in sede di disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta - li equipara ai contratti di durata.

Ciò premesso si deve evidenziare che pervengono alle Amm.ni pubbliche istanze da parte degli appaltatori di lavori già affidati negli anni precedenti, tendenti a denunciare l'alterazione finanziaria dovuta a maggiori oneri che le stesse imprese sarebbero costrette a sostenere per effetto di fatti eccezionali, contingenti ed imprevedibilità correlati alla guerra in Ucraina e all'emergenza sanitaria dovuta alla pandemia ancora in corso.

In particolare le imprese appaltatrici ritengono che i citati sopravvenuti fatti, imprevisi ed imprevedibili in sede di gara, abbiano cambiato in modo radicale il mercato delle forniture e delle acquisizioni stravolgendo il sinalagma contrattuale sia in termini di costi che di durata dei lavori.

È circostanza nota l'eccezionale aumento dei costi delle materie prime e dell'energia. L'acciaio alla fine del 2021 era aumentato fino al 140 % rispetto all'anno precedente (e il trend è continuato nel periodo successivo fino all'attuale momento), il legno dell'80%. La guerra in Ucraina e i timori per l'approvvigionamento di materie prime hanno spinto i prezzi del petrolio ai massimi degli ultimi dieci anni, mentre gas naturale e alluminio hanno raggiunto nuovi record.

Tale sofferenza si concretizza in evidenti inadempienze contrattuali con rallentamenti della produzione e sospensioni delle attività che, sempre più frequentemente pregiudicano l'ultimazione dei lavori nei tempi stabiliti.

Alla luce di quanto evidenziato e al fine di scongiurare il rischio di abbandono dei lavori con conseguente mancata esecuzione delle opere pubbliche

---

(6) Su tali connotati dei contratti di durata: F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, IX edizione, Giuffrè, 1959, p. 627.

- conseguenza inevitabile della risoluzione per impossibilità sopravvenuta o per eccessiva onerosità sopravvenuta, a seconda delle circostanze - le stazioni appaltanti si sono spesso attivate per individuare iniziative da intraprendere per conseguire il riequilibrio del sinallagma contrattuale (7).

### *3. Quadro dei rimedi di diritto comune a fronte dello squilibrio del sinallagma contrattuale nel corso della esecuzione del rapporto.*

A fronte dello squilibrio del sinallagma contrattuale nel corso della esecuzione del rapporto, conseguente alle situazioni emergenziali innanzi descritte, i rimedi previsti, in generale, nel diritto comune sono - sussistenti i presupposti e le situazioni connotate dalla legge - la risoluzione per impossibilità totale o parziale della prestazione e la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. Per specifici contratti sono previsti poi ulteriori rimedi.

In via generale le soluzioni codicistiche si concentrano sullo scioglimento del contratto, prestando scarsa attenzione ai rimedi conservativi e ciò è un *vulnus* significativo se si considerano le conseguenze penalizzanti della cessazione del rapporto, soprattutto per la parte che non sia direttamente incisa dalla sopravvenienza. Può essere importante - al fine di soddisfare gli interessi concreti - conseguire l'opera, il servizio, la prestazione oggetto del contratto anche a mezzo di una revisione del contenuto del contratto. Tuttavia, in via generale l'istituto della rinegoziazione delle disposizioni contrattuali finalizzato all'adeguamento del contratto alle sopravvenienze non è previsto nel codice civile ed è problematica - in via ricostruttiva - prevederne l'operatività. Tale istituto sussiste solo in specifici limitati ambiti fissati da normative speciali, quali ad esempio, l'art. 2, comma 5, L. 9 dicembre 1998, n. 431 (8) relativamente alle modalità di stipula e di rinnovo dei contratti di locazione degli immobili adibiti ad uso abitativo e l'art. 55, comma 9, L. 27 dicembre 1997, n. 449 (9) con ri-

---

(7) Sulla problematica: S. FANTINI, *Le sopravvenienze nelle concessioni e contratti pubblici di durata nel diritto dell'emergenza*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, 5, pp. 641 e ss.

(8) "I contratti di locazione stipulati ai sensi del comma 3 non possono avere durata inferiore ai tre anni, ad eccezione di quelli di cui all'articolo 5. Alla prima scadenza del contratto, ove le parti non concordino sul rinnovo del medesimo, il contratto è prorogato di diritto per due anni fatta salva la facoltà di disdetta da parte del locatore che intenda adibire l'immobile agli usi o effettuare sullo stesso le opere di cui all'articolo 3, ovvero vendere l'immobile alle condizioni e con le modalità di cui al medesimo articolo 3. Alla scadenza del periodo di proroga biennale ciascuna delle parti ha diritto di attivare la procedura per il rinnovo a nuove condizioni o per la rinuncia al rinnovo del contratto comunicando la propria intenzione con lettera raccomandata da inviare all'altra parte almeno sei mesi prima della scadenza. In mancanza della comunicazione il contratto è rinnovato tacitamente alle medesime condizioni".

(9) "Il Presidente del Consiglio dei ministri, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, adotta, con il supporto dell'osservatorio sul patrimonio immobiliare degli enti previdenziali, misure finalizzate a ridurre gradualmente l'utilizzo di immobili presi in locazione da privati da parte delle pubbliche amministrazioni, di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29. Le predette amministrazioni rinegoziano, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore

guardo ai fitti passivi per la P.A.; diversamente la materia è rimessa all'autonomia delle parti che possono modificare o estinguere il rapporto contrattuale oppure rinegoziare il contenuto del contratto e/o avvalersi della clausola di modifica e/o operare il recesso ove la sopravvenienza, in ipotesi, sia stata prevista (quale ipotesi di recesso, di obbligo di rinegoziazione, di modifica automatica del contratto) - intuitivamente con clausola prevedente in modo generale sopravvenienze straordinarie o imprevedibili - al momento della stipulazione del contratto.

L'istituto della risoluzione del contratto secondo il diritto comune - sia per impossibilità sopravvenuta (artt. 1462-1466 c.c.), che per eccessiva onerosità sopravvenuta (artt. 1467-1469 c.c.) - si applica altresì ai contratti che vedono quale parte contraente una P.A. (10). Ciò in quanto vengono in rilievo delle disposizioni di carattere generale non derogate dal Codice dei contratti e compatibili con le disposizioni contenute in quest'ultimo. Problematica, come si vedrà di seguito, è l'applicazione dell'istituto della rinegoziazione delle disposizioni contrattuali ove parte del contratto sia una P.A.

La disciplina della risoluzione secondo il diritto comune, in sintesi, è la seguente.

