



Prezzi delle materie prime
e pandemia da COVID-19

Alcune considerazioni sulla gestione dei contratti

2 luglio 2021

Sommario

1. Premessa	2
2. Rimedi in caso di sopravvenienze sperequative del contratto	2
3. La relazione dell'Ufficio del massimario della Cassazione	3
4. Appalti pubblici	5
5. Concessioni	7
6. Contratti commerciali internazionali	9
7. Conclusioni	11
8. Tabella riepilogativa	12

1. Premessa

Tra i numerosi effetti della pandemia da COVID-19, l'incremento dei prezzi di acquisto delle materie prime sta determinando notevoli criticità per le imprese, in quanto incide sull'equilibrio dei contratti in corso di esecuzione, sulle trattative per l'instaurazione di nuovi rapporti commerciali, nonché sulla sicurezza degli approvvigionamenti.

Ferma restando la necessità di un'analisi puntuale dei documenti contrattuali (per i rapporti in corso) o precontrattuali (per quelli da instaurare), il presente documento contiene alcune considerazioni in merito alla gestione di sopravvenienze che determinino uno squilibrio significativo delle condizioni economiche iniziali e rendano l'esecuzione del contratto eccessivamente onerosa per una delle parti.

2. Rimedi in caso di sopravvenienze sperequative del contratto

Il tema delle sopravvenienze sperequative del contratto è trattato, *ex multis* e in via generale, dall'art. 1467 c.c. e, in relazione ai contratti di appalto tra soggetti privati, dall'art. 1664 c.c.

L'art. 1467 c.c., applicabile a tutti i contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, disciplina il rimedio dell'**eccessiva onerosità sopravvenuta**, in base al quale il contratto è suscettibile di essere risolto quando la prestazione, per il verificarsi di "*avvenimenti straordinari e imprevedibili*", è diventata per una delle parti "*eccessivamente onerosa*". In tali casi, infatti, la parte svantaggiata può richiedere la risoluzione del contratto, salva la possibilità della controparte di evitarla offrendo di modificarne equamente le condizioni.

Affinché si abbia eccessiva onerosità, è necessario che si determini una notevole alterazione nel rapporto originario fra le prestazioni, che impegni *ultra vires* una parte nell'esecuzione delle proprie, ovvero le impedisca di trarre dal rapporto le utilità per le quali è stato concluso. Inoltre, l'eccessiva onerosità deve essere ricondotta a eventi straordinari e imprevedibili, che non rientrino nell'ambito della normale alea contrattuale¹. La causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta deve avere, altresì, carattere di generalità; pertanto, non è sufficiente una mera difficoltà del singolo, ma occorre una situazione riscontrabile presso qualsiasi debitore e tale da modificare il valore di mercato della prestazione.

Come chiarito anche dalla Corte di Cassazione, l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione non rileva sul piano causale del contratto, non impedendo l'attuazione dell'interesse perseguito; essa trova, invece, fondamento nell'esigenza di contenere entro limiti di normalità l'alea dell'aggravio economico della prestazione, proteggendo la parte dal rischio di un eccezionale aggravamento economico per gravi cause di turbamento dei

¹ In particolare, il carattere della straordinarietà è di natura obiettiva, qualificando un evento in base all'apprezzamento di elementi (es. la frequenza, le dimensioni, l'intensità) suscettibili di misurazione, tali pertanto da consentire, attraverso analisi quantitative, classificazioni quantomeno di ordine statistico (v. Cassazione n. 12235/2007, Cassazione n. 22396/2006, Cassazione n. 2661/2001, Cassazione n. 3342/1994). Invece, il carattere della imprevedibilità ha natura soggettiva ed è estraneo a qualsiasi ragionevolezza previsionale, travalicando le oscillazioni di valore delle prestazioni e le normali fluttuazioni del mercato.

rapporti socio-economici (Cass. n. 12235/2007). Pertanto, l'art. 1467 c.c., derogando al principio di vincolatività del contratto di cui all'art. 1372, co. 1, c.c., concede alla parte svantaggiata di invocare la risoluzione, salva l'equa rettifica delle condizioni contrattuali proposta dalla controparte.

Quanto agli **appalti privati**, l'art. 1664 c.c. prevede che, qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della manodopera, 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 concessa solo per la differenza che eccede il decimo del prezzo.

La norma costituisce un'eccezione al principio dell'invariabilità del prezzo, fungendo da rimedio in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta. Essa presenta carattere speciale rispetto al citato art. 1467 c.c.: la Corte di Cassazione ha ritenuto applicabile il rimedio generale dell'art. 1467 c.c. solo se la sopravvenienza derivi da cause diverse da quelle specificamente previste dall'art. 1664 c.c. (Cass. n. 12989/1999).

