amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2025

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Valentina Maria Donini, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Esper Tedeschi, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La rinegoziazione del contratto e le sopravvenienze nel nuovo Codice dei contratti pubblici: tra diritto amministrativo e diritto civile

di Gianluca Briganti

(Avvocato "Specialista" in Diritto Amministrativo, Dottore di Ricerca (*Ph.D.*) in Diritto Pubblico dell'Economia, l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza")

e Cristian Testa

(Avvocato)

Sommario

1. Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, la pandemia da Covid-19 e le "sopravvenienze": una premessa. – 2. Le coordinate generali del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale. – 3. Il confronto con l'ordinamento tedesco e francese: i suggerimenti della *soft law*. – 4. I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici. – 5. La novità legislativa: l'art. 9 del nuovo Codice dei contratti pubblici il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale. – 6. La valorizzazione della causa "in concreto" ad opera dell'art. 9 del nuovo Codice dei contratti pubblici – 7. Riflessioni conclusive.

Abstract

Unforeseen events and contingencies are inevitable aspects of our lives; they represent unplanned situations that, in an instant, can overturn established plans, goals, and routines. Among the most significant unforeseen events of recent decades, COVID-19 has profoundly impacted global society. The pandemic has challenged contract law and, consequently, the phase of execution in the context of public contracts. The new 2023 Public Procurement Code, by introducing the principle of preserving contractual balance, may open the possibility of extending this principle beyond the narrow scope of public contracts and thus into general civil law, enhancing the principle of good faith in negotiations.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, la pandemia da Covid-19 e le "sopravvenienze": una premessa.

Gli imprevisti e le sopravvenienze sono aspetti inevitabili della nostra vita personale e professionale. Rappresentano delle situazioni non pianificate che, in un attimo, possono ribaltare piani, obiettivi e *routine* consolidate.

La vita, nel suo fluire, ci insegna che non tutto può essere controllato. È proprio nell'imprevedibilità che si cela la vera essenza dell'esperienza umana: l'apprendimento, la crescita e la scoperta di sé.

Le sopravvenienze, dunque, non sono semplici ostacoli, ma compagni di viaggio che ci spingono a riflessioni più profonde e ad un apprezzamento della bellezza dell'incertezza. In questo senso, rappresentano non solo una sfida, ma anche un'opportunità per aprirsi a nuove "riflessioni".

Il vasto e complesso tema delle sopravvenienze pone il giurista dinanzi al "umanamente imprevedibile"[1] e lo stimola alla continua ricerca di risposte e soluzioni in grado di restituire alle relazioni l'equilibrio sconvolto[2].

Tra gli imprevisti di portata più vasta degli ultimi decenni, il Covid-19 è stato un evento che ha inciso profondamente sulla società globale, generando delle conseguenze totalmente imprevedibili e modificando il nostro modo di vivere, lavorare e di operare nei mercati[3].

La sopravvenienza è una circostanza che arriva successivamente rispetto a una condizione esistente, influenzandola in modo significativo.

La pandemia ha generato numerose sopravvenienze, portando alla luce problemi latenti nel nostro ordinamento giuridico[4]. Tali problemi, infatti, sebbene abbiano riacquistato centralità solo con la recente situazione emergenziale, erano già

*Il lavoro è frutto di comuni riflessioni di entrambi gli Autori. Tuttavia, nello specifico, i paragrafi 1, 2, 4 sono da attribuirsi a Gianluca Briganti; i paragrafi 3, 5, 6 sono da attribuirsi a Cristian Testa. Il paragrafo 7 è da attribuirsi ad entrambi gli Autori.

[1]Espressione utilizzata da R. PARDOLESI, *Regole di "default" e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica del diritto dei contratti*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1996, cit. p. 460.

[2]A. A. CARRABBA, G. SALITO, *Adeguamento del contratto tra principi del pacta sunt servanda e clausola rebus sic stantibus*, in *Contratto impresa Europa*, 2021, cit. p. 375 ss.

[3]Con riferimento agli effetti della pandemia sui mercati finanziari, si evidenzia come essa abbia avuto un effetto devastante sui mercati finanziari globali, portando con sé una crisi senza precedenti che ha scosso ogni aspetto dell'economia mondiale. A partire dal primo trimestre del 2020, i mercati hanno dovuto affrontare forti perdite, volatilità estreme e un'incertezza prolungata, che ha influenzato sia i prezzi delle azioni sia quelli delle obbligazioni e delle materie prime. Il Covid-19 ha messo in evidenza la vulnerabilità del sistema finanziario globale, ma ha anche stimolato una serie di interventi straordinari da parte di governi e banche centrali per contrastare gli effetti della crisi. Nonostante le difficoltà, i mercati finanziari hanno mostrato una ripresa sorprendente già nel 2021, sostenuti dalla distribuzione dei vaccini e dal miglioramento delle prospettive economiche globali. Le azioni hanno recuperato rapidamente le perdite e, in alcuni casi, hanno raggiunto nuovi massimi storici, alimentate dalla liquidità immessa dalle banche centrali e dall'ottimismo degli investitori.

[4]Sul punto, *ex multis*, N. ZORZI GALGANO, *Impatto del Covid-19 sul sistema del codice: impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità?*, in *Contratto e impresa Europa*, 2021, p. 53 ss.

ISSN 2036-7821

timidamente apparsi già nelle fonti romane[5].

Lo "*shock* esogeno"[6] provocato dalla pandemia da Covid-19 ha determinato delle importanti conseguenze sul piano giuridico[7], economico[8] e sociale.

Nello specifico, la pandemia ha avuto un impatto senza precedenti sui rapporti contrattuali e nell'ambito del sistema dei contratti pubblici.

Sul versante civilistico, l'emergenza sanitaria ha messo a dura prova i principi tradizionali del diritto contrattuale, in particolare quello della conservazione dell'equilibrio tra le prestazioni pattuite[9]; invece, nell'ambito dei contratti pubblici, si è registrata l'introduzione di numerose deroghe alla normativa prevista dal previgente Codice dei contratti pubblici (il D. lgs. 18 aprile 2016 n. 50)[10].

La pandemia, dunque, ha generato effetti economici diffusi ed imprevedibili, quali interruzioni delle catene di approvvigionamento, chiusure forzate di attività, calo della domanda e difficoltà finanziarie generalizzate, incidendo in modo significativo

---

[5]Sul tema G. PUGLIESE, F. SITZIA, L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2012, p. 366 ss.; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, p. 78 ss., il quale evidenzia che, comunque, nel diritto romano, in via generale, era prevista la possibilità di revocare le donazioni tra coniugi in caso di "sopravvenienza" di figli.

[6]Uno "*shock* esogeno" è un evento o un cambiamento improvviso che avviene al di fuori di un sistema economico o sociale e che ha un impatto significativo su di esso. Il termine "esogeno" indica che la causa dello shock è esterna al sistema considerato e non è generata dalle dinamiche interne. In economia, gli *shock* esogeni possono essere di diversa natura.

[7]Per un'analisi dell'impatto del Covid-19 sul sistema costituzionale italiano si veda, *ex multis*, B. CARAVITA DI TORITTO, *L'Italia ai tempi del Coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 2020.

[8]Per un'analisi di politica economica si veda l'interessante approfondimento di E. MARELLI, M. SIGNORELLI, *Politica economica: le politiche dopo la grande recessione e lo shock pandemico*, Torino, 2022. Per una visione d'insieme degli effetti della pandemia nel diritto e l'economia si veda, *ex multis*, I. D'AMBROSIO, P. PALUMBO (a cura di), *Diritto, economia e società dopo la pandemia*, Napoli, 2021. Infine, per una riflessione che racchiude una pluralità di voci accademiche (di economisti, sociologi, giuristi, statistici e psicologi), secondo una prospettiva mutuata dal variegato mondo delle scienze sociali, si veda M. GRONDONA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica. Riflessioni dal mondo delle scienze sociali*, Perugia, 2020.

[9]Sul tema si veda, in generale, G. SPARANO, *Effetti della pandemia sui contratti. Tesi dell'unitarietà*, in *Giustiziacivile.com*, 3, 2020; R. FRANCO, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, ivi, in *Giustiziacivile.com*, 2, 2020; A. M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, in *Contratti*, 2020, p. 213 ss.; F. MACARIO, *Covid-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, in *Nuova giurisprudenza civile e commerciale*, 3, 2020, p. 80 ss.; A. SEMPRINI, *Inadempimenti "emergenziali": colpa del debitore, inesigibilità della prestazione, e nuovo art. 3, comma 6-bis, d.l. n. 6/2020*, in *Studi urbinati*, 2020, p. 769 ss.; L. REGAZZONI, *I contratti di durata e la pandemia: dalla correzione (cogente) all'integrazione (dispositiva)*, in *Rivista trimestrale di diritto civile*, 4, 2021, p. 1219 ss.; A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 2020; M. FRANZONI, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1, 2021, p. 1 ss.; V. DI CATALDO, *Pandemia, imprese e contratti di durata*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 3, 2020, p. 689 ss.

[10]Nello specifico, sulla legislazione emergenziale in materia di contratti pubblici, si veda *ex multis* R. DE NICTOLIS, *Gli appalti pubblici dell'emergenza sanitaria*, Bologna, 2021; P. ROSSI, *Gli appalti pubblici pre e post covid: luci ed ombre del consolidamento del modello derogatorio*, in *Amministrazione in cammino*, 2020; G. GRECO, *Coronavirus e appalti (a proposito dell'art. 125 c.p.a.)*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 3, 2020, p. 517 ss.; A. VARLARO SINISI, *L'impatto dell'emergenza Covid-19 sulle procedure e sull'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 3, 2020, p. 317 ss..

sia sui contratti stipulati tra soggetti privati[11], che nei contratti tra Pubblica amministrazione ed operatori economici[12].
Di fronte a queste circostanze straordinarie, molti rapporti contrattuali, programmati per durare nel tempo, si sono trovati ad essere "squilibrati", con una parte costretta a sopportare obblighi e costi sproporzionati rispetto alla situazione originaria.
Dunque, è in questo ambito che il "principio di conservazione contrattuale" ha trovato una nuova linfa nell'ambito degli studi afferenti al diritto civile e al diritto amministrativo e, in particolare, al settore dei contratti pubblici.