**a) Risoluzione per impossibilità totale o parziale della prestazione (11).**

Vi è una disciplina *ad hoc* sia per i contratti ad efficacia obbligatoria (artt. 1463-1464 c.c.) che per i contratti ad efficacia reale (art. 1465 c.c.). Tale disciplina è specificativa della regolazione generale contenuta negli artt. 1256-1259 c.c. relativa alla estinzione delle obbligazioni per impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore.

L'evento regolato è l'impossibilità sopravvenuta, totale o parziale, della prestazione, non imputabile al debitore stesso; l'impossibilità deve essere assoluta e definitiva, riferita ad una prestazione infungibile, e riguardare proprio la prestazione e non la concreta condizione del contraente.

Nel caso di impossibilità totale l'art. 1463 c.c. dispone che *“Nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito”*. Lo scioglimento del contratto è conseguenza immediata della liberazione della controparte. La risoluzione, dunque, opera di diritto, senza bisogno di alcuna iniziativa della parte, né di intervento del giudice, sicché ove sorga una controversia in ordine al verificarsi di un'ipotesi di soprav-

---

della presente legge, i contratti di fitto locali attualmente in essere con privati con l'obiettivo di contenere la relativa spesa almeno nella misura del 10 per cento rispetto al canone di locazione vigente”.

(10) Conf., per la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, Cass. 17 maggio 1976, n. 1738.

(11) Su tale istituto: C.M. BIANCA, *Diritto civile. V. La responsabilità*, III edizione, Giuffrè, 2021, pp. 385-398.

venuta impossibilità della prestazione, deve essere emessa una sentenza contenente un mero accertamento dell'avvenuta liberazione del debitore e del conseguente scioglimento del contratto, con effetto retroattivo.

Nel caso di impossibilità temporanea - per la presenza di un ostacolo, di fatto o di diritto, all'attualità insormontabile che si oppone all'adempimento, ma possa prevedersi che con il tempo esso sia destinato a venir meno - si applica la regola generale di cui all'art. 1256, comma 2, c.c. secondo cui “*Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla*”. Ossia: in caso d'impossibilità temporanea il rapporto entra in una situazione di sospensione oggettiva - sicché il debitore è esonerato dalla responsabilità per il ritardo - che può risolversi in due modi: o l'impossibilità temporanea viene meno e, allora, il persistere dell'inesecuzione diviene imputabile e costituisce inadempimento (anche agli effetti della risoluzione e del risarcimento del danno); o l'impossibilità persiste al di là dei limiti indicati dall'art. 1256 e finisce per equivalere all'impossibilità definitiva che determina nel contratto quello stesso scioglimento (automatico), che è proprio dell'impossibilità fin dall'origine definitiva (12).

La disciplina ora delineata nel caso di impossibilità temporanea non si applica ai contratti pubblici. Per questi, infatti, vi è la speciale disciplina ex art. 107 del Codice dei contratti sulla sospensione dell'esecuzione del contratto disposta dalla stazione appaltante e sulla proroga della durata del contratto richiesta dall'operatore economico (13).

Corollario di quanto detto è che, ove la prestazione oggetto del contratto divenga impossibile in via totale e definitiva in conseguenza di misure o circostanze collegate alla gestione della pandemia o della crisi bellica, il contratto si risolve. È il caso questo, ad esempio, di un contratto di appalto di servizi di pulizia in una scuola di un dato Comune o di un contratto di supplenza scolastica nella stessa scuola aventi durata compresa in un periodo nel quale si è avuto un *lockdown* totale con chiusura di tutti gli uffici pubblici del Comune

---

(12) Così A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVI, UTET, 1969, p. 129.

(13) In senso analogo il parere del Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato, seduta del 12 novembre 2020 - 568719 (in *Rass. Adv. Stato*, 2020, 4, pp. 184-187) secondo cui il periodo di chiusura obbligatoria al pubblico dall'8 marzo 2020 al 20 giugno 2020 a causa dell'emergenza epidemiologica COVID-19 di un sito - oggetto di contratto di concessione di servizi - pare rifluire nella fattispecie di cui all'art. 107, D.L.vo n. 50/2016, che prevede la possibile sospensione dell'esecuzione del contratto quando circostanze speciali impediscano la regolare esecuzione delle prestazioni, con conseguente non debenza del canone concessorio per i periodi di chiusura obbligatoria del detto sito (tanto anche per effetto dell'art. 3, comma 6 *bis*, D.L. 23 febbraio 2020 n. 6).

interessato. È il caso altresì - riprendendo l'esempio con riguardo alla impossibilità temporanea - di un contratto di appalto di servizi di pulizia in una scuola o di un contratto di supplenza scolastica nella stessa scuola aventi durata parzialmente compresa in un periodo nel quale si è avuto un *lockdown* totale con chiusura di tutti gli uffici pubblici del Comune interessato.

Nel caso di impossibilità parziale l'art. 1464 c.c. dispone che *“Quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale”*. L'impossibilità parziale non determina in alcun caso l'estinzione dell'obbligazione (art. 1258 c.c.) e non produce di conseguenza la risoluzione del contratto, potendo invece il creditore ottenere, in via alternativa, o la riduzione della prestazione o, recedendo dal contratto, la totale liberazione dalla propria obbligazione; il contraente la cui prestazione è divenuta parzialmente impossibile non ha, invece, alcun potere d'iniziativa, rimanendo obbligato, nei limiti in cui la prestazione è ancora possibile, ad effettuare l'adempimento parziale (14).

**b) Risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (15).**

L'eccessiva onerosità sopravvenuta nel corso del rapporto contrattuale è l'ipotesi più ricorrente con riguardo alla problematica esaminata nella odierna sede. Il codice civile, nell'art. 1467 - costituente la norma generale di riferimento - regola gli istituti specifici utilizzabili nel caso di specie. La norma così dispone:

*“Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458.*

*La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.*

*La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”*.

L'avvenimento straordinario e imprevedibile è un evento che si colloca al di fuori della normale evoluzione degli eventi (straordinario) e della normale prevedibilità secondo la ordinaria diligenza (imprevedibile). All'evidenza la disciplina *ad hoc* contenuta nei decreti emergenziali e le circostanze concrete consentono di qualificare la pandemia - e, *mutatis mutandis*, la guerra in Ucraina - come avvenimento straordinario ed imprevedibile, con la conseguenza di rendere possibile l'esperimento della risoluzione di cui all'art. 1467

---

(14) Così A. DALMARTELLO, voce *Risoluzione del contratto*, cit., pp. 129-130.

