

La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi

Gian Domenico Comporti

SOMMARIO: 1. – La strana voglia di confini. – 2. Il mondo dei contratti pubblici e la sindrome della terra di nessuno. – 3. Il principio realizzativo del risultato: un primo passo verso la relativizzazione della sirena dell'eterno ritorno dei poteri pubblicistici nel ciclo di vita dei contratti pubblici. – 4. Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale: fonti per una nuova prospettiva di analisi e di gestione delle sopravvenienze. – 5. Presupposti, contenuto ed effetti della rinegoziazione dei contratti pubblici: alla scoperta di un diritto soggettivo di nuovo conio, anche se operativamente e finanziariamente condizionato. – 6. Il procedimento di rinegoziazione e le sue evenienze patologiche. – 7. Il versante rimediale della rinegoziazione: giurisdizione, terzi e azioni esperibili. – 8. Conclusioni: la terra di nessuno come laboratorio di ibridazioni per la nascita di nuove categorie generali.

1. *La strana voglia di confini*

Parlando al Congresso degli scrittori cecoslovacchi del 1967 sul destino delle piccole (ma cruciali, perché oggetto di ricorrenti conflitti e tensioni) Nazioni dell'Europa centrale (Polonia, Ungheria, Cecoslovacchia), realtà connotate dal «massimo di diversità nel minimo spazio» e, dunque, dalla «non-certezza» delle loro condizioni storiche e politiche, Milan Kundera osservava che «c'è chi si ostina a considerare una virtù più la difesa delle frontiere che non il loro superamento»¹.

Ancora di recente l'autore scozzese James Crawford² ha ricordato che «oggi nel mondo esistono più confini di quanto ce ne siano mai stati nella storia umana» e che, pertanto, essi «possiedono un potere immenso»³.

¹ M. Kundera, *Un occidentale prigioniero o la tragedia dell'Europa centrale*, trad. it. di G. Pinotti, Milano, 2022, 31, 50, 61.

² J. Crawford, *Maledetti confini. Storie di linee tracciate sul mondo*, trad. it. di S. Placidi, Torino, 2023.

³ Sul tema si veda anche, in un'ottica interdisciplinare, Accademia Nazionale dei Lincei, *Frontiere* (Atti del Convegno del 29-30 gennaio 2015), Roma, 2017. L'argomento è stato toccato anche dal recente convegno annuale AIPDA, «Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere», Napoli, 20 e 30

Ciò è vero anche per la provincia del diritto amministrativo che, per quanto ripetutamente minacciata da crisi e tensioni⁴, appare ancora popolata da studiosi che investono gran parte delle loro energie nella difesa dei confini disciplinari piuttosto che nell'analisi dei problemi e nell'indagine di contenuti, tenuta e applicazione pratica degli istituti elaborati per la soluzione di bisogni collettivi⁵. Elaborando così proposte culturali e visioni epistemologiche incentrate sulla conoscenza «come rispecchiamento»⁶ del proprio statuto identitario, piuttosto che come processo evolutivo aperto di selezione/elaborazione di soluzioni adeguate a problemi effettivi.

2. *Il mondo dei contratti pubblici e la sindrome della terra di nessuno*

Emblematiche spinte alla «demarcazione sempre più salda e precisa dei caratteri speciali»⁷ delle forme di intervento dell'amministrazione compaiono nelle analisi correnti dedicate al tema dei contratti pubblici⁸.

Ben al di là dei pioneristici studi della giuspubblicistica della prima metà dell'Ottocento che, in una «terra senza codice» qual'era all'epoca quella amministrativa, riuscirono a elaborare lessici, figure e costruzioni dottrinali che «si alimentavano [...] di una estesa circolarità di parole d'ordine, di modelli argomentativi, di disegni politici»⁹, gli amministrativisti contemporanei immaginano sovente che

settembre 2023. Tra le relazioni, cfr. in particolare l'analisi in chiave sistemica di F. Fracchia, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme*, ora pubblicata in *Dir. ec.*, 2023, 247.

⁴ Per una ragionata e aggiornata analisi delle quali si rinvia a S. Cassese, *Amministrare la nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, Milano, 2022.

⁵ Cfr. in argomento L. Torchia, *Il sistema amministrativo e le attività produttive: le barriere, gli ostacoli, i nodi. Studi di caso per uscire dal labirinto*, in Id., a cura di, *I nodi della pubblica amministrazione*, Napoli, 2016, 21; nonché, per l'invito a operare «nelle intersezioni» dei problemi, S. Cassese, *Una volta il futuro era migliore. Lezioni per invertire la rotta*, Milano, 2021, 98; e più in generale G.D. Comporti, *La strana metafora della «terra di nessuno»: le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 560.

⁶ R. Corvi, *Frontiere aperte. Verso un'epistemologia transdisciplinare*, Brescia, ed. Sholé, 2023, 103.

⁷ Le espressioni citate tra virgolette sono tratte da V.E. Orlando, *Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885* (Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Modena, 1925), poi in *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1940, 29. L'invito rivolto al diritto pubblico a «difendere le sue insidiate frontiere», con radicale cambiamento di vedute rispetto al passato, è stato oggetto di attenta analisi, in chiave diacronica, da parte di A. Sandulli, *Costruire lo Stato, La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, 83.

⁸ Per una cui aggiornata analisi problematica, si rinvia a E. D'Alterio, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2022, 667. Si vedano anche le recenti analisi di P. Lazzara, a cura di, *Il diritto dei contratti pubblici. Temi e questioni aggiornato al d.l. 77/2021*, Roma, 2021 e F. Mastragostino, a cura di, *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del codice, degli atti attuativi e dei decreti semplificazione 2020-2021*, Torino, 2021.

⁹ Così B. Sordi, *Le strade della comparazione tra pubblico e privato: uno sguardo alle origini*, in *Quad. fiorentini*, 2022, 23 e ss., ove, descrivendo un amministrativista alle prese con le prime grandi trattazioni sistematiche che «comparava, ma ancora di più dialogava, ibridava, recepiva, traduceva», si osserva conclusivamente che

fuori dal fronte presidiato dai formalismi della gara, ovvero sia quando il procedimento di evidenza pubblica che è sede di formazione delle decisioni fondamentali destinate ad essere condensate nel finale provvedimento di aggiudicazione lascia il posto al contratto, si estenda una desolata e pericolosa “terra di nessuno” che deve essere controllata e bonificata mediante l’estensione illimitata di poteri pubblici-stici di conformazione e funzionalizzazione degli interessi in gioco.