2. Le coordinate generali del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale.
Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale trova particolare rilevanza, generalmente, nell'ambito della gestione delle "sopravvenienze" nei contratti programmati per durare nel tempo.
Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale che, come si vedrà nel prosieguo, viene positivizzato nell'art. 9 del nuovo Codice dei contratti pubblici (il D. lgs. 31 marzo 2023 n. 36), non ha, ad oggi, alcuna esplicita definizione nell'ambito del Codice civile.
In via generale, tale principio, che ha trovato spazio, principalmente, nelle riflessioni elaborate dalla più attenta dottrina[13], si fonda sull'idea che i contratti devono mantenere un "equilibrio" giuridico ed economico tra le prestazioni delle parti per tutta la loro durata. Infatti, quando due parti stipulano un accordo condividono una comune volontà di regolare i loro interessi in maniera equa, basandosi sulle condizioni esistenti al momento della stipulazione.
Nello iato temporale che intercorre tra "formazione" ed "esecuzione" del contratto possono verificarsi degli eventi esterni, straordinari o imprevedibili in grado di mutare il contesto giuridico ed economico in cui il negozio si è formato e, quindi, incidere negativamente sull'equilibrio originario del negozio stesso[14].
Tali eventi, come anticipato, vengono tradizionalmente definiti come "sopravvenienze".

[11]Come, ad esempio, contratti di durata o ad esecuzione continuata quali: l'appalto, la locazione o la somministrazione, dove il cambiamento delle circostanze economiche o normative può incidere in maniera rilevante sulle prestazioni delle parti.

[12]Tra tutti, i contratti di concessione. Sul tema si veda, *ex multis*, F. CINTIOLI, *Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2020, p. 13 ss.; A. BOTTO, *L'impatto del coronavirus sulle concessioni relative alle mostre di beni culturali*, in *Federalismi.it*, 2020.

[13]Sul tema F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Rivista di diritto civile*, 2002; P. G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova 2006. Si evidenzia, infine, la Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione n. 56 dell'8 luglio 2020, dove si tratta ampiamente del principio *de quo* e della rinegoziazione nell'ambito dei contratti di diritto comune.

[14]M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto civile*, Roma, 2022, cit. p. 1531.

ISSN 2036-7821

Sul piano classificatorio, in via generale, è possibile distinguere tre tipi di sopravvenienze: le sopravvenienze che rendono impossibile l'esecuzione del contratto; le sopravvenienze che rendono le prestazioni, almeno in via ipotetica, ancora possibili, ma che sconvolgono l'originario equilibrio contrattuale alterando significativamente il rapporto sinallagmatico; le sopravvenienze che, invece, vanificano meramente la causa in concreto del contratto[15].

All'interno di tale classificazione, con riferimento al tipo di variazione comportata, attenta dottrina ha distinto tra: sopravvenienze che producono la sola alterazione del prezzo di mercato delle prestazioni (variazioni "quantitative"), il cui contenuto non viene modificato; sopravvenienze che incidono sul contenuto delle prestazioni (variazioni "qualitative")[16].

La conservazione dell'equilibrio contrattuale risponde, dunque, all'esigenza di tutelare la "giustizia contrattuale"[17], prevenendo che circostanze sopravvenute possano rendere la prestazione di una parte eccessivamente gravosa o, al contrario, sproporzionatamente favorevole rispetto al momento della conclusione del contratto.

In tal senso, essa riflette l'esigenza di armonizzare due valori cardine del diritto contrattuale: la "libertà contrattuale", che riconosce alle parti la facoltà di autodeterminarsi nelle loro pattuizioni, e la "buona fede contrattuale"[18], che impone di agire con lealtà e correttezza nel rispetto dei reciproci interessi.

Nell'ambito del diritto civile, dunque, il principio mira a prevenire situazioni in cui una parte subisca un pregiudizio eccessivo a causa di circostanze sopravvenute che rendano la prestazione onerosa o impossibile[19].

Tuttavia, secondo i tradizionali principi del diritto civile, la disciplina del contratto è ispirata ai principi del "*pacta sunt servanda*"[20] e dell'insindacabilità dell'equilibrio contrattuale.

Il principio del *pacta sunt servanda*, uno dei cardini del diritto contrattuale, stabilisce

---

[15]Sul tema si veda l'interessante ricostruzione di M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto civile*, Roma, 2022, cit. p. 1531.

[16]R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto civile*, Torino, 2022, cit. p. 1561.

[17]Sulla polisemia della nozione di "giustizia contrattuale" si veda E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 5, 2016, p. 1262 ss.

[18] La produzione scientifica sulla "buona fede" è estremamente vasta. Tuttavia, per un'interessante ricostruzione si veda, *ex multis*, C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 1983, p. 209 ss. In giurisprudenza si veda *ex multis* Cass. Civ., sez. III, 27 aprile 2011, n. 9404; Cass. Civ., sez. III, 4 maggio 2009, n. 10182.

[19]Nell'ambito dell'emergenza sanitaria, infatti, l'esecuzione di determinate prestazioni è inibita dal pericolo del contagio, in quanto l'adempimento richiederebbe al debitore uno sforzo che va oltre quello cui egli è tenuto in forza dell'ordinaria diligenza ex art. 1176 c.c. Sul tema si veda, *ex multis*, C. SCOGNAMIGLIO, *Sopravvenienze negative, rimedi demolitivi e rimedi conservativi,* in L. CALCAGNO, F. DI MARZIO, S. LEMBO, S. LEUZZI (a cura di), *Quaderni della SSM: Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria*, 2022, p. 17 ss.

[20] Nella sua traduzione letterale dal latino, significa "i patti devono essere rispettati" e si fonda sull'idea che ogni accordo liberamente negoziato tra le parti costituisca una norma di comportamento vincolante.

ISSN 2036-7821

che i contratti validamente stipulati devono essere rispettati e vincolano le parti al loro contenuto.

Nel diritto civile, il *pacta sunt servanda* trova il suo fondamento normativo nell'art. 1372 del Codice civile italiano, che sotto la rubrica "effetti del contratto" statuisce: «*Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge. Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge*».

Questo principio esprime l'idea che, una volta raggiunto un accordo e formato un contratto, le obbligazioni derivanti da esso devono essere adempiute, indipendentemente dalle circostanze (*rectius* sopravvenienze) che potrebbero rendere la prestazione più difficile o meno conveniente per una delle parti. In tal modo, il principio del *pacta sunt servanda* garantisce la certezza dei rapporti giuridici e promuove la fiducia nelle transazioni commerciali.

In tali casi, il diritto comune prevede rimedi sostanzialmente demolitori (o caducatori), come, ad esempio, la risoluzione del contratto e, conseguentemente, lo scioglimento dello stesso.

Storicamente, è considerata eccezionale la disposizione di cui all''art. 1623 c.c. che, in tema di affitto, riconosce la possibilità per le parti di rivedere il canone quando una disposizione di legge o un provvedimento dell'autorità abbia modificato notevolmente i termini del rapporto. È, altresì, ritenuta considerata eccezionale la disposizione di cui all'art. 1664 c.c., che disciplina l'istituto della revisione del prezzo nei contratti d'appalto, stabilendo le condizioni in cui è possibile modificare il prezzo pattuito per l'esecuzione dell'opera o del servizio a causa di circostanze impreviste e sopravvenute[21].

La scelta del rimedio manutentivo, rispetto alla risoluzione, è giustificata valorizzando la particolare natura degli interessi coinvolti in questo contratto, e cioè quello del committente a non ricercare un nuovo appaltatore e quello dell'appaltatore alla conservazione dell'investimento già effettuato con l'inizio dei lavori, considerata la difficoltà nel ricollocare sul mercato una prestazione già predisposta sulle esigenze di quel committente[22].

Il rimedio manutentivo, dunque, risulterebbe applicabile al solo contratto d'appalto o, come prospettato in alcune posizioni dottrinali[23], a contratti con prestazioni simili

[21] Sul tema G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, p. 777 ss.

[22] R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto civile*, Torino, 2022, cit. p. 1562, il quale evidenzia come «*La scelta di sottrarre alla disciplina generale dell'eccessiva onerosità (art. 1467 c.c.) la fattispecie del contratto di appalto, per addossare al committente il sopravvenuto aumento dei costi dei materiali o della manodopera, discende dal fatto che l'appalto ha ad oggetto una prestazione di carattere individuale, modellata sulle particolari esigenze del committente e, perciò, di regola difficilmente ricollocabile nel mercato*».

[23] M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e diritto privato*, 2003, p. 495.