(15) Su tale istituto: C.M. BIANCA, *Diritto civile. V. La responsabilità*, cit., pp. 398-416.



c.c. L'applicabilità della norma resta in ogni caso subordinata alla verifica della sussistenza delle ulteriori condizioni previste dalla disposizione. Ossia la presenza di un contratto ad esecuzione continuata, periodica, differita o prolungata (quest'ultima evenienza riguarda gli appalti di opera) nel quale la prestazione dell'appaltatore è divenuta eccessivamente onerosa in quanto non rientra nell'alea normale del contratto. L'alea normale del contratto consiste nell'incertezza, per effetto del differimento, del risultato economico dell'affare concluso, e nel rischio, cui le parti si sottopongono stipulando un dato contratto, di variazioni di costi e valori che rimane entro i limiti della normalità e comprende anche le oscillazioni di valore delle prestazioni originate dalle regolari e normali fluttuazioni di mercato. L'alea normale di un contratto non legittima la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Il codice, da un punto di vista letterale, disciplina la sola ipotesi della prestazione divenuta più onerosa per la parte obbligata in conseguenza dell'aumento del costo originario della prestazione al momento dell'adempimento, d'entità superiore alla normale alea contrattuale. Deve ritenersi, dando rilevanza all'alterazione dell'equilibrio originario del sinallagma, che per aversi eccessiva onerosità è necessario che si determini una notevole alterazione del rapporto originario delle prestazioni (in base ad una valutazione globale dell'economia generale del contratto), sicché l'eccessiva onerosità sussiste anche in caso di eccezionale diminuzione del valore reale della controprestazione dovuto, ad es., alla svalutazione monetaria.

L'art. 1467 c.c. consente all'appaltatore di chiedere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta. Difatti, l'onerosità sopravvenuta non produce alcun effetto liberatorio automatico: in presenza delle condizioni e dei presupposti di operatività del rimedio in esame, la parte tenuta all'adempimento può agire in giudizio per chiedere la risoluzione del contratto.

Il committente può evitare la risoluzione offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto. L'offerta - che ha natura di negozio unilaterale recettizio, costituente esercizio di un diritto potestativo, funzionale al principio di conservazione del contratto - non deve ristabilire esattamente l'equilibrio originario delle prestazioni, essendo sufficiente una modifica idonea ad attenuare il connotato dell'eccessività, e ricondurre così l'onerosità nella normale alea della fattispecie contrattuale. A fronte dell'offerta si può addivenire alla stipula di un contratto modificativo che riequilibri il contratto sterilizzando i fattori perturbativi; in questo caso l'autonomia negoziale è sovrana e le parti potrebbero tanto ricostituire l'equilibrio iniziale delle posizioni (così che le prestazioni siano ricondotte ad una piena equivalenza obiettiva) quanto attenuare l'onerosità sopravvenuta tale da eliminare il connotato dell'eccessività, riconducendo la stessa nei limiti consentiti dalla normale alea del contratto. Ove non si raggiunga un accordo sarà necessaria una sentenza determinativa del giudice.

**c) Rinegoziazione delle disposizioni contrattuali (16).**

Nell'esercizio della autonomia negoziale *ex artt.* 1321 e 1322, comma 1, c.c. le parti possono operare la rinegoziazione del contratto squilibrato e modificare il contratto al fine di addivenire al riequilibrio convenzionale dello stesso.

Va evidenziato che vi sono correnti dottrinali secondo cui nei contratti di durata vi è implicitamente contenuta una clausola di rinegoziazione in virtù della quale il dato obsoleto o non più funzionale può essere sostituito dal dato aggiornato e opportuno. Pertanto, in applicazione dei generali principi di correttezza e buona fede oggettiva nella interpretazione, integrazione ed esecuzione del contratto (artt. 1366, 1374 e 1375 c.c.)(17) - trovante altresì fondamento nei doveri di solidarietà costituzionale *ex art.* 2 Cost. - la risoluzione deve essere l'*extrema ratio* nella gestione delle sopravvenienze contrattuali e non l'unica via eletta dal codice. Il generale principio di buona fede consentirebbe una stabilità del contratto e imporrebbe, prima di addivenire alla risoluzione, una *reductio ad aequitatem* tendente al riequilibrio dell'equilibrio sinallagmatico. Quindi vi sarebbe un obbligo di rinegoziazione del contratto squilibrato.

La portata sistematica della buona fede oggettiva nella fase esecutiva del contratto assumerebbe assoluta centralità, postulando la rinegoziazione come strumento necessitato di adattamento del contratto alle circostanze ed esigenze sopravvenute. La correttezza è suscettibile di assolvere, nel contesto dilaniato dalla pandemia e dagli effetti della guerra in Ucraina, la funzione di salvaguardare il rapporto economico sottostante al contratto nel rispetto della pianificazione convenzionale.

In questo contesto, l'obbligo di rinegoziare impone di intavolare nuove trattative e di condurle correttamente, non anche di concludere il contratto modificativo. Pertanto, la parte tenuta alla rinegoziazione è adempiente se, in presenza dei presupposti che richiedono la revisione del contratto, promuove una trattativa o raccoglie positivamente l'invito di rinegoziare rivolte dalla controparte e se propone soluzioni riequilibrative che possano ritenersi eque ed accettabili al lume dell'economia contrattuale. Al contrario, si avrà inadempimento se la parte tenuta alla rinegoziazione si oppone in maniera ingiustificata ad essa o si limita ad intavolare trattative di mera facciata, senza alcuna effettiva intenzione di rivedere i termini dell'accordo.

---

(16) Su tale istituto: M. MAGGIOLO, *Poteri e iniziative unilaterali nella rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 5, pp. 907-928.

(17) C.M. BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, cit., pp. 500-501 e 505 evidenzia che la buona fede in senso oggettivo o correttezza è una regola di condotta alla quale devono attenersi le parti del contratto avente valore di ordine pubblico ed espressione del principio di solidarietà contrattuale; tale regola si specifica in due fondamentali canoni di condotta: obbligo di lealtà di comportamenti ed obbligo di ciascuna parte di salvaguardare l'utilità dell'altra nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio.

Nel senso della sussistenza di un obbligo di rinegoziare - che impone di intavolare nuove trattative e di condurle correttamente, non anche di concludere il contratto modificativo - vi sono altresì orientamenti giurisprudenziali (18) e della prassi (19).