Punto logico di partenza di simile prospettiva è la considerazione del contratto pubblico come «veicolo di governo (dal basso) della cosa pubblica [...] capace di creare valore (pubblico) aggiunto»¹⁰. Prendendo spunto dalla «torsione finalistica» che le direttive europee del 2004 e del 2014 hanno impresso a un mercato degli appalti pubblici immaginato come «opportunità per realizzare diversi obiettivi sociali attraverso una spesa intelligente»¹¹, si segnala da più parti il cambio di paradigma che si registrerebbe nel passaggio da un sistema basato sulla neutralità o «atipicità teleologica» dell’appalto a un sistema fondato, invece, «sulla funzionalizzazione dell’azione amministrativa negoziale rispetto ad una pluralità di interessi pubblici, che, al netto delle variabili, possono essere compendiate nel sostegno alle PMI e nello sviluppo sostenibile»¹².

Di questo passo, i pure apprezzabili sforzi compiuti nell’ottica del superamento della tradizionale scansione bifasica delle operazioni contrattuali, che vede le tecniche esecutive di tipo negoziale succedere a quelle valutative di tipo procedimentale all’esito della stipulazione del contratto, ovvero sia banalmente il momento pratico di realizzazione del risultato concordato alla decisione politica su cosa fare per soddisfare il problema sul tappeto, appaiono in realtà piegati al fine di estendere i confini dell’azione amministrativa anche alle propaggini esecutive del rapporto. L’opzione unitaria da chiave di lettura razionale dei pro-

«neppure i modelli ottocenteschi si sviluppano quindi per compartimenti stagni. Presentano al contrario confini assai porosi alla reciproca integrazione normativa» (*ibid.*, 27).

¹⁰ Secondo la definizione di S. Valaguzza, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, 2018, 19, cui si rinvia per ogni utile riferimento alla teoria in esame.

¹¹ Come si legge in Commissione europea, *Scheda tecnica per il semestre europeo: appalti pubblici*, 22 novembre 2017.

¹² Così E. Guarnieri, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna, 2022, 122. Nell’ambito di una letteratura diffusa, si consideri anche la voce recente di E. Caruso, *La Funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, 2021, 5 e ss., il quale sottolinea un «utilizzo cd. strategico del potere di acquisto delle pubbliche amministrazioni, finalizzato al sostegno di diverse politiche e di obiettivi sociali comuni»; arrivando – in chiave topografica – a collocare gli interessi sociali e ambientali non in posizione secondaria o residuale rispetto all’interesse realizzativo, che costituisce l’obiettivo primario verso cui muove la stazione appaltante, ma in posizione orizzontale o collaterale «di per sé tale da indicare come la loro integrazione vada correttamente bilanciata, non potendosi spingere al punto da compromettere l’interesse specifico del contratto» (*ibid.*, 46-47). Simile impostazione, analizzata nelle ricerche collettanee curate da C. Marzuoli e S. Torricelli, *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, Napoli, 2017, e A. Maltoni, *I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Napoli, 2020, è in senso adesivo tra gli altri richiamata da F. Fracchia, P. Pantalone, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile circolare secondo l’agenda ONU 2030*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, 244.

blemi che si accumulano nella vicenda diviene piuttosto il veicolo di affermazione di una tendenzialmente omologante «unitarietà dello statuto amministrativo», al cui supposto circolo virtuoso si guarda come salvifico rimedio «ai vuoti non colmati (e quindi alle patologie irrisolte) dal diritto positivo»¹³. La sirena della «persistente cura di un interesse pubblico altrui [...] al cui perseguimento l'amministrazione è funzionalmente vincolata» serve, così, a chiudere il cerchio, nel senso che «la possibilità di configurare fattispecie potenzialmente privatistiche alla stregua di poteri pubblicistici», di cui si immagina l'eterno ritorno sotto forma di poteri amministrativi (in genere di autotutela), diviene espediente per contenere gli immaginari rischi di una visione parcellizzata e tendenzialmente dominata da logiche egoistiche della fase esecutiva¹⁴.

Sui limiti di questi tentativi di riposizionamento dei termini di confine tra ambiti disciplinari, con tutto ciò che ne consegue in chiave di ipotetica scala di misurazione dell'ordine di importanza dei meccanismi ascrivibili ai diversi fronti e di ricerca di improbabili primati e gerarchie tra gli stessi, si è già avuto modo di richiamare l'attenzione in tempi recenti¹⁵. In particolare si è osservato che quando il complesso dei valori-interessi che si confrontano nella gara, per effetto del transito dell'operazione alla fase avanzata dell'attuazione della prestazione dedotta come oggetto del contratto, ha perduto il carattere astratto, irrelato e sfocato che è tipico delle fasi remote dell'azione selettiva per cristallizzarsi in uno specifico e differenziato regolamento contrattuale di prestazioni corrispettive, sembra poco razionale ed efficace immaginare che qualunque sopravvenienza patologica del rapporto debba essere sempre e necessariamente gestita, anziché attraverso il mobile e prospettico soccorso del sistema rimediale negoziale, per mezzo dell'eterno ritorno dell'autotutela pubblicistica: tecnica che, in ragione della sua tipica natura retrospettiva, finisce per ricondurre alle origini e per dilatare nuovamente la scena, facendo riemergere figure generali e maschere stilizzate in luogo di quelle posizioni concrete, poste economiche e opzioni strategiche che, grazie all'antagonismo delle parti contraenti, rendono invece più chiara, precisa e circostanziata la gestione del tratto finale e realizzativo della prestazione pattuita¹⁶. Arrivando, più in generale, a ipotizzare che appare probabilmente più meritevole di attenzione il versante problematico di «come la necessità, svincolata di tutte le sovrastrutture ideologiche e concettuali, induca alla scoperta di evolutive combi-

¹³ Così ancora E. Guarnieri, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, cit., 256-257.

¹⁴ *Ibid.*, 289 ss., 315.

¹⁵ Cfr. in particolare G.D. Comporti, *Logiche di riparto per una rinnovata visione dei contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 2018, 441; Id., *Il coraggio di amministrare*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, II, Napoli, 2020, 1139; Id., *La strana metafora della «terra di nessuno»*, cit., 559

¹⁶ G.D. Comporti, *La strana metafora della «terra di nessuno»*, cit., 559-560.

nazioni delle figure esistenti rivelando opportunità nuove e non immaginabili di impiego delle stesse»¹⁷.