ISSN 2036-7821

all'appalto dove non è possibile la ricollocazione sul mercato dove ricorrerebbe, dunque, un'identità di *ratio* che giustifica l'applicazione analogica dell'art. 1664 c.c.
Dunque, la tesi tradizionale dominante è sempre stata quella che ritiene l'unico rimedio generale quello "demolitivo" della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta a discapito della previsione di ulteriori rimedi di natura meramente "manutentiva". Rimane ferma, però, la possibilità che le parti, nell'esercizio della loro autonomia, possano modificare il sistema dei rimedi e stabilire che, in caso di sopravvenienze *ex* art. 1467 c.c., spetti al debitore un diritto alla revisione o, in alternativa, alla rinegoziazione.
Sul tema, prendendo atto degli effetti generati dal Covid-19 in materia di contratti, la Suprema Corte di Cassazione, in una relazione resa nel 2020[24], si è orientata verso la possibilità di mitigare la centralità del principio *pacta sunt servanda* in favore del contrapposto principio *rebus sic stantibus*[25], riconoscendo il rilievo delle sopravvenienze scaturite da eventi successivi alla formazione del vincolo contrattuale nei casi in cui abbiano inciso sull'originario equilibrio tra le rispettive obbligazioni[26].
La rivoluzionaria ricostruzione della Suprema Corte, a cui sembra ispirarsi anche il nuovo Codice dei contratti pubblici, fonda il dovere di rinegoziare al principio di buona fede e correttezza di cui all'art. 1375 del Codice civile. Sul tema, la Corte afferma come «*In virtù della valutazione economico-giuridica del criterio della bona fides e degli obblighi di cooperazione fra le parti nella fase esecutiva del contratto, l'adeguamento del contenuto di quest'ultimo connesso all'obbligo di rinegoziare non contraddice l'autonomia privata, in quanto adempie alla funzione di portare a compimento il risultato negoziale prefigurato ab initio dalle parti, allineando il regolamento pattizio a circostanze che sono mutate*».
Dunque, se la legge stessa impone alle parti di comportarsi secondo buona fede durante l'esecuzione del contratto e l'art. 1374 del Codice civile considera la "legge" tra le fonti che integrano il contratto, allora la clausola di buona fede, grazie all'art. 1374 c.c., svolgerebbe una funzione integrativa delle obbligazioni contrattuali tale da far scaturire, addirittura, un obbligo di "rinegoziazione"[27].
In sintesi, la Suprema Corte sottolinea che l'importanza attribuita dalla legge alla

[24]Corte di Cassazione, relazione n. 56 dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo, 8 luglio 2020.
[25]Questo principio si applica implicando che le obbligazioni contrattuali vincolano le parti solo "fintanto che le cose rimangono come stanno." Se si verificano cambiamenti radicali nelle circostanze che erano alla base del contratto, l'equilibrio può essere ripristinato mediante l'adattamento delle condizioni o la risoluzione del contratto. Sul tema si veda A. S. M. ROSETI, *Il COVID-19 riaccende l'eterno conflitto tra il principio pacta sunt servanda e il principio rebus sic stantibus*, in *Diritto del risparmio*, 2021, p. 1 ss.
[26]Sul punto S. VINTI, *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, in *Federalismi.it*, 24, 2023, p. 243.
[27]S. VINTI, *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, in *Federalismi.it*, 24, 2023, cit. p. 243.

ISSN 2036-7821

buona fede, sia nell'interpretazione che nell'esecuzione del contratto, implica delle regole di comportamento per il destinatario della richiesta di rinegoziazione. Queste regole lo obbligano ad agire in modo da favorire il raggiungimento di un accordo che adatti il contratto al nuovo contesto, ristabilendo l'equilibrio originario.
Tuttavia, la Suprema Corte di Cassazione chiarisce che l'obbligo di rinegoziazione non implica necessariamente che la parte debba accettare una modifica del contratto. La revisione del contratto deve comunque essere valutata in base all'utilità e alla convenienza. Gli obblighi sono considerati adempiuti anche se la proposta di modifica viene rifiutata, purché la parte abbia partecipato alla rinegoziazione in modo serio e corretto[28].
In conclusione, la relazione del Massimario della Cassazione del 2020 e, come si vedrà nel prosieguo, l'art. 9 del nuovo Codice dei contratti pubblici, sembrerebbero aver posto le basi per una rilettura del principio di buona fede contrattuale, promuovendo una visione della rinegoziazione come strumento per garantire la sostenibilità dei rapporti contrattuali anche di fronte a eventi eccezionali, pur mantenendo un delicato equilibrio tra autonomia contrattuale e giustizia sostanziale nel diritto civile italiano.

3. Il confronto con l'ordinamento tedesco e francese: i suggerimenti della soft law.

Il diritto alla rinegoziazione del contratto, previsto nel nuovo Codice dei contratti pubblici, è un fenomeno non del tutto sconosciuto nel diritto privato europeo.
Il riferimento, in particolare, è alla disciplina dell'ordinamento tedesco e francese, nonché agli apparati normativi della *soft law*[29] predisposta da alcuni istituti accademici, tra i quali i c.d. Principi Unidroit, PECL (*Principles of European Contract Law*) e DCFR (*Draft Common Frame of Reference*).
Nell'ordinamento tedesco, il BGB prevede una disposizione generale di autotutela per la rinegoziazione del contratto. L'art. 313 del BGB stabilisce che: se le circostanze che costituiscono la base del contratto sono cambiate in modo rilevante dopo la conclusione del contratto e le parti non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso con un contenuto diverso se avessero previsto questo cambiamento, può essere richiesto l'adeguamento del medesimo[30].

---

[28] S. VINTI, *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, in *Federalismi.it*, 24, 2023, cit. p. 243.

[29] Sin da subito si può notare come la nozione di *soft law* abbia un carattere polivalente; tale termine, infatti, proviene da una profonda elaborazione dottrinale frutto della complessa realtà ordinamentale odierna. Come evidenziato da E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, cit. p. 1, *L'espressione in parola non allude ad un concetto stabile e ben sedimentato, a partire dal quale sia possibile svolgere un percorso di studio e di riflessione, in via per così dire immediata. Al contrario, nell'uso corrente, essa mostra di avere un significato a volte molto vago, altre autonomamente interpretato, senza che sembri rintracciabile un centro di gravità attorno al quale le accezioni del termine convergano in modo coerente».*

[30] Sul punto F. AZZARRI, *Corona-Krise e diritto tedesco delle obbligazioni e dei contratti: le sopravvenienze della pandemia*

ISSN 2036-7821

In maniera quasi del tutto speculare, nell'ordinamento francese, l'art. 1195 del Code civil stabilisce che: se un cambiamento imprevedibile delle circostanze al momento della conclusione del contratto rende la prestazione eccessivamente onerosa, per una parte che non aveva accettato di assumersi il rischio, quest'ultima può chiedere al suo contraente una rinegoziazione del contratto. In caso di rifiuto o di fallimento della rinegoziazione, le parti potranno convenire di risolvere il contratto, alla data e alle condizioni da esse determinate, oppure chiedere, di comune accordo con giudice, di procedere al suo adeguamento. È previsto, altresì, che in mancanza di accordo, entro un termine ragionevole, il giudice può, su istanza di una parte, modificare il contratto o risolverlo.

Diversamente, è rilevante sottolineare che nella disciplina generale dei contratti italiana non è presente un simile diritto alla rinegoziazione.

Il diritto alla rinegoziazione, come già affermato nei paragrafi precedenti, è limitato soltanto al caso specifico del contratto di appalto o di affitto, quali casi eccezionali e non suscettibili, in via generale, di interpretazione analogica.

La tematica delle sopravvenienze e del diritto alla rinegoziazione dei contratti ha investito, altresì, la c.d. *soft law* (o, con una terminologia d'oltralpe, *droit mou* o *droit souple*).

Tra le fonti di *soft law* meritano una particolare menzione i c.d. Principi Unidroit[31]. Tali principi qualificano il concetto di *hardship* come quell'evento non previsto e incalcolabile, al di fuori della signoria dei contraenti e alla ordinaria alea del contratto.

Gli eventi sopravvenuti, considerati da tali principi, sono, dunque, quelli che determinano l'aumento dei costi della prestazione di una parte del contratto oppure la diminuzione del valore della controprestazione[32].

---

tra BGB e legislazione speciale, in *Jus civile*, 2021, p. 302 ss.; E. NAVARRETTA, *Riflessioni giuridiche sugli effetti della pandemia Covid-19*, Pisa, 2021, p. 145 ss.

[31] I Principi Unidroit sono un insieme di regole e linee guida che mirano a regolare i contratti commerciali internazionali. Pubblicati dall'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato (UNIDROIT), un'organizzazione intergovernativa con sede a Roma, questi principi non sono giuridicamente vincolanti come una legge nazionale o un trattato, ma sono spesso utilizzati come fonte autorevole di diritto e come modello per redigere contratti transnazionali. I Principi UNIDROIT si basano su principi di giustizia, equità e buona fede, con l'obiettivo di facilitare il commercio internazionale eliminando ostacoli derivanti dalle differenze tra i vari sistemi giuridici nazionali.

[32] Principi Unidroit, art. 6.2.2 (Definizione di *hardship*) «*Ricorre l'ipotesi di hardship quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione, e (a) gli eventi si verificano, o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto; (b) gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto; (c) gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata; e (d) il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata*»; Art. 6.2.3 (Effetti dell'*hardship*) «*(1) In caso di hardship la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto. La richiesta deve essere fatta senza ingiustificato ritardo e deve indicare i motivi sui quali è basata. (2) La richiesta di rinegoziazione non dà, di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione. (3) In caso di mancato accordo tra le parti entro un*

ISSN 2036-7821

Secondo questa disciplina, ai sensi dell'art. art. 6.2.3. Unidroit, è consentito alla parte svantaggiata di domandare alla controparte la rinegoziazione del contratto e, in caso di mancato raggiungimento del nuovo accordo entro un termine ragionevole, di agire in giudizio per domandare la risoluzione del contratto, per determinare i modi e i tempi della stessa, oppure di modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio.

Analogamente, sempre nell'ambito della *soft law*, gli artt. 6:111. e ss. dei c.d. Principi Lando del diritto europeo dei contratti (PECL) stabiliscono che, se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per il mutamento delle circostanze, le parti sono tenute a intavolare trattative per modificare o sciogliere il contratto. Tale diritto alla rinegoziazione sorge nel momento in cui il mutamento di circostanze si verifica dopo la conclusione del contratto, oppure il medesimo mutamento non era una possibilità suscettibile, ragionevolmente, di essere prevista al momento della conclusione del contratto.

Infine, l'art. III-3:104 DCFR si allinea a quanto previsto dai Principi Unidroit e PECL; è, infatti, posto solo in capo alla parte svantaggiata l'obbligo di tentare una rinegoziazione e, in mancanza di una trattativa, la violazione del canone di correttezza legittima la stessa parte a è legittimata adire il giudice per l'adeguamento o lo scioglimento del contratto[33].

4. I principi del nuovo Codice dei contratti pubblici.

La materia dei contratti pubblici è una delle più rilevanti nell'ambito dello studio del diritto amministrativo e del diritto dell'economia[34] (essa, infatti, enuclea regole di diritto pubblico e regole di diritto privato).