**d) Rimedi per specifici contratti.**

Per il contratto di appalto di diritto comune vi è la previsione dei rimedi in caso di onerosità dell'esecuzione (art. 1664, comma 1, c.c.) (20) e il recesso

---

(18) Tribunale Roma, Sez. VI, Ordinanza, 27 agosto 2020 enuncia: la crisi economica dipesa dalla pandemia Covid e la chiusura forzata delle attività commerciali - ed in particolare di quelle legate al settore della ristorazione - devono qualificarsi quale sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale. Pur in mancanza di clausole di rinegoziazione, i contratti a lungo termine, in applicazione dell'antico brocardo "*rebus sic stantibus*", devono continuare ad essere rispettati ed applicati dai contraenti sino a quando rimangono intatti le condizioni ed i presupposti di cui essi hanno tenuto conto al momento della stipula del negozio. Al contrario, qualora si ravvisi una sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale, quale quella determinata dalla pandemia del Covid-19, la parte che riceverebbe uno svantaggio dal protrarsi dell'esecuzione del contratto alle stesse condizioni pattuite inizialmente deve poter avere la possibilità di rinegoziarne il contenuto, in base al dovere generale di buona fede oggettiva (o correttezza) nella fase esecutiva del contratto. La buona fede, infatti, può essere utilizzata anche con funzione integrativa cogente nei casi in cui si verificano dei fattori sopravvenuti ed imprevedibili non presi in considerazione dalle parti al momento della stipulazione del rapporto, che spingano lo squilibrio negoziale oltre l'alea normale del contratto. (Nella fattispecie si è ritenuto di dover far ricorso al criterio della buona fede integrativa per riportare in equilibrio il contratto nei limiti dell'alea negoziale normale, disponendo la riduzione del canone di locazione del 40% per i mesi di aprile e maggio 2020 e del 20% per i mesi da giugno 2020 a marzo 2021, tenuto conto che, anche dopo la riapertura dell'esercizio commerciale, l'accesso della clientela resta contingentato per ragioni di sicurezza sanitaria).

(19) Parere del Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato, seduta del 12 novembre 2020-582619 (in *Rass. Avv. Stato*, 2020, 4, pp. 188-189) secondo cui, anche per effetto dell'art. 3, comma 6 bis, D.L. 23 febbraio 2020 n. 6 - a fronte della richiesta di avviamento di un procedimento di revisione delle condizioni contrattuali di una ditta titolare di un contratto denominato "*cessione di spazi per la installazione e la gestione di distributori automatici*" presso un Istituto Scolastico in conseguenza dell'evento di forza maggiore rappresentato dalla chiusura dell'Istituto stesso a causa dell'emergenza epidemiologica COVID-19 - "*la buona fede oggettiva nella fase esecutiva del contratto ex art. 1375 c.c. postula la rinegoziazione come cammino necessitato di adattamento del contratto alle circostanze ed esigenze sopravvenute ai fine di portare a compimento il risultato negoziale prefigurato ab initio dalle parti, allineando il regolamento pattizio a circostanze che sono mutate; ciò nel pieno rispetto dell'autonomia negoziale delle parti che un siffatto dovere non abbiano manifestamente escluso (in tal senso anche la relazione tematica n. 56 dell'8 luglio 2020 redatta dall'ufficio del Massimario e del ruolo presso la Corte Suprema di Cassazione). Tanto premesso si ritiene che sussistano le condizioni, in capo ai Dirigenti, per procedere, con il concessionario che ne faccia formale richiesta, alla rinegoziazione del contratto in relazione al periodo in cui si è palesata la crisi epidemiologica e fino a quando questa ha concretamente inciso sullo stesso. Ciò detto, l'obbligo di rinegoziare impone alle parti di intavolare nuove trattative e di condurle correttamente, ma non anche di concludere il contratto modificativo*".

(20) "*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 medesimo. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo*". Questa disposizione non mette fuori gioco l'applicazione dell'art. 1467 c.c. Difatti, si applica il rimedio generale dell'art. 1467 c.c. se la sopravvenienza derivi da cause diverse da quelle specificamente previste dalla disciplina particolare contenuta nell'art. 1664 c.c. Conf. Cass. 3 novembre 1994,

unilaterale del committente dal contratto (art. 1671 c.c.) (21). Queste disposizioni non si applicano ai contratti ad evidenza pubblica con la P.A. atteso che il codice dei contratti contiene disposizioni speciali sul punto.

La norma contenuta nell'art. 1664 c.c. viene adattata, nella materia dei contratti pubblici, con l'art. 106 del Codice (22). Invece, la norma contenuta nell'art. 1671 c.c. viene replicata nel codice di contratti, con l'art. 109 con una marginale differenza in ordine ad una componente dell'indennizzo da erogare all'appaltatore (23).

Ulteriori rimedi sono previsti per altre tipologie di contratti, come ad esempio: nel contratto di enfiteusi (art. 963, comma 2, c.c.) (24), nel contratto di affitto (art. 1623, comma 1, c.c.) (25), nel contratto di trasporto di cose (art. 1686 c.c.), nel contratto di deposito (art. 1780 c.c.), ecc.

#### *4. Quadro dei rimedi di diritto speciale per i contratti ad evidenza pubblica con la P.A. a fronte dello squilibrio del sinallagma contrattuale nel corso della esecuzione del rapporto.*

Disposizioni speciali per la specifica materia dei contratti di appalti pubblici sono contenute nel Codice dei contratti pubblici. Vengono in rilievo gli istituti della modifica del contratto (art. 106), della sospensione dell'esecuzione del contratto o la proroga della durata (art. 107) ed il recesso (art. 109).

n. 9060 secondo cui l'art. 1467 c.c. si applica ad un contratto di appalto nell'ipotesi in cui l'onerosità sopravvenuta sia da attribuire a cause diverse da quelle previste nell'art. 1664 c.c., dovendo altrimenti la norma speciale prevalere sulla norma generale, in quanto disciplina specifica di un contratto commutativo con caratteristiche particolari.

(21) *“Il committente può recedere dal contratto, anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno”*.

(22) Conf. E. STRACQUALURSI, *Varianti e rinegoziazioni nella disciplina degli appalti: emergenza e principio di concorrenza*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2020, 5 - Supplemento, pp. 139 e ss. secondo cui la disciplina dell'art. 106 del Codice dei contratti pubblici *“si presenta come una disposizione speciale e derogatoria rispetto a quella disciplinata dall'art. 1664 cod. civ.”*.

(23) Nell'art. 109 viene stabilito che:

- la stazione appaltante può recedere dal contratto in qualunque momento previo il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavoro o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite;

- l'esercizio del diritto di recesso è preceduto da una formale comunicazione all'appaltatore da darsi con un preavviso non inferiore a venti giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori, servizi o forniture ed effettua il collaudo definitivo e verifica la regolarità dei servizi e delle forniture.