In questa sede, senza entrare nei dettagli tecnici di pure raffinate analisi¹⁸ che, in chiave per lo più tipologica, scandagliano le varie fattispecie normative dedicate alla gestione delle sopravvenienze della fase di esecuzione dei contratti allo scopo di enucleare plausibili criteri di riparto del regime dei relativi atti e delle giurisdizioni competenti a risolvere le relative controversie¹⁹, oltre a denunciare di nuovo la difficoltà a vedere vuoti o terre di nessuno da popolare e anettere a fronte dell'ormai consolidata affermazione dei principi di ragionevolezza, giustizia e solidarietà²⁰ anche nella cittadella contrattuale che «non è un egualitario letto di Procuste che imponga l'assoluta parità tra le parti quanto a condizioni, termini e vantaggi contrattuali»²¹, o allo sviluppo del paradigma dell'impresa sostenibile e della finanza sostenibile nella stagione degli obblighi informativi sui rischi ESG (ambientali, sociali e di *governance*)²², o ancora al crescente impiego di presidi di vigilanza interni alle compagine sociali che accompagnano le opera-

¹⁷ G.D. Comporti, *La strana metafora della «terra di nessuno»*, cit., 535.

¹⁸ Come emblematicamente può considerarsi quella di G. Greco, *Poteri amministrativi ed esecuzione del contratto (tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, 1.

¹⁹ *Ibid.*, 5 e ss., 29-30, ove (sulla scia anche di autori come S. Raimondi, *I poteri amministrativi nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1970, 28 ss.) si enuncia la conclusione «di metodo» secondo cui «nei contratti di diritto privato dell'amministrazione [...] la presenza di poteri amministrativi in sede di esecuzione non può che costituire [...] una eccezione alla regola. In quanto tale, la loro individuazione deve essere rigorosamente provata sulla base di precisi indici di regime e non consente certo interpretazioni ampliative o generalizzanti».

²⁰ Sull'ampilissimo tema, che ha avuto riflessi anche nel diritto contrattuale europeo, grazie al manifesto sulla giustizia sociale che vide la luce a metà della prima decade del nuovo millennio (su cui si veda ora C. Castronovo, *Omnia tempus habent. Arriverà il tempo di un codice civile europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2023, 271), si rinvia almeno al denso saggio di E. Navarretta, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale tra ideologie e principi*, in *Quad. fiorentini*, 2014, 620 e ss., nonché agli scritti recenti di G. D'Amico, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., I tematici*, I, *Contratto*, Milano, 2021, 583, e C. Salvi, *Il contratto ingiusto*, in *Foro it.*, 2022, V, 38; F. Piraino, *La meritevolezza degli interessi. Genesi, evoluzione, concetto e applicazioni*, in *Storia Metodo Cultura nella scienza giuridica*, 2022, 89.

²¹ Come chiosa, a margine di una complessa questione relativa alle clausole di rischio cambio con doppia indicizzazione del canone nei contratti di leasing, Cass., ss.uu., 23 febbraio 2023, n. 5657, in *Foro it.*, 2023, I, 1070.

²² R. Rolli, *L'impatto dei fattori ESG sull'impresa. Modelli di governance e nuove responsabilità*, Bologna, 2020; M. Libertini, *Gestione "sostenibile" delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, in *Contratti e impresa*, 2023, 54; S. Pacchi, *Sostenibilità, fattori ESG e crisi d'impresa*, in *Studi Senesi*, 2023, 117. Al tema «La s.p.a. nell'epoca della sostenibilità e della transizione tecnologica» è stato dedicato il convegno per i sessant'anni della Rivista delle società, tenutosi a Venezia il 10-11 novembre 2023 (ne dà atto l'editoriale pubblicato in *Riv. soc.*, 2023, 6-7, in cui si legge che «irrompe l'ESG, vacilla lo scopo di lucro, l'intelligenza artificiale chiede posti nel board, l'assemblea diventa una delle tante riunioni da remoto [...] la platea degli azionisti si sfrangia o si compatta creando anche problemi concorrenziali. Tramonto del liberismo degli ultimi anni, addirittura della platea delle minoranze classiche, ovvero un aspetto del più generale problema del declino o della trasformazione della democrazia?»). Rileva come tutto ciò sia «indice di un mondo che sta cambiando, con lo spostamento del punto di equilibrio fra pubblico e privato, fra ruolo dello Stato e ruolo di enti che, in una logica tradizionale, dovremmo dire che occupano inopportuno uno spazio non proprio», M. Franzoni, *La responsabilità civile fra sostenibilità e controllo delle attività umane*, in *Danno e resp.*, 2022, 12.

zioni negoziali a parti correlate, tanto per citare alcuni esempi paradigmatici che dovrebbero essere sufficienti a dimostrare quanto lontane dalla realtà effettuale siano le rappresentazioni di un diritto privato come luogo di sterili antagonismi tra primordiali egoismi patrimoniali, si intende piuttosto prendere spunto dalla recente approvazione del nuovo codice dei contratti pubblici per segnalare alcune novità che possono utilmente contribuire a spostare il dibattito verso più razionali e funzionali mete.

In ciò condividendo la prospettiva metodologica di chi, in una materia attraversata da ricorrenti forme di manifestazione dell'eterogenesi dei fini²³, ha messo in guardia contro un eccesso di congetture teoriche e di sottigliezze ermeneutiche, richiamando l'esigenza di «ancorare i giudizi e gli sforzi di cambiamento [...] alla coscienziosa annotazione dei risultati via via ottenuti e alla misurazione della loro distanza dalle finalità perseguite»²⁴.

3. *Il principio realizzativo del risultato: un primo passo verso la relativizzazione della sirena dell'eterno ritorno dei poteri pubblicistici nel ciclo di vita dei contratti pubblici*

Nel contesto di una manovra legislativa caratterizzata da «un autonomo anelito riformatore»²⁵ per porre rimedio ai difetti delle precedenti codificazioni²⁶, senza i condizionamenti indotti dalla pressione di un nuovo pacchetto di regole europee da trasporre in sede nazionale, la prima novità di rilievo è rappresentata dall'affermazione del principio del risultato²⁷.

Con la sua enunciazione si apre, infatti, in modo significativo, il Titolo I del primo libro del codice dei contratti pubblici, dedicato appunto alla declinazione di «principi generali». Scelta che, nell'ambito di una delega²⁸ elastica e quasi in bianco che costituiva occasione per un'attuazione contenuta e finalmente

²³ Cfr. S. Vinti, *L'eterogenesi dei fini tradisce lo scopo ultimo e l'oggetto stesso della disciplina sui contratti pubblici*, in *federalismi.it.*, 29 aprile 2020.

²⁴ Si veda in tal senso la densa e propositiva analisi di M. Cafagno, *Committenza (servizi di)*, in *Enc dir., I tematici*, III, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 251.