Per attivare la revisione del prezzo, salvo diverso accordo tra le parti, occorre dimostrare che le materie prime e/o i fattori produttivi necessari per l'esatto adempimento delle obbligazioni, rispetto al momento della stipula del contratto, hanno subito un'imprevedibile variazione di costo, che ha inciso per oltre un decimo sul prezzo complessivo convenuto. La prova della variazione dei costi, sempre salvo diverso accordo tra le parti, può essere fornita con ogni mezzo, ad esempio ricorrendo a presunzioni emergenti da nozioni di fatto riferibili alla comune esperienza (Cass. n. 7519/1986), a una consulenza tecnica o facendo riferimento a prezzari con carattere di ufficialità, come le rilevazioni dalle Camere di Commercio, quelle Istat e gli indici delle principali borse merci e materie prime.

Ai concetti di materiale e manodopera richiamati dall'art. 1664 c.c. si tende a dare una lettura estensiva. Ad esempio, si ritiene che l'istituto della revisione del prezzo possa trovare applicazione non solo nel caso in cui la variazione riguardi il costo del materiale in sé considerato, ma anche quando interessi voci di spesa a esso inerenti, come gli eventuali costi di trasporto, il canone di locazione dei mezzi necessari alla realizzazione dell'opera, la tassazione.

La richiesta di revisione del prezzo non legittima l'appaltatore a sospendere l'esecuzione dell'opera (Cass. n. 1055/1963), né il committente a sospendere l'adempimento delle obbligazioni cui è tenuto. Inoltre, l'appaltatore non può chiedere la revisione del prezzo per le opere non regolarmente e tempestivamente consegnate (Cass. n. 292/1987).

3. La relazione dell'Ufficio del massimario della Cassazione

Con la relazione tematica 8 luglio 2020, n. 56, l'Ufficio del massimario e del ruolo della Corte di Cassazione ha evidenziato come la pandemia da COVID-19 abbia acceso i riflettori sulla **manchevolezza del rimedio ex art. 1467 c.c.**, *legata alla sua propensione demolitoria e non conservativa del contratto ... Nel contesto dei contratti commerciali, che sono ancillari all'esercizio dell'impresa e ne supportano la continuità, a fronte della sopravvenienza l'obiettivo precipuo del contraente sfavorito non è lo smantellamento del rapporto, ma la sua messa in sicurezza sul crinale di un riequilibrio reciprocamente appagante delle*

prestazioni... Più che la liberazione del debitore-imprenditore dall'obbligazione, cruciali appaiono l'attenuazione o il ridimensionamento del contenuto di questa, ove il suo adempimento sia ostacolato o reso sfibrante dalle misure di contenimento su approvvigionamenti, circolazione di merci, organizzazione aziendale... È vasta la cerchia dei contratti che hanno di fatto disperso la loro primitiva funzione, non valendo più a soddisfare l'esigenza in vista della quale erano stati confezionati.

Pertanto, ad avviso dell'Ufficio del massimario e del ruolo della Corte di Cassazione, la pandemia da COVID-19 ha messo in luce la necessità di mitigare il principio della vincolatività del contratto *qualora per effetto di accadimenti successivi alla stipulazione del contratto o ignoti al momento di questa o, ancora, estranei alla sfera di controllo delle parti, l'equilibrio del rapporto si mostri sostanzialmente snaturato.*

I contratti devono essere rigidamente rispettati nella loro formulazione originaria laddove rimangano inalterati i presupposti e le condizioni di cui le parti hanno tenuto conto al momento della stipula. Per converso, qualora una sopravvenienza rovesci il terreno fattuale e l'assetto giuridico-economico su cui poggia la pattuizione negoziale, la parte danneggiata **deve poter avere la possibilità di rinegoziare il contenuto delle prestazioni.**

A tal fine, rileverebbe l'art. 1374 c.c., che consente di integrare la volontà delle parti sulla base della legge, degli usi e dell'equità. Pertanto, a fronte di sopravvenienze sperequative, e in assenza di specifiche clausole convenzionali, sarebbero l'equità e il dovere di buona fede e correttezza contrattuale (richiamati dall'art. 1374 *sub specie* di "legge") a obbligare i contraenti a rinegoziare il contratto. In particolare, la buona fede e correttezza e le rispettive regole (artt. 1175 e 1375 c.c.) non sono soppiantate dal rimedio formalizzato nell'art. 1467 c.c., trovando rispetto ad esso un **proprio autonomo spazio di prevalenza.**

La buona fede, che deve ispirare ogni fase contrattuale, è infatti espressione del principio costituzionale della solidarietà (art. 2 Cost.), secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio.

