

Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario

Fabio Cintioli

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. La concessione, il rischio del concessionario e il ruolo del servizio pubblico. – 3. Rischio operativo e piano economico finanziario. – 4. Evento pandemico e revisione del PEF: diritto o interesse legittimo alla revisione. – 5. L'art. 11 della legge n. 241 del 1990 e i principi del codice civile. – 6. Impossibilità sopravvenuta della prestazione e articolo 1463 cod. civ. – 7. Eccessiva onerosità sopravvenuta e articolo 1467 cod. civ. – 8. *Segue*. L'art. 1467 cod. civ. e i principi generali in materia di obbligazioni e contratti. – 9. *Segue*. L'art. 1467 cod. civ. e il diritto del concessionario al riequilibrio economico-finanziario.

1. *Il problema*

Le conseguenze della pandemia da Covid-19 hanno colpito duramente le attività imprenditoriali in Italia a partire dal mese di marzo del 2020 e suscitano molti interrogativi circa i rimedi giuridici attivabili in quei rapporti che dall'emergenza sono stati a vario titolo interessati.

Prendiamo qui in esame i rapporti di concessione amministrativa che siano basati sulla gestione di un servizio affidato da un'amministrazione ad un privato e che quindi vedano quale principale, se non esclusiva, fonte di approvvigionamento per il concessionario il conseguimento dei ricavi dai fruitori del servizio.

Senza ancora voler utilizzare la nozione di diritto italiano di servizio pubblico e quella europea di servizio di interesse economico generale, possiamo intanto fare riferimento alla disciplina sui c.d. contratti pubblici e quindi richiamare la figura della concessione di servizi, il cui tratto caratteristico consiste nel fatto

* Questo articolo è destinato agli Scritti in onore di Franco Gaetano Scoca.

che il corrispettivo deriva al concessionario dal pagamento delle prestazioni fatto dagli utenti, con l'eventuale addizione di un prezzo in denaro da parte dell'amministrazione.

Si tratta, quindi, di rapporti a struttura trilaterale. Si pensi, a titolo di esempio, al settore dei trasporti locali.

L'evento pandemico ha agito ed agisce su questo genere di rapporti per un duplice verso.

In primo luogo, possono esservi stati casi nei quali le misure di contenimento del virus che hanno trovato fonte, in varia guisa, in una serie di decreti legge e in numerosi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM), oltre che in ordinanze di livello regionale od anche comunale, abbiano imposto la sospensione temporanea del servizio. Questo è un primo caso di evidente alterazione del rapporto "contrattuale", dato che a fronte della persistenza dei costi, sia quelli fissi sia quelli collegati agli ammortamenti degli investimenti, il concessionario si è trovato sprovvisto dei ricavi, in tutto o in parte a seconda dei casi, per un congruo periodo di tempo.

In secondo luogo, vi sono state ipotesi nelle quali, pur mancando un atto normativo o amministrativo che avesse sospeso la gestione del servizio, le misure di contenimento e le stesse condotte sociali impresse dalla pandemia nelle abitudini dei cittadini possono avere nei fatti fortemente ridotto la domanda dei servizi, provocando un drastico abbattimento dei ricavi. In tal caso, ai costi poc'anzi ricordati, dovrebbero aggiungersi, evidentemente, anche quelli dovuti alla prosecuzione del servizio. Tale secondo scenario – legato appunto alla riduzione dei ricavi rispetto a quel che avevano stimato i piani economico-finanziari coevi all'affidamento della concessione – ben potrebbe manifestarsi anche in una fase successiva a quella di più grave emergenza, ossia durante le cosiddette fase due e fase tre dell'emergenza sanitaria; la riduzione dei margini di remunerazione del concessionario, vuoi a causa di una riduzione dei flussi, anche quelli di tipo turistico ad esempio, vuoi a causa di misure di precauzione che riducano la capienza dei mezzi e/o la fruibilità quantitativa delle prestazioni, sono evidenti e purtroppo probabili a verificarsi.

Che in tale situazione delle conseguenze giuridiche possano esservi ed altrettanti rimedi possano esser promossi è intuitivo. Più difficile è identificarli.

Nelle considerazioni che seguono si cercherà di stilare almeno delle linee generali, le quali ovviamente andranno adattate alle caratteristiche di ciascuna situazione concreta.

2. *La concessione, il rischio del concessionario e il ruolo del servizio pubblico*

Il primo punto di riferimento è la disciplina del c.d. Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 50 del 2016, la quale, a sua volta, ha recepito il pacchetto di direttive dell'UE del 2014, ivi inclusa la direttiva 2014/23/UE, dedicata appunto alle concessioni di servizi.

Trattandosi dell'incidenza di un evento esterno e straordinario come quello pandemico sul rapporto di concessione, la questione centrale ci conduce a due dati ben precisi, tra quelli che contornano l'istituto.

Il primo è l'assunzione del rischio operativo. Il secondo è la collocazione del piano economico finanziario (c.d. "PEF") quale base del rapporto di concessione nonché, di riflesso, l'esigenza che esso esprime di salvaguardare il medesimo equilibrio economico finanziario in corso di rapporto.

È ben noto che, mosso dall'obiettivo di espandere gli obblighi di selezione mediante gara oltre il confine degli appalti pubblici, il diritto comunitario e dell'UE ha attratto nell'orbita dei contratti pubblici anche le concessioni. Pure le concessioni sono da qualificare come contratti, per la Corte di giustizia UE prima e per le direttive del 2014 dopo, e questa premessa ha aperto il varco ad un regime procedimentale omogeneo per entrambe le figure.

La diversità intrinseca dei due rapporti e la proiezione di quello concessorio verso la collettività degli utenti e verso quel tipo di interesse della p.a. che si identifica con la nozione di servizio pubblico rimane un fatto ulteriore, in buona parte lasciato all'autonomia del diritto dello Stato membro. Nonostante questa postergazione temporale rispetto alla gara ed alla qualifica contrattuale prescelta dall'UE, la fase di attuazione del servizio pubblico avrà, come vedremo, una rilevanza cruciale nelle mie osservazioni. In altre parole, non si deve dimenticare che il diritto comunitario ha scelto di qualificare la concessione come contratto al fine di evitare che un'altrimenti diversa struttura rispetto all'appalto potesse consolidare un'interpretazione che sottraesse la prima alle procedure di selezione parziale previste per il secondo. L'obiettivo e l'effetto utile del denominare la concessione quale contratto si circoscrive in ciò. Sicché tale *nomen* non elide la componente distintiva di tipo pubblicistico che alla concessione, secondo la tradizione, pertiene. Il regime giuridico di una concessione che abbia ad oggetto la gestione di un servizio pubblico, quindi, rimane condizionato da regole speciali, le quali oltretutto vantano una sperimentazione secolare nel nostro ordinamento, sia nella prassi che nella giurisprudenza.

Dovendo trovare una linea distintiva tra cosa fosse un appalto e cosa una concessione, il diritto comunitario ha puntato sul c.d. rischio operativo¹.

¹ Per un'ampia analisi di questo tema, cfr. G.F. Cartei, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 599 ss.

Mentre tale rischio nel primo caso non spicca a tratto distintivo dell'equilibrio contrattuale, nel secondo caso viene di necessità trasferito in capo al concessionario. La concessione presuppone, così, un'alea e un rischio. Il rischio, per un verso, si collega alla capacità del concessionario di trarre dai corrispettivi (prezzi o tariffe che siano) pagati dagli utenti quanto necessario a remunerare gli investimenti e ad assicurare il profitto e, per altro verso, si trasfonde in un PEF che sia in grado di equilibrare le condizioni economiche, patrimoniali e finanziarie dell'intera operazione.