Come evidenziato in dottrina, l'espressione "contratto pubblico" è da sempre un ossimoro. Si mettono insieme il concetto privatistico per antonomasia – "il contratto", espressione di autonomia negoziale – e un aggettivo ("pubblico") che evoca la negazione del diritto privato[35].

---

termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice. (4) Il giudice, se accerta il ricorrere di una ipotesi di hardship, può, ove il caso, (a) risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure (b) modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio».

[33]Sul tema, S. P. PIERRINO, *La rinegoziazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Luiss Law Review*, 2024.

[34] Come evidenziato da F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2022, cit. p. 8, il diritto dell'economia è un fenomeno in costante evoluzione, in grado, spesso, di anticipare gli sviluppi del diritto pubblico. Infatti, frequentemente, emerge come i mutamenti degli assetti giuridici, estremamente rilevanti per il contesto economico, siano in grado di anticipare ampiamente le trasformazioni istituzionali degli assetti ordinamentali.

[35]Come brillantemente evidenziato da F. CARINGELLA, *Manuale dei contratti pubblici. Principi e applicazioni*, Roma, 2019, cit. p. 1 «*La locuzione "contratto pubblico" è da sempre un ossimoro, una contraddizione misteriosa, la conciliazione di poli antitetici. Si mettono insieme il concetto privatistico per antonomasia – "il contratto", espressione di autonomia negoziale, di auto-regolamento, di libertà individuale – e un aggettivo ("pubblico") che evoca la negazione del diritto privato,*

ISSN 2036-7821

Sul versante legislativo, in meno di un ventennio, lo sviluppo dell'economia e il crescente ruolo dell'Unione Europea hanno favorito l'emanazione di "tre distinti codici" dei contratti pubblici che, purtroppo, non sono ancora riusciti nell'intento di superare la complessità della materia che è stata oggetto di una "cattiva legislazione" concretizzatasi in un dedalo multiforme di normazione primaria, normazione secondaria e, finanche, linee guida[36].

Tale opera di rinnovamento è culminata con l'emanazione del Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36[37] (il "terzo" e "nuovo" Codice dei Contratti pubblici) in attuazione dell'articolo 1 della Legge delega 21 giugno 2022, n. 78[38].

Questa volta, però, la genesi del nuovo Codice dei contratti pubblici non è mossa dall'esigenza di adeguare la normativa nazionale alle Direttive dell'Unione Europea (come il precedente Codice del 2016 che recepiva le Direttive), ma perché il Legislatore ha avvertito l'esigenza - a quadro normativo dell'Unione Europea invariato - di rinnovare la precedente normativa eccessivamente "rigida" e

---

il public power unilaterale, l'imperatività, l'autoritarietà, i muscoli con i quali le pubbliche amministrazioni sono capaci di imporsi sui privati senza bisogno di cercare il loro consenso e di procurarsi il loro beneplacito. Eppure, la discrasia è solo apparente. Bisogna muovere dal rilievo che la pubblica amministrazione è una e doppia e gode di due capacità. È l'antica e sempre attuale lezione della doppia personalità dei soggetti pubblici. Ogni pubblica amministrazione è, nel nostro disegno pluralistico, un'autorità che può usare strumenti autoritativi del diritto pubblico, ma anche un soggetto di diritto comune, un cittadino dell'ordinamento generale che, al pari di ogni altro settore del diritto, può adoperare gli strumenti del diritto privato avvalendosi dell'universale capacità giuridica e di agire. Questa seconda eventualità si verifica, per l'appunto, quando una pubblica amministrazione stipula un contratto, dismette i comodi panni del potere autoritativo e decide di agire iure privatorum». Sul tema, infine, S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2024, cit. p. 1, «*Siamo abituati, da tempo immemorabile, a dividere la vicenda degli appalti e più in generale dei contratti pubblici in due parti, quasi fossero le due metà di una medesima mela. Una prima fase, detta dell'evidenza pubblica, preordinata alla formazione del contratto e alla scelta del contraente privato; e una seconda fase in cui il contratto, oramai stipulato, generalmente ad esecuzione prolungata, è eseguito dall'amministrazione committente e dall'appaltatore privato, adempiendo alle diverse prestazioni in esso dedotte. Per tradizione inveterata, ben prima che in tempi più recenti il Legislatore dettasse norme specifiche sul riparto di giurisdizione, siamo stati indotti a credere che la prima fase avesse natura pubblicistica e fosse per questo devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo; e la seconda fase fosse retta dal diritto privato e, di conseguenza, devoluta alla cognizione del giudice civile*».

[36]Sul tema, in chiave critica sulla iper-regolazione nell'ambito dei contratti pubblici, S. VALAGUZZA, *Governare per contratto*, Napoli, 2018, cit. p. 94, secondo cui «*nonostante si abbia la consapevolezza, grazie ad esperienze straniere, degli effetti positivi di una regolazione leggera e basata sul suggerimento anziché´ sull'obbligatorietà , lo spirito paternalistico pervade la legislazione, nell'illusione che tramite un sistema onnisciente di norme disciplinanti sia possibile organizzare al meglio ogni aspetto dell'attività delle stazioni appaltanti pubbliche. Una normativa completa ed esaustiva è percepita come la risposta più adeguata alle esigenze di trasparenza e controllo dell'azione amministrativa*».

[37]Recante "*Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*".

[38]Il comma 1 dell'art. 1 statuiva che: «*Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai princìpi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate*».

ISSN 2036-7821

"formalistica"[39].

Il nuovo Codice – entrato in vigore il 1° luglio 2023[40] - intende inaugurare una "nuova stagione" per la disciplina dei contratti pubblici che, per la prima volta, ancor prima di prevedere norme di dettaglio, ambisce a valorizzare i "principi" ispiratori della materia, tra cui il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale.

Il nuovo impianto codicistico, dunque, prevede dei principi per guidare l'Amministrazione nell'effettivo affidamento del contratto alle condizioni più favorevoli per la collettività perseguendo l'interesse pubblico[41].

Tra gli obiettivi principali del nuovo Codice, vi è la valorizzazione di un'Amministrazione di "risultato"[42] e del "risultato finale" della procedura di gara; l'intento è quello di provare a superare il "pregiudizio del sospetto" che aveva influenzato l'opera legislativa previgente[43] e, soprattutto, di concepire una nuova visione della concorrenza come "mezzo" e non quale mero "risultato"[44].

---

[39] Sul "malcontento" generale del vecchio Codice A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *Introduzione*, in A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024, cit. p. 36, «*Il Codice 36/2023 affonda le sue radici genetiche nella elevata insoddisfazione di tutti gli operatori, pubblici e privati, nei confronti dell'esperienza del Codice n. 50/2016, figlio di un momento storico che per molti aspetti ricordava quello post Tangentopoli che aveva portato all'emanazione delle Legge Merloni […] questo approccio non poteva che generare insoddisfazione e così è avvenuto: da un lato, infatti, non si è riusciti a ridurre i fenomeni corruttivi, ed anzi la patologia del sistema ha trovato linfa vitale nell'irrigidimento dello stesso; dall'altro, invece, la vocazione rigida e dirigistica della regolazione, in connubio con una coerente lettura della disciplina della responsabilità, ha condotto a creare un sistema con ampie sacche di inefficienza*».

[40]Con riferimento alla disciplina transitoria, S. COCCHI, *Pillole del nuovo codice degli appalti*, in *Azienditalia*, 2023, cit. p. 688, «*Il testo del codice appena licenziato si applicherà a tutti i nuovi procedimenti a partire dal 1° aprile 2023, data dell'entrata in vigore; tuttavia, dal 1° luglio 2023 è prevista l'abrogazione del precedente codice (D.Lgs. n. 50/2016) e l'applicazione delle nuove norme non solo alle nuove procedure ma anche a tutti i procedimenti già in corso. Per quest'ultimi, continuerà ad applicarsi il codice del 2016 nei seguenti casi: a) procedure e contratti con bandi già pubblicati; b) procedure in cui siano già stati inviati gli avvisi a presentare le offerte; c) procedure in cui siano già state stipulate convenzioni urbanistiche per opere di urbanizzazione a scomputo; d) accordi bonari riguardanti procedure con bandi già pubblicati. Si rappresenta inoltre che, dal 1° luglio 2023, i richiami al previgente codice, contenuti nelle norme vigenti, si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni del nuovo codice dei contratti pubblici ovvero ai principi da esso desumibili.*».

[41]L'obiettivo, come evidenziato da una parte della dottrina, è quello di rispettare la "regola del caso". M. R. SPASIANO, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrazione del sindacato*, in *Federalismi*, 2023, cit. p. 222. Sul ricorso alla espressione "regola del caso" si veda M. R. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la regola del caso*, in *Diritto Amministrativo*, 2000, p. 131 ss.

[42]Dal punto di vista giurisprudenziale, sull'Amministrazione di risultato si segnala Cons. Stato, Sez. VI, 3 dicembre 2008, n. 5398. Tra la vasta produzione scientifica sull'Amministrazione di risultato, si segnala S. CASSESE, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»?, in Giornale di diritto amministrativo*, 2004, p. 941 ss.; M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno Palermo 28-28 febbraio 2003*, Torino, 2004; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, Roma, 2002; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1966, p. 79 ss.

[43]Sul tema, R. CARANTA, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, in *Giurisprudenza italiana*, 2023, cit. p. 1952, ha infatti di recente affermato che «*Il problema è storicamente un altro. Il problema è che l'amministrazione di risultato non si è mai inverata*».

[44]Sulla nuova concezione di "concorrenza" rispetto al principio di risultato, si veda E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Diritto Amministrativo*, 4, 2023, cit. p. 836, «*Va quindi in questo senso la previsione di apertura del codice, secondo cui le stazioni appaltanti e gli enti*

ISSN 2036-7821

Nell'ambito della nuova opera di codificazione, tra i principi più rilevanti, è possibile menzionare: il principio di risultato[45], il principio della fiducia[46], il principio di accesso al mercato, i principi di buona fede[47] e tutela dell'affidamento, i principi di auto-organizzazione amministrativa, di conservazione dell'equilibrio contrattuale e, infine, di autonomia contrattuale[48].