In questa prospettiva, la buona fede configura la rinegoziazione del contratto come un passaggio necessario per adattare il contratto alla situazione imprevedibile e straordinaria sopravvenuta e preservare il rapporto economico sottostante alla pianificazione originaria, **con la conseguenza che chi si sottrae all'obbligo di ripristinarlo commette una grave violazione del regolamento contrattuale.**

L'obbligo di rinegoziazione *ex bona fide* non contraddice l'autonomia negoziale delle parti che non lo abbiano manifestamente escluso, in quanto adempie alla funzione di portare a compimento il risultato negoziale prefigurato *ab initio* dalle parti, allineando il regolamento pattizio a circostanze che sono mutate.

La giurisprudenza di merito sembra aver accolto gli *input* dell'Ufficio del massimario e del ruolo della Corte di Cassazione. Con l'ordinanza 27 agosto 2020, il Tribunale di Roma ha evidenziato che lo strumento della risoluzione giudiziale del contratto "squilibrato", soprattutto per i contratti commerciali a lungo termine, in alcuni casi può non essere opportuna e non rispondente all'interesse della stessa parte che, subendo l'aggravamento della propria posizione, è legittimata solo a chiedere la risoluzione del contratto "squilibrato" e non anche la sua conservazione con equa rettifica delle condizioni. Ne deriva che, a fronte di una crisi economica, quale quella derivata dalla pandemia, pur in mancanza di clausole

di rinegoziazione, i contratti a lungo termine devono continuare a essere rispettati e applicati dai contraenti sino a quando rimangono intatti le condizioni e i presupposti di cui essi hanno tenuto conto al momento della stipula del negozio. Viceversa, **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.** Ciò in quanto la buona fede può essere utilizzata anche con funzione integrativa cogente, nei casi in cui si verificano fattori sopravvenuti e imprevedibili non presi in considerazione dalle parti al momento della stipula del rapporto, che spingano lo squilibrio negoziale oltre l'alea normale del contratto.

Quanto alla rinegoziazione, essa comporta la realizzazione di tutti quegli atti che, in relazione alle circostanze, possano concretamente consentire alle parti di accordarsi sulle condizioni dell'adeguamento del contratto, alla luce delle modificazioni intervenute. I criteri dai quali desumere il comportamento delle parti, nel corso delle trattative destinate alla rinegoziazione del contratto, sono anche in questo caso offerti dalla clausola generale di buona fede (art. 1175 e 1375 c.c.)².

A fronte dell'obbligo delle parti di rinegoziare il rapporto squilibrato (che è un obbligo di contrarre le modifiche del contratto), l'Ufficio del massimario si è anche chiesto se il mancato adempimento di esso possa comportare, oltre al risarcimento del danno, anche l'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. In tal caso, il giudice potrebbe sostituirsi alle parti pronunciando una sentenza che tenga luogo dell'accordo di rinegoziazione non concluso e modifichi il contratto originario. Un intervento sostitutivo del giudice, ad avviso dell'Ufficio del massimario, sembra ammissibile ogni volta che dal regolamento negoziale dovessero emergere i termini in cui le parti hanno inteso ripartire il rischio derivante dal contratto, fornendo al giudice (in chiave ermeneutica) i criteri atti a ristabilire l'equilibrio negoziale.

4. Appalti pubblici

Ai sensi dell'art. 3 del Codice dei contratti pubblici, l'appalto pubblico è un contratto a titolo oneroso, stipulato per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori

² L'obbligo di rinegoziare impone di intavolare nuove trattative e di condurle correttamente, ma 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 rivolta dalla controparte e se propone soluzioni riequilibrative che possano ritenersi eque e accettabili alla luce dell'economia del contratto. Non può, tuttavia, esserle richiesto di acconsentire ad ogni pretesa della parte svantaggiata o di addivenire in ogni caso alla conclusione del contratto che, infatti, presuppone valutazioni personali di convenienza economica e giuridica che non possono essere sottratte né all'uno né all'altro contraente. Si avrà, per contro, inadempimento se la parte tenuta alla rinegoziazione si oppone in maniera assoluta e ingiustificata ad essa o si limita a intavolare trattative di mera facciata, ma senza alcuna effettiva intenzione di rivedere i termini dell'accordo.

economici, avente per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi (co. 1, lett. ii).

Caratteristiche dell'appalto pubblico sono l'oggetto, consistente in una prestazione volta a realizzare l'interesse pubblico cui è preposta la stazione appaltante, e l'obbligo di quest'ultima di corrispondere un corrispettivo all'appaltatore. Nell'appalto pubblico, il corrispettivo consiste in un compenso monetario determinato.