Ancor prima dell'entrata in vigore delle direttive comunitarie del 2014, la Corte di Giustizia² e la Commissione UE³ avevano già affermato che la concessione si differenzia dall'appalto sostanzialmente per il fatto che il concessionario: (i) riceve la remunerazione dai terzi e solo eventualmente un'integrazione da parte dell'Amministrazione concedente; (ii) assume un rischio sulla gestione – eventualmente anche non elevato, ma comunque economicamente apprezzabile – e che riguarda il rapporto con il mercato ed i terzi che fruiscono dei servizi (*i.e.*: rischio di insolvenza, rischio della domanda, rischio di concorrenza da parte di altri operatori ecc.). Si allude, insomma, ad un rischio non limitato alla valutazione economica eventualmente errata fatta dal concessionario al momento dell'assunzione del servizio, ma ad un rischio che si estende ed è legato all'andamento dell'attività.

3. *Rischio operativo e piano economico finanziario*

Nell'ordinamento italiano, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, vi era già l'art. 30 del d.lgs. n. 163 del 2006 (c.d. primo Codice dei contratti pubblici) dedicato alle «concessioni di servizi».

Questa previsione, riprendendo gli orientamenti comunitari testé ricordati, stabiliva che è possibile riconoscere al concessionario, oltre al diritto di gestire i servizi, anche un «prezzo» allo scopo di assicurare «il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare». Quest'ultimo accento sulla «qualità» del servizio è da sottolineare: il concetto di equilibrio economico-finanziario era utilizzato non soltanto per garantire la posizione del concessionario, ma anche l'interesse del concedente e quindi quello esteso agli utenti tutti, atteso che solo

² Cfr. Corte di Giustizia UE, sez. III, 10 marzo 2011, n. 274; Corte di Giustizia UE, sez. II, 10 novembre 2011, n. 348.

³ Cfr. il *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni* del 30 aprile 2004.

una gestione che si mantenga in equilibrio può assicurare un livello qualitativo adeguato delle prestazioni rivolte ai fruitori del servizio.

Nel regime che risulta dalla citata direttiva n. 23 del 2014 e dal Codice del 2016 emerge ancor più l'importanza della coppia di concetti tra loro interdipendenti: il rischio operativo e l'equilibrio economico finanziario⁴. Il primo di stretta origine europea, il secondo rafforzato dal diritto nazionale, fors'anche proprio per recuperare il tratto trilaterale del rapporto e la dimensione di interesse generale del servizio pubblico⁵.

Il rischio operativo è elemento essenziale della concessione di servizi: è il rischio legato alla gestione dei servizi sul lato della domanda, dell'offerta o di entrambi. L'assunzione del rischio operativo da parte del concessionario significa che egli, in «condizioni operative normali», per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili, non ha la garanzia di recuperare gli investimenti effettuati o i costi sostenuti per la gestione dei servizi. Sicché il trasferimento del rischio operativo al concessionario comporta un'esposizione alle fluttuazioni del mercato, ossia la possibilità di dover affrontare le oscillazioni che possono condizionare la gestione dei servizi (ad es., costo dei materiali, competizione di altri operatori, domanda da parte dell'utenza).

L'equilibrio economico finanziario richiede la contemporanea valutazione delle condizioni (*i*) di convenienza economica e di (*ii*) di sostenibilità finanziaria. Per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco di efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito. Per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento (v. art. 3, co. 1, lett. *fff*, del d.lgs. 50 del 2016). Al fine di garantire l'equilibrio economico finanziario, l'amministrazione come detto può prevedere un corrispettivo in favore del concessionario, fermo restando che tale somma deve coprire solo una parte dei costi dell'attività e della sua gestione (non superiore al 49 per cento del costo dell'investimento complessivo, secondo quanto previsto dall'art. 165, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016).

Posto che la concessione è un contratto aleatorio, che il concessionario prende un rischio legato all'andamento più o meno profittevole del rapporto e che tuttavia lo svolgimento del rapporto presuppone che si trovi un punto di equilibrio economico e finanziario, il punto critico è la misura del rischio e la definizione dell'alea. Il secondo elemento condiziona il primo, perché se il rischio operativo si

⁴ Sulla stretta connessione tra questi due concetti, cfr. G. Urbano, in E. Follieri (a cura di) *Corso sul codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2017, 643.

⁵ Pone in rilievo questa diversità G. Greco, *Profili generali*, in *Trattato dei contratti pubblici*, a cura di R. De Nicolis e M.A. Sandulli, tomo V, *Concessioni di lavori e di servizi, partenariati, precontenzioso e contenzioso*, Milano, 2020, 8 ss.

allargasse troppo a danno del concessionario sarebbe difficile sostenere che, anche in caso di estrema difficoltà dovuta beninteso ed eventi esterni e non imputabili, l'equilibrio economico finanziario resti comunque nel solco del PEF redatto in occasione della gara per l'affidamento della concessione. Lo statuto pubblicistico dell'amministrazione ne limita l'autonomia negoziale, perché sono in gioco interessi pubblici da salvaguardare comunque: se viene meno l'equilibrio originario, il problema non è solo del concessionario, che si troverà ad affrontare extra-costi non più coperti dai prevedibili ricavi, ma anche della p.a. concedente, la quale rischia di non poter più assicurare ai cittadini servizi di qualità adeguata⁶. La riduzione dei ricavi verosimilmente inciderà sulla qualità delle prestazioni. È qui che il tratto pubblicistico dell'istituto si riflette sul problema concreto: lo standard qualitativo del servizio dev'essere garantito entro soglie di ragionevolezza e il fattore di crisi esterno che investisse il concessionario non è circostanza di cui la p.a. possa disinteressarsi, lasciandone il peso interamente a quest'ultimo⁷. È indispensabile un intervento riparatore per ritrovare l'equilibrio.

4. *Evento pandemico e revisione del PEF: diritto o interesse legittimo alla revisione*

Queste considerazioni aiutano a comprendere meglio il significato delle previsioni del Codice del 2016.

Il rischio operativo, ai sensi del citato art. 3, si estende in concomitanza con le «condizioni operative normali» e per tali si intende «l'insussistenza di eventi non prevedibili».

L'art. 165 del d.lgs. n. 50 del 2016 è dedicato alla disciplina del «rischio ed equilibrio economico finanziario nelle concessioni» e il comma 6 prevede che «il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio», che «la revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto» e che «in caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanzia-

⁶ F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 431 ss., il quale spiega che il problema del riconoscimento dell'autonomia privata della p.a. si riduce ad un gioco di parole, in quanto rimane sempre ferma, accanto a tale riconoscimento, la funzionalizzazione dell'intera attività amministrativa, anche quella di tipo contrattuale e privatistico.

⁷ In questo senso anche Cartei, *Rischio e disciplina negoziale*, cit., il quale osserva appunto che la conservazione in vita del contratto è interesse comune ad entrambi i contraenti, sia all'operatore privato che guarda al profitto sia alla p.a. che deve tener conto dell'interesse pubblico alla sopravvivenza e fruizione del servizio per la collettività e delle esternalità positive che ne derivano.

rio, le parti possono recedere dal contratto». Una disciplina di segno analogo si trova nell'art. 182, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, in materia di partenariato pubblico privato⁸, a testimoniare la valenza di principio generale di questa regola.

Oltre che queste norme, andrebbe ricordato anche l'art. 175, che disciplina alcuni casi di modifica del rapporto di concessione in corso e l'art. 176, che prevede, in caso di revoca della concessione «per motivi di pubblico interesse», un indennizzo per mancato guadagno a favore del concessionario.

È opportuno a questo punto procedere per sintesi.

Il concessionario deve assumersi un'alea che corrisponde al rischio operativo. Tuttavia, egli non è tenuto a subire le conseguenze negative dovute ad eventi non prevedibili ed a sé non riconducibili. Quando eventi di questo tipo reagiscono sul rapporto sino a modificare l'equilibrio del piano economico finanziario si «può» far luogo alla sua revisione in modo da rideterminare le condizioni di equilibrio.