(24) *“Se è perita una parte notevole del fondo e il canone risulta sproporzionato al valore della parte residua, l'enfiteuta, secondo le circostanze, può chiedere una congrua riduzione del canone, o rinunciare al suo diritto, restituendo il fondo al concedente, salvo il diritto al rimborso dei miglioramenti sulla parte residua”*.

(25) *“Se, in conseguenza di una disposizione di legge, di una norma corporativa o di un provvedimento dell'autorità riguardanti la gestione produttiva, il rapporto contrattuale risulta notevolmente modificato in modo che le parti ne risentano rispettivamente una perdita e un vantaggio, può essere richiesto un aumento o una diminuzione del fitto ovvero, secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto”*.

**a) Modifica del contratto per sopravvenuta onerosità nell'esecuzione.**

L'istituto è regolato all'art. 106 recante la “*Modifica di contratti durante il periodo di efficacia*” (26). Le disposizioni rilevanti nel caso di specie sono le seguenti:

*“1. 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 nei casi seguenti: [...]*

*c) 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 imprevedute 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; [...]*

*6. Una nuova procedura d'appalto in conformità al presente codice è richiesta per modifiche delle disposizioni di un contratto pubblico di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia diverse da quelle previste ai commi 1 e 2.*

*7. Nei casi di cui al comma 1, lettere [...] c), per i settori ordinari il contratto può essere modificato se l'eventuale aumento di prezzo non eccede il 50 per cento del valore del contratto iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non sono intese ad aggirare il presente codice. [...]*”.

Con le varianti in corso d'opera, il contenuto dispositivo dell'art. 106, comma 1, lett. c) consente - a fronte di un evento straordinario ed imprevedibile, determinante l'eccessiva onerosità della prestazione - l'eccezionale modificazione del contenuto del contratto. Con tale misura si evita la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c. L'istituto faculta una volontaria riconduzione ad equità del contratto alterato nel sinallagma, con il tetto massimo - assente nella disciplina di diritto comune - dell'aumento non eccedente il 50 % del valore del contratto iniziale.

Una disposizione analoga all'art. 106 è contenuta, con riguardo ai contratti di concessione, nell'art. 175 del Codice dei contratti.

**b) Sospensione dell'esecuzione del contratto disposta dalla stazione appaltante e proroga della durata del contratto richiesta dall'operatore economico.**

---

(26) Su cui A. CANCRINI, V. CAPUZZA, M. NUNZIATA, *La fase di esecuzione nell'appalto di lavori pubblici*, EPC Editore, 2018, pp. 197-2006 ed altresì pp. 257-283.

L'istituto è regolato all'art. 107 (27). Le disposizioni rilevanti nel caso di specie sono le seguenti:

*“1. In tutti i casi 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, il direttore dei lavori può disporre la sospensione dell'esecuzione del contratto, compilando, se possibile con l'intervento dell'esecutore o di un suo legale rappresentante, il verbale di sospensione, con 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. Il verbale è inoltrato al responsabile del procedimento entro cinque giorni dalla data della sua redazione.*

*2. La sospensione può, altresì, essere disposta dal RUP per ragioni di necessità o di pubblico interesse, tra cui l'interruzione di finanziamenti per esigenze sopravvenute di finanza pubblica, disposta con atto motivato delle amministrazioni competenti. Qualora la sospensione, o le sospensioni, durino per un periodo di tempo superiore ad un quarto della durata complessiva prevista per l'esecuzione dei lavori stessi, o comunque quando superino sei mesi complessivi, l'esecutore può chiedere la risoluzione del contratto senza indennità; se la stazione appaltante si oppone, l'esecutore ha diritto alla rifusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione oltre i termini suddetti. Nessun indennizzo è dovuto all'esecutore negli altri casi.*

*3. La sospensione è disposta per il tempo strettamente necessario. Cessate le cause della sospensione, il RUP dispone la ripresa dell'esecuzione e indica il nuovo termine contrattuale.*

*4. Ove successivamente alla consegna dei lavori insorgano, per cause imprevedibili o di forza maggiore, circostanze che impediscano parzialmente il regolare svolgimento dei lavori, l'esecutore è tenuto a proseguire le parti di lavoro eseguibili, mentre si provvede alla sospensione parziale dei lavori non eseguibili, dandone atto in apposito verbale. Le 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. Quando la sospensione supera il quarto del tempo contrattuale complessivo il responsabile del procedimento dà avviso all'ANAC. In caso di mancata o*

---

(27) Su cui A. CANCRINI, V. CAPUZZA, M. NUNZIATA, *La fase di esecuzione nell'appalto di lavori pubblici*, cit., pp. 207-221.

*tardiva comunicazione l'ANAC irroga una sanzione amministrativa alla stazione appaltante di importo compreso tra 50 e 200 euro per giorno di ritardo.*

*5. L'esecutore che per cause a lui non imputabili non sia in grado di ultimare i lavori nel termine fissato può richiederne la proroga, con congruo anticipo rispetto alla scadenza del termine contrattuale. In ogni caso la sua concessione non pregiudica i diritti spettanti all'esecutore per l'eventuale imputabilità della maggiore durata a fatto della stazione appaltante. Sull'istanza di proroga decide il responsabile del procedimento, sentito il direttore dei lavori, entro trenta giorni dal suo ricevimento. L'esecutore deve ultimare i lavori nel termine stabilito dagli atti contrattuali, decorrente dalla data del verbale di consegna ovvero, in caso di consegna parziale dall'ultimo dei verbali di consegna. L'ultimazione dei lavori, appena avvenuta, è comunicata dall'esecutore per iscritto al direttore dei lavori, il quale procede subito alle necessarie constatazioni in contraddittorio. L'esecutore non ha diritto allo scioglimento del contratto né ad alcuna indennità qualora i lavori, per qualsiasi causa non imputabile alla stazione appaltante, non siano ultimati nel termine contrattuale e qualunque sia il maggior tempo impiegato. [...]*

*7. Le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, ai contratti relativi a servizi e forniture”.*

All'evidenza gli ostacoli all'esecuzione del contratto - del tipo di quelli considerati nel presente scritto - facultano, ove connotati nei modi delineati dalla disposizione, l'eccezionale sospensione del decorso del termine di esecuzione del contratto con differimento del termine finale contrattuale.