Con riferimento agli appalti pubblici si individuano due fasi: una di carattere pubblicistico, che si sostanzia nella procedura di gara volta all'affidamento del contratto e una di carattere privatistico, che comprende la stipula del contratto e le vicende successive di esecuzione o invalidità del negozio (non dovute all'annullamento dell'aggiudicazione). A fronte di tale struttura bifasica, l'art. 30 del Codice dei contratti pubblici prevede che, per quanto non espressamente previsto nello stesso Codice, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si applica la legge n. 241/1990, **mentre alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione le disposizioni del Codice civile.**

Sebbene la citata prima fase abbia natura pubblicistica, gli appalti pubblici - nei settori ordinari e nei settori speciali - in corso di validità possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento e previa autorizzazione del RUP se:

- **le modifiche sono state previste nei documenti di gara iniziali e le stesse non alterino la natura generale del contratto** (art. 106, co. 1, lett. a). Le modifiche possono comportare la revisione dei prezzi, purché dalle relative clausole ne emergano portata e condizioni, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi *standard*, ove definiti. Per i contratti relativi ai lavori, le variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione possono essere valutate, sulla base dei prezziari, solo per l'eccedenza rispetto al 10% rispetto al prezzo originario e comunque in misura pari alla metà³. La finalità dell'istituto della revisione del prezzo è, da un lato, di salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle Pubbliche Amministrazioni non siano esposte col tempo al rischio di una diminuzione qualitativa, a causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni stesse, e della conseguente incapacità del fornitore di farvi fronte; dall'altro, di evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione (Cons. Stato n. 2841/2019, n. 25/2017, n. 2295/2015, n. 3994/2008);
- **le modifiche sono determinate da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore** (c.d. varianti in corso d'opera, quando la modifica riguarda l'oggetto del contratto) **e le stesse non alterino la natura generale del contratto** (in particolare, per i settori ordinari, il contratto può essere modificato se l'eventuale aumento di prezzo non eccede il 50% del valore del contratto iniziale) (art. 106, co. 1, lett. c). La direttiva 24/2014/UE precisa che il concetto

³ Si segnala che è all'esame del Governo una bozza di decreto-legge (c.d. DL Trasporti), che contiene una misura volta a fronteggiare gli aumenti eccezionali dei prezzi di alcuni materiali da costruzione verificatisi nell'anno 2021. In particolare, per i contratti in corso di esecuzione, tale misura prevede la rilevazione, da parte del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, delle variazioni percentuali su base semestrale, in aumento o in diminuzione, superiori all'8%, relative all'anno 2021, dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi. Per tali materiali da costruzione si fa luogo a compensazioni, in aumento o in diminuzione, in deroga all'art. 106, co. 1, lett. a) del Codice dei contratti pubblici.

di circostanze imprevedibili si riferisce a circostanze che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, tenendo conto dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile (*considerando* n. 109). In ogni caso, l'art. 106, co. 1, lett. c), n. 1 del Codice dei contratti pubblici contempla tra le circostanze che possono determinare una modifica anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti. Al riguardo, l'ANAC ha precisato che **la particolare situazione di emergenza che sta interessando l'intero Paese costituisce presupposto giuridico idoneo a giustificare una variante in corso d'opera per circostanze impreviste e imprevedibili ai sensi dell'art. 106, co. 1, lett. c) del Codice dei contratti pubblici**. Ai fini della definizione dell'oggetto della variante, è necessaria **un'accurata verifica dell'impatto delle misure di prevenzione e contenimento del contagio da COVID-19 sullo svolgimento della prestazione oggetto di affidamento** (deliberazione 25 novembre 2020, n. 1022; deliberazione 1° luglio 2020, n. 540).

Come anticipato, la modifica del contratto è subordinata all'approvazione del RUP. La decisione finale è rimessa, quindi, alla valutazione discrezionale della Pubblica Amministrazione, che opera un bilanciamento tra l'interesse del privato e quello pubblico rivolto al contenimento della spesa.

Il procedimento di modifica contrattuale, e nello specifico di revisione del prezzo, sia in relazione all'*an* che al *quantum*, sfocia in un provvedimento autoritativo, che può essere impugnato nel termine decadenziale di legge (Cons. Stato, n. 5375/2015; n. 4207/2014; n. 465/13; n. 4444/2012; Cass. SS.UU., n. 23067/2014), anche in caso di diniego (Cons. Stato, n. 465/2013). In particolare, la posizione del privato contraente è di interesse legittimo con riferimento all'*an* della modifica, di competenza del giudice amministrativo, ed eventualmente di diritto soggettivo, di competenza del giudice ordinario, con riguardo al *quantum*, ma solo dopo che gli sia stata riconosciuta la spettanza del compenso revisionale (Cons. Stato, n. 6275/2014; n. 465/2013; Cass. SS.UU. n. 26298/2018).