È utile sottolineare alcune diversità di questa disciplina da quella che si desume da una norma di principio della quale diremo tra breve: l'articolo 1467 cod. civ. in tema di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Il comb. disp. degli artt. 3 e 165 delimitano l'alea entro il confine degli eventi prevedibili e contemplan la facoltà di revisione del rapporto in caso del venir meno dell'equilibrio così come individuato nel PEF. L'articolo 1467 invece si riferisce ad un'eccessiva onerosità e soprattutto presuppone che questa sia dovuta ad un evento che possa dirsi sia straordinario sia imprevedibile. Inoltre, l'art. 1469 esclude dal campo di applicazione dell'art. 1467 i contratti aleatori, per loro natura o per volontà delle parti.

Un'altra diversità che risalta sul piano letterale è il tipo di rimedio. Mentre l'articolo 1467 prevede un diritto alla risoluzione, nonché la facoltà della parte contro la quale la risoluzione è chiesta di offrire la riduzione ad equità, l'art. 165 riporta una formula piuttosto ambigua, la quale si limita a dire che la sopravvenienza di eventi non riconducibili al concessionario che abbiano alterato l'equilibrio economico finanziario «può» comportare la revisione.

La norma del Codice dei contratti pubblici del 2016, in altre parole, non rende esplicito un vero e proprio diritto alla revisione del contratto a favore del concessionario, il che ha indotto alcuni a sostenere che un diritto di tal natura non vi sia o che vi sia tutt'al più una sorta di pretesa ad intavolare con la p.a. un dialogo volto ad appurare che tipo di eventi siano sopraggiunti e che tipo di

⁸ Secondo tale disposizione «il verificarsi di fatti non riconducibili all'operatore economico 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».

impatto possano esercitare⁹. Il che però non includerebbe anche una vera e propria tutela in sede giurisdizionale.

Questa visione restrittiva, in verità, lascia qualche perplessità.

Il legislatore si è preoccupato di delimitare il rischio operativo e di mantenere l'equilibrio economico finanziario non solo nell'interesse del concessionario ma anche del concedente e soprattutto dei terzi fruitori del servizio, la cui qualità potrebbe scendere oltre i livelli accettabili in una situazione di crisi patrimoniale e finanziaria del concessionario medesimo. È in gioco sovente l'erogazione di un vero e proprio servizio pubblico. La continuità e l'efficienza di quest'ultimo non possono allora che essere in primo piano.

Mi sembra perciò inevitabile fondare su questa disposizione una pretesa giuridicamente tutelata alla revisione del PEF.

Si potrà discutere se essa raggiunga la soglia di un diritto soggettivo o se rimanga attratta nell'orbita della pretesa ad un legittimo esercizio del potere di revisione – e quindi confinata nella dimensione dell'interesse legittimo pretensivo, con influenza sul modo concreto della tutela da svolgersi in sede di giurisdizione esclusiva *ex art. 133, comma 1, lett. b) c.p.a.* – ma non mi pare possibile negarne la giustiziabilità, in armonia col principio di effettività della tutela giurisdizionale (art. 113 Cost.). La seconda strada lascerebbe al concedente un margine di valutazione sia su quanto sia ampio il distacco che esige il riequilibrio sia su quel che è necessario ripristinare per assicurare gli standard di qualità del servizio, ma per il resto non escluderebbe una tutela effettiva della pretesa avanzata dal concessionario.

D'altra parte, vale la pena di ribadire che riconoscere una pretesa giustiziabile del concessionario alla revisione del PEF è l'inevitabile contrappeso al principio di continuità del servizio pubblico, il cui carattere ininterrotto è persino presidiato in sede penale, come sappiamo. Qualora si seguisse la strada dell'interesse legittimo, diventa centrale per il concedente identificare l'interesse pubblico concreto, ossia l'interesse che l'amministrazione deve effettivamente perseguire nel caso concreto e che assorbe l'interesse del privato e gli altri interessi che vengono in gioco. Questa variabile conformazione dell'interesse pubblico può proiettare il rapporto giuridico oltre la dimensione bilaterale, per renderlo trilaterale o multilaterale: nel nostro caso torna decisivo, oltre agli interessi direttamente imputabi-

⁹ In questo senso sembra orientarsi S. Fantini, nel Webinar di Risorgimento giuridico *Concessioni e contratti pubblici di durata al tempo di Covid-19*, 11 maggio 2020, reperibile presso il sito della Fondazione Cesifin Alberto Predieri, il quale ritiene che la soluzione dei principali problemi possa passare attraverso il segno dell'art. 3, comma 6 *bis*, del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, sul quale *infra*.

li al concedente e al concessionario, anche l'interesse dei terzi alla continuità ed efficienza del servizio oggetto della concessione¹⁰.

5. *L'art. 11 della legge n. 241 del 1990 e i principi del codice civile*

Il codice dei contratti pubblici forma però solo la prima parte del quadro normativo da prendere in considerazione, sia perché l'impatto economico della pandemia si potrebbe essere manifestato in maniera così dirimpente da non rendere sufficiente un congegno come quello dell'art. 165 del d.lgs. n. 50 del 2016, sia perché potrebbero esservi clausole – che la prassi testimonia esser sparse nelle varie convenzioni di concessione – le quali comprimono le aspettative del concessionario, limitando il suo diritto alla revisione del PEF, ovvero riducendo o addirittura azzerando il rilievo dei ricavi ed amplificando il suo rischio operativo.

Volgiamo così lo sguardo al codice civile, o meglio ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e di contratti, i quali sono estensibili alle c.d. concessioni-contratto. Secondo una cospicua giurisprudenza, infatti, l'articolo 11 della legge n. 241 del 1990, dedicato agli accordi di diritto pubblico tra p.a. e privati, si applica anche a questo tipo di rapporti. Quest'ultimo, per effetto del suo comma 2, porta con sé il richiamo ai principi del codice civile «in quanto compatibili».

L'art. 11 ha suscitato un ampio dibattito tra gli studiosi nel corso degli anni ed ha trovato un punto di sintesi che – potremmo dire – ha visto proprio nel criterio della compatibilità la chiave per bilanciare l'ingresso del principio proveniente dal diritto privato con le prerogative del diritto pubblico¹¹. L'applicazione del principio non elimina lo statuto della funzione pubblica che in concreto venga esercitata dalla p.a. Sicché i rimedi a protezione del sinallagma contrattuale devono combinarsi con le regole di fondo per l'esercizio dei poteri della p.a. e col principio di nominatività delle funzioni: dalla disciplina sul procedimento ai presupposti ed effetti del provvedimento, dalle norme sulla competenza amministrativa a quelle sui limiti ai poteri ablatori e sull'autotutela decisoria.

¹⁰ In questa valutazione ho direttamente fatto riferimento al “*proprium*” dell'interesse legittimo, ossia alle parole e agli insegnamenti che ci offre F.G. Scoca nei suoi scritti e, da ultimo, nel suo lavoro sull'interesse legittimo: *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, in part. 458 ss.

¹¹ G. Greco, *Il regime degli accordi pubblicistici, in Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Atti del XLVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 2002, 161 ss., nonché *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino 2003, 99 ss. Sul tema di recente, cfr. M. Ramajoli, *Gli accordi tra amministrazione e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 675 ss., in part. 684; cfr. altresì G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984; E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996, nonché *Accordi pubblici (ad vocem) Enc. dir.*, agg., 2001.

La giurisprudenza nel corso degli anni ha fatto proprie queste linee di interpretazione. Si è utilizzato il filtro dei principi del codice civile per estrapolare la regola da applicare nel caso concreto, ma ci si è sforzati di coordinarli col regime del potere pubblico, in un costante bilanciamento tra l'uno e l'altro polo.