L'art. 107 è applicabile altresì ai contratti di concessione. Tanto in virtù dell'art. 164, comma 2, del Codice dei contratti pubblici secondo cui alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, relativamente ai principi generali e ad altri istituti tra cui le disposizioni relative alle modalità di esecuzione (artt. 100 - 113 *bis*) e quindi anche quella relativa alla disciplina della sospensione (art. 107).

Va rilevato che la disciplina codicistica della sospensione innanzi riportata di cui all'art. 107 è derogata, in via temporanea, dalle disposizioni sulla “*sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica*” contenute nell'art. 5 del D.L. 16 luglio 2020, n. 76, conv. L. 11 settembre 2020, n. 120 con riguardo all'esecuzione di opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie comunitarie, anche se già iniziate. È disposto, fino al 30 giugno 2023, che la sospensione, volontaria o coattiva, “*può avvenire, esclusivamente, per il tempo strettamente necessario al loro superamento, per le seguenti ragioni: a) cause previste da disposizioni di legge penale, dal codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché da vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea; b) gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella rea-*

*lizzazione delle opere, ivi incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria globale da COVID-19; c) gravi ragioni di ordine tecnico, idonee a incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti; d) gravi ragioni di pubblico interesse"; le successive disposizioni dell'art. 5, dal comma 2 al comma 6, sono finalizzate alla abbreviazione dei tempi della sospensione e comunque a conseguire una sollecita esecuzione delle opere pubbliche.*

**c) Recesso *ad nutum* della stazione appaltante.**

L'istituto è regolato nell'art. 109 innanzi evidenziato (28).

Per il contratto di concessione vi è poi (regolata dall'art. 165) la misura della

**d) Revisione del PEF (piano Economico Finanziario) per garantire l'equilibrio economico-finanziario.**

Giusta il comma 6 *"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. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto" [...] "In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto [...]"*.

Le conseguenze delle emergenze della pandemia e della guerra in Ucraina possono integrare fatti non riconducibili al concessionario determinanti la revisione del PEF. All'evidenza la disposizione citata prevede un obbligo di negoziazione del tipo di quello innanzi analizzato.

*5. Quadro dei rimedi di diritto speciale per i contratti ad evidenza pubblica con la P.A. a fronte dello squilibrio del sinallagma contrattuale nel corso della esecuzione del rapporto. Segue. Modifica dei contratti attivi per sopravvenuta onerosità nell'esecuzione.*

Deve ritenersi che la disposizione contenuta nell'art. 106 del Codice dei contratti regolante la modifica dei contratti per sopravvenuta onerosità nell'esecuzione, sicuramente applicabile ai contratti passivi (appalti e, con l'analoga disposizione di cui al successivo art. 175, alle concessioni), si applica altresì ai contratti attivi, ossia ai contratti dai quali la P.A. consegue una entrata (tali possono essere, a date condizioni, i contratti di concessione di lavori o di servizi; tali possono essere altresì i contratti con i quali la P.A. consente l'uso, il godimento di suoi beni).

Come è noto, la disciplina dei contratti attivi è contenuta nel R.D. 18 no-

---

(28) Su cui A. CANCRINI, V. CAPUZZA, M. NUNZIATA, *La fase di esecuzione nell'appalto di lavori pubblici*, cit., pp. 311-322.



vembre 1923, n. 2440, ove, tra l'altro, è prevista la fase dell'evidenza pubblica, costituita dalla procedura aperta. Difatti, a termini dell'art. 3 R.D. cit. i contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti - *rectius*, all'attualità: procedura aperta - salvo che per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinare con il regolamento, l'amministrazione non intenda far ricorso alla licitazione ovvero nei casi di necessità alla trattativa privata.

Inoltre, all'affidamento dei contratti attivi si applicano i principi generali in materia di attività negoziale della P.A., ossia "*di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica*", come precisato nell'art. 4 del Codice dei contratti pubblici.

Di conseguenza, l'art. 106 costituente esplicazione dei principi generali di imparzialità e di parità di trattamento, è applicabile - in quanto compatibile - ai contratti attivi. Sicché, in presenza di un evento straordinario ed imprevedibile è possibile modificare il contenuto del contratto al fine di conseguire un nuovo equilibrio nel sinallagma con possibilità della variazione del corrispettivo al quale è tenuto il privato per l'utilizzazione del bene. Ciò - in analogia alla disciplina di cui al comma 7 dell'art. 106 - purché la diminuzione non sia eccedente il 50 per cento del valore del contratto iniziale (29).

#### *6. Disposizioni speciali per regolare specifici aspetti dello squilibrio contrattuale conseguente agli avvenimenti eccezionali ed imprevedibili collegati alla pandemia COVID 19.*

Il legislatore è intervenuto con disposizioni speciali per regolare specifici aspetti dello squilibrio contrattuale conseguente agli avvenimenti eccezionali

---

(29) La Corte dei conti, Sezioni riunite in sede di controllo, con deliberazione 17 maggio 2021, N. 7/SSRRCO/QMIG/21 - con riguardo ad un contratto attivo per la P.A. valorizzando, tra l'altro, l'obbligo di rinegoziazione, in presenza di mutate condizioni di mercato, in base alle regole della correttezza e della buona fede ex artt. 1175, 1366 e 1375 c.c. - ha enunciato: "*gli enti locali, in presenza di una richiesta di riduzione del corrispettivo dei contratti di locazione di diritto privato stipulati con imprese esercenti attività di ristorazione, motivata dai plurimi provvedimenti di chiusura al pubblico emanati nel corso dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, e dalla conseguente crisi economica, possono assentirvi, in via temporanea, all'esito di una ponderazione dei diversi interessi coinvolti, da esternare nella motivazione del relativo provvedimento, in particolare considerando elementi quali: i. la significativa diminuzione del valore di mercato del bene locato; ii. l'impossibilità, in caso di cessazione del rapporto con il contraente privato, di utilizzare in modo proficuo per la collettività il bene restituito, tramite gestione diretta ovvero locazione che consenta la percezione di un corrispettivo analogo a quello concordato con l'attuale gestore o, comunque, superiore a quello derivante dalla riduzione prospettata; iii. la possibilità di salvaguardia degli equilibri di bilancio dell'ente, e nello specifico la mancanza di pregiudizio alle risorse con cui la medesima amministrazione finanzia spese, di rilievo sociale, del pari connesse alla corrente emergenza epidemiologica, anche alla luce della diminuita capacità di entrata sempre correlata alla situazione contingente*".

ed imprevedibili sopramenzionati collegati alla diffusione del COVID 19. Vuol farsi riferimento, tra l'altro, alle seguenti disposizioni:

a) Art. 3, comma 6 *bis*, D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, conv. L. 5 marzo 2020, n. 13, secondo cui “*Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto [dell'emergenza epidemiologica da COVID-19] è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 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*”.