Infine, in virtù del rinvio al Codice civile per la disciplina della fase di esecuzione dell'appalto pubblico, agli appalti pubblici sono applicabili l'art. 1664 c.c. (Cass. n. 5267/2018) e l'art. 1467 c.c. (v. *supra*).

5. Concessioni

Ai sensi dell'art. 3 del Codice dei contratti pubblici, il contratto di concessione è un contratto a titolo oneroso, mediante il quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici l'esecuzione di lavori o la prestazione e gestione di servizi e il cui corrispettivo consiste nel diritto di gestire i lavori o i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo [co. 1, lett. *uu*) e lett. *vv*]].

La caratteristica del contratto di concessione è l'allocazione in capo al concessionario del rischio economico della gestione dei lavori e dei servizi. Infatti, nei contratti di concessione, la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato, per cui è sullo stesso che incidono le variazioni relative ai costi e ai ricavi

oggetto della concessione (art. 165, co. 1). In ogni caso, affinché il rischio operativo in capo al concessionario sia effettivo, è necessario che, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione e che la parte del rischio trasferita all'operatore comporti una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato, tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dall'operatore stesso non sia puramente nominale o trascurabile [art. 3, co. 1, lett. zz) e art. 165, co. 1).

Per il concessionario, il corollario del rischio operativo è costituito dall'equilibrio economico-finanziario della gestione. Infatti, quest'ultimo rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi (art. 165, co. 2) ed esprime la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica (vale a dire la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato al capitale investito) e sostenibilità finanziaria (vale a dire la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento) [art. 3, co. 1, lett. fff)]. In altri termini, sebbene il rischio della gestione ricada sul concessionario, è necessario che la concessione rimanga in equilibrio per tutto il periodo concessorio.

A tal fine, il Codice dei contratti pubblici prevede che **le originarie condizioni economiche e finanziarie di una concessione possano essere modificate qualora si verifichino fatti, non riconducibili al concessionario, che incidano sull'equilibrio del piano economico-finanziario.**

In particolare, in tali casi, la concessione può essere rivista mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio, salvo che sia mantenuta la natura generale del contratto (rischio ed equilibrio economico). In caso di mancato accordo, le parti possono recedere dal contratto e il concessionario ha, conseguentemente, diritto a ricevere un indennizzo pari al 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, ai costi effettivamente sostenuti dal concessionario, nonché alle penali e agli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza dello scioglimento del contratto, ad esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse (art. 165, co. 6).

Si segnala che, per ragioni di finanza pubblica strettamente connesse al mantenimento della menzionata allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale, ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione della concessione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS (art. 165, co. 6).

Quanto ai fatti idonei a determinare una revisione delle condizioni originarie di una concessione, secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente (cfr. Consiglio di Stato n. 3653/2016) deve trattarsi di avvenimenti:

- **straordinari.** Il carattere della straordinarietà è di natura oggettiva, qualificando un evento in base all'apprezzamento di elementi, quali la frequenza, le dimensioni, l'intensità, suscettibili di misurazioni (e quindi, tali da consentire, attraverso analisi quantitative, classificazioni quanto meno di carattere statistico);

- **imprevedibili.** Il carattere della imprevedibilità ha fondamento soggettivo, facendo riferimento alla fenomenologia della conoscenza;
- **non imputabili al concessionario**, quindi, indipendenti dalla sua volontà;
- **che vanno al di là del rischio proprio e normale accettato dal concessionario.**

Tale linea è stata recepita anche dall'ANAC che, con la deliberazione 14 marzo 2018, n. 267, recante le Linee Guida n. 9, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, ha puntualizzato che tra gli eventi non imputabili all'operatore economico, che danno diritto a una revisione del piano economico e finanziario, rientrano gli eventi di forza maggiore tali da rendere oggettivamente impossibile o eccessivamente oneroso, in tutto o in parte, l'adempimento delle obbligazioni contrattuali e, a titolo esemplificativo, ha precisato che possono considerarsi eventi di forza maggiore le epidemie e i contagi.

Si segnala che, in genere, le concessioni disciplinano questi aspetti, prevedendo:

- strumenti per il monitoraggio e la verifica delle condizioni di equilibrio;
- le cause di riequilibrio, la procedura di revisione del piano economico e finanziario e le misure di riequilibrio consentite, nonché le conseguenze in caso di mancato accordo su queste ultime.

6. Contratti commerciali internazionali

Nell'ambito dei contratti commerciali internazionali è diffuso il ricorso alle c.d. clausole di *hardship*, vale a dire di clausole che individuano le circostanze che alterano sostanzialmente l'equilibrio economico del contratto e i rimedi applicabili al verificarsi delle stesse.