Così, pur riconoscendo alla p.a. la facoltà di utilizzare i suoi poteri provvedimentali nel corso del rapporto, la giurisprudenza ha negato che essa possa esercitarli presupponendo una sorta di delega in bianco che consenta alla p.a. di alterare l'equilibrio economico raggiunto nell'accordo, dato che questo sarebbe oltretutto in contrasto coi principi di buona fede oggettiva (artt. 1366 e 1375 cod. civ.) e di determinabilità dell'oggetto del contratto (art. 1346 cod. civ.)¹². In altri casi, ha attribuito alla p.a. la facoltà di esercitare un vero e proprio potere provvedimentale di revoca e/o revoca-decadenza a carico del privato che non avesse adempiuto la sua prestazione a condizione ed in quanto esso abbia rispettato la cornice stilata dall'articolo 1454 cod. civ. a proposito della diffida ad adempiere entro un termine essenziale¹³.

Si è anche esplicitamente affermato che un atto amministrativo unilaterale di decadenza comminato a carico del privato che sia inadempiente all'accordo resta possibile e legittimo perché, constando un inadempimento effettivo, l'esercizio della potestà pubblicistica non va a detrimento della capacità privatistica ma si somma ad essa, essendovi un concorso e non una alternatività dei poteri¹⁴. La p.a. avrebbe insomma una facoltà di accertare l'inadempimento, ma dovrebbe seguire poi i principi stilati nel codice civile in materia di risoluzione per farlo valere; e salvo sempre restando, evidentemente, il controllo del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva.

Non mancano, peraltro, in tali precedenti, le avvertenze che raccomandano che, proprio in quanto si esercitano poteri pubblicistici in un rapporto derivante dall'art. 11 della legge n. 241 del 1990, non si può surrettiziamente conseguire il risultato corrispondente al recesso per sopravvenuti motivi di pubblico interesse previsto dal comma 4 senza rispettarne le condizioni ed i presupposti¹⁵.

Come si vede, proprio le disposizioni in materia di risoluzione e di salvaguardia del sinallagma contrattuale sono state richiamate come fonte del principio da applicare nel rapporto tra p.a. e privato. Questo è accaduto anche a pro-

¹² Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2012, n. 674, a proposito della pretesa di un Comune di esercitare poteri non meglio definiti di revoca e recesso e sulla base di essi imporre al privato una prestazione economicamente molto più elevata di quella prevista.

¹³ Cons. Stato, sez. IV, 8 luglio 2013, n. 3597, la quale ha giustificato l'esercizio di un potere provvedimentale di risoluzione del rapporto in quanto esercitato in aderenza ai contenuti dell'art. 1454 cod. civ., ed ha anche superato l'obiezione di mancata applicazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990 grazie ai caratteri di urgenza offerti dall'istituto civilistico.

¹⁴ TAR Emilia Romagna, Bologna, 21 marzo 2014, n. 306.

¹⁵ TAR Toscana, sez. II, 30 novembre 2011, n. 2077.

posito dell'eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 cod. civ., a proposito di un accordo che contrapponeva gli obblighi di bonifica di un privato al rilascio di autorizzazioni commerciali ed edilizie¹⁶, nonché a proposito dell'art. 1467 cod. civ. in materia di concessioni¹⁷.

Ed è proprio quest'ultimo un precedente molto importante per l'analisi che si va svolgendo. In esso il Consiglio di Stato ha escluso che la qualifica in termini di "contratto" della concessione amministrativa potesse comportare, di per sé, la diretta applicazione delle norme del codice civile. Tuttavia, dovendo esser ricompresa la concessione nell'ambito applicativo dell'art. 11 cit. dedicato agli accordi, valorizzando in ciò la componente convenzionale delle c.d. concessioni-contratto, è fatta salva l'applicazione dei principi del codice civile. Tali principi devono però rispettare i limiti di compatibilità e quindi devono scontare quel necessario adattamento che dipende dalla «immanente presenza dell'esercizio di potestà pubbliche» e dalle «finalità di pubblico interesse cui le stesse sono teleologicamente orientate». Su queste premesse, si è ritenuto applicabile al rapporto di concessione il principio che si desume dall'art. 1467, purché però sussista effettivamente sia un evento straordinario sia un evento imprevedibile e purché si vada oltre l'alea normale, la quale ultima – ricorda il Consiglio di Stato – include solitamente anche fluttuazioni accentuate quando non siano effettivamente dovute a situazioni davvero straordinarie del mercato.

6. *Impossibilità sopravvenuta della prestazione e articolo 1463 cod. civ.*

Questi precedenti consentono di affermare che alle ipotesi esaminate in questo scritto si potranno applicare anche i principi desumibili dalle norme del cod. civ. che siano pertinenti al caso.

Segnatamente, si richiamano sia il già citato art. 1467 cod. civ. in tema di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta sia l'art. 1463 cod. civ. in tema di risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Partiamo da quest'ultimo articolo, perché il principio da esso desumibile potrebbe adattarsi alla prima delle evenienze ricordate nel primo paragrafo: quella in cui il concessionario abbia dovuto interrompere in tutto o in parte la prestazione a causa di quel *factum principis* costituito dall'ordine amministrativo derivante da un DPCM o da ordinanze di altra autorità amministrativa.

¹⁶ Cons. Stato, sez. IV, 18 aprile 2015, n. 1894.

¹⁷ Cons. Stato, sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653. Sull'impatto della forza maggiore sulla convenzione di concessione, può essere altresì menzionata Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2013, n. 2205.

Il caso in questione potrebbe effettivamente rientrare nel concetto di impossibilità e, per la precisione, in una impossibilità giuridica della prestazione¹⁸.

La disposizione del codice civile appresta in questo caso un rimedio di tipo risolutorio e stabilisce che la parte che non ha eseguito la prestazione per causa sopravvenuta a sé non imputabile è liberata, ma non può chiedere la controprestazione e, se l'avesse già ricevuta, deve restituirla secondo le norme sulla ripetizione d'indebito. In caso di impossibilità parziale, ai sensi dell'art. 1464 cod. civ., l'altra parte ha diritto ad una riduzione della prestazione dovuta e può anche recedere dal contratto se non abbia un interesse apprezzabile alla prestazione parziale.

Il principio che si trae dall'istituto è una naturale conseguenza dell'effetto liberatorio dall'adempimento generato da un'impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore. Questi è liberato, ma nel congegno del contratto a prestazioni corrispettive questo evento traumatico non può che reagire anche sul sinallagma funzionale e quindi sulla controprestazione, la quale ultima non è più dovuta. Sicché il contratto non può che sciogliersi.

L'adattamento del principio di diritto al nostro caso implicherebbe, anzitutto, che il concessionario non possa esser ritenuto responsabile per inadempimento a causa dell'interruzione delle prestazioni. Questo è un effetto certamente condivisibile e perfettamente compatibile con la situazione che si è determinata a causa dell'emergenza pandemica. Anzi, è una conseguenza ovvia e l'ovvietà è tantopiù dimostrata dalla circostanza che sul piano dell'apprezzamento sociale la forza delle misure di contenimento non avrebbe mai potuto giustificare una soluzione contraria, ché avrebbe addirittura prodotto una grave violazione di norme di diritto amministrativo o addirittura un illecito penale a carico del concessionario.

Vi sono d'altra parte anche norme speciali che sono state dedicate durante l'emergenza a situazioni certamente meno scontate di quella qui considerata ed esse hanno appunto seguito la logica di escludere l'inadempimento. Ad esempio, va ricordato l'art. 3, comma 6 *bis*, del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, il quale stabilisce che «il rispetto delle misure di contenimento... 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»

L'ulteriore effetto che dovrebbe derivare dallo schema degli articoli 1463 e ss. è che il concessionario non avrebbe diritto a pretendere il pagamento del prezzo dovuto dal concedente né, più in generale a richiedere indennizzi o il riequilibrio patrimoniale a causa del mancato incasso dei ricavi dagli utenti. La logica è,

¹⁸ Nel senso che la liberazione per causa di impossibilità non imputabile non potrebbe operare ai fini dell'art. 1463 cod. civ. qualora il contraente offrisse una prestazione di cui colpevolmente non sa prevedere l'impossibilità, R. Sacco, in P. Rescigno (diretto da) *Trattato di diritto privato*, vol. X, Milano 2018, 651.

appunto, quella risolutoria: il concessionario sarebbe sì liberato, ma non avrebbe nulla a pretendere né potrebbe dolersi dei mancati ricavi.