²⁵ G. Napolitano, *Buona l'ultima? La terza codificazione del diritto dei contratti pubblici alla prova dei risultati*, in *Giornale dir. amm.*, 2023, 285.

²⁶ Per un esame disincantato dei quali può rinviarsi alle efficaci analisi di M. Corradino, *L'Italia immobile. Appalti, burocrazia, corruzione, i rimedi per ripartire*, Milano, 2020; F. Cintioli, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Soveria Mannelli, 2020; A. Massera, F. Merloni, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 587; A. Travi, *Pubblica amministrazione burocrazia o servizio al cittadino?*, Milano, 2022, 109-136.

²⁷ Art. 1 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36.

²⁸ Contenuta nell'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78.

orientata a «dare certezza e stabilità alla disciplina»²⁹, esprime già un innovativo «segnale culturale», oltre che giuridico³⁰, nel senso che il plusvalore dei principi in termini di «prevalenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme», capace di rendere «intellegibile il disegno armonico, organico e unitario sotteso al codice», assolve una «funzione ordinante e nomofilattica» perché assicura «un contenuto concreto e operativo» a clausole altrimenti troppo elastiche, così orientando operatori e interpreti e contribuendo a risolvere incertezze applicative³¹. In simile prospettiva la *Relazione*, che com'è noto intende porsi come «vero e proprio manuale operativo per l'uso del nuovo codice, assorbendo anche la funzione di indirizzo attuativo» di un sistema che è stato concepito come «auto-esecutivo»³², ha cura di segnalare che si è in tal modo scommesso non tanto sull'ennesimo richiamo dei generalissimi enunciati dell'azione amministrativa già ricavabili dal tessuto costituzionale e dal corpo della legge n. 241/1990 quanto sull'evocazione di un orizzonte ermeneutico più ampio, alimentato e caratterizzato anche da significativi riferimenti a schemi, figure, concetti del diritto negoziabile comune³³ per «favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità [...] in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze»³⁴. Con il che si mette in discussione il dogma del-

²⁹ Come osservato da B.G. Mattarella, *La delega (in bianco) per la riforma dei contratti pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, 2022, 589, 591.

³⁰ In tal senso L. Carbone, *La scommessa del "Codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, Relazione introduttiva al Convegno dell'Istituto Jemolo, Avvocatura dello Stato, 27 gennaio 2023, 12: «Quella di mettere i principi all'inizio è stata una scelta innovativa, forte, consapevole. Volevamo dare un segnale culturale ma anche giuridico, per spiegare dove volevamo andare con la riforma, e come doveva essere interpretata in caso di dubbio». Cfr. anche M. Procto, *Il (terzo) nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giur. it.*, 2023, 1949; R. Caranta, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, art. 1-12, *ibid.*, 1951 ss., il quale mette subito in evidenza la differenza rispetto a precedenti casi di uso di una «mera elencazione di principi, un po' a modo di litania» che «occultava la diversa rilevanza dei differenti principi». Sottolinea la novità e modernità di tale impostazione, che fornisce «una bussola inusuale nel panorama legislativo recente», anche P. Carbone, *Iniziativa e Autonomia decisionale del funzionario pubblico. I nuovi principi di fiducia e di risultato nel Codice dei Contratti Pubblici: la prospettiva di un comparatista*, in *Riv. dir. priv.*, 2023, 505.

³¹ In tal senso si legga la *Relazione agli articoli e agli allegati*, redatta dal Consiglio di Stato, Roma, 7 dicembre 2022, 10-11. Tra i principali commenti, si vedano: G. Montedoro, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Riv. trim app.*, 2023, 793 ss.; G. Rovelli, *Introduzione al nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice degli appalti pubblici e la loro funzione regolatoria*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023; L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. app.*, 2023, 6 ss.; G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale dir. amm.*, 2023, 287;

³² Sottolinea queste novità, tra gli altri, M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo schema del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, III, 72.

³³ A cominciare dall'iniziativa e dall'autonomia, cui fa riferimento il secondo comma dell'art. 2 sul principio della fiducia, e che evocano «termini tipici dell'attività imprenditoriale privata» come giustamente notato da G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit., 293.

³⁴ Consiglio di Stato, *Relazione agli articoli e agli allegati*, cit., 11. Valorizza la nuova prospettiva L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, cit., 9, secondo cui simile scelta «colloca opportu-

la indefettibile «matrice procedimentale» di ogni decisione consensuale dell'amministrazione, rispetto alla quale l'esercizio della capacità di diritto privato sarebbe solo un momento accessorio e successivo, in qualche misura attuariale e «strumentale alla concretizzazione della volontà da essa prodotta»³⁵, e si gettano le basi per una riconsiderazione degli schemi portanti dei grandi dualismi che hanno dominato il campo delineando uno scenario in cui discrezionalità e autonomia negoziale, provvedimenti e contratti, buona amministrazione e buon contraente, regole di validità e regole di responsabilità, interessi legittimi e diritti soggettivi, tendono a combinarsi in modo variabile, dinamico e adattivo in funzione del grado di sviluppo della fattispecie e secondo il criterio micro-ordinante e ascendente della sostanza economica dell'operazione progettata e concretamente concordata dalle parti del rapporto contrattuale³⁶.

Esprime bene simile cambio di passo rispetto al passato il principio di risultato che apre la «triade di governo»³⁷ dell'intero sistema, in quanto, unitamente alla fiducia e all'accesso al mercato, delinea alcuni di quei principi-valori³⁸ che, essendo privi di fattispecie, non pongono specifiche regole comportamentali e hanno una «eccedenza di contenuto deontologico o assiologico» che vale a orientare l'interpretazione/applicazione delle altre disposizioni del codice al confronto con i casi concreti (art. 4 d.lgs. n. 36/2023).

Il risultato è definito dall'art. 1 del codice in termini di «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». Definizione anodina che, nel tentativo di tenere insieme tutto e di evocare un complesso panorama valoriale, che comprende anche il buon andamento, la triade efficienza-efficacia-economicità, e l'interesse della comunità,

namente il contratto pubblico nella teoria generale del contratto in generale, mettendo a disposizione dell'applicazione e dell'interpretazione sistematica altri sistemi di principi – quelli del contratto – destinati [...] a tracciare con ancora maggiore certezza le linee di un discorso sistematico.