A livello internazionale, le fattispecie di *hardship* sono delineate, tra l'altro, dai Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali. In particolare, gli artt. 6.2.2 e 6.2.3 dei Principi disciplinano rispettivamente l'*hardship* e i relativi effetti.

Quanto all'*hardship* è previsto che la stessa ricorra quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione. Affinché si integri una causa di *hardship*, è necessario che: **i)** l'evento si verifichi o diventi noto alla parte svantaggiata successivamente alla conclusione del contratto; **ii)** l'evento non sia prevedibile dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto; **iii)** l'evento sia estraneo alla sfera di controllo della parte svantaggiata; **iv)** la parte svantaggiata non abbia assunto il rischio di tali eventi. Quanto poi agli affetti dell'*hardship*, l'art. 6.2.3 dei principi riconosce il diritto della parte svantaggiata di chiedere la rinegoziazione del contratto. La richiesta di rinegoziazione, che di per sé non dà alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione, deve essere fatta senza ingiustificato ritardo e indicare i motivi su cui è basata. In caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, ciascuna di esse può rivolgersi al giudice che, qualora accerti il ricorrere di una ipotesi di *hardship*, può risolvere il contratto, ovvero modificarlo al fine di ripristinarne l'originario equilibrio.

Inoltre, al fine di sostenere le imprese operanti a livello internazionale, l'anno scorso, la Camera di Commercio Internazionale (ICC) ha aggiornato la clausola di *hardship* elaborata nel 2003 (ICC *Hardship Clause*), che stabilisce gli eventi non previsti dalle parti che

potrebbero comportare notevoli modificazioni all'equilibrio del contratto e le relative conseguenze (rinegoziazione del contratto o risoluzione).

Per gestire lo squilibrio contrattuale causato dal notevole incremento dei prezzi delle materie prime, è pertanto necessaria un'attenta analisi dell'accordo in corso di esecuzione, per verificare la presenza di una clausola di *hardship* e la riconducibilità della circostanza in questione tra quelle che ne determinano l'attivazione. Salvi ulteriori specifici accordi tra le parti, rispetto ai contratti in corso, è ragionevole ritenere che i rilevanti incrementi dei prezzi delle materie prime a seguito della pandemia da COVID-19 possano costituire una circostanza imprevedibile, straordinaria e fuori dal controllo delle parti rilevante ai fini delle più comuni clausole di *hardship*.

In assenza di tale clausola, ai fini della gestione del rapporto potrebbero esperirsi i rimedi previsti dalla "legge applicabile al contratto".

Quasi tutti gli ordinamenti giuridici riconoscono alle parti la facoltà di scegliere secondo la propria convenienza il diritto da applicare al contratto da concludere (c.d. *pactum de lege utenda*). In particolare, sia il Regolamento Ue n. 593/2008 (art. 3)⁴, applicabile ai contratti internazionali stipulati tra Stati membri, sia la Legge n. 218/1995 (art. 57) che, per la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali in ambito *extra* Ue, rinvia alla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 (art. 3)⁵, **rimettono in via generale alle parti la scelta della legge che disciplinerà il contratto tra le stesse**⁶.

La libertà di scelta del diritto applicabile al contratto si sostanzia nella facoltà delle parti di optare per la legge di uno Stato, oppure di sottoporre il contratto a una convenzione internazionale (es. Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di compravendita internazionale di merci, c.d. Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980), ai principi generali del commercio internazionale (c.d. *lex mercatoria*) o ai Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali. Inoltre, la legge prescelta può estendersi a tutti o solo ad alcuni aspetti del contratto (es. validità ed esistenza del contratto; requisiti di forma; adempimento e inadempimento; profili di responsabilità; decadenze e prescrizioni; foro competente).

Se le parti non scelgono la legge applicabile al contratto, la sua individuazione segue **le norme di diritto internazionale privato** del Paese del giudice competente a risolvere la controversia⁷. Le regole di diritto internazionale privato sono norme nazionali che, attraverso appositi criteri di collegamento, consentono di individuare la legge applicabile a fattispecie che presentano elementi di estraneità rispetto all'ordinamento cui le stesse (regole) appartengono. La loro operatività non determina necessariamente l'applicazione della legge

⁴ Il Regolamento Ue n. 593/2008 si applica ai contratti conclusi dopo il 17 dicembre 2009 e non si applica alla Danimarca, nei cui confronti, però, trova applicazione la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980.

⁵ La Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, è stata resa esecutiva in Italia con la Legge 18 dicembre 1984, n. 975.