Questa seconda parte del principio di diritto civile desumibile dall'art. 1463, però, è dubbio possa essere applicata al caso di specie, sino a negare che possa esistere una qualche pretesa del concessionario ad un ristoro economico.

In primo luogo, non si può affatto escludere che il *factum principis* abbia inciso negativamente sulle modalità di ammortamento degli investimenti né che il concessionario abbia continuato a sostenere i costi legati al mantenimento del complesso aziendale. Al di là della interruzione della prestazione divenuta impossibile, insomma, ben possono esservi altre voci economiche che hanno pesato sui conti del concessionario che non sono compensati dalla automatica interruzione della controprestazione del concedente. Sicché potrebbe esser constatata un'alterazione del PEF e questo sarebbe dipeso indubbiamente da un evento non prevedibile. In altre parole, i due criteri individuati dall'art. 165, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 potrebbero dirsi soddisfatti e questo porrebbe il rapporto in una dimensione diversa da quella di cui tiene conto l'art. 1463. In secondo luogo, non va dimenticata la proiezione trilaterale del rapporto di concessione e la circostanza che continuità del servizio – destinato a riprendere subito dopo la sospensione – e qualità di esso rimangono elementi che contraddistinguono la concessione, connotandola in chiave pubblicistica. Il che rilancia il bisogno di verificare se e quanti pregiudizi economici abbia effettivamente prodotto la sospensione del rapporto a carico del concessionario ed apre le porte ad una pretesa economica di riequilibrio.

Del resto, ad un approdo simile mi sembra possa giungere una delle disposizioni speciali emanate durante l'emergenza, la quale dimostra, per l'appunto, di tener conto anche del bisogno di salvaguardare il valore dell'impresa colpita dall'emergenza sanitaria, lì dove esclude non soltanto l'applicazione di penali che sarebbero conseguenza di un inadempimento imputabile, ma anche le «decurtazioni di corrispettivo» a danno del concessionario¹⁹. Mentre per le penali la norma potrebbe ancora spiegarsi con la volontà di non ritenere inadempiente colui che non avesse eseguito la prestazione perché la sospensione gli era stata imposta con atto avente forza di legge e con provvedimento amministrativo, nel senso che non si può subire la penale quale conseguenza dell'inadempimento, cosa diversa è questa espressione. Il fatto che, a fronte della mancata esecuzione della prestazione, non si subisca alcuna «decurtazioni di corrispettivo» sembra che possa significare proprio che la controprestazione resti – in tutto o in parte – dovuta.

¹⁹ L'art. 92, comma 4 *bis* del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 ha previsto che, al fine di contenere gli effetti negativi dell'emergenza epidemiologica e delle misure di contrasto sui gestori di servizi di trasporto pubblico locale e regionale e di trasporto scolastico, «non possono essere applicate dai committenti dei predetti servizi, anche laddove negozialmente previste, decurtazioni di corrispettivo, né sanzioni o penali in ragione delle minori corse effettuate o delle minori percorrenze realizzate».

Inoltre, proprio con riferimento al citato articolo 3, comma 6 *bis*, del d.l. n. 6 del 2020, vi sono state interpretazioni che sembrano andare oltre la logica della vera e propria impossibilità sopravvenuta, sino a conferire a questa disposizione una valenza tale da legittimare forme riparatorie di riequilibrio del rapporto contrattuale. Così, si è ritenuto rilevante il richiamo all'art. 1223 cod. civ. oltre che all'art. 1218. Tale richiamo potrebbe avere un preciso significato, ossia il voler attribuire al giudice un potere equitativo che gli consenta di valutare in termini diversi dal contenuto dell'art. 1223 non il risarcimento del danno, ma il contenuto del rapporto contrattuale nell'ipotesi in cui la prestazione non sia divenuta impossibile, ma per il rispetto delle misure di contenimento sia divenuta particolarmente onerosa²⁰.

7. *Eccessiva onerosità sopravvenuta e articolo 1467 cod. civ.*

Sembra tuttavia statisticamente più rilevante per i casi qui esaminati l'impatto prodotto dall'art. 1467 cod. civ. e dall'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

L'ipotesi in cui il concessionario abbia sofferto durante la *lockdown* od anche nella fase di prima ripartenza una consistente riduzione dei ricavi ben potrebbe rientrare nello spazio applicativo di questa disposizione. Che l'emergenza dovuta all'epidemia costituisca sia un evento straordinario sia un evento imprevedibile è fuori discussione, dato che si tratta della prima pandemia occorsa in questa scala da circa un secolo ad oggi e che le conseguenze che ha determinato sulla vita dei cittadini italiani e degli abitanti dell'intero globo non hanno precedenti. Basti pensare alla chiusura di pressoché tutte le attività produttive e commerciali e delle scuole ed università, che erano rimaste aperte anche durante i difficili anni della seconda guerra mondiale. Sebbene l'articolo 1467 sia stato sottoposto in passato ad un'interpretazione anche severa, che pretendeva la dimostrazione puntuale e separata sia del carattere straordinario (ad esempio una guerra mondiale) sia dell'imprevedibilità dell'evento (ad esempio, le sue conseguenze economiche, da dimostrare come protrattesi oltre le ragionevoli previsioni), il nostro caso si colloca stabilmente oltre ogni dubbio, vista l'assoluta eccezionalità e gravità dell'evento.

Sicché, quando l'alterazione economico-finanziaria andasse oltre le soglie della eccessiva onerosità, si dovrebbe estrapolare dalla disposizione il suo principio ed applicarlo al nostro caso.

²⁰ Cfr. M. Zaccheo, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giustizia civile.com*, 21 aprile 2020.

Non si deve trascurare che l'art. 1469 nega l'applicazione della risoluzione per eccessiva onerosità ai contratti aleatori, come ricordato poc'anzi. Tuttavia, l'interpretazione prevalente e più convincente è che questa disposizione non intenda sottrarre all'istituto ogni contratto aleatorio *tout court*, ma solo esplicitare che l'evento dev'essere di portata tale da eccedere il tipo di alea accettata in concreto e nello specifico caso dalle parti al momento della stipula dell'accordo²¹. Il contratto aleatorio non è una mera scommessa ed è meritevole comunque di rimedi contro la perturbazione dei rischi, previsti, non a caso, anche nei contratti di assicurazione *ex artt.* 1897 e 1898 cod. civ.; sicché colui che si è caricato un rischio non può vedersi negato ogni rimedio per il verificarsi di eventi dannosi connessi con rischi ulteriori²².

Ancora una volta la portata dell'evento di cui discutiamo sembra tale da escludere che quest'ultima disposizione possa ostacolare la trasposizione del principio che dà spazio alla rilevanza dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. L'alea convenuta dalle parti non aveva di certo compreso un evento di simile portata²³.

Che sia utile interrogarsi sull'applicazione dell'art. 1467 cod. civ. al nostro caso è dimostrato, tra l'altro, da due circostanze: dal fatto che potrebbero esservi clausole convenzionali che in qualche misura possano essere ritenute limitative del rimedio già previsto dall'art. 165 del codice dei contratti pubblici, nonché dal fatto che esistono dei dubbi interpretativi, come detto, circa la forza cogente di quella mera facoltà («può») che l'art. 165 evoca come preludio alla revisione del PEF in senso favorevole al concessionario. L'istituto dell'art. 1467, in quanto mira al riequilibrio del sinallagma, ben potrebbe essere invocato con la sua forza imperativa sia per superare clausole di tal fatta sia per confermare l'esistenza di una pretesa giuridicamente azionabile da parte del concessionario.