³⁵ Tesi da ultimo sostenuta con dovizia di argomenti da F. Pubusa, *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, Torino, 2022, 10 ss., in ragione del vincolo di funzionalizzazione per l'ottimale cura dell'interesse pubblico che caratterizza la posizione dell'amministrazione nell'ambito del rapporto contrattuale, non diversamente da quanto succede nell'attività amministrativa di tipo provvedimentale (*ibid.*, 52-53).

³⁶ Per riferimenti in argomento, si vedano V. Ricciuto – A. Nervi, *Il contratto della pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingeri, IV, 13, Napoli, 2009, 217-220. Torna da ultimo sulla funzione ordinante della categoria E. Gabrielli, *Operazione economica*, in *Enc. dir., I tematici*, I, *Contratto*, Milano, 2021, 741, osservando come essa sia volta «a mantenere [...] un costante adeguamento della realtà giuridica al dato sostanziale» e richieda «l'abbandono di un tipo di indagine fondata su premesse astratte e che proceda attraverso strumenti logici incapaci di cogliere la varietà e complessità con cui l'esperienza giuridica si esprime e concretizza nel contesto di un'operazione negoziale, dalla quale è dato cogliere, con una molteplicità di accenti e di sfumature sempre diverse, come la fantasia creatrice dei privati, dialetticamente, entri in simbiosi con l'ordinamento».

³⁷ G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit., 288.

³⁸ Così G. Morbidelli, *Introduzione a un dibattito sui principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Id.*, a cura di, *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Firenze, 2023, 10-11, 14.

unitamente agli obiettivi dell'Unione europea genericamente richiamati dal terzo comma³⁹, difficilmente parrebbe superare le critiche e difficoltà a suo tempo sollevate da attenta dottrina⁴⁰ in ordine alla portata di una formula tanto vaga quanto in voga⁴¹, se non fosse per il precipuo richiamo iniziale all'*affidamento* e all'*esecuzione* del contratto con il quale si è nella sostanza voluto segnalare «il necessario primato della funzione di committenza pubblica» su altri scopi delle gare⁴². Mettendo così in evidenza che le amministrazioni, dopo avere sciolto l'alternativa essenziale e strategica *to make or to buy*⁴³ «si rivolgono al mercato e stipulano contratti al fine di approvvigionarsi di beni, servizi e opere in tempi rapidi e a condizioni convenienti»⁴⁴. Ciò significa che «legalità e concorrenza da sole non bastano» e che, nella (riscoperta) prospettiva economico-aziendale di un risultato inteso come la «capacità dell'organizzazione pubblica di produrre qualcosa di utile all'individuo ed alla collettività ad un tempo, investendo le risorse che la collettività medesima ha messo a disposizione»⁴⁵, l'obiettivo primario delle gare torna ad essere la realizzazione della prestazione individuata e regolata nel contratto⁴⁶

³⁹ Profili da alcuni considerati «necessari temperamenti al criterio della rapidità» e, dunque, parte integrante del principio del risultato: cfr. M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo schema*, cit., 72. Di «latente antagonismo» che il legislatore sembra percepire tra risultato e principi «limite», ha parlato anche M. Renna, *I principi*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine* (d. leg. 31 marzo 2023 n. 36), in *Foro it.*, gli Speciali 1/2023, 10-11. «Tutte cose note» chiosa R. Caranta, *I principi*, cit., 1952, il quale liquida l'elenco parlando di una «tiritera che è entrata a far parte del diritto amministrativo italiano degli anni '90 su suggestioni [...] del *New Public Management*». Di necessario bilanciamento e adattamento dei valori coinvolti alle caratteristiche della transazione, ha parlato M. Cafagno, *Funzioni delle gare e principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Dalla giustapposizione al bilanciamento*, in *Giornale dir. amm.*, 2024, 103, chiarendo nello specifico che «dosare la concorrenza e strutturare le negoziazioni in funzione del raggiungimento del miglior rapporto tra prezzo e qualità [...] è [...] un compito assai più laborioso e audace che generalizzare vincoli stereotipati, secondo le antiche abitudini».

⁴⁰ Si leggano per tutti S. Cassese, *Che cosa vuol dire "amministrazione di risultati?"*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 9; G. Greco, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 127.

⁴¹ Su cui si vedano almeno: A. Romano Tassone, *Analisi economica del diritto e «amministrazione di risultato»*, in *Dir. amm.*, 2007, 63; M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, *Agg.*, VI, Milano, 2002, 99; M. Immordino, A. Police, a cura di, *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno (Palermo, 27-28 febbraio 2003)*, Torino, 2004. Di recente M.R. Spasiano, *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, V, Napoli, 4846, ha osservato che la tematica è apparsa «ormai dequotata, scomparsa dall'orizzonte del dibattito scientifico, sopraffatta (o invero solo apparentemente superata) dalle diffuse ansie di «sburocratizzazione» e di semplificazione».

⁴² Analiticamente messi in evidenza da M. Cafagno, *Committenza (servizi di)*, cit., 222 e ss., il quale apre tuttavia la sua trattazione parlando delle gare pubbliche come di procedimenti «tramite cui il bisogno dell'amministrazione di assegnare commesse per ottenere o procurare alla collettività beni e servizi, si traduce in decisioni allocative di risorse e nella scelta di controparti contrattuali».

⁴³ Su cui si rinvia a G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. soc.*, 2017, 185.

⁴⁴ G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit., 289.

⁴⁵ R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 339.

⁴⁶ Così si legge nella *Relazione agli articoli e agli allegati*, cit., 13, ove si precisa che «legalità e concorrenza da sole non bastano, perché l'obiettivo rimane la realizzazione delle opere pubbliche e la soddisfazione

perché essa rappresenta, nel contesto socio-economico dato, la migliore via per la soddisfazione del problema collettivo sul tappeto⁴⁷.

Si capisce allora che il principio “realizzativo finale”⁴⁸ diviene nuovo fattore sistematico di ordinazione e gerarchizzazione delle varie *policies*⁴⁹ che nel tempo hanno affollato⁵⁰ l’arena dell’evidenza pubblica, nel senso che esso contribuisce a sfoltire il quadro dei fini da perseguire e dei valori da considerare e, «promuovendo la finalizzazione concreta e se possibile rapida dei procedimenti realizzativi»⁵¹, guida le decisioni della stazione appaltante, come ha cura di precisare il più significativo richiamo del quarto comma al «criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto». Con più specifico riferimento alla fase di esecuzione del rapporto, poi, lo stesso principio rinvia a un dato eminentemente economico più che giuridico, qual è la realizzazione della specifica prestazione oggetto del contratto, che si traduce essenzialmente in attività d’impresa⁵².

