

Vincenzo Lopilato

Manuale di diritto amministrativo

Volume II

QUARTA EDIZIONE



Giappichelli

Vincenzo Lopilato

Manuale di diritto amministrativo

Volume II

Obbligazioni, contratti e responsabilità

Parte speciale

Giustizia amministrativa

QUARTA EDIZIONE



Giappichelli

© Copyright 2024 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-7524-580-1 (*Due Volumi indivisibili*)

ISBN/EAN 979-12-211-5260-9 (ebook- pdf)



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

un'opera ritenuta non più utile o vantaggiosa. L'amministrazione non è tenuta, infatti, ad esporre le ragioni che l'hanno portata ad esercitare il diritto potestativo di scioglimento del vincolo contrattuale, né la eventuale motivazione addotta può costituire oggetto di sindacato giurisdizionale, ferma restando, come già esposto, l'applicazione dei principi civilistici sul rispetto della buona fede in senso oggettivo e sul conseguente eventuale abuso del diritto in caso di sua violazione.

42. Modifiche del contratto

Il Codice del 2023 ha disciplinato la fase delle modifiche in sede di esecuzione mediante tre diversi istituti: modifiche del contratto in corso di esecuzione (art. 120), revisione del prezzo (art. 60) e principio di conservazione dell'equilibrio economico-giuridico e rinegoziazione (art. 9)³³⁷.

Prima di analizzare il contenuto delle singole norme è opportuno chiarire la loro natura e il loro rapporto.

Il primo elemento comune alle tre disposizioni è l'applicazione del principio generale di conservazione dell'equilibrio contrattuale di cui all'art. 9, che comporta che qualunque modifica nella fase di esecuzione del contratto deve rispettare l'equilibrio economico-giuridico originario.

Il secondo elemento comune è costituito dalla rinegoziazione nel senso che, come si esporrà oltre, la rinegoziazione costituisce un obbligo per le parti di revisionare il contratto quando si verificano i fatti indicati nelle norme in esame.

La diversità risiede nel fatto che le tre norme in esame disciplinano fattispecie diverse di "sopravvenienze".

La connessione tra le norme risiede nel fatto che in presenza di tali sopravvenienze sorgono obblighi di rinegoziazione, i quali devono essere attuati nel rispetto del principio generale di conservazione dell'equilibrio economico-giuridico.

Si tratta di norme che dovrebbero avere diverse valenze: l'art. 120 contiene la regola generale delle modifiche in corso di esecuzione, l'art. 60 contiene la regola speciale della revisione del prezzo e l'art. 9 contiene un principio generale di conservazione dell'equilibrio economico-giuridico e, al contempo, detta una regola di disciplina dell'obbligo di rinegoziazione.

Tale disciplina costituisce attuazione del diritto europeo, il quale ha posto dei chiari limiti all'autonomia del legislatore statale e delle parti del contratto al fine di evitare che un'eccessiva libertà nella modificazione degli accordi contrattuali "a valle" possa finire per eludere il rispetto delle regole di garanzia "a monte" che presiedono allo svolgimento della procedura amministrativa di scelta del contraente³³⁸.

³³⁷ M.E. Comba, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Giur. it.*, 2023, 1975 ss.

³³⁸ Cons. Stato, comm. spec., parere n. 855 del 2016.

42.1. Modifiche del contratto in corso di esecuzione

Nel Codice del 2016 la disciplina delle modifiche in corso di esecuzione era contenuta nell'art. 106.

Nel Codice del 2023, l'art. 120 contiene la regola generale che contempla diverse fattispecie di sopravvenienze, generiche o puntuali, che si possono verificare nella fase esecutiva e che hanno in comune il dato costituito dal fatto che la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica non devono essere alterate.

La prima fattispecie (comma 1, lett. a) si ha nel caso in cui le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, siano state previste negli iniziali documenti di gara attraverso clausole chiare, precise e inequivocabili.

Si tratta di una disposizione che conferisce un ampio potere discrezionale alle stazioni appaltanti al fine di regolare sopravvenienze che devono avere la caratteristica di essere prevedibili perché, altrimenti, non sarebbe possibile la loro descrizione mediante clausole che, come esposto, devono essere chiare, precise ed inequivocabili.

La seconda fattispecie (comma 1, lett. b) si ha nel caso in cui si siano resi necessari lavori, servizi o forniture supplementari che non erano inclusi nell'appalto iniziale. La condizione di operatività di tale caso è che il cambiamento del contraente produca i seguenti effetti: *i*) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale; *ii*) comporti per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi.

Si tratta, quindi, di una tipizzazione di una definita sopravvenienza.

La terza fattispecie (comma 1, lett. c) si ha nel caso in cui si rendano necessarie varianti in corso d'opera.

Si tratta di una disposizione che tipizza una sopravvenienza indefinita – che il Codice denomina «varianti in corso d'opera» – connessa a presupposti generali.

La sua applicazione richiede che devono essere soddisfatte le seguenti condizioni: *i*) la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore, tra le quali può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti; *ii*) la modifica non altera la natura generale del contratto; *iii*) per i settori ordinari l'aumento del prezzo non eccede il 50% del valore del contratto iniziale (tale condizione è contenuta nel comma 2).

Soltanto in presenza di una variante il Codice prescrive ulteriori adempimenti.

In primo luogo, è necessaria la pubblicazione di un avviso nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea (comma 5, che vale anche per la seconda fattispecie sopra riportata).

In secondo luogo, per i contratti inferiori alla soglia europea le varianti devono essere comunicate dal responsabile unico del progetto all'Osservatorio dei contratti pubblici. Per i contratti che superano la soglia la comunicazione è indirizzata all'Anac.

Se quest'ultima accerta l'illegittimità della variante esercita i poteri di impugnazione di cui all'art. 222 [par. 11.3]. Nel caso, invece, di inadempimento agli obblighi di comunicazione e trasmissione delle varianti l'Anac applica sanzioni amministrative pecuniarie di cui al suddetto art. 222.

La quarta fattispecie (comma 1, lett. d) si ha nel caso in cui emergano esigenze di modifiche soggettive che impongono, appunto, la sostituzione dell'originario contraente con un nuovo contraente. Ciò è consentito in presenza di una delle seguenti circostanze: *i*) la sostituzione è contenuta in una clausola di revisione del contratto chiara, precisa e inequivocabile; *ii*) all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del Codice; *iii*) nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori.

La quinta fattispecie (comma 1, lett. e) si ha nel caso in cui le modifiche non siano sostanziali.

Le stazioni appaltanti possono stabilire nei documenti di gara soglie di importi per consentire le modifiche. La valenza non sostanziale della modifica si desume dall'indicazione dei casi in cui la modificazione è essenziale ed è tale quando essa «*altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti*».

La stessa disposizione aggiunge che una modifica si considera in ogni caso sostanziale se sono soddisfatte una o più delle seguenti condizioni: *i*) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione; *ii*) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale; *iii*) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto; *iv*) il nuovo contraente sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lett. d).

La sesta fattispecie (comma 2) si ha nel caso in cui si realizzino modifiche quantitative che si collocano al di sotto: *i*) delle soglie di rilevanza europea; *ii*) del 10% del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e forniture e del 15% per i contratti di lavori. Si prescrive, però, che «*la modifica non può alterare la natura complessiva del contratto o dell'accordo quadro*». Infine, si prevede che «*qualora la necessità di modificare il contratto derivi da errori o da omissioni nel progetto esecutivo, che pregiudicano in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, essa è consentita solo nei limiti quantitativi*» sopra indicati, «*ferma restando la responsabilità dei progettisti esterni*».

La settima fattispecie è quella della rinegoziazione disciplinata all'art. 9 nell'ambito dei principi generali. Si prevede, infatti, che «*il contratto è sempre modificabile ai*

sensi dell'articolo 9 e nel rispetto delle clausole di rinegoziazione contenute nel contratto» [per l'analisi di tale disposizione si v. il successivo paragrafo 42.3]. Questa norma spiega la connessione tra le diverse norme in esame.

Il Codice, infine, disciplina la cd. modifica del quinto (comma 9), disponendo che «nei documenti di gara iniziali può essere stabilito che, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, la stazione appaltante possa imporre all'appaltatore l'esecuzione alle condizioni originariamente previste». Si specifica che «in tal caso l'appaltatore non può fare valere il diritto alla risoluzione del contratto».

42.2. Revisione dei prezzi

L'art. 60 contiene una regola specifica, disponendo – in attuazione di uno specifico criterio previsto nella legge delega – l'inserimento obbligatorio nei documenti di gara iniziali delle clausole di revisione dei prezzi.

Tali clausole: *i*) non apportano modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell'accordo quadro; *ii*) si attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva che determinano una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al cinque per cento dell'importo complessivo e operano nella misura dell'ottanta per cento della variazione stessa, in relazione alle prestazioni da eseguire.

Il Codice ha individuato, per effettuare la revisione dei prezzi, indici sintetici elaborati dall'Istat.

42.3. Principio di conservazione dell'equilibrio economico-giuridico e rinegoziazione nel diritto privato

L'art. 9 contiene un principio generale, una regola e un rimedio.

Prima di esaminare il contenuto occorre ricostruire l'istituto della rinegoziazione sul piano civilistico.

Con il termine rinegoziazione si identifica l'operazione attraverso la quale le parti ridefiniscono il contenuto del regolamento contrattuale a seguito di sopravvenienze idonee ad incidere sull'equilibrio economico-giuridico prefissato al momento della stipulazione del contratto [par. 27]. Più precisamente, l'espressione identifica, normalmente, la clausola inserita in un contratto di durata con la quale le parti prevedono un "obbligo di rinegoziazione" nel caso di sopravvenienze.

Si tratta di una tecnica di gestione del rischio legato al mutamento delle circostanze intervenute nella fase di esecuzione del vincolo contrattuale³³⁹ che permette di conservare il rapporto modificato, evitando il ricorso a rimedi risolutivi.

³³⁹ Nella dottrina italiana l'analisi dell'istituto è merito delle opere di: P. Gallo, *Sopraavvenienze contrattuali e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; P. Gallo, voce *Revisione del contratto*, in *Dig. disc. priv., sez. priv.*, XVII, Torino, 1998, 431 ss.; F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; F. Macario, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo*

Il fenomeno ha origine e sviluppo soprattutto nell'ambito del commercio internazionale.

La ragione di questa diffusione deriva essenzialmente dai caratteri che connotano le relazioni in ambito internazionale e che inducono a preferire modelli di adeguamento e modificazione del contenuto del contratto rispetto ad interventi mirati allo scioglimento del vincolo negoziale³⁴⁰.

Sul piano delle regole generali, le caratteristiche delle suddette relazioni sono le seguenti.

In primo luogo, rileva la lunga durata del rapporto, derivante dalla normale rilevanza degli interessi economici gestiti nelle operazioni internazionali.

La protrazione nel tempo del rapporto rende, infatti, lo stesso maggiormente esposto alla possibile incidenza di fattori esterni perturbatori. Da qui la necessità di contemplare meccanismi di gestione delle sopravvenienze finalizzati alla conservazione del contratto. La preferenza per la conservazione nasce anche dal fatto che la risoluzione del vincolo impedirebbe il recupero integrale dei costi di investimento sostenuti in vista di una esecuzione destinata a durare nel tempo³⁴¹.

In secondo luogo, rileva la natura complessa dei rapporti – che non si esauriscono, in quanto tali, in relazioni contrattuali isolate ed occasionali – e che presuppone, il più delle volte, una serie numerosa di contratti finalizzati al raggiungimento di un obiettivo economico di portata generale. Ne consegue che l'eventuale caducazione di un singolo contratto per circostanze sopravvenute rifletterebbe conseguenze negative sull'intera operazione programmata dalle parti. È, dunque, preferibile, anche per questa ragione, ricorrere a rimedi manutentivi di modificazione del rapporto, che consentono di salvaguardare l'equilibrio complessivo degli assetti negoziali concordato dai contraenti.

La prassi contrattuale maturata in ambito internazionale è stata nel tempo impor-

diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 63 ss.; V.M. Cesaro, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; in argomento si v. anche F. Grande Stevens, *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, in AA.VV., *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, Napoli, 1998, 193; A. De Mauro, *Principi di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, Milano, 2000; G. Sicchiero, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, 774 ss.; A. Gentili, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, *ivi*, 701-724.

³⁴⁰ Le clausole di questa natura inserite nei contratti internazionali sono note come clausole di *hardship*.

³⁴¹ Si supponga la stipulazione di un contratto che preveda l'obbligo in capo a Tizio di fornire a Caio, per un periodo decennale, un determinato prodotto per la cui realizzazione Tizio dovrà costruire un nuovo impianto avente un costo talmente elevato da consentirgli di conseguire un guadagno effettivo soltanto a far data dal terzo anno del rapporto. In tali circostanze l'attivazione di un rimedio risolutivo, in presenza di una ipotesi di sopravvenienza giuridicamente rilevante, farebbe gravare interamente su Tizio i costi già sostenuti per l'avvio della produzione dei beni richiesti da Caio. Ciò in quanto, a seguito della risoluzione del contratto, i rapporti tra le parti vengono disciplinati dalla normativa quasi contrattuale (ripetizione dell'indebitto ed arricchimento senza causa), con la conseguente rilevanza soltanto di quei costi sostenuti da una parte che si siano risolti in un vantaggio per la controparte (M. Ambrosoli, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, 405).

tata nei mercati interni (anche) italiani per disciplinare rapporti aventi le caratteristiche – soprattutto di durata – tipiche di quelli internazionali³⁴²⁻³⁴³.

Sul piano delle fonti legali dell'obbligo di rinegoziazione occorre verificare quale sia stata la scelta adottata nel nostro ordinamento interno.

Il legislatore del 1942 nel disciplinare il fenomeno delle sopravvenienze avrebbe potuto: *i*) ritenere intangibile il principio *pacta sunt servanda*, con conseguente irrilevanza di tutte le modificazioni di fatto o di diritto intervenute successivamente alla conclusione del contratto; *ii*) prevedere regole flessibili di gestione del rischio in grado di attribuire valore agli eventi sopravvenuti, con il fine di salvaguardare l'equilibrio economico-giuridico del contratto.

In altri termini, l'alternativa era tra stabilità e flessibilità del rapporto contrattuale.

La scelta legislativa è stata, invece, nel senso di adottare una soluzione mediana di bilanciamento delle due contrapposte esigenze sottese alla gestione delle sopravvenienze³⁴⁴, mediante la codificazione della regola contenuta nell'art. 1467 cod. civ. che consente la risoluzione del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione.

Con questa regola il legislatore, da un lato, ha inteso attribuire rilievo non ad ogni modificazione dell'assetto degli interessi programmato al momento della conclusione del contratto, ma soltanto a quelle straordinarie ed imprevedibili e, dall'altro lato, ha concesso al contraente onerato dagli effetti negativi dell'evento sopravvenuto unicamente la possibilità di ottenere la risoluzione del contratto. La parte si troverebbe, pertanto, di fronte alla rigorosa alternativa tra proseguire il rapporto "squilibrato" ovvero sciogliersi definitivamente dal vincolo contrattuale.

³⁴²Parte della dottrina ritiene che questa tipologia di rapporti possa essere fatta confluire in un nuovo modello teorico di contratti – di derivazione nord-americana – definiti "contratti relazionali". La qualificazione adottata sintetizzerebbe i caratteri sopra descritti: *i*) "relazione" che lega il contratto con il tempo (lungo) di esecuzione del rapporto, rendendolo più sensibile all'influenza di fattori esterni; *ii*) "relazione" che si instaura tra le parti nei rapporti complessi e continuativi, ponendo «*in primo piano il valore giuridico della solidarietà fra i contraenti i quali si trovano legati da un vincolo più affine a quello instaurato dai contratti associativi che non dai contratti di scambio*» (F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 60).

Anche a non volere condividere la creazione di una apposita categoria dogmatica è certo che l'estensione temporale del rapporto unitamente alla sua complessità deve indurre l'interprete ad assegnare alla fase esecutiva una sua autonomia rispetto alla fase di conclusione dell'accordo. Questa autonomia consente alle parti di godere di quei margini di flessibilità indispensabili per poter adeguare il contenuto del rapporto alle circostanze sopravvenute nel corso dell'esecuzione.

³⁴³La diffusione delle regole della rinegoziazione nella prassi del commercio internazionale ha indotto l'Istituto internazionale per il diritto privato (*Unidroit*) ad includere dette regole tra i principi elaborati al fine della realizzazione del progetto di armonizzazione del diritto commerciale internazionale. Detti principi, pur non costituendo fonti del diritto, rivestono enorme rilevanza per l'autorevolezza dell'organo emanante, rappresentato da giuristi del diritto dei contratti e del commercio internazionale, che hanno partecipato alla elaborazione del testo a titolo personale e non quali rappresentanti dello Stato cui appartengono. Il testo integrale dei principi è riportato da G. De Nova, *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, in *Contratti*, 1994, 501.

³⁴⁴V.M. Cesaro, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., 58-59.

Nel disciplinare alcuni rapporti negoziali tipici ad esecuzione continuata o differita, il legislatore ha ammesso anche l'utilizzo del rimedio manutentivo.

Si pensi, a titolo esemplificativo, a quanto previsto dall'art. 1664 cod. civ.: se durante l'esecuzione del contratto di appalto si verificano, per effetto di circostanze imprevedibili, aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della manodopera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiore al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo³⁴⁵.

Si inseriscono in questo ambito anche: l'offerta di modifica del contratto a prestazioni corrispettive e ad esecuzione continuata, periodica o differita, divenuto eccessivamente oneroso (art. 1467, ultimo comma, cod. civ.); l'offerta di modificazione del contratto rescindibile (art. 1450 cod. civ.); il potere del giudice di ridurre equamente la penale manifestamente eccessiva (art. 1384 cod. civ.); il mantenimento del contratto viziato da errore, rispetto al quale la parte il cui consenso non sia viziato offra «*di eseguirlo in modo conforme al contenuto e alle modalità del contratto*» che l'errante avrebbe voluto concludere (art. 1432 cod. civ.).

La dottrina prevalente ritiene che rientri nel potere di autonomia contrattuale delle parti inserire nei contratti (di durata) clausole di rinegoziazione, considerate meritevoli di tutela giuridica (art. 1322 cod. civ.)³⁴⁶. L'inserimento di tali clausole riveste maggiore importanza qualora si assuma che la buona fede non possa avere valenza di fonte legale dell'obbligo di revisione del contratto. Se si accede a tale interpretazione, infatti, soltanto l'espressa previsione negoziale del rimedio manutentivo – in mancanza di una specifica disposizione autorizzativa di legge – può consentire una gestione della sopravvenienza che eviti lo scioglimento del vincolo contrattuale³⁴⁷.

Dalla disamina della prassi negoziale in materia emerge che il contenuto delle clausole può essere specifico ovvero generico³⁴⁸⁻³⁴⁹.

³⁴⁵ L'art. 1623 cod. civ. prevede che, se durante l'esecuzione del contratto di affitto, a causa di una disposizione di legge o di un provvedimento dell'autorità riguardanti la gestione produttiva, il rapporto contrattuale risulta notevolmente modificato in modo che le parti ne risentano rispettivamente una perdita e un vantaggio, può essere chiesto un aumento o una diminuzione del fitto ovvero, secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto.

³⁴⁶ V.M. Cesaro, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., 58 ss.

³⁴⁷ Ciò significa che l'art. 1467 cod. civ. è derogabile, ben potendo le parti stabilire che il sopraggiungere di eventi imprevedibili e straordinari non determini la risoluzione del contratto bensì la sola modificazione del contenuto del contratto stesso.

³⁴⁸ Si tratta di una schematizzazione di comodo, essendo evidente che le parti in questo settore, godendo di una ampia autonomia, ben possono dar vita a clausole dal contenuto più vario e atipico (cfr. F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 331).

³⁴⁹ Nella predisposizione della clausola i contraenti sono spesso indotti a prevedere indicazioni particolari delle sopravvenienze rilevanti e delle conseguenze che le stesse devono produrre sull'assetto di interessi «*in modo tale da svolgere in un momento successivo una mera attività di ricognizione tra l'ipotesi tipizzata e quella realizzata*» (V.M. Cesaro, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., 130 e 135; l'autore segnala come le parti possano finanche prevedere un obbligo di rinegoziazione in assenza di eventi sopravvenuti).

La dottrina si è chiesta se dalla previsione delle singole disposizioni riportate sia possibile, pur in mancanza di una esplicita regola codificata e di una espressa previsione negoziale, desumere l'esistenza di un principio generale di revisione contrattuale.

Alcuni autori ritengono che ciò non sia ammissibile, dovendosi considerare i rimedi manutentivi previsti dal legislatore di natura eccezionale. Inoltre, esisterebbe «*un indiscutibile principio di sopportazione del rischio di gestione in conseguenza del quale il singolo contraente non può addossare ad altri il rischio di errori di previsione nei calcoli sulla economicità della gestione e sullo stato del mercato*»³⁵⁰.

Secondo un diverso orientamento dottrinale, invece, sarebbe configurabile l'esistenza di un obbligo generale di rinegoziazione che rinverrebbe la propria fonte legale nel dovere di buona fede. Si ritiene, infatti, conforme alle regole della correttezza non far gravare soltanto in capo ad una delle parti i rischi connessi alla sopravvenienza di eventi idonei ad incidere sull'equilibrio economico-giuridico esistente al momento della conclusione del contratto. Tale impostazione attribuirebbe, pertanto, alla buona fede una funzione integrativa del contenuto del contratto [cap. 1, par. 13]. Per la prima volta, la giurisprudenza, con specifico riguardo alla gestione delle sopravvenienze derivanti dalla emergenza sanitaria, ha anch'essa affermato che il dovere di buona fede oggettiva impone un obbligo di rinegoziazione³⁵¹.

Secondo parte della dottrina il risultato della rinegoziazione – come è espressamente previsto, come si esporrà oltre, per i contratti pubblici – deve essere il ripristino dell'equilibrio economico-giuridico esistente al momento della conclusione del contratto³⁵². Questo orientamento si apprezza soprattutto in quanto offre un parametro certo di riferimento per l'autorità giudiziaria nella fase patologica dell'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione.

Occorre adesso analizzare quale sia l'effettiva natura dell'obbligo di rinegoziazione e, quindi, quali possono essere i rimedi in caso di inadempimento a tale obbligo.

Secondo un primo orientamento, viene in rilievo soltanto un obbligo di avviare le trattative finalizzate alla adozione di un negozio di secondo grado modificativo.

Nel caso in cui la parte si rifiuti di avviare tali trattative ovvero le inizi ma con fine malizioso di non portarle a termine³⁵³ è prospettabile – alla luce del principio di

In alcuni casi le parti preferiscono, invece, assegnare un contenuto generico alla clausola al fine di attribuire maggiore flessibilità al rapporto nella gestione di sopravvenienze, che possono appartenere alle più svariate tipologie.

³⁵⁰ M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, 352.

³⁵¹ Il Tribunale di Roma (sez. VI civ., ordinanza, 27 agosto 2020), ha affermato questo principio con riguardo ad un contratto di locazione ad uso commerciale, ritenendo che il locatore di un immobile adibito ad attività di ristorazione viola il principio di buona fede qualora non ottemperi all'obbligo di rinegoziare le condizioni contrattuali in virtù delle sopravvenienze legate alla pandemia da Covid-19; valorizza la rinegoziazione anche Trib. Milano, sez. VII, 8 aprile 2020, n. 2319.

³⁵² Si v. O. Hart-J. Moore, *Incomplete contracts and renegotiation*, in 56 *Econometrica*, 1988, 759.

³⁵³ G. Sicchiero, *La rinegoziazione*, cit., 801, che ritiene che si ha inadempimento anche nel caso in cui una delle parti «*abbia assunto un comportamento solo in apparenza diretto a rinegoziare ma nella realtà inteso a non modificare i patti originari (c.d. trattativa maliziosa)*».

buona fede – una responsabilità assimilabile a quella precontrattuale, con risarcimento del danno nella misura dell’interesse negativo (artt. 1337-1338 cc). Il ruolo che la buona fede è chiamata ad assolvere dipenderà dal contenuto della clausola di rinegoziazione, nonché dalle modalità procedurali previste dai contraenti: maggiore è il livello di determinazione raggiunto in sede di conclusione del contratto minore sarà la funzione della buona fede³⁵⁴. La diversità rispetto al normale svolgersi delle regole della responsabilità precontrattuale starebbe nel fatto che, in questo caso, vi sarebbe un obbligo di avviare le trattative.

Secondo un diverso orientamento, prevalente e preferibile, sussisterebbe un vero e proprio obbligo di “ri-contrarre”, con diversità dei rimedi esperibili. L’adempimento spontaneo dell’obbligo di rinegoziazione conduce alla conclusione di un negozio di secondo grado modificativo del primo con finalità conservativa. Se la parte non adempie trovano applicazione gli ordinari rimedi giudiziali e, in particolare, il rimedio di responsabilità contrattuale con diritto al risarcimento del danno dell’interesse positivo³⁵⁵ e il rimedio della tutela in forma specifica ai sensi dell’art. 2932.

Dovrebbe, in linea di principio, preferirsi una tutela in forma specifica. Con la tutela risolutoria si ottiene, infatti, un risultato che la rinegoziazione mira ad evitare: lo scioglimento del vincolo contrattuale.

La tutela in forma specifica garantirebbe, invece, il mantenimento in vita del rapporto attraverso l’intervento dell’autorità giudiziaria *ex art.* 2932 cod. civ. In particolare, il giudice, dopo aver constatato l’inadempimento dell’obbligo di rinegoziazione, dovrebbe emanare una sentenza determinativa del nuovo contenuto del contratto che tenga conto dell’evento sopravvenuto.

Parte della dottrina ritiene che ciò non sia consentito, perché si realizzerebbe una inammissibile compromissione dell’autonomia contrattuale delle parti. L’intervento giudiziale può spingersi fino all’emanazione di una sentenza costitutiva a fronte di un obbligo inadempito, ma non anche a modificare l’equilibrio negoziale prefissato dai contraenti al momento della conclusione del contratto.

È preferibile seguire una strada intermedia³⁵⁶.

³⁵⁴ Si possono schematicamente ipotizzare le seguenti evenienze: *i)* clausola predeterminata in ordine sia alla tipologia dell’evento sopravvenuto sia in ordine ai parametri e ai valori che devono essere osservati dalle parti nel corso del procedimento di rinegoziazione; *ii)* clausola predeterminata in ordine soltanto alla tipologia dell’evento sopravvenuto; *iii)* clausola predeterminata soltanto in ordine ai parametri e ai valori che devono essere osservati dalle parti nel corso del procedimento di rinegoziazione; *iv)* clausola generica sia in ordine al contenuto che al procedimento.

È evidente l’importanza crescente del criterio della buona fede nelle diverse fattispecie prospettate.

³⁵⁵ Il danno sarebbe parametrato alla regolare esecuzione dell’operazione negoziale: la tutela risarcitoria consentirebbe, pertanto, di «*collocare il contraente adempiente in una situazione economico-giuridica equivalente a quella che lo stesso avrebbe realizzato qualora il contratto avesse avuto puntuale esecuzione; l’intervento giudiziale neutralizza lo scarto patrimoniale tra la situazione economica in cui la parte si viene a trovare a seguito dell’inadempimento e quella in cui si sarebbe trovato nel caso di corretta attuazione della lex contractus*» (M. Cesaro, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell’equilibrio contrattuale*, cit., 277-278).

³⁵⁶ V. Lopilato, *Questioni attuali sul contratto*, Milano, 2004, 224.

Dovrebbe ritenersi ammissibile anche nel nostro caso una sentenza *ex art. 2932* cod. civ. di adeguamento del contenuto contrattuale. Sennonché, ciò sarebbe possibile soltanto nell'ipotesi in cui le parti abbiano determinato il contenuto della clausola che prevede l'obbligo di rinegoziazione ovvero i parametri e i valori che devono essere osservati dalle parti nel corso del procedimento di rinegoziazione. Una clausola generica in ordine al contenuto e al procedimento lascerebbe eccessivi margini di discrezionalità in capo all'autorità giudiziaria, incompatibili con il rispetto minimo dell'autonomia contrattuale. Un ulteriore argine al potere del giudice potrebbe derivare dalla condivisione della tesi secondo cui il risultato della rinegoziazione debba essere sempre il ripristino dell'equilibrio economico-giuridico esistente al momento della conclusione del contratto. L'ottenimento di una sentenza costitutiva del contratto modificato non garantisce che «*controparte adempirà le nuove condizioni contrattuali (...) ma almeno consente, per il caso che rifiuti di adempierle, di commisurare su di esse il danno risarcibile*»³⁵⁷.

Nei casi in cui non sia possibile richiedere una tutela specifica i rimedi azionabili, come già rilevato, sono i rimedi risolutori del vincolo contrattuale e risarcitori. È ipotizzabile che, anche qualora sia possibile adire il giudice *ex art. 2932* cod. civ., la mancata cooperazione nella ricerca di una soluzione concorde possa avere pregiudicato la fiducia nell'operazione nel suo complesso, con la conseguenza che il contraente fedele potrebbe preferire ottenere la risoluzione del contratto e «*tornare libero sul mercato, anche al fine di addivenire ad analoga operazione negoziale che comporti sul piano economico maggiori benefici o costi inferiori, piuttosto che restare vincolato ad un contratto divenuto ormai inaffidabile*»³⁵⁸. In questo caso dovranno sussistere tutti i presupposti richiesti dagli artt. 1453 ss. cod. civ. In particolare, il presupposto della non scarsa importanza dell'inadempimento di una delle parti dovrà essere valutato avendo riguardo alla natura della sopravvenienza³⁵⁹.

Infine, la parte in buona fede, come già esposto, può ottenere anche il risarcimento dei danni subiti per effetto dell'inadempimento, che sarà pari all'interesse negativo ovvero positivo a seconda della tesi cui si intende aderire.

42.3.1. Rinegoziazione pubblica prima del Codice del 2023

Prima dell'entrata in vigore del Codice del 2016 e del 2023, l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa seguiva un orientamento rigoroso, ritenendo che la natura imperativa delle norme della procedura di evidenza pubblica escludesse che l'amministrazione potesse modificare (sia prima sia dopo l'aggiudica-

³⁵⁷ V. Roppo, *Il contratto*, cit., 1047.

³⁵⁸ V.M. Cesaro, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., 266.

³⁵⁹ Una sopravvenienza che produca modifiche marginali, non in grado di incidere in maniera sostanziale sull'equilibrio economico-giuridico del contratto originario, non potrebbe consentire lo scioglimento del vincolo. Di converso, una sopravvenienza che modifichi in modo consistente o addirittura stravolga l'assetto degli interessi delineato al momento della stipula del contratto dovrà ritenersi rilevante ai fini risolutivi (V.M. Cesaro, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., 272-273).

zione) le condizioni contrattuali. La finalità era quella di evitare l'elusione del principio di concorrenza.

In particolare, si osservava come una diversa conclusione avrebbe condotto a ritenere ammissibile «una serie indeterminata di richieste di modifica delle condizioni stesse da parte degli aggiudicatari che sarebbero indotti a mantenere le offerte al minimo al momento della presentazione per conseguire l'aggiudicazione, per poi recuperare le condizioni più favorevoli nel corso dell'esecuzione del contratto negoziando modifiche vantaggiose quanto al prezzo o al contenuto della prestazione ovvero alle modalità di esecuzione della prestazione stessa». Ciò valeva, secondo la giurisprudenza amministrativa, anche nel caso in cui la revisione si fosse risolta in un concreto vantaggio per l'amministrazione³⁶⁰. Quest'ultima, pertanto, non avrebbe avuto altra possibilità che annullare la procedura concorsuale che aveva condotto ad una aggiudicazione, in ipotesi, troppo onerosa per l'amministrazione stessa ovvero proseguire nell'esecuzione del rapporto nel rispetto degli identici termini pattuiti³⁶¹.

Il Consiglio di Stato³⁶² – pronunciatosi in ordine alla legittimità della prassi seguita dalle amministrazioni aggiudicatrici di richiedere la riduzione sul prezzo concordato – aveva osservato che la rinegoziazione dell'offerta poteva indurre l'impresa aggiudicataria a recuperare lo «sconto» concesso fornendo un servizio o un prodotto di qualità inferiore a quella concordata, in contrasto anche con la *ratio* della disciplina legislativa in materia di controllo del fenomeno delle offerte basse in misura anomala³⁶³. Si era, inoltre, rilevato che la modificazione dell'offerta dopo l'aggiudicazione avrebbe determinato una indebita trasformazione di una procedura aperta (ovvero ristretta) in una negoziata, in violazione dei limiti posti dal legislatore europeo all'applicazione di tale ultimo modulo procedurale.

La giurisprudenza amministrativa³⁶⁴ ammetteva, invece, la rinegoziazione nei casi in cui la legge consentiva il ricorso al metodo della procedura negoziata. In questo caso, la peculiarità dello strumento, caratterizzato dall'assenza di una gara tra più soggetti, rendeva pienamente legittima la revisione delle condizioni pattuite secondo la stessa logica

³⁶⁰ Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2006, n. 126, cit.; in dottrina B. Marchetti, *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 505, riteneva, invece, che, qualora l'accordo di «rinegoziazione» si fosse risolto in un vantaggio per l'amministrazione e si fosse dimostrato che, comunque, la diminuzione del prezzo concordato non avrebbe contraddetto l'esito della gara, in quanto l'impresa sarebbe risultata in ogni caso aggiudicataria, non si sarebbe verificata alcuna violazione delle regole della concorrenza e, quindi, l'accordo modificativo dovrebbe ritenersi validamente concluso; in senso analogo anche A. Marra, *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giurisdizione (nota a Cons. Stato, sez. V, 14 luglio 2003, n. 4167)*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1166.

³⁶¹ Si v. anche Cons. Stato, comm. spec., parere 23 marzo 1998; circolare 15 novembre 2001, n. 12727 della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche comunitarie, recante «Divieto di rinegoziazione delle offerte nelle pubbliche gare dopo l'aggiudicazione».

³⁶² Cons. Stato, comm. spec., parere 12 ottobre 2001.

³⁶³ Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2003, n. 6072; Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2002, n. 6004.

³⁶⁴ Cons. Stato, sez. VI, n. 6004 del 2002, cit.

dei rapporti privatistici, senza che potesse, così, opporsi la surrettizia conversione di una procedura di evidenza pubblica di tipo meccanico in una procedura negoziata.

Nell'ambito della giurisprudenza sembrava sussistere un atteggiamento permissivo nei confronti della revisione delle condizioni contrattuali nei casi in cui tale revisione fosse stata conseguenza di sopravvenuti «*fattori esterni alle parti*»³⁶⁵ idonei ad incidere sul valore delle reciproche prestazioni. Era, però, necessario, pur non risultando tali condizioni dagli orientamenti in esame, che si rispettasse la durata originaria del contratto e che le modifiche fossero finalizzate a ripristinare l'equilibrio economico giuridico iniziale del contratto. In altri termini, era necessario che non venissero modificati i tratti essenziali caratterizzanti il contratto originario³⁶⁶.

Dall'analisi della giurisprudenza emergeva che presupposto imprescindibile per la validità della intervenuta modificazione nel corso dell'esecuzione del contratto fosse rappresentato dalla previa indicazione di tale possibilità nel bando di gara ovvero nella lettera di invito: in questo caso non si avrebbe violazione delle regole della concorrenza, in quanto tutti i partecipanti si sarebbero trovati nella medesima situazione ove, risultati aggiudicatari, si fosse verificato l'evento perturbatore delle condizioni negoziali inizialmente pattuite. Non si chiariva, però, se la possibilità della revisione contrattuale dovesse essere poi espressamente prevista nel contratto ovvero se fosse sufficiente la sola prescrizione contemplata nel bando o nella lettera di invito.

Alla luce di quanto esposto, risulta come la giurisprudenza amministrativa qualificasse in termini di “rinegoziazione” anche vicende non necessariamente connesse ad un evento sopravvenuto nella fase esecutiva. Si facevano rientrare, infatti, sia modifiche intervenute nel corso del procedimento e, quindi, prima della stipula del contratto sia modifiche successive, ma prive del carattere della “sopravvenienza”.

Il Codice del 2016 aveva introdotto all'art. 106 la disciplina delle modifiche in corso di esecuzione che sono state già esaminate nella parte dedicata all'attuale art. 120, ma non aveva disciplinato espressamente la rinegoziazione.

42.3.2. Rinegoziazione nel Codice del 2023

La regola contenuta nell'art. 9 è quella della disciplina di sopravvenienze “atipiche”, nel senso di generali, che non sono riconducibili a quelle disciplinate dagli artt. 60 e 120.

In particolare, l'art. 9, prevede quanto segue: *i) «se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali»*

³⁶⁵ Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2004, n. 2969, cit.; Trib. amm. reg. Campania, Salerno, sez. II, 31 marzo 2005, n. 352.

³⁶⁶ V. Lopilato, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro amm.-Tar*, 2006, 1925.

(comma 1, prima parte); ii) «*gli oneri per la rinegoziazione sono riconosciuti all'esecutore a valere sulle somme a disposizione indicate nel quadro economico dell'intervento, alle voci imprevisti e accantonamenti e, se necessario, anche utilizzando le economie da ribasso d'asta*» (comma 1, seconda parte); iii) «*nell'ambito delle risorse sopra indicata la rinegoziazione si limita al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento, quale risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione, senza alterarne la sostanza economica*» (comma 2); iv) «*se le circostanze sopravvenute di cui al comma 1 rendono la prestazione, in parte o temporaneamente, inutile o inutilizzabile per uno dei contraenti, questi ha diritto a una riduzione proporzionale del corrispettivo, secondo le regole dell'impossibilità parziale*» (comma 3); v) «*le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono l'inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione, dandone pubblicità nel bando o nell'avviso di indizione della gara, specie quando il contratto risulta particolarmente esposto per la sua durata, per il contesto economico di riferimento o per altre circostanze, al rischio delle interferenze da sopravvenienze*» (comma 4).

Questa norma deve essere analizzata in combinato disposto con il comma 8 dell'art. 120, il quale dispone che nel caso in cui tali clausole di rinegoziazione non siano previste «*la richiesta di rinegoziazione va avanzata senza ritardo e non giustifica, di per sé, la sospensione dell'esecuzione del contratto*». Il responsabile unico del progetto provvede a formulare la proposta di un nuovo accordo entro un termine non superiore a tre mesi. Nel caso in cui non si pervenga al nuovo accordo entro un termine ragionevole, la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione.

Nell'impostazione del Codice del 2023, rispetto a quanto accade nel diritto privato, la fonte dell'obbligo di rinegoziazione è una specifica norma di legge, ancorché la stessa sia stata prevista per dare attuazione al principio di buona fede. Il contratto di secondo grado di revisione è, pertanto, un contratto imposto stipulato in attuazione di un obbligo legale a contrarre.

Inoltre, a differenza di quanto avviene nel diritto privato, quando si verificano eventi straordinari ed imprevedibili non è consentita anche la risoluzione del contratto, essendo previsto il solo rimedio della rinegoziazione. Il Codice del 2023 ha voluto, infatti, per assicurare il rispetto anche in questa fase del principio del risultato, evitare la caducazione del titolo contrattuale, consentendo solo al contraente inciso dalla sopravvenienza di ottenere il riequilibrio delle condizioni contrattuali.

Nel caso in cui le parti non raggiungano l'accordo è possibile proporre un'azione di adeguamento innanzi all'autorità giudiziaria che dovrà adottare una sentenza che tenga luogo, ai sensi dell'art. 2932 cod. civ., del contratto non concluso. La parte, qualora non ottenga la tutela in forma specifica e, comunque, se per sua scelta non intende procedere con la rinegoziazione, potrà ottenere il risarcimento del danno cd. differenziale e, cioè, pari alla differenza tra il contenuto mancato del contratto di revisione e il contenuto del contratto originario.

È dubbio se la giurisdizione sia del giudice ordinario o del giudice amministrativo.