Si tratta perciò di vedere quale principio sia ricavabile dall'art. 1467 cod. civ.

²¹ Cfr. Cfr. A. Riccio, *Eccessiva onerosità*, in Commentario Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano, Bologna, 2010, 516 ss.; nonché G. Accardo, *L'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione nei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, il quale ricorda come la giurisprudenza ha prestato grande attenzione alle specifiche pattuizioni stabilite dai contraenti.

²² Sottolinea la diversità tra il contratto aleatorio ed una mera scommessa e l'importanza di un concetto di «razionalità» dell'alea, D. Maffei, *Alea giuridica e calcolo del rischio nella scommessa legalmente autorizzata di swap*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1096 ss.

²³ Qualora invece si trattasse di un contratto di concessione affidato quando la pandemia fosse già sopraggiunta e non ancora definitivamente cessata, ad esempio nella c.d. fase due o nella fase tre, il rischio di un suo ritorno purtroppo non si potrebbe dire imprevedibile, né ai fini dell'art. 165 cit. né ai fini dell'art. 1467 cod. civ. Questo significa che le amministrazioni dovranno aver cura di congegnare i bandi in maniera da tener conto di tale circostanza. Se l'incombente del predetto rischio rendesse troppo difficili le valutazioni degli offerenti e troppo ampia l'oscillazione tra un'offerta redatta tenendo conto del rischio Covid-19 per un dato arco di tempo ed una redatta senza tenerne conto o tenendone conto per un lasso di tempo nettamente minore, la p.a. potrebbe allora esplicitamente redigere un bando recante una clausola di applicazione del principio della revisione al caso del protrarsi delle difficoltà derivanti dalla pandemia, qualificando convenzionalmente come "non prevedibile" un tale rischio.

Il quesito, a sua volta, intreccia due questioni distinte e sulle quali il dibattito tra gli studiosi di diritto privato è sempre stato molto acceso: (i) se effettivamente l'articolo 1467 possa esprimere un principio generale, che sia quindi compatibile con la concessione amministrativa; (ii) se tale principio introduca solo un rimedio di tipo risolutorio o se ne possa anche includere uno diverso, che si possa sostanziare in un diritto alla revisione contrattuale a favore del concessionario, o per meglio dire un diritto al riequilibrio del piano economico e finanziario²⁴.

8. *Segue. L'art. 1467 cod. civ. e i principi generali in materia di obbligazioni e contratti*

Partiamo dal primo punto e chiediamoci se dall'art. 1467 cod. civ. derivi un principio generale adattabile ai rapporti di natura concessoria.

Come si è detto, la giurisprudenza amministrativa nel 2016 ha già dato una risposta positiva al quesito. Nondimeno, mi sembra utile approfondire il tema.

L'articolo 1467 cod. civ. è sicuramente norma di rara applicazione, perché viene in gioco solo in concomitanza con eventi straordinari e imprevedibili. È norma concepita per provvedere a situazioni davvero eccezionali. I casi di applicazione della disposizione acquistano un valore storico. Tuttavia, quando tali situazioni si verificano, essa è destinata a campeggiare, attirando la molteplicità di situazioni concrete che dalla straordinarietà sono interessate. Ed è pertanto norma che esprime un corrispondente principio generale, che potremmo racchiudere in questa sintesi: quando sopraggiunge l'evento straordinario e imprevedibile ed esso è tale da alterare l'equilibrio del sinallagma contrattuale sino a determinare l'eccessiva onerosità di una delle due prestazioni, l'ordinamento reagisce sino a intaccare il principio di relatività e vincolatività degli effetti del contratto tra le parti di cui all'art. 1372, comma 1, cod. civ.

La disposizione sull'eccessiva onerosità è la risultante di un lavoro antichissimo, che trova riscontro nella Relazione al Re, secondo la quale con l'art. 1467 cod. civ. «si introduce in modo espresso e in via generale il principio dell'implicita soggezione dei contratti con prestazioni corrispettive alla clausola *rebus sic stantibus*, sulle tracce del diritto comune, e, quindi, in collegamento con una tradizione prettamente italiana». Una tradizione che risale addirittura alle riflessioni di Bartolo da Sassoferrato²⁵.

Deve prendersi atto, adesso, che si è partiti un dibattito tra gli studiosi di diritto civile, che ha visto contrapporsi proprio coloro che, da un lato, sostengo-

²⁴ Cfr. A. Riccio, *Eccessiva onerosità*, cit., 23 ss.

²⁵ Bartolo, *Opera omnia*, Venetiis, 1603, II, citato da Riccio, *op. cit.* 3.

no che l'art. 1467 abbia voluto codificare un principio generale, e chi, dall'altro lato, ritiene invece che abbia perlopiù solo voluto introdurre un rimedio specifico. Un dibattito che, per molti versi, può dirsi ancora attuale.

Questo dibattito distingue, a sua volta, chi predilige un criterio oggettivo di interpretazione della norma, che rimanda al criterio *rebus sic stantibus* accettando l'espansione di un principio generale che mira al riequilibrio tra le prestazioni e all'equa distribuzione dei rischi sopravvenuti, e chi invece preferisce un approccio di tipo soggettivo, che parte dal principio *pacta sunt servanda* e rimane ad esso tendenzialmente più legato e che pertanto legge nell'art. 1467 un rimedio strutturato su requisiti puntuali, solo ricorrendo i quali è possibile attivare le specifiche conseguenze che incidono sulla stabilità del contratto²⁶.

Un tale dibattito, tuttavia, non implica a mio avviso che tale alternanza di opinioni debba, a sua volta, riflettersi automaticamente sulla possibilità di utilizzare il combinato disposto tra l'art. 11 della legge n. 241 del 1990 e l'art. 1467 cod. civ. e che quindi detta alternanza – con i dubbi che reca in sé – possa impedire a monte l'enucleazione di un principio generale, da utilizzare a fini pubblicistici e per la regolazione di un accordo tra p.a. e privato. Infatti, nel nostro caso l'estrapolazione del principio è operazione che compete all'interprete sul terreno specifico dell'art. 11 cit. Si vuol dire che pressoché ogni norma del codice civile in materia di obbligazioni e di contratti è teoricamente suscettibile di dar vita ad un principio, lì dove il principio, al posto dell'asettica applicazione dell'intero articolo, è proprio quel materiale flessibile che serve ad adattare la regola civilistica all'accordo pubblicistico secondo le sue proprie esigenze ed appunto nei limiti di compatibilità. Insomma, non è decisivo per noi che il 1467 sia in senso proprio principio generale o rimedio specifico in campo civilistico. Dalla norma potremo comunque trarre un principio utilizzabile per l'accordo di diritto pubblico, nei limiti della compatibilità con i caratteri che quel dato accordo presenta.

È dunque solo per dare maggior sostegno a questa conclusione che ricordo quanto sostenuto in passato dalla Corte di cassazione.

La Corte, dopo aver ricordato che ai sensi dell'art. 12 delle preleggi il giudice che è chiamato a decidere una controversia relativa ad un rapporto giuridico anomalo che non trovi disciplina nell'ordinamento deve far ricorso ai principi generali, ha affermato che fra questi principi vi è quello che corrisponde al principio *rebus sic stantibus* cui si ispira l'art. 1467: principio secondo il quale, a pare-

²⁶ Spiega, con ampi richiami dottrinali, come tale dibattito abbia registrato una tendenza a favorire una posizione di tipo oggettivo, pur se nell'ulteriore variante che ha visto contrapporsi al suo interno una teoria dell'attuabilità – che presuppone che una data prestazione non possa più essere richiesta dal creditore quando sia divenuta eccessivamente gravosa per il debitore che ha assunto l'obbligo – e una teoria dell'equilibrio – alla quale sembra alla fine riportarsi la giurisprudenza – secondo la quale ciò che conta è l'oggettivo squilibrio patrimoniale tra le due prestazioni, Accardo, *L'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit.

re della Corte, un rapporto giuridico patrimoniale non può essere mantenuto in vita quando siano venute meno, in misura notevole, le condizioni di equilibrio sulle quali esso è sorto²⁷.