Riflessi significativi di siffatto disegno di riorganizzazione dell’attività di committenza pubblica si reperiscono in due ulteriori e collegati versanti. Per un

dell’interesse della collettività».

⁴⁷ Come osservato dal Tar Sicilia, Catania, 12 dicembre 2023, n. 3738, «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».

⁴⁸ Così L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, cit., 11. Si veda anche F. Cintioli, *Risultato amministrativo, PNRR e contratti pubblici*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, 542; Id., *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 21; M.R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di C. Contessa e P. Del Vecchio, I, Napoli, 2023, 49; P. Carbone, *Iniziativa e Autonomia decisionale del funzionario pubblico. I nuovi principi di fiducia e di risultato nel Codice dei Contratti Pubblici: la prospettiva di un comparatista*, cit., 510 ss., 514-515, 518.

⁴⁹ Come bene sottolinea L. Carbone, *La scommessa del “codice dei contratti pubblici”*, cit., 13, «scopo primario del codice è realizzare contratti pubblici con la massima celerità e il miglior rapporto qualità/prezzo e non perseguire altre *policies*, pure importanti, che rispetto ad esso sono funzionali e non finali». Fedele al teorema della funzionalizzazione rimane invece la lettura di E. Guarnieri, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. amm.*, 2023, 837 ss., il quale, preso atto che la positivizzazione del principio in parola non ha dato spazio al principio «altrettanto “finalistico” della sostenibilità», scolorendo così «quella multipolarità che il precedente codice aveva invece concorso a disegnare», ritiene tuttavia che lo sviluppo sostenibile, in quanto «interesse collettivo per antonomasia», non possa essere estromesso dall’impianto valoriale e finalistico della materia e che anzi lo stesso debba comprendersi nel pratico bilanciamento di tutti gli interessi in gioco a cui in sostanza si punta evocando «il ritorno ed il contestuale trionfo della discrezionalità amministrativa».

⁵⁰ Le conseguenze «ampiamente negative [...] derivanti dal sovraccarico di interessi (pubblici) altri rispetto a quello principale, con relativo blocco o rallentamento del procedimento», sono da ultimo sottolineate da M. Cammelli, *Conclusioni dei lavori della prima giornata*, in AIPDA, *Annuario 2022, Discrezionalità e amministrazione* (Atti del convegno annuale, Bologna, 7-8 ottobre 2022), Napoli, 2023, 347.

⁵¹ G.F. Ferrari, G. Morbidelli, *Sub art. 1*, in *Codice dei contratti pubblici. Il D.L. vo 31 marzo 2023, n. 36 commentato articolo per articolo*, a cura di G.F. Ferrari e G. Morbidelli, Piacenza, 2023, 41.

⁵² Cfr. per tali opportune precisazioni V. Cerulli Irelli, *Il principio della conservazione dell’equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 11 marzo 2024, par. 3.

verso, nella ridefinizione della portata del R.U.P. (art. 15), acronimo che viene mantenuto inalterato nella forma ma che nella sostanza identifica la ben diversa figura del «responsabile unico del progetto», abbandonando il richiamo al procedimento⁵³ e agli impliciti schemi formali di riferimento per segnalare la peculiarità di una più complessa e articolata serie di compiti e attività che vengono traggiate sull'intera operazione, ovverosia sul complessivo «intervento pubblico» di cui deve essere assicurato il tempestivo «completamento» mediante l'esercizio di facoltà e iniziative anche innominate o implicite, in quanto «non di competenza di altri organi», che siano «comunque necessarie» al raggiungimento del risultato (art. 15, comma 5)⁵⁴. Come ha cura di segnalare la *Relazione*, si è voluto con ciò evidenziare che il responsabile delle commesse pubbliche «non è un doppione» del responsabile del procedimento amministrativo (disciplinato dagli artt. 4-6 della legge n. 241/1990), non è un ufficio il cui funzionamento è scandito da ben noti e verificabili rituali burocratici, ma è una sorta di *project manager* che mette la propria personale competenza, esperienza e professionalità al servizio della soluzione finale di un problema⁵⁵, e per questo opera trasversalmente lungo le varie fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione degli interventi pubblici, adottando non solo altrettanti provvedimenti amministrativi ma anche «comportamenti materiali e atti di diritto privato»: in una espressione di chiusura, allargando il proprio orizzonte operativo verso «qualsiasi spazio che presenti qualche utilità»⁵⁶. Per questa via il processo di decostruzione del sistema organizzativo classico chiuso intorno alla soggettività delle sue componenti fondamentali (persona giuridica e organi-uffici), già inesorabilmente avviato dall'introduzione della figura del responsabile del procedimento⁵⁷, quale protagonista

⁵³ La *Relazione agli articoli e agli allegati*, cit., 31, ha messo in evidenza la diversa portata lessicale della figura, essendo la nozione di procedimento definizione «forse viziata dal riferimento alla legge n. 241 del 1990, che non appare pienamente conferente: infatti, si tratta del responsabile di una serie di fasi preordinate alla realizzazione di un progetto, o un intervento pubblico».

⁵⁴ Sempre la citata *Relazione*, 32, chiarisce che il comma 5 «riformula le funzioni del RUP quale figura cruciale per assicurare il risultato finale nei termini stabiliti, in funzione del quale gli vengono attribuiti compiti e facoltà anche innominate. Conformemente alle linee preliminari tracciate, è stata valorizzata la differenza fra i poteri istruttori del RUP ai sensi della legge n. 241 del 1990 e i poteri istruttori del RUP nell'affidamento dei contratti pubblici». La specificazione (non tassativa, ma esemplificativa) dei compiti del RUP è demandata a un allegato al codice (Allegato I.2) di natura regolamentare che ha assorbito le Linee guida n. 3 dell'Anac.

⁵⁵ Come evidenziato da R. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza*, cit., 314, «l'ingresso della prospettiva manageriale nel settore pubblico comporta che la capacità di adattamento dell'organizzazione costituisca attitudine privilegiata rispetto alla mera legalità dell'agire».

⁵⁶ G. Guarino, *L'uomo-istituzione*, Roma-Bari, 2005, 15.