Si evidenzia, però, che non tutti i principi abbiano il medesimo ruolo nel nuovo

---

concedenti «perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione». Le istanze legalitarie — preservate dalla disposizione modale che àncora il perseguimento del risultato al « rispetto » del principio di « legalità » (art. 1, c. 1) — ed il principio di concorrenza — ripristinato nella sua esatta configurazione di mezzo rispetto al fine (art. 1, c. 2) — non devono costituire un freno per l'esercizio della discrezionalità amministrativa: altrimenti a dirsi, si tratta di limiti in negativo da non violare, piuttosto che limiti in positivo da perseguire, come se legalità e concorrenza fossero esse stesse la ragione ed il parametro della efficacia ed effettività dell'azione negoziale delle pubbliche amministrazioni. Insomma, come rilevato dal Consiglio di Stato in sede di relazione allo schema del codice, «legalità e concorrenza da sole non bastano», giacché il risultato rimane «la realizzazione delle opere pubbliche e la soddisfazione dell'interesse della collettività».

[45]Sul "principio del risultato" nell'ambito dei contratti pubblici G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giustiziamministrativa.it*, 2023, cit. p. 18, «*Fra tutti campeggia il principio del risultato ad evidenziare questo intento. Di quale risultato si parla nel codice? Direi dell'interesse ad un buon contratto, essendo evidente che la concorrenza è un mezzo non un fine. Il codice ristabilisce (ovvero ha l'ambizione di ristabilire) un equilibrio liberale dopo anni di eccessi neoliberisti (richiamati dal pensiero di Torodov citato in epigrafe). Un equilibrio fondato sull'interesse generale, sull'interesse dell'amministrazione, come espressione dello Stato comunità. Si tratta del risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. Una regola di efficacia già insita nel sistema della legge n. 241 del 1990*». S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici*, in G. CORSO, M. IMMORDINO (a cura di), *Scritti in onore di Filippo Salvia*, Napoli, 2022, p. 517 ss. Sul risultato quale elemento qualificante dell'azione amministrativa L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1988, p. 299 ss.; B. G. MATTARELLA, S. CASTROVINCI ZENNA, *Principio del risultato*, in A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024, p. 3 ss.

[46]Tra le prime interpretazioni giurisprudenziali del "principio della fiducia" si segnala TAR, Catania, sez. III, 7 febbraio 2024, n. 478 il quale ha affermato che «*Il principio della fiducia amplia i poteri valutativi della Stazione Appaltante e la sua discrezionalità, in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile. Questo principio non può però tradursi in un impedimento alla possibilità per il Giudice Amministrativo di sindacare le scelte discrezionali dell'Amministrazione caratterizzate da macroscopici vizi di illegittimità. Tale principio non può infatti legittimare le scelte dell'Amministrazione che tradiscono l'interesse pubblico sotteso alla procedura di gara*».

[47]In una prospettiva rimediale, sul rapporto tra trasparenza e buona fede nel nuovo Codice, si veda F. G. RUSSO, *I rimedi giurisdizionali nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici tra la trasparenza e la buona fede*, in *giustiziamministrativa.it*, 2023, p. 1 ss.; G. TULUMELLO, *Affidamento, buona fede, e fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie, e la disciplina dei rimedi (verso un "diritto amministrativo praticato")*, in *giustiziamministrativa.it*, 2023, p. 1 ss.; G. TULUMELLO, *Il diritto dei contratti pubblici fra regole di validità e regole di responsabilità: affidamento, buona fede*, in *giustiziamministrativa.it*, 2023, p. 1 ss.

[48]Il nuovo Codice dedica un titolo apposito ai "principi": il Titolo I – I principi generali. Esso consta di dodici articoli, che contengono i seguenti principi: Articolo 1. Principio del risultato. Articolo 2. Principio della fiducia. Articolo 3. Principio dell'accesso al mercato. Articolo 4. Criterio interpretativo e applicativo. Articolo 5. Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento. Articolo 6. Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con egli enti del Terzo settore. Articolo 7. Principio di auto-organizzazione amministrativa. Articolo 8. Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito. Articolo 9. Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale. Articolo 10. Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione. Articolo 11. Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti. Articolo 12. Rinvio esterno.

ISSN 2036-7821

impianto codicistico.

Nell'ambito del nuovo Codice esistono principi che si distinguono dagli altri per la loro valenza trasversale e generale; tra questi: il principio del risultato (art. 1), il principio della fiducia (art. 2) e il principio di accesso al mercato (art. 3). Infatti, l'art. 4 ("criterio interpretativo e applicativo") statuisce che le «*disposizioni del Codice si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3*».

I principi del nuovo Codice possono essere classificati in: principi di spiccata matrice civilistica (il principio di autonomia contrattuale e il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale); principi di matrice pubblicistica (il principio di accesso al mercato, il principio di solidarietà, il principio di sussidiarietà orizzontale e il principio di auto-organizzazione amministrativa); principi propri del settore dei contratti pubblici (il principio di tassatività delle cause di esclusione)[49].

Definitivamente, nell'ambito di questo nuovo sistema dei contratti pubblici, i principi[50] rendono intellegibile il disegno armonico, organico e unitario sotteso al

[49]V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2024, cit. p. 1107 ss.

[50]Tra i primi commentatori, F. SAITTA, *I principi generali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giustizia Insieme*, 2023, cit. p. 1, individua tre "principi cardine": il risultato, la fiducia e l'accesso al mercato. L'Autore evidenzia «*Com'è stato notato da acuta dottrina, con riguardo alla formulazione dei principi, sin dai primi anni di questo secolo si è registrata un'inversione di tendenza nel rapporto tra Legislatore, da un lato, e giurisprudenza e (seppure con un apporto limitato rispetto al passato) dottrina. Taluno ha ritenuto «un atto di orgoglio» l'enunciazione, da parte del Legislatore, dei principi, che in fondo «costituiscono il tentativo di positivizzare quel che [per lungo tempo] si era considerato appannaggio del diritto naturale»; tal altro, l'ha definito, invece, «un atto di umiltà» compiuto dal «vecchio sovrano esautorato – in parte – dalla stessa dinamica storica» come «eloquente atto di abdicazione da parte del Legislatore alla propria – fino a ieri orgogliosa - autosufficienza». Si può convenire con l'una o con l'altra affermazione, così com'è del tutto legittimo chiedersi se con quest'opera di positivizzazione davvero «si riequilibra in modo irreversibile il rapporto tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale». Ai fini della presente indagine, tuttavia, è più utile notare come l'opera legislativa di catalogazione dei principi sia avvenuta su due piani: uno generale, come nella legge sul procedimento amministrativo o nel codice del processo amministrativo, ed uno settoriale, come nei codici dell'ambiente, dell'amministrazione digitale e, appunto, dei contratti pubblici. Ed osservare, subito dopo, come sia inevitabile che i principi "catalogati" dalla normativa settoriale entrino in contatto con altri principi generali dell'azione amministrativa, costringendo spesso il giudice a stabilire l'esito di tale confronto, che finisce evidentemente per condizionare o integrare l'applicazione degli stessi principi di settore. Per restare alla materia dei contratti pubblici, basti pensare a come il principio di certezza del diritto, considerato una sorta di "superprincipio" e comunque un principio generale del diritto dell'Unione, sia stato talora ritenuto cedevole dai giudici europei e come financo il principio di concorrenza, per lungo tempo vero e proprio totem del diritto europeo degli appalti, abbia subito – come dirò meglio a breve – un deciso ridimensionamento a causa dell'emersione di altri valori».* Differentemente, per un commento (in gran parte) critico, L. R. PERFETTI, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2022, cit. p. 7, «*Tuttavia, come si è altre volte provato a chiarire, i principi che dovrebbero ordinare la materia sono (non occasionalmente) potenzialmente in conflitto tra loro e la legge non ne provvedeva una gerarchizzazione, con il risultato che l'applicazione amministrativa e la stessa giurisprudenza divengono insufficientemente prevedibili e facilmente nascondono, sotto l'evocazione generica di principi non adeguatamente dedotti, operazioni interpretative sostanzialmente immotivate, equitative, soggettive. Vi sono, quindi, ragioni specifiche per sostenere il bisogno di una legislazione per principi ed un loro ordine gerarchico fissato dalle norme. In secondo luogo, la disciplina italiana dei contratti pubblici è sorta, fin dal compiersi dell'unità nazionale, e si è sviluppata nella direzione della moltiplicazione- e frequente modificazione - di un reticolo minuzioso di regole; lo stile del prontuario, contabilistico, ha spesso caratterizzato la nostra legislazione in materia di opere pubbliche - che ha sempre costituito la base teorica e pratica della disciplina delle altre forme contrattuali. Si è spesso trattato di disposizioni dirette ad una minuziosa, se non maniacale, disciplina del dettaglio, diretto, primariamente, ad assicurare l'imparzialità dell'amministrazione ed il controllo della spesa; tuttavia, questi due obiettivi sono*

ISSN 2036-7821

codice rispetto alla frammentarietà delle sue parti e consentono, al tempo stesso, una migliore comprensione di queste, connettendole al tutto[51].

5. La novità legislativa: l'art. 9 del nuovo Codice dei contratti pubblici il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale.

Negli ultimi anni, la pandemia da Covid-19 ed il conflitto russo-ucraino hanno favorito il dibattito sulla gestione delle sopravvenienze anche nell'ambito del diritto amministrativo.

In tale contesto, la fase di esecuzione dei contratti pubblici è stata oggetto di particolare interesse al fine di individuare gli strumenti ai quali ricorrere per fronteggiare la sopravvenuta alterazione del sinallagma contrattuale, ponendo la questione dell'alternativa tra demolizione, manutenzione o conservazione del rapporto obbligatorio[52].