All'evidenza, per dichiarata previsione normativa, il rispetto delle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 “*è sempre valutato*” ai fini dell'esclusione della responsabilità del debitore ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c. ed anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti.

L'espresso riferimento contenuto nella citata disposizione rispettivamente agli artt. 1218 e 1223 c.c. ed alle clausole contrattuali da cui discendono decadenze o penali consente di individuare gli effetti che l'emergenza sanitaria può produrre sui rapporti contrattuali in corso.

L'osservanza delle misure di contenimento può innanzitutto incidere sull'obbligo del risarcimento del danno che *ex art.* 1218 c.c. in capo al debitore inadempiente al punto da escluderne la responsabilità. In altri termini, in considerazione della peculiarità delle circostanze in cui si verificano il ritardo o l'inadempimento, il debitore inadempiente può andare esente da responsabilità o essere obbligato ad un risarcimento in misura inferiore e non uguale al danno cagionato.

Inoltre, il legislatore - in modo esemplificativo in ordine circa la sterilizzazione delle conseguenze dell'inadempimento - ha preso in considerazione le eventuali clausole contrattuali che fanno discendere decadenze o penali dal ritardato o omesso adempimento sancendone la non applicabilità nell'ipotesi di ritardo o inadempimento giustificati dal rispetto delle misure di contenimento dell'epidemia. La sterilizzazione delle conseguenze dell'inadempimento riguarda anche, ad esempio, le clausole che prevedono lo scioglimento del contratto nel caso in cui una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite (cc.dd. clausole risolutive espresse di cui all'art. 1456 c.c.) o anche quelle che prevedono e determinano la misura degli interessi moratori dovuti in caso di ritardo.

L'esclusione o attenuazione della responsabilità da inadempimento contrattuale e la non applicabilità delle suddette clausole possono operare solo qualora l'inadempimento o il ritardo siano conseguenza diretta ed immediata e quindi in rapporto di causalità con l'osservanza delle misure di contenimento. Solo in tale circostanza l'inadempimento del debitore risulta giustificato e pertanto idoneo ad escludere o attenuare la responsabilità e il conseguente dovere

di risarcire il danno cagionato al creditore. All'evidenza, il legislatore ha considerato il rispetto delle misure di contenimento alla stregua di una causa di forza maggiore tale da determinare anche un alleggerimento dell'onere probatorio. Qualora il debitore non abbia potuto adempiere o sia in ritardo nell'adempimento dell'obbligazione a causa del rispetto delle misure di contenimento, forniti al giudice gli elementi di prova di tale fatto, il medesimo è, in deroga alla disciplina generale, esonerato dal provare il carattere straordinario ed imprevedibile dell'evento, presunto dal legislatore in ragione dell'eccezionalità della pandemia.

La disciplina sin qui descritta degli effetti che il ritardato o omesso adempimento della prestazione ha sulla responsabilità del debitore non chiarisce tuttavia quale sia la sorte del contratto di cui la suddetta prestazione costituisca l'oggetto.

In altri termini, quando la prestazione rimasta inadempita a causa dell'osservanza delle misure di contenimento della pandemia si inserisce in un contratto a prestazioni corrispettive, occorre interrogarsi non solo sulla sorte del contratto ma anche sugli eventuali strumenti di cui la controparte può avvalersi per tutelarsi contro tale giustificato inadempimento contrattuale. A fronte di una esclusione o attenuazione della responsabilità di una parte, l'esigenza di tutela della controparte e del suo interesse a non essere costretto ad adempiere può concretizzarsi nella possibilità di avvalersi dell'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c., ossia di rifiutarsi di adempiere la propria obbligazione.

Se tale soluzione può apparire praticabile allorché la controparte non abbia ancora eseguito la sua prestazione e conservi un interesse all'esecuzione del contratto, in attesa della cessazione dello stato di emergenza e quindi della situazione impeditiva dell'adempimento, nella diversa ed opposta ipotesi in cui la prestazione sia già stata eseguita o, pur se ancora non eseguita, la parte non abbia più interesse alla conservazione del contratto, vanno applicati - sussistenti i presupposti - i rimedi generali di diritto comune innanzi sunteggiati. Ossia: il rimedio caducatorio della risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione di cui all'art. 1463 c.c. o i rimedi *ex art.* 1464 c.c. nel caso di impossibilità parziale ovvero il rimedio caducatorio della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta *ex art.* 1467 c.c.

**b) Art. 1 septies D.L. 25 maggio 2021, n. 73, conv. L. 23 luglio 2021, n. 106** recante disposizioni urgenti in materia di revisione dei prezzi dei materiali nei contratti pubblici. La situazione regolata è la seguente: *“Per fronteggiare gli aumenti eccezionali dei prezzi di alcuni materiali da costruzione verificatisi nell'anno 2021, per i contratti in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili rileva, entro il 31 ottobre 2021 e il 31 marzo 2022, con proprio decreto, le variazioni percentuali, in aumento o in*

*diminuzione, superiori all'8 per cento, verificatesi rispettivamente nel primo e nel secondo semestre dell'anno 2021, dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi”* (comma 1).

Inoltre il legislatore, *pro futuro* (ossia per i futuri contratti da stipulare) e per una durata contingente, ha previsto apposite norme per tenere conto degli squilibri contrattuali in esame. Vuol farsi riferimento all'art. 29 del D.L. 27 gennaio 2022, n. 4, conv. L. 28 marzo 2022, n. 25 contenente disposizioni urgenti in materia di contratti pubblici connesse all'emergenza da COVID-19, nonché per il contenimento degli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico (30).

## 7. Conclusioni.

A fronte dell'alterazione finanziaria dovuta a maggiori oneri che le imprese, esecutrici dei contratti pubblici, sono costrette a sostenere per effetto di fatti eccezionali, contingenti ed imprevedibilità correlati alla guerra in Ucraina e all'emergenza sanitaria dovuta alla pandemia ancora in corso sono applicabili i rimedi innanzi evidenziati: risoluzione per impossibilità totale sopravvenuta della prestazione, riduzione della prestazione o recesso dal contratto nel caso di impossibilità parziale sopravvenuta della prestazione, risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, modifica o sospensione o proroga del contratto *ex artt.* 106 e 107 del Codice dei contratti.