⁵⁷ Cfr. in tal senso M. Bellavista, *La posizione organizzativa del responsabile del provvedimento e di quella del responsabile del procedimento*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1/2019, 385. Sensibilità al modo in cui «gli enzimi personalisti» dell'ordinamento (così P. Forte, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, *ivi*, 1/2017, 63 ss.) tendono a reagire sulle dinamiche organizzative, è riscontrabile anche nelle ricerche di L.R. Perfetti, *Costruire e decostruire i concetti dell'organizzazione pubblica. Ragioni di un percorso e tracce per la sua prosecuzione*, *ivi*, 1/2021, 15 e ss., e di M. Monteduro, *Il funzionario persona e l'organo: nodi di un problema*, *ibid.*, 49.

della decentrata vicenda di conversione dell'assetto statico e astratto delle competenze amministrative in singolari e modulari adempimenti istruttori per la più completa trattazione dell'affare⁵⁸, conosce un'ulteriore e decisiva tappa evolutiva verso un sistema aperto, oggettivo, coordinato e integrato di organizzazione di «ogni misura»⁵⁹ disponibile per fare fronte «alle occorrenze del caso concreto»⁶⁰.

Per altro verso, viene in rilievo la disciplina del procedimento di localizzazione e approvazione del progetto delle opere pubbliche (art. 38), ove, pure con riferimento alla decisione pluristrutturata in ordine alla fattibilità tecnica ed economica nonché alla localizzazione dell'opera da prendere in una conferenza di servizi semplificata a cui partecipano tutte le amministrazioni interessate, comprese quelle preposte alla tutela ambientale, del patrimonio culturale, del paesaggio e della salute, compaiono significativi richiami a «preminenti esigenze di appaltabilità dell'opera e di certezza dei tempi di realizzazione» in ordine alla valutazione da compiere (comma 8), oltre che alle circostanze del caso concreto e ai profili finanziari quanto alla eventuale manifestazione di un dissenso o non completo assenso da parte delle amministrazioni che abbiano comunque partecipato alla conferenza (comma 11). Ancora una volta con ciò indicando, come precisato dalla *Relazione*, «una linea di indirizzo dell'attività istruttoria e decisoria della conferenza, in linea con il principio del risultato», rafforzata dalla previsione di «specifici oneri a pena di decadenza alle amministrazioni partecipanti [...], imponendo l'espressione di un dissenso qualificato e costruttivo attraverso prescrizioni adeguate ai fini del suo superamento e proporzionate all'intervento da realizzare, indicando le misure che rendano compatibile l'opera e possibile l'assenso»⁶¹. In questo modo, più che «spostare l'attenzione solo sul fare in fretta»⁶², si è cercato di finalizzare al contesto problematico specifico e ai rilevanti dati di fatto che connotano la fattispecie il dibattito spesso astratto e improduttivo che vede opposti i fautori del fare ai sostenitori del non fare⁶³, operando in tale ottica una «parificazione e amministra-

⁵⁸ Cfr. M. Ramajoli, *Il procedimento amministrativo*, in Aa.Vv., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022, 292-293.

⁵⁹ Secondo la espressione di chiusura dei compiti del responsabile già impiegata nell'art. 6, comma 1, lett. b, della legge n. 241 del 1990.

⁶⁰ M. Bellavista, *La posizione organizzativa del responsabile del provvedimento e di quella del responsabile del procedimento*, cit., 386.

⁶¹ Cfr. *Relazione agli articoli e agli allegati*, cit., 56-57.

⁶² Come notato con accento critico dal Presidente dell'Anac Giuseppe Busia nel comunicato stampa del 29 marzo 2023, ricordando che non si può mai perdere di vista il «fare bene» e, più in generale, che «semplificazione e rapidità sono valori importanti, ma non possono andare a discapito di principi altrettanto importanti come trasparenza, controllabilità e libera concorrenza».

⁶³ Su queste categorie, con riferimento al campo problematico delle decisioni in materia di ambiente ed energia, sia consentito rinviare a G.D. Comporti, *Energia, ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Riv. giur. amb.*, 2022, 643.

tivizzazione spolitizzante di tutti gli interessi pubblici: inclusi quelli sensibili»⁶⁴. Come dire, in definitiva, che anche il momento risalente di programmazione delle iniziative da assumere, per sua natura più aperto a valutazioni ampie e di spessore anche politico delle opzioni astrattamente percorribili e del peso dei diversi interessi in gioco, deve comunque fare i conti con la segnalata inclinazione proattiva⁶⁵ dell'intera operazione che, per quanto si manifesti con andamento graduale e progressivo, non risparmia ormai più nessuna fase⁶⁶.

La recuperata strumentalità⁶⁷ dei meccanismi di gara, questa volta depurati della originaria cifra finanziaria che li legava «intimamente» all'arida cittadella delle scritture e dei controlli contabili⁶⁸, consente di cogliere il loro dispiegamento nel circuito dinamico dell'attività tesa all'acquisto/realizzazione della migliore prestazione disponibile sul mercato senza gli eccessivi condizionamenti assiologici dovuti alla pressione dell'elemento teleologico.

In simile prospettiva la stessa discrezionalità, tanto spesso evocata nei dibattiti correnti quanto sempre connotata in termini quantitativi, ovverosia in chiave binaria di maggiore o minore libertà di azione⁶⁹ concessa alla stazione appaltante nella gestione delle valutazioni insite nelle operazioni negoziali, appare in una luce nuova. Nel senso che tende a depurarsi del datato e genetico riferimento al mondo rarefatto, astratto e irrelato degli interessi⁷⁰, elaborato nei primi decenni del Novecento con l'obiettivo di affermare l'intrinseca politicità, autonomia e

⁶⁴ Così P.L. Portaluri, *Note sul procedimento di localizzazione e approvazione delle opere pubbliche nello schema di codice dei contratti dopo il parere della Conferenza unificata*, in *giustiziainsieme.it*, 1 marzo 2023.

⁶⁵ G.F. Ferrari, G. Morbidelli, *Sub art. 1*, cit., 40.

⁶⁶ Anche se assume uno «spazio applicativo più apprezzabile» soprattutto nella fase esecutiva del contratto, come messo in evidenza da D. Iaria, *I super principi generali: risultato, fiducia e accesso al mercato*, in *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. Cartei e D. Iaria, Napoli, 2023, 16.

⁶⁷ Cfr. G.D. Comporti, *Lo stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Dir. ec.*, 2007, 234.

⁶⁸ Come messo in evidenza da C. Bentivenga, *Elementi di contabilità dello stato*, Milano, 1950, 48.

⁶⁹ Impostazione che risente del famoso *dictum* di Guido Zanobini (esplicitato nel noto saggio *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, 281), il quale, precisando il fondamento eteronomo dell'azione amministrativa, ha influenzato tutta la cultura amministrativa successiva, «creando un circolo vizioso nella propria capacità di ragionare in termini di risultati, privilegiando la produzione normativa» (S. Cassese, *Amministrare la nazione*, cit., 66). Lo stesso *dictum* ha incorporato nella nozione di discrezionalità il confronto con il quadro regolatorio piuttosto che con quello problematico riflesso dai fatti su cui intervenire.