Sempre a favore della configurazione di un principio generale può infine esser citato il tradizionale orientamento che ha poggiato le basi della teoria della presupposizione – intesa come condizione sospensiva o risolutiva non sviluppata nel contratto – proprio sulla clausola *rebus sic stantibus* desunta dall'art. 1467 cod. civ. Talmente generale quindi sembra il principio posto dall'art. 1467, che vi potrebbe trovare aggancio un istituto non regolato dal codice, ma di grandissima importanza pratica e sistemica, come la presupposizione²⁸.

9. *Segue. L'art. 1467 cod. civ. e il diritto del concessionario al riequilibrio economico-finanziario*

Una volta ammesso che, ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990, sia possibile enucleare un principio corrispondente all'art. 1467 cod. civ. e che esso possa trovare applicazione a casi come quelli presi in esame in questo scritto, possiamo passare al secondo interrogativo ed esplorare quali contenuti debba avere il relativo rimedio nel rapporto di concessione di servizi.

Se si trattasse solo di applicare la risoluzione per eccessiva onerosità, l'impatto applicativo al nostro problema sarebbe piuttosto marginale. Esistono altre disposizioni nel codice dei contratti pubblici dedicate alla risoluzione. Poi, è discutibile che i tempi necessari ad ottenere la risoluzione, in costanza del principio per cui il servizio pubblico non può essere interrotto, possano soddisfare le esigenze patrimoniali del concessionario e ripararne il pregiudizio. Infine, è verosimile che anche dal punto di vista della p.a. non sia questa la soluzione migliore. Sicché è da esplorare se il principio possa andare oltre la risoluzione e direttamente fondare un diritto alla revisione economico-patrimoniale del rapporto di concessione.

Quando il codice civile è entrato in vigore, molto si era discusso a proposito del tipo di rimedio da apprestare nei casi di eccessiva onerosità: se un congegno di risoluzione o un diritto al mantenimento del contratto e alla revisione delle sue pattuizioni. Un'alternativa, questa, nella quale come si vede si percepisce ancora una volta la distinzione tra teoria soggettiva o teoria oggettiva nella ricostruzione dello strumento.

²⁷ Cass. 11 novembre 1986, n. 6584, *Foro it.*, 1987, I, 2177.

²⁸ Su tali profili, cfr. Cass. civ., sez. III, 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, parte prima, 1177 ss., con nota di F. Azzarri, *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili: il revirement della Suprema Corte*.

È prevalsa la prima soluzione ed è stata scelta la risoluzione. Tuttavia altre norme, e soprattutto l'art. 1664 cod. civ. in materia di appalto, hanno dato parimenti spazio al principio della revisione del contratto. E il diritto alla revisione dell'appaltatore ha visto significative applicazioni proprio nel caso degli appalti stipulati dalla p.a. (la cui contiguità normativa alla concessione di servizi non può esser qui sottovalutata). Inoltre, non si deve neppure trascurare che il metodo della revisione e del mantenimento del contratto affiora nello stesso comma 3 dell'art. 1467, attraverso il sistema della riduzione ad equità.

Una parte della dottrina, infine, tende non soltanto a trarre dall'art. 1467 un principio generale, ma anche a leggere questa disposizione in una con il principio generale di solidarietà previsto dall'art. 2 Cost. e con il principio di buona fede oggettiva e correttezza nelle relazioni contrattuali (art. 1375 cod. civ.). La clausola di buona fede è letta non solo come fonte di integrazione del contratto, ma pure come limite generale dell'autonomia dei privati e addirittura come strumento di controllo del contenuto, dell'equilibrio e della congruità causale del contratto²⁹. Si postula, così, anche l'applicazione analogica dell'art. 1384 cod. civ. e l'affermazione di un potere del giudice di ricondurre ad equità quelle clausole e quei contratti manifestamente squilibrati³⁰.

Ne deriverebbe una sintesi che sicuramente aprirebbe, a tali condizioni, il varco a un diritto alla revisione della parte che abbia subito l'eccessiva onerosità.

Queste tendenze interpretative incontrano le obiezioni di chi, viceversa, preferisce frenare circa l'attribuzione di poteri "straordinari" al giudice e rimanere più saldamente ancorato alla configurazione risolutoria dell'eccessiva onerosità. Il valore del *pacta sunt servanda* e la scelta di fondo del legislatore a favore della risoluzione, pur se con parallele soluzioni aperte al diritto alla revisione come quella dell'art. 1664, suggerirebbero una soluzione diversa³¹.

Questo tipo di cautela è più che comprensibile sul piano del diritto privato. Terreno sul quale, evidentemente, non mi spingo oltre.

Tuttavia, è da chiedersi se, affacciandosi al diritto pubblico e al caso nostro, non sia possibile trovare argomenti ulteriori che servano decisamente a trarre

²⁹ Riccio, *Eccessiva onerosità* cit., 12 ss. Sul ruolo del giudice e sull'equità, da utilizzare sempre come fattore che riconduca il rapporto ad equilibrio *ex art.* 1467, comma 3, cod. civ., cfr. E. Gabrielli, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, *Contr. impr.*, 1995.

³⁰ Riporta questa tendenza oggettivista, di sostanziale riduzione del valore volontaristico dell'autonomia privata, proprio di alcuni orientamenti della dottrina del diritto privato italiana – e sulla quale comunque penso si debba riflettere adeguatamente, tenendo in debita considerazione le tesi contrarie –, per trarne spunti ricostruttivi anche sul fronte del diritto pubblico A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, 371 ss.

³¹ Cfr. Zaccheo, *op. cit.*, nonché il medesimo autore in occasione del citato Webinar di Risorgimento giuridico *Concessioni e contratti pubblici di durata al tempo di Covid-19*, 11 maggio 2020, reperibile presso il sito della Fondazione Cesifin Alberto Predieri. Sul punto anche C. Chessa, *Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, in *Riv. dir. civ.* 2006, 439 ss., in part. 462.

dall'art. 1467 anche il fondamento di una pretesa alla revisione del rapporto concessorio in capo al concessionario.

Lo scenario offerto dal diritto amministrativo e dal carattere multipolare del rapporto, specie se combinato – come sembra inevitabile – con l'istituto del servizio pubblico, potrebbe decisamente orientare verso questa maggiore ampiezza del rimedio.

In primo luogo, si deve tener conto del principio di continuità del servizio e dell'impossibilità che esso venga interrotto, nonostante il sopraggiungere di eventi anche molto gravi e capaci di generare alterazioni insopportabili sul piano economico e finanziario per il concessionario. Quella risolutoria potrebbe rivelarsi una cura decisamente inadatta e non è casuale, del resto, che l'art. 165 incentri la sua attenzione proprio sulla revisione del PEF nel caso in cui venga meno l'equilibrio.

In secondo luogo, la tesi soggettiva nell'interpretazione dell'art. 1467 cod. civ. e le remore rispetto a troppo ampie applicazioni del canone di buona fede oggettiva, sembrano adatte ad un rapporto bilaterale tipico del diritto privato, ma potrebbero rivelarsi meno acconce ad un rapporto concessorio di tipo trilaterale.