Con riguardo alla possibilità di modificazione dei contratti di appalto al fine di ricondurli ad equità in conseguenza degli squilibri nel sinallagma collegati alla pandemia e alla guerra i margini operativi sono fissati dal Codice dei contratti. Difatti al caso di specie vanno applicate le disposizioni contenute

---

(30) Il comma 1 così statuisce: *“Fino al 31 dicembre 2023, al fine di incentivare gli investimenti pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento dell'emergenza sanitaria globale derivante dalla diffusione del virus SARS-CoV-2, in relazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, i cui bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, qualora l'invio degli inviti a presentare le offerte sia effettuato successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, si applicano le seguenti disposizioni:*

*a) è obbligatorio l'inserimento, nei documenti di gara iniziali, delle clausole di revisione dei prezzi previste dall'articolo 106, comma 1, lettera a), primo periodo, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fermo restando quanto previsto dal secondo e dal terzo periodo della medesima lettera a);*

*b) per i contratti relativi ai lavori, in deroga all'articolo 106, comma 1, lettera a), quarto periodo, del decreto legislativo n. 50 del 2016, le variazioni di prezzo dei singoli materiali da costruzione, in aumento o in diminuzione, sono valutate dalla stazione appaltante soltanto se tali variazioni risultano superiori al cinque per cento rispetto al prezzo, rilevato nell'anno di presentazione dell'offerta, anche tenendo conto di quanto previsto dal decreto del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili di cui al comma 2, secondo periodo. In tal caso si procede a compensazione, in aumento o in diminuzione, per la percentuale eccedente il cinque per cento e comunque in misura pari all'80 per cento di detta eccedenza, nel limite delle risorse di cui al comma 7”.*

nell'art. 106 del Codice dei contratti, con le ulteriori variazioni consentite nelle disposizioni speciali innanzi sunteggiate (art. 1 *septies* D.L. n. 73/2021). Ciò in quanto la disciplina della modificazione del contratto in corso di esecuzione - in conseguenza dei recenti avvenimenti straordinari ed imprevedibili - è fissata dalle disposizioni or citate.

Vuol dirsi che tanto le disposizioni generali contenute nell'art. 1467 c.c. con riguardo alla possibilità di modificazione del contratto (e in specie il comma terzo), quanto la facoltà di rinegoziazione del contratto squilibrato in base alla autonomia negoziale oppure in base ad un eventuale obbligo secondo le regole della buona fede, costituiscono misure inapplicabili - in modo generale - al caso di specie, tenuto conto delle disposizioni puntuali contenute nell'art. 106 cit.

I detti istituti - art. 1467, comma 3, c.c.; facoltà di rinegoziazione del contratto squilibrato in base alla autonomia negoziale oppure in base ad un eventuale obbligo secondo le regole della buona fede - sono applicabili nei limiti delle modifiche consentite dall'art. 106 come integrato dall'art. 1 *septies* D.L. n. 73/2021. Ossia, ove ipotizzato un obbligo di negoziazione secondo buona fede, la P.A. deve precisare fin da subito alla controparte - in ossequio dell'obbligo di lealtà - che la trattativa aperta potrà giungere ad un eventuale accordo entro il perimetro, entro i limiti massimi fissati dall'art. 106 (non alterazione della natura generale del contratto; aumento del prezzo fino al 50 %).

Dell'art. 1467 c.c. è applicabile, in tutta la sua portata, la parte non regolata dall'art. 106, ossia la facoltà dell'appaltatore (o anche del committente) di risolvere il contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Quanto ricostruito, all'evidenza, non disciplina al meglio la materia, attesi i notevoli vincoli apposti dall'art. 106 alla possibilità di riequilibrio del contratto nella situazione data. Tuttavia la chiara disciplina in materia, e in specie il disposto del comma 6 dell'art. 106 (“*Una nuova procedura d'appalto in conformità al presente codice è richiesta per modifiche delle disposizioni di un contratto pubblico [deve ritenersi che, alla stregua delle omologhe previsioni contenute nell'art. 106, per mero refuso legislativo, manchi, in questo punto del periodo, la congiunzione “o”] di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia diverse da quelle previste ai commi 1 e 2*”) esclude la possibilità di modificazioni del contratto oltre le ipotesi specificamente previste e regolate nell'art. 106 (31). Inoltre, la rinegoziazione dell'appalto pubblico - al di fuori dei casi consentiti dalla legge e come innanzi precisato - integra una lesione del principio della concorrenza (32).

---

(31) In tal senso altresì S. FANTINI, *Le sopravvenienze nelle concessioni e contratti pubblici di durata nel diritto dell'emergenza*, cit., p. 644, per il quale “è noto che la rinegoziazione, specie ove incrementativa del corrispettivo dovuto dall'amministrazione appaltante, è di dubbia ammissibilità, al di fuori dei casi specificamente previsti dalla legge, perché si traduce in una sorta di trattativa privata”.

All'evidenza, l'esigenza di riequilibrare i contratti di appalto in corso d'opera in modo da tenere conto dei maggiori oneri degli appaltatori conseguenza dei recenti avvenimenti straordinari ed imprevedibili può essere soddisfatta - per la disciplina non prevista già dall'art. 106 e dalle disposizioni speciali innanzi citate - unicamente con una novella legislativa sul punto, con la previsione della necessaria presumibile maggior provvista finanziaria.

Una novella di tal genere è necessaria al fine di consentire - senza ritardi - l'esecuzione delle opere pubbliche. Diversamente il ciclo dei lavori pubblici nel Paese subirebbe stasi o rallentamenti con sperpero di danaro pubblico.

---

(32) In tal senso altresì E. STRACQUALURSI, *Varianti e rinegoziazioni nella disciplina degli appalti: emergenza e principio di concorrenza*, cit., secondo cui “Nel campo dei contratti pubblici, tuttavia, l'invarianza delle condizioni economiche dell'accordo garantisce la par condicio tra gli aspiranti contraenti e la migliore tutela delle finanze pubbliche: per questo i principi generali dell'ordinamento e le indicazioni di matrice comunitaria impongono di attribuire alla forza di legge del contratto una pregnanza maggiore di quella tipica dell'appalto privato. In ogni caso, varianti e revisioni dei prezzi fanno parte anche della disciplina del Codice dei Contratti Pubblici, non solo a testimonianza della necessità di tutela del sinallagma, ma soprattutto a garanzia dell'interesse dell'impresa a non essere onerata dei costi per l'alterazione dell'equilibrio contrattuale, prevenendo il rischio che tali sopravvenienze possano indurla ad una riduzione degli standard delle prestazioni”.