Nell'ambito della discussione su tale questione, come anticipato, il nuovo Codice dei contratti pubblici introduce, nella parte relativa ai principi e, più specificatamente, ai principi di matrice "civilistica", una norma di particolare interesse: l'art. 9 rubricato "Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale"; una norma che, almeno *prima facie*, è collegata alle disposizioni sulla revisione dei prezzi (art. 60 del nuovo Codice), sulle varianti (art. 120 del nuovo Codice) e, infine, al fondamentale principio del risultato (art. 1 del nuovo Codice)[53].

L'art. 9 del nuovo Codice dei contratti pubblici, con una norma di portata "innovativa", prevede che la parte "svantaggiata" del contratto, che non ha assunto il relativo "rischio" in maniera volontaria, ha diritto alla rinegoziazione delle condizioni contrattuali, secondo buona fede, in caso di «*circostanze straordinarie e*

---

potenzialmente in contrasto tra loro, giacché la rigida disciplina dettata allo scopo di conseguire l'imparzialità massima, o astratta e formale, conduce frequentemente alla protrazione dei termini, alla rigidità di progetti e regole contrattuali, con l'esplodere, di tempo in tempo, di necessità pratiche ineludibili di revisione di entrambi, con fatale effetto sui prezzi finali.».

[51] Riprendendo l'affermazione di Cons. Stato, A. P., 7 maggio 2013, n. 13, «*Come è infatti noto, l'aspetto rilevante di un codice, anche nel senso ristretto della nuova codificazione moderna secondo codici di settore, è la sua aspirazione ad essere un "sistema"; il sistema consente di spostare l'attenzione anche su principi, che rendono possibile la comprensione delle singole parti connettendole al tutto e che, finalmente, rendono intellegibile il disegno armonico, organico ed unitario sotteso rispetto alla frammentarietà delle parti. I principi generali di un settore esprimono valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, che hanno una memoria del tutto che le singole e specifiche disposizioni non possono avere e ai quali esse sono riconducibili; sono inoltre caratterizzati da una eccedenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica ("nomogenetica") rispetto alle singole norme*».

[52] S. VINTI, *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, in *Federalismi.it*, 24, 2023, cit. p. 241.

[53] Come evidenziato da S. VINTI, *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, in *Federalismi.it*, 24, 2023, cit. p. 241, «*Proprio gli artt. 9, 60 e 120 evidenziano il mutamento dell'atteggiamento del legislatore nei confronti del principio di (tendenziale) immodificabilità oggettiva del contratto, già depotenziato dalla normativa emergenziale per sopperire dapprima alle ricadute economiche della pandemia e, successivamente, all'aumento dei prezzi determinato dalle sanzioni e dal contesto bellico*».

ISSN 2036-7821

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». È precisato, altresì, che la rinegoziazione «*si limita al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento* […] *senza alterarne la sostanza economica*». Infine, è stato previsto il diritto alla riduzione proporzionale del prezzo nelle ipotesi in cui le predette circostanze sopravvenute rendano la prestazione - in parte o temporaneamente - inutile o inutilizzabile per uno dei contraenti[54].

La collocazione della norma nell'ambito dei principi è estremamente peculiare; ciò segna una chiara volontà del legislatore di farne un "principio guida" nell'ambito dell'intera disciplina dei contratti pubblici.

Vi è dunque una decisa inversione di tendenza rispetto alla normativa previgente, che prevedeva un rimedio di riequilibrio e rinegoziazione circoscritto alle sole concessioni (art. 165, comma 6, del D. lgs. 50 del 2016).

La norma è figlia dell'esigenza di rivisitazione dell'equilibrio contrattuale alla luce delle sopravvenienze e/o di eventi imprevedibili ("*shock* esogeni") al momento della stipulazione (c.d. *hardship*[55]).

In questo modo, il legislatore sembra voler superare e/o integrare la disciplina di cui all'art. 1467 c.c. - sull' eccessiva onerosità sopravvenuta - secondo la quale la parte creditrice che subisce la sopravvenienza, in mancanza di un'offerta della controparte di riconduzione ad equità delle condizioni contrattuali, può ottenere soltanto la risoluzione del contratto.

Dunque, animato dalla *ratio* di tutelare l'interesse pubblico di conservare gli assetti contrattuali già in essere, il nuovo Codice introduce un rivoluzionario strumento che ambisce a garantire l'efficacia del contratto (con la rinegoziazione del contenuto contrattuale) e la manutenzione del medesimo, anziché lasciare spazio ad un mero rimedio di tipo demolitorio (la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta).

Come premesso, si comprende la fondamentale rilevanza della norma in parola nella

---

[54] Come evidenziato Relazione allo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", cit. p. 24 «*La disposizione specifica, quindi, quali sono le sopravvenienze da cui sorge il diritto alla rinegoziazione, precisando che, oltre che sopravvenute e imprevedibili, devono essere estranee anche al normale ciclo economico, integrando uno shock esogeno eccezionale e imprevedibile. La disposizione deve, pertanto, essere interpretata restrittivamente e richiede un rilevante squilibrio tra le prestazioni, da valutarsi alla luce delle concrete circostanze e dello specifico contenuto negoziale*».

[55] Nel contesto contrattuale, l'*hardship* (letteralmente "difficoltà") riconosciuto da diversi sistemi giuridici (*frustration of purpose, Wegfall der Geschäftsgrundlage, imprévision*, eccessiva onerosità sopravvenuta), è una situazione che si verifica quando eventi straordinari e imprevedibili alterano significativamente l'equilibrio economico di un contratto. Questo concetto è riconosciuto soprattutto nei contratti internazionali e in alcuni ordinamenti, con la funzione di tutelare la parte svantaggiata da un mutamento delle circostanze che rende l'esecuzione del contratto eccessivamente onerosa o gravosa rispetto a quanto previsto originariamente. Un tentativo - non andato a buon fine - di inserire disposizioni in materia di *hardship* nel Codice civile era stato fatto con il Disegno di legge n. 1151 del 2019.

ISSN 2036-7821

fase della gestione della fase esecutiva dei contratti pubblici, anche in relazione al previsto *favor* per l'inserimento di clausole di rinegoziazione nel contratto «*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*» (art. 9, co. 4 del nuovo Codice).

È bene evidenziare, altresì, che l'attribuzione del diritto alla rinegoziazione è strettamente collegato alla realizzazione di un evento "straordinario e imprevedibile" (circostanza che accomuna la norma in commento all'art. 1467 c.c.).

Si rammenta, inoltre, che mentre il presupposto della straordinarietà è di natura oggettiva, poiché attiene ad una valutazione della incidenza statistica degli avvenimenti, il requisito dell'imprevedibilità afferisce principalmente alla sfera soggettiva, perché attinente alla c.d. "fenomenologia della conoscenza"[56]. Inoltre, si evidenzia come la sopravvenienza debba essere estranea alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e, infine, al rischio di mercato[57]. Infatti, il diritto alla rinegoziazione è escluso per gli avvenimenti legati al susseguirsi dei cicli economici - secondo l'*id quod plerumque accidit* - e, cioè, i periodi di crisi economica fisiologici dell'economia[58].

In via generale, pertanto, la nozione di alea normale si collega al rischio dell'insorgere di eventi pregiudizievoli che ciascuna parte decide di sostenere, anche implicitamente, allorquando stipula un contratto; invece, l'effetto della sopravvenienza è caratterizzato per l'alterazione in maniera rilevante l'equilibrio originario dell'accordo. Infatti, secondo tale logica, occorre garantire la permanenza dell'equilibrio tra le prestazioni oggetto del contratto.

In mancanza di una significativa oscillazione del sinallagma, si sarebbe in presenza di situazioni, sicuramente negative, ma che connotano, intrinsecamente, ogni negozio, non essendo sproporzionato il sacrificio che la parte incisa dall'evento avverso è chiamata a sopportare[59].

In conformità con il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, l'art. 60 del nuovo Codice dei contratti pubblici introduce l'obbligo delle stazioni appaltanti di inserire, nei documenti di gara, clausole di revisione dei prezzi che devono essere applicate al ricorrere di «*particolari condizioni di natura oggettiva*» che determinino una variazione dell'importo complessivo del costo dell'opera, della fornitura o del servizio «*in relazione alle prestazioni da eseguire in maniera prevalente*». In particolare, il

[56] Sul punto, Cass. Civ., sez. II, 23 febbrario 2001, n. 2661. In dottrina G. INFANTINI, *Il perimetro dell'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in L.CALCAGNO, F.DI MARZIO, S.LEMBO (a cura di), *Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria*, Quaderno 13, Scuola Superiore della Magistratura, Roma, 2022, p. 76 ss.

[57] Sul punto S. VINTI, *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, in *Federalismi.it*, 24, 2023, p. 246.

[58] M. ZACCHEO, *Concessioni pubbliche e sopravvenienze*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2021, p. 19

[59] S. VINTI, *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, in *Federalismi.it*, 2023, 24, cit. p. 246.

ISSN 2036-7821

predetto disposto normativo stabilisce un meccanismo revisionale automatico operante in presenza di circostanze che determinino una variazione dell'importo del contratto oltre la soglia del 5% (determinata sulla base di specifici indici ISTAT).

Tale norma pone inevitabilmente la questione del riparto di giurisdizione delle controversie che possono sorgere in *sedes materiae*.

Il dato normativo, in via generale, sembra prediligere la giurisdizione del giudice ordinario, in quanto non verrebbe in essere la spendita di un potere pubblico alla luce del quale, dunque, si configurerebbe un interesse legittimo. Il mero accertamento della variazione percentuale dell'importo dedotto in contratto risulta un'attività esente da discrezionalità in capo alla stazione appaltante, che farebbe propendere per la giurisdizione del Giudice ordinario.

Diversamente, secondo un certo orientamento, sarebbe prevista la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo per la decisione delle controversie in merito al diritto alla rinegoziazione del contratto e alla facoltà di procedere alla revisione dei prezzi, allorquando sia in discussione la valutazione dell'interesse pubblico da parte della P.A. (ad esempio, quando è dibattuto l'*an* della revisione), in particolare, quando la stazione appaltante abbia contrapposto alla richiesta di rivisitazione dei prezzi del privato un sistema di calcolo diverso[60].