La multipolarità del potere pubblico che previamente assume la cura e garanzia del servizio pubblico incide su interessi che vanno ben oltre la bilateralità concedente-concessionario, dimostrando che la visione propria del diritto UE della concessione come contratto è solo parziale e consona esclusivamente alla questione dell'iniziale metodo di selezione del contraente. L'interesse pubblico tocca la sfera soggettiva degli utenti e richiede sia la continuità del servizio sia – nei limiti del possibile – il mantenimento della sua qualità. Il che, però, sposta l'asse rimediale decisamente verso il diritto alla revisione piuttosto che verso la mera risoluzione. La distribuzione delle conseguenze negative del rischio dovuto alla sopravvenienza imprevedibile deve coinvolgere (e proteggere) anche gli utenti e questo suggerisce la strada del diritto alla revisione. Servirebbe a poco gravare un concessionario della prosecuzione del servizio se non riuscisse più ad assicurare lo *standard* necessario della prestazione. La protezione degli utenti – se davvero rimane un obiettivo da preservare – non può che imporre il ritorno, a condizioni date, alla fiscalità generale.

In terzo luogo, anche le regole di diritto pubblico ed europeo che impongono che la scelta del concessionario sia fatta mediante un procedimento di gara e nel rispetto della *par condicio* potrebbero influenzare la soluzione di questo problema. È principio pacifico quello che impedisce – o comunque limita – al concedente di rinegoziare e modificare il contratto in corso di svolgimento, perché altrimenti si rischierebbe di introdurre clausole di favore per il concessionario e/o miglioramenti di vario genere che sarebbero così occultati alla celebrazione della gara. Il divieto di rinegoziazione tutela coloro che hanno partecipato al procedimento selettivo, perché costoro, se avessero avuto contezza di tali prospettive di

modifica, avrebbero potuto valutare l'offerta pubblica di un contratto differente da quello effettivamente ponderato in gara e formulare quindi, a loro volta, una proposta diversa da quella a suo tempo riversata in gara³². Ebbene, un tale principio dovrebbe avere una sua applicazione speculare a vantaggio del concessionario. Dato che l'obiettivo è quello di mantenere tendenzialmente integro il quadro contrattuale – e l'equilibrio economico finanziario – in relazione al quale la gara si è conclusa, così come sono vietate rinegoziazioni a favore del concessionario che possano “spiazzare” gli altri originari partecipanti, allo stesso modo si dovrebbero evitare quelle modifiche *in pejus* che sono provocate in via di fatto dalle sopravvenienze straordinarie e imprevedibili al momento della competizione e che danneggiano la posizione del concessionario stesso. Sicché si renderebbe opportuno, se non necessario, un adeguamento del PEF.

Queste considerazioni inducono così a concludere che il principio desumibile dall'art. 1467 cod. civ. è quello che fonda un diritto del concessionario ad un ragionevole riequilibrio economico finanziario, mediante adeguate forme di ristoro economico, tra le quali sicuramente si può supporre l'intervento di erogazioni finanziarie e quindi maggiori corrispettivi da parte del concedente.

Il legislatore, d'altra parte, ha iniziato ad effettuare stanziamenti a beneficio di settori che vedono la presenza proprio di concessionari di servizi³³. Nonostante la possibile diversità soggettiva dell'amministrazione che effettua lo stanziamento (lo Stato) e l'amministrazione concedente, è verosimile che tali flussi potranno essere indirizzati e ripartiti proprio secondo criteri di riequilibrio dei rapporti di concessione e dei relativi piani economico finanziari.

³² Il divieto di rinegoziazione è principio ormai stabile della disciplina della c.d. evidenza pubblica esterna. Tra le molte occasioni in cui è stato utilizzato dalla giurisprudenza si ricorda il caso in cui venne messo a punto nel modo forse più netto, relativo alla Centrale del latte di Roma: Cons. Stato, sez. V, 1° marzo 2010, n. 1156.

³³ Si menziona, ad esempio, l'art. 200 del d.l. n. 34 del 2020, noto come Decreto Rilancio, recante «Disposizioni in materia di trasporto pubblico locale», il quale così dispone: ««1. Al fine di sostenere il settore del trasporto pubblico locale e regionale di passeggeri oggetto di obbligo di servizio pubblico a seguito degli effetti negativi derivanti dall'emergenza epidemiologica da COVID-19, è istituito presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti un fondo con una dotazione iniziale di 500 milioni di euro per l'anno 2020, destinato a compensare la riduzione dei ricavi tariffari relativi ai passeggeri nel periodo dal 23 febbraio 2020 al 31 dicembre 2020 rispetto alla media dei ricavi tariffari relativa ai passeggeri registrata nel medesimo periodo del precedente biennio. Il Fondo è destinato, nei limiti delle risorse disponibili, anche alla copertura degli oneri derivanti con riferimento ai servizi di trasporto pubblico locale e regionale dall'attuazione delle misure previste dall'articolo 215 del presente decreto. 2. Con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottarsi entro trenta giorni decorrenti dalla data di entrata in vigore della presente decreto, previa intesa in sede di Conferenza Unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono stabiliti i criteri e le modalità per il riconoscimento della compensazione di cui al comma 1 alle imprese di trasporto pubblico locale e regionale, alla gestione governativa della ferrovia circumetnea, alla concessionaria del servizio ferroviario Domodossola confine svizzero, alla gestione governativa navigazione laghi e agli enti affidanti nel caso di contratti di servizio *grosscost*. Tali criteri, al fine di evitare sovracompenzazioni, sono definiti anche tenendo conto dei costi cessanti, dei minori costi di esercizio derivanti dagli ammortizzatori sociali applicati in conseguenza dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, dei costi aggiuntivi sostenuti in conseguenza della medesima emergenza».

Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario

Il presente lavoro si interroga sulle conseguenze che potrà determinare la pandemia da Covid-19 sui rapporti di concessione di servizi, sia in relazione agli effetti immediati delle misure di contenimento e di forzosa interruzione dell'attività sia in relazione ai riflessi concreti che la pandemia stessa ha determinato e verosimilmente continuerà a determinare nei comportamenti degli utenti del servizio e, segnatamente, sui volumi dei ricavi. Il riequilibrio economico finanziario viene considerato, potenzialmente, come l'oggetto di una pretesa giuridicamente fondata, a condizioni date, in capo al concessionario. Per giustificare questa conclusione lo scritto parte dall'esaminare la disciplina del c.d. Codice dei contratti pubblici, in particolare l'art. 165 del d.lgs. n. 50 del 2016 e la sua gestazione, e si spinge sino a valutare le ricadute su questo tema delle norme del codice civile e dei relativi principi generali, i quali filtrano attraverso la previsione dell'articolo 11 della legge n. 241 del 1990. Uno dei punti cruciali del ragionamento consiste nel valorizzare sia la multipolarità del rapporto di concessione sia l'interesse pubblico alla continuità e qualità del servizio pubblico da erogare, ciò che induce ad assestare in modo specifico alla materia trattata i rimedi che si possono trarre dal diritto privato.

The consequences of the Covid-19 pandemic on service concessions and on economic and financial balance

This paper questions the consequences that the Covid-19 pandemic may have on service concession relations, both in relation to the immediate effects of the containment and forced interruption measures, and in relation to the concrete effects that the pandemic has entailed and is likely to continue to entail in the behaviour of service users and, in particular, on revenue volumes. The economic and financial rebalancing is considered, potentially, as the object of a legally justified claim, under given conditions, on the part of the concessionaire. In order to justify this conclusion, the writing begins by examining the rules of the so-called Public Contracts Code, in particular Article 165 of Legislative Decree no. 50 of 2016 and its gestation, and goes so far as to assess the effects on this issue of the Civil Code and its general principles, which filter through the provisions of Article 11 of Law no. 241 of 1990. One of the crucial points of the reasoning consists in enhancing both the multipolarity of the concession relationship and the public interest in the continuity and quality of the public service to be provided, which induces remedies that can be drawn from private law to be specifically addressed to the matter under consideration.