⁷⁰ Per riferimenti sia consentito rinviare a G.D. Comporti, *Il coraggio di amministrare*, cit., 1110. Ribadisce ancora oggi che «la bussola della scelta discrezionale [...] è la ponderazione di tutti gli interessi in gioco che devono essere presi in considerazione», F. Roversi Monaco, *Discrezionalità amministrativa e utilità generale (breve considerazioni ordinamentali)*, in AIPDA, *Annuario 2022, Discrezionalità e amministrazione*, cit., X. Anche G. Morbidelli, *Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa*, in *Munus*, 2021, 2-3, ritiene che vi sia «una condivisione pressoché generalizzata» della tesi gianniniana della comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati coinvolti nella fattispecie oggetto di cura da parte dell'amministrazione. Un'aggiornata analisi critica del «travaglio esistente in seno alla cultura amministrativa» dedicatasi al tema, soprattutto dagli anni Ottanta, si deve a L. Benvenuti, *Postfazione*, in *La discrezionalità amministrativa*, nuova edizione, Pisa, 2023, 261 ss., il quale ribadisce l'utilità di fare riferimento alle categorie dell'esperienza ermeneutica (incentrate «sulla distanza temporale e sulla storicità del comprendere»: Id., *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2017, 1) per «graduare il momento della decisione senza frappon-

multifinalità della funzione amministrativa⁷¹, e diviene più prosaicamente neutrale e oggettiva (oltre che tecnicamente adeguata) capacità di «muoversi tra regole, condizionamenti e controllori»⁷² e di scegliere i mezzi e le alternative decisorie⁷³ più appropriate per «chiarire strada facendo la logica sfocata che si cela dietro le variabili»⁷⁴ del contesto e per conseguire l'obiettivo individuato.

Con l'ulteriore importante precisazione che, nel più specifico contesto dell'esecuzione del contratto di appalto, ormai divenuta «sinonimo di quella eterogenea galassia di comportamenti che le parti sono tenute ad adottare nella fase che precede l'attingimento [...] delle utilità attorno alle quali si agglutina il programma negoziale»⁷⁵, simile capacità di scelta si concreta nella combinazione inedita e operativa⁷⁶ di figure tipicamente amministrative con azioni più propriamente negoziali atte a governare, sul piano della responsabilità, possibili evenien-

re immaginari steccati» e, quindi, senza accedere a inutili complicazioni sul piano teorico, «per una ricostruzione non troppo formalistica della concreta dinamica ordinamentale».

⁷¹ Cfr. in tali termini l'ottima ricostruzione storica di M. Pastorelli, *L'opera giuridica di Massimo Severo Giannini*, I, (1939-1950), Milano, 2012, 89. Cfr. in argomento anche A. Sandulli, *Gli orizzonti della discrezionalità amministrativa dalla libertà discrezionale alla discrezionalità interstiziale*, in *Discrezionalità e amministrazione*, cit., 11-12.

⁷² Così S. Cassese, *La nuova discrezionalità*, in *Discrezionalità e amministrazione*, cit., 365, evocando quindi «un bilanciamento diverso dalla ponderazione di cui scriveva Giannini nel 1939», nella prospettiva della riscoperta della separazione dei poteri.

⁷³ Con recupero quindi della concezione strumentale ampiamente diffusa nella dottrina anteriore alla tesi gianniniana, ripercorsa di recente da S. Lucattini, *Le sanzioni a tutela del territorio*, Torino, 2022, 173. In argomento, si ricordi anche l'antiformalista prospettiva anglosassone palesata da D.J. Galligan, *La discrezionalità amministrativa*, trad. it., a cura e con la *Presentazione* di D. Sorace, Milano, 1999, 35 e ss., che pone l'accento sull'importanza della discrezionalità «come strumento atto a garantire che situazioni particolari siano trattate in base al merito dei problemi in modo tale da ottenere il miglior risultato nelle circostanze del caso, senza l'intralcio di regole rigide e vincolanti». Un recente tentativo di riconfigurazione della struttura della scelta discrezionale alla luce della teorica economica della scelta razionale, si deve a A. Zito, *Teoria della scelta razionale e teoria giuridica della discrezionalità amministrativa: prolegomeni per un inquadramento sistematico*, in *Nuove autonomie*, 2022, 102 ss.; Id., *La scelta discrezionale della P.A. tra principio di esauribilità del potere e controllo effettivo del suo esercizio: per una ridefinizione del concetto di discrezionalità*, in *Dir. amm.*, 50 ss., il quale, senza rinunciare completamente alla tralaticia idea della massimizzazione della cura dell'interesse pubblico tenendo conto dell'interdipendenza con gli altri interessi (nella dichiarata scia di N. Paolantonio, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 114), pone comunque l'accento sulla scelta (neutra rispetto ai fini) tra alternative decisionali, così confinando il momento del giudizio di valore «in un'area più circoscritta e soprattutto esterna alla scelta».

⁷⁴ G.D. Comporti, *Il coraggio di amministrare*, cit., 1114, con richiamo della teoria di F. Merusi, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011, 13.

⁷⁵ Così L. Nivarra, *Esecuzione del contratto*, in *Enc. dir.*, I, *tematici*, I, *Contratto*, Milano, 2021, 535 e ss., il quale, richiamando significativamente «l'insieme dei fenomeni, tra di loro qualitativamente eterogenei, che si dislocano nello spazio ricompreso tra la conclusione del contratto e il conseguimento del risultato pratico voluto dalle parti», sottolinea la connotazione funzionale del concetto di esecuzione, come «insieme di figure, tra di loro certamente eterogenee, ma tutte accomunate dalla loro proiezione verso il fine (e la fine) del contratto inteso come regolamento degli interessi delle parti».

⁷⁶ Per la precisazione del richiamo, sia consentito il rinvio al «processo di organizzazione adattiva dei rimedi» illustrato in altro ambito da G.D. Comporti, *Il danno rimediabile e l'operazione rimediabile*, in *Dir. amm.*, 2013, 136.

ze patrimoniali. Immaginare in questi frangenti l'eterno ritorno dell'autotutela pubblicistica per rimettere in gioco assetti di interessi asseritamente alterati da eventuali sopravvenienze diviene sempre più problematico⁷⁷, non tanto per raffinate quanto astratte ragioni sistematiche di tenuta dei vari dualismi attraverso cui si tende ancora a guardare le fattispecie⁷⁸, quanto per l'intrinseca tensione realizzativa che ormai avvolge le stesse e costituisce severo criterio di