Dunque, ai sensi del già menzionato art. 60 del nuovo Codice, conformemente con la prassi che si è sviluppata nell'ambito del diritto internazionale, l'inserimento delle clausole di revisione prezzi nei documenti di gara è un passaggio, oggi, obbligatorio.

In caso di mancata previsione di tali clausole, secondo il medesimo orientamento, dovrebbe trovare applicazione il meccanismo di integrazione *ex* lege del contratto *ex* art. 1339 c.c., essendo l'art. 60 del nuovo Codice una norma imperativa.

Infine, nel nuovo Codice, il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale trova, altresì, applicazione in relazione alla possibilità di modifica dei contratti in corso di esecuzione, senza il necessario obbligo di rinnovo della gara, ai sensi dell'art. 120 del nuovo Codice[61].

In ossequio alla filosofia generale del nuovo Codice, tale norma valorizza il principio del risultato amministrativo e propone una concezione "strumentale" della concorrenza.

Le modifiche del contratto sono ammesse quando:

a. Le stesse sono previste in clausole «*chiare, precise e inequivocabili*»;

b. Sopravviene la necessità di acquisire prestazioni supplementari e un cambiamento del contraente risulterebbe impraticabile per ragioni obiettive o fonte

[60] Tale orientamento è attribuibile, generalmente, a R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2024, p. 866 ss.

[61] Sul punto, D. BOLOGNINO, H. BONURA, E. GRIGLIO, A. STORTO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Prima lettura organica del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36*, Piacenza, 2023, p. 52 ss.

ISSN 2036-7821

per la stazione appaltante di notevoli disagi;

c. In caso di varianti in corso d'opera.

La disposizione, in conclusione, precisa anche che sono "sempre ammesse" modifiche non sostanziali. Tali modifiche sono quelle che non cambiano l'equilibrio economico originario e che non alterano la concorrenza, cioè quelle che condizioni che, se fossero state previste nella procedura d'appalto iniziale, non avrebbero consentito di ammettere candidati differenti da quelli individuati dall'inizio oppure di accettare un'offerta diversa da quella preventivamente accettata, ovvero di attrarre partecipanti ulteriori alla procedura di evidenza pubblica.

Dunque, lo scopo della riconduzione all'equilibrio contrattuale originario e il già menzionato limite della non alterazione della sostanza economica del negozio hanno l'obiettivo di scongiurare che il rimedio della rinegoziazione possa essere usato al solo fine di eludere la *par condicio competitorum*[62] che, seppur rivista nel nuovo Codice, mantiene sempre una posizione centrale nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica.

6. La valorizzazione della causa "in concreto" ad opera dell'art. 9 del nuovo Codice dei contratti pubblici.

La norma di cui all' art. 9 del nuovo Codice dei contratti pubblici non solo cristallizza il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale e l'obbligo di rinegoziazione, ma sembrerebbe consacrare in maniera esplicita, anche nel diritto amministrativo, la c.d. teoria della "causa in concreto"[63].

La disposizione, infatti, suggerisce un particolare collegamento tra i casi in cui la

[62] S. VINTI, *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, in *Federalismi.it*, 24, 2023, p. 246

[63] L'applicazione della teoria della causa in concreto non è sconosciuta al diritto amministrativo. Sul punto Consiglio di Stato, A.P., 3 luglio 2017 n. 3, sentenza annotata da A. A., MORAMARCO, *Nota a Consiglio di Stato n. 3/2017*, in *Guida al Diritto, Il Sole 24 Ore*, 2017, cit. p. 87, «*La cessione del ramo d'azienda non comporta automaticamente la perdita della qualificazione, occorrendo procedere a una valutazione in concreto dell'atto di cessione, da condursi sulla base degli scopi perseguiti dalle parti e dell'oggetto del trasferimento. Ad affermarlo è l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che ha fornito in tal modo l'interpretazione dell'articolo 76, comma 11°, del Dpr 207/2010. Per il Supremo consesso dei giudici amministrativi, inoltre, in ipotesi di cessione di un ramo d'azienda, l'accertamento positivo effettuato dalla Soa, su richiesta o in sede di verifica periodica, in ordine al mantenimento dei requisiti di qualificazione da parte dell'impresa cedente, comporta la conservazione dell'attestazione da parte della stessa senza soluzione di continuità*». Sul punto ancora Consiglio di Stato, A.P., 3 luglio 2017 n. 3, secondo al quale «*Pertanto deve escludersi che ogni trasferimento di ramo aziendale comporti comunque l'automatica decadenza dalla titolarità delle attestazioni SOA anche se il cedente non perde la consistenza che gli ha consentito di ottenerne il rilascio, come poi accertato in sede di verifica triennale. A tale tesi aderisce Cons. Stato, sez. III, 9 gennaio 2017, n. 30, secondo cui «occorre escludere in linea di principio a danno del cedente qualsiasi automatismo decadenziale conseguente alla cessione d'azienda, intendendosi con ciò affermare che occorre aver riguardo alla causa in concreto del negozio di cessione e al sottostante regolamento di interessi voluto dalle parti, in tutta la sua ampiezza, complessità e particolarità, per determinare se la cessione dei beni aziendali comporti, o meno, la perdita dei requisiti di cui alle attestazioni SOA in capo alla cedente» (idem, sez. V, n. 5706 del 17 dicembre 2015)*». Sul tema, si veda *ex multis* R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto,* Padova, 2008, p. 95 ss.; G. SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Contratto e impresa*, 2003, p. 100 ss.; F. D. BUSNELLI, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Rivista di diritto civile*, 2015, p. 5 ss.

ISSN 2036-7821

prestazione dedotta nel contratto pubblico è diventata inutile o inutilizzabile ed il rimedio della riduzione del prezzo previsto dalla norma sulla impossibilità parziale (di cui all'art. 1464 c.c.). Infatti, viene previsto che, se le circostanze sopravvenute straordinarie e imprevedibili rendono la prestazione, in parte o temporaneamente, inutile o inutilizzabile per uno dei contraenti, il contraente ha diritto ad una riduzione proporzionale del corrispettivo, secondo le regole dell'impossibilità parziale.

L'analisi della norma necessita di una doverosa premessa.

Come noto, in materia contrattuale, la giurisprudenza civile, oramai, ha abbandonato la teoria della causa in astratto, secondo la quale il contratto ha una causa valida ed esistente allorquando sia conforme al tipo astrattamente previsto, secondo l'originaria ottica "dirigistica" del codice del 1942[64].

Si ritiene che lo scrutinio della validità della causa debba essere fatto "in concreto", intendendo il requisito contrattuale *de quo* quale sintesi degli interessi individuali sottesi allo scambio[65].

Dunque, il mancato raggiungimento o la frustrazione degli interessi sintetizzati nella causa, determina la caducazione del requisito causale e, quindi, la nullità dello stesso, *ex* art. 1325 c.c.[66]

In un'altra prospettiva, il principio della causa in concreto, è stato valorizzato dalla giurisprudenza quale "regola di diritto effettivo", secondo la quale è stata prevista la risoluzione del contratto allorquando si realizzano impedimenti sopravvenuti non imputabili a colpa del creditore, che rendono impossibile la fruizione della prestazione.

È bene precisare che si discorre di casi in cui l'adempimento della prestazione, da parte del debitore, è ancora possibile oggettivamente, ma circostanze sopravvenute, non imputabili al creditore, rendono la prestazione inidonea a realizzare l'interesse dello stesso e, dunque, la rendono praticamente inutile[67].

Risulta di evidente importanza distinguere gli interessi oggettivizzati nel contratto, che integrano la causa in concreto, dagli interessi-motivi, che rimangono ininfluenti, alla luce del principio di tendenziale irrilevanza dei motivi.

Il principio della estinzione del vincolo contrattuale, in caso di infruibilità della prestazione derivante da fattori sopravvenuti non imputabili al creditore, in un

---

[64]La teoria della causa "in astratto" è accolta dall'impianto originario del Codice civile, secondo gli insegnamenti di Emilio Betti.

[65] La prima sentenza che adotta l'espressione causa "in concreto" è Cass. Civ., sez. III, 8 maggio 2006 n. 10490 in cui la causa è stata qualificata come «*scopo pratico del negozio è la sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato*».

[66] Cass. Civ., sez. V, 21 ottobre 2005, n. 20938; Cass., sez. Tributaria, 14 novembre 2005, n. 22932.

[67]Si fa riferimento in particolare agli arresti sulla irrealizzabilità della c.d. "causa turistica". Si è distinto infatti tra l'interesse che risulta anche tacitamente obiettivato nel contratto e che ne connota la causa in concreto (lo "scopo vacanziero") ed i meri motivi irrilevanti, perché appartenenti al c.d. foro interno.

ISSN 2036-7821

primo momento è stato affermato con riferimento a fattori sopravvenuti estranei alla sua sfera soggettiva; successivamente è stato esteso ai casi in cui il fattore sopravvenuto che rende inutile la prestazione, sebbene non imputabile al creditore, non sia comunque estraneo alla sua sfera soggettiva. Anche in questi casi, il rischio della infruibilità della prestazione è stato posto, comunque, in capo al debitore[68].

L'avvenuta equiparazione tra impossibilità (non imputabile) oggettiva (quella che dà luogo alla risoluzione, ai sensi dell'art. 1463 c.c. ovvero nei casi di impossibilità parziale legittima la riduzione del prezzo o il recesso, *ex* art. 1464 c.c.) e l'impossibiltà (non imputabile) soggettiva (e, cioè, l'inutilità o l'inutilizzabilità della prestazione ai sensi dell'art. 9, co. 3 del nuovo Codice dei contratti pubblici) è stata criticata in dottrina.