⁶ La scelta del diritto applicabile al contratto è espressa o risulta chiaramente dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso. Quanto alle modalità della scelta, questa può essere effettuata in qualsiasi momento, purché le modifiche non mettano a rischio la sopravvivenza e l'efficacia del contratto e salvi, comunque, i diritti e gli effetti prodotti già nel tempo.

⁷ Cfr. Regolamento Ue n. 44/2001, Regolamento Ue n. 1215/2012, legge n. 218/1995.

dell'ordinamento cui le regole di diritto internazionale privato appartengono, in quanto i criteri di collegamento potranno portare a individuare la legge di un diverso Paese.

Sempre in merito ai criteri di diritto internazionale privato per la determinazione della legge applicabile, per i contratti commerciali stipulati in ambito Ue l'art. 4 del Regolamento Ue n. 593/2008 prevede **criteri specifici per diverse categorie di contratto**⁸. Ad esempio, i contratti di vendita, prestazione di servizi, *franchising* e distribuzione sono regolati rispettivamente dalla legge del Paese di residenza abituale del venditore, del prestatore di servizi, dell'affiliato e del distributore. Sono previsti, altresì, due criteri residuali per i contratti non rientranti nelle categorie individuate, in base ai quali il contratto è regolato dalla legge del Paese di residenza abituale della parte che deve effettuare la prestazione caratteristica, ovvero dalla legge del Paese con il quale il contratto presenta il collegamento più stretto.

Per i contratti commerciali stipulati in ambito *extra* Ue, invece, l'art. 57 della legge n. 218/1995 rinvia alla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, in base alla quale il contratto è regolato dalla legge del Paese con cui presenta il collegamento più stretto (art. 4 della Convenzione). La Convenzione precisa che deve intendersi tale il Paese in cui risiede o ha la propria sede colui che deve eseguire la prestazione caratterizzante il contratto.

7. Conclusioni

La diffusione del COVID-19 e i connessi provvedimenti di contenimento presentano, *ex se*, natura straordinaria e imprevedibile, indipendente alla volontà delle parti e in grado di determinare squilibri rilevanti nei rapporti contrattuali. Tali profili sono stati confermati anche dal Legislatore, che, riguardo all'esecuzione dei contratti in via generale, ha consentito di considerare il rispetto delle misure di contenimento ai fini della valutazione dell'esclusione della responsabilità del debitore *ex artt.* 1218 e 1223 c.c. (art. 3, co. 6-*bis*, DL n. 6/2020).

Quanto al requisito dell'incidenza di tale situazione straordinaria sull'assetto giuridico-economico dei contratti, occorre considerare che la pandemia e i provvedimenti di contenimento hanno creato condizioni operative "non normali", che hanno peraltro alterato le ordinarie fluttuazioni di mercato, rendendo eccessivamente onerosa se non, in alcuni periodi, oggettivamente impossibile l'esecuzione delle obbligazioni contrattuali.

Pertanto, fermi restando i contenuti specifici dei singoli accordi, nonché l'esame del caso concreto e dell'effettivo impatto della pandemia da COVID-19 sul rapporto, è ragionevole ritenere che, in via generale, sussistano i presupposti per attivare i rimedi sopra indicati.

Con riferimento ai nuovi contratti, invece, considerato che le variazioni dei prezzi delle materie prime causate dalla pandemia ad oggi non sono più imprevedibili e che, quindi, in futuro non consentirebbero di attivare i rimedi sopra indicati, si suggerisce di disciplinare gli effetti sul contratto di eventuali sopravvenienze legate alla pandemia e/o ai suoi effetti tali da compromettere l'equilibrio contrattuale.

⁸ Ai contratti con i consumatori, ai contratti di trasporto, ai contratti individuali di lavoro e ai contratti di assicurazione, si applicano gli artt. 5, 6, 7 e 8 del Regolamento Ue n. 593/2008.

8. Tabella riepilogativa

AMBITO	PRESUPPOSTI	RIMEDIO	OSSERVAZIONI
<p>Contratti a esecuzione continuata, periodica o a esecuzione differita (art. 1467 c.c.)</p>	<p>Prestazione eccessivamente onerosa a causa del verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili</p>	<p>La parte svantaggiata può richiedere la risoluzione del contratto, salva la possibilità della controparte di evitarla offrendo di modificarne equamente le condizioni</p>	<p>Nella relazione tematica 8 luglio 2020, n. 56, l'Ufficio del massimario e del ruolo della Corte di Cassazione ha prefigurato l'obbligo di rinegoziazione in buona fede del contratto divenuto squilibrato (con conseguente risarcimento del danno in caso di rifiuto di una delle parti), nonché l'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. qualora siano evidenti i termini in base ai quali le parti hanno inteso ripartire il rischio derivante dal contratto</p>
<p>Appalti privati (art. 1664 c.c.)</p>	<p>Aumento o diminuzione di almeno un decimo del prezzo complessivo, conseguente ad aumenti o diminuzioni del costo dei materiali o della manodopera a causa del verificarsi di circostanze imprevedibili</p>	<p>Revisione del prezzo per la differenza che eccede il decimo</p>	<p>L'art. 1664 c.c. presenta carattere speciale rispetto all'art. 1467 c.c.; il rimedio generale ex art. 1467 c.c. è applicabile solo se la sopravvenienza derivi da cause diverse da quelle specificamente previste dall'art. 1664 c.c. (Cass. n. 12989/1999)</p>
<p>Appalti pubblici - settori ordinari e speciali</p>	<p>Clausole di revisione dei prezzi chiare, precise e</p>	<p>Revisione del prezzo senza una nuova</p>	<p>La modifica non deve alterare la natura generale del contratto</p>

<p>(art. 106, co. 1, lett. a) e co. 7 del Codice dei contratti pubblici)</p>	<p>inequivocabili nei documenti di gara</p>	<p>procedura di affidamento</p> <p>Per i contratti relativi ai lavori, le variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione dei prezzi possono essere valutate, sulla base dei prezzi, solo per l'eccedenza rispetto al 10% rispetto al prezzo originario e comunque in misura pari alla metà</p>	<p>La revisione del prezzo è subordinata all'approvazione del RUP e sfocia, sia in relazione all'<i>an</i> che al <i>quantum</i>, in un provvedimento autoritativo, che può essere impugnato</p>
<p>Appalti pubblici - settori ordinari e speciali</p> <p>(art. 106, co. 1, lett. c) del Codice dei contratti pubblici)</p>	<p>Circostanze imprevedibili e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore (come la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti)</p>	<p>Modifica del contratto (c.d. varianti in corso d'opera se riguardanti l'oggetto del contratto)</p> <p>Per i settori ordinari, l'eventuale aumento di prezzo non può eccedere il 50% del valore del contratto iniziale</p>	<p>La modifica non deve alterare la natura generale del contratto</p> <p>La modifica è subordinata all'approvazione del RUP e sfocia, sia in relazione all'<i>an</i> che al <i>quantum</i>, in un provvedimento autoritativo, che può essere impugnato</p>
<p>Appalti pubblici - settori ordinari e speciali</p> <p>(art. 30 del Codice dei contratti pubblici)</p>	<p>V. art. 1647 c.c. V. art. 1664 c.c.</p>	<p>Risoluzione del contratto, salvo modifica</p> <p>Revisione del prezzo per la differenza che eccede il decimo</p>	<p>Agli appalti pubblici sono applicabili l'art. 1664 c.c. (Cass. n. 5267/2018) e l'art. 1467 c.c.</p>
<p>Concessioni</p> <p>(art. 165 del Codice dei contratti pubblici)</p>	<p>Fatti, non riconducibili al concessionario, che incidono sull'equilibrio del piano economico-finanziario</p>	<p>Rideterminazione delle condizioni di equilibrio</p> <p>In caso di mancato accordo, le parti possono recedere dal contratto e il concessionario ha diritto a un indennizzo (pari al valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al</p>	<p>La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo al concessionario e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto</p> <p>Nei casi di opere di interesse statale, ovvero finanziate con contributo a carico</p>

		<p>netto degli ammortamenti) o, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, ai costi sostenuti, nonché alle penali e agli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza dello scioglimento del contratto</p>	<p>dello Stato, la revisione della concessione è subordinata alla previa valutazione da parte del NARS</p> <p>Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS</p>
<p>Contratti commerciali internazionali (con <i>clausola di hardship</i>)</p>	<p>Clausola di <i>hardship</i></p>	<p>Rimedi contemplati dalla clausola (es. rinegoziazione del contratto; risoluzione del contratto; intervento del giudice)</p>	<p>Per gestire lo squilibrio contrattuale causato dal notevole incremento dei prezzi delle materie prime, è pertanto necessaria un'attenta analisi dell'accordo in corso di esecuzione, per verificare la presenza di una clausola di <i>hardship</i> e la riconducibilità della circostanza in questione tra quelle che ne determinano l'attivazione</p>
<p>Contratti commerciali internazionali (senza <i>clausola di hardship</i>)</p>	<p>Circostanze imprevedibili e straordinarie che alterano l'equilibrio economico del contratto</p>	<p>Rimedi previsti dalla legge applicabile al contratto</p>	<p>Se le parti non hanno scelto la legge applicabile al contratto, la sua individuazione segue le norme di diritto internazionale privato</p>