Secondo un autorevole orientamento[69], il rischio della infruibilità della prestazione dovrebbe essere sopportato dal creditore della prestazione non fruita, quando l'infruibilità dipenda da fatti che, seppur incolpevoli, si collocano nella sua sfera oggettiva. Diversamente, invece, il rischio dovrebbe sopportarlo il debitore quando l'infruibilità della prestazione dipenda da fattori che si collocano nella sfera oggettiva della prestazione.

In conclusione, si potrebbe ragionevolmente argomentare che il nuovo Codice, nel comma 3 art. 9, quando accosta i concetti di "inutilità" e "inutilizzabilità", quasi facendo sembrare equipollenti le due espressioni, cristallizza l'accoglimento della teoria della causa "in concreto".

Il venir meno dell'effetto utile del contratto o la sua inutilizzabilità, circostanze, si ripete, che non rendono impossibile la realizzazione dell'oggetto del contratto, legittima l'applicazione delle regole dell'impossibilità parziale (ovvero la riduzione del prezzo) come se fossimo in presenza di un fatto parzialmente impossibile (ma che, in realtà, è semplicemente "inutile" o "inutilizzabile").

7. Riflessioni conclusive.

Il nostro Paese è caratterizzato da una forte arretratezza sotto il profilo della "dotazione infrastrutturale". Tale ritardo è una delle cause principali del minor grado di competitività rispetto ad una gran parte degli altri Paesi europei[70].

---

[68] Sul punto Cass. civ., sez. III, 20 dicembre 2007, n. 26958.

[69] R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto civile*, Torino, 2022, cit. p. 1138.

[70] Per un'analisi "caso per caso", si veda lo studio della Banca d'Italia del 2021 dal titolo "*I divari infrastrutturali in Italia: una misurazione caso per caso*", dove si evidenzia che «*Il rilancio degli investimenti pubblici e il riequilibrio dei divari territoriali sono alcuni dei pilastri su cui poggia la strategia europea di risposta alla crisi pandemica, che si caratterizza per la messa in campo di nuovi strumenti di sostegno finanziario agli investimenti pubblici (con il programma Next generation EU). Tutte le principali organizzazioni internazionali concordano nell'attribuire in particolare agli investimenti in infrastrutture pubbliche un ruolo di primo piano per la ripresa dell'economia e per favorire la sua transizione verso un assetto più resiliente, inclusivo e sostenibile nella fase successiva all'emergenza*». Sul tema del divario nord-sud nelle

ISSN 2036-7821

Sicuramente, i fondi pervenuti tramite il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, le recenti riforme legislative, specialmente quelle che hanno generato il nuovo Codice dei contratti pubblici, contribuiscono, almeno in prospettiva, a colmare il *gap* infrastrutturale.

Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale e, più in generale, la codificazione di altri principi, come quelli del risultato e della fiducia, possono giocare un ruolo chiave nel ridipingere un sistema che sembrava, ormai, obsoleto.

Si vuole prediligere l'azione e abbandonare approcci "formalistici" che, sotto con la pretesa di tutelare la concorrenza in maniera assoluta (generandone una sorta di "mitopoiesi", impedivano o rendevano ancor più difficoltosa la stipulazione di contratti, indizione di gare, gestione del rapporto contrattuale tra stazioni appaltanti e imprese[71].

Tuttavia, il principio di "conservazione dell'equilibrio contrattuale" è (e sarà), a parere di chi scrive, uno dei principi più controversi del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Con questa norma si inserisce nell'impianto codicistico, in maniera inedita (e, forse, inaspettata), un "rimedio manutentivo".

L'art. 9 del nuovo Codice, sotto la rubrica forte "principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale", come ampiamente spiegato, prevede un obbligo di rinegoziazione in caso di "sopravvenienze", con la precisazione che è possibile rivolgersi al giudice per riequilibrare il contratto. È così che, dunque, la norma prende concretezza ed effettività. Non un principio "morto", ma una norma viva in grado di offrire soluzioni, in parte nuove, a problemi antichi.

A fronte di tale novità, però, vi è un limite, un bilanciamento: la sopravvenienza, deve essere anche "estranea all'ordinaria fluttuazione del mercato" (come, ad esempio, la pandemia da Covid-19); non è sufficiente un imprevisto qualsiasi, deve esserci estraneità alla normale alea ("shock esogeni"). Solo in questi casi, infatti, si riconosce l'obbligo di rinegoziazione.

---

infrastrutture, si veda A. ROMEO, *Sviluppo economico e diseguaglianze territoriali: il divario nord-sud nel nuovo millennio*, in *Diritto amministrativo*, 2020, p. 807 ss.

[71]Per una recente applicazione di tali principi TAR Campania, Napoli, sez. V, 6 maggio 2024 n. 2959, secondo cui «*Il nuovo principio-guida della fiducia, introdotto dall'art. 2 del D.lgs. n. 36 del 2023, porta a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile. Tale "fiducia", tuttavia, non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che, in ossequio ad un'interpretazione formalistica delle disposizioni di gara, tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, per contro, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento. Non si tratta, peraltro, di una fiducia unilaterale o incondizionata. La disposizione precisa, infatti, che la fiducia è reciproca e, dunque, investe anche gli operatori economici che partecipano alle gare. È legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa*».

ISSN 2036-7821

Tale norma, letta in combinato disposto con l'art. 120 del nuovo Codice, determina una rinegoziazione obbligata perché il giudice può intervenire e riportare il contratto al sinallagma originale.

Tali fattispecie sono evidentemente diretta applicazione dei principi di solidarietà economico-sociale di cui all'art. 2 della Costituzione italiana nell'ambito dei contratti pubblici[72].

La preferenza del rimedio manutentivo consente di garantire, *in primis*, la soddisfazione dell'interesse pubblico sotteso alla stipula del contratto. Inoltre, l'anzidetto rimedio tutela la parte privata, che risulta svantaggiata, generalmente, dalla sopravvenienza e impone alla Pubblica amministrazione, ai sensi dell'obbligo di solidarietà *ex* art. 2 Cost., di non recedere inopinatamente.

Infine, l'assunto codificato dall'art. 9 del nuovo Codice ha un deciso effetto benefico dal punto di vista macroeconomico: salvaguarda gli investimenti già effettuati, tutelando anche le aspettative delle maestranze e delle imprese indirettamente coinvolte nella catena produttiva.

Tuttavia, però, si evidenziano delle criticità.

Gli elementi critici della disciplina hanno riguardato, principalmente, il disposto di cui all'art. 120, comma 8 del nuovo Codice.

Attenta dottrina ha sollevato i dubbi sull'ampiezza dei poteri riservati al giudice in caso di mancato accordo in sede stragiudiziale[73].

La "ingombrante" necessità di tutela e di realizzazione dell'interesse pubblico, tipica del sistema dei contratti pubblici, potrebbe mal conciliarsi con soluzioni equitative, più confacenti, invece, ad un ambito strettamente privatistico dove la contrattazione avviene tra "eguali".

Il contemperamento di due interessi contrapposti avviene fisiologicamente in maniera più agevole allorquando le stesse esigenze, seppur contrapposte, sono generalmente omogenee.

Diversamente, l'essenza chiaramente e ineluttabilmente sovraindividuale dell'interesse portato avanti dalla stazione appaltante potrebbe rendere difficile, in concreto, la riconduzione all'equilibrio originario del contratto, senza pregiudicare oltremodo l'interesse del contraente privato.

Ulteriori interrogativi pone la possibilità di rinunciare al diritto alla rinegoziazione da parte dell'operatore economico, *ex* art. 9 del nuovo Codice dei contratti pubblici. È evidente il rischio di abuso di una siffatta clausola. Infatti, l'operatore economico potrebbe risultare "costretto" (scontando una genetica "asimmetria da posizione") ad accettare la rinuncia al diritto alla negoziazione, pur di aggiudicarsi il contratto,

[72] S. VINTI, *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, in *Federalismi.it*, 24, 2023, p. 247.

[73] S. VINTI, *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, in *Federalismi.it*, 24, 2023, cit. p. 249.

ISSN 2036-7821

accentando il rischio dell'evento avverso (con l'evidente vantaggio dell'Ente pubblico).
Formalmente, tale eventualità sarebbe assolutamente lecita, ma sostanzialmente risulterebbe una chiara violazione della buona fede contrattuale, nonché del principio di conservazione dell'equilibrio del contratto medesimo; con evidenti ricadute in termini di costi per la gestione del contenzioso (che, inevitabilmente, potrà sorgere).
Un'altra questione che interesserà sicuramente l'interprete, il giurista e, dunque, la giurisprudenza, riguarderà la possibilità di una estensione del suddetto principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale al di fuori del circoscritto campo dei contratti pubblici e, quindi, al diritto civile generale (possibilmente valorizzando la buona fede delle contrattazioni *ex* art. 2 Cost. e artt. 1175 c.c. e 1375 c.c.)[74].
Nel caso di risposta positiva nell'*an*, sarà inevitabile comprendere il *quantum* e, cioè, l'estensione del sindacato giudiziario nella fase esecutiva-patologica della gestione del rapporto contrattuale; una sfida che investirà certamente una componente importante del contenzioso in avvenire.

[74]Sul punto, si veda l'interessante contributo di V. CERULLI IRELLI, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in *Giustiziamministrativa.it*, 2024, cit. p. 1 ss., il quale evidenzia: «*Come si vede, la norma introduce nella nostra materia, innovando alla precedente impostazione generalmente seguita in giurisprudenza, il diritto alla rinegoziazione del contratto al verificarsi delle condizioni ivi previste e laddove la "parte svantaggiata" non vi abbia volontariamente rinunciato; riecheggiando un istituto affacciatosi sul versante civilistico, con ampia elaborazione dottrinale, nel settore dei contratti di durata o a esecuzione continuata o periodica e segnatamente dell'appalto, tipico contratto di durata* […] *Viene auspicato l'inserimento nei contratti di clausole di rinegoziazione (le stazioni appaltanti "favoriscono"), laddove si tratta di contratti particolarmente esposti, per durata nonché per il contesto economico nel quale sono chiamati ad operare, "al rischio delle interferenze da sopravvenienze»*.

ISSN 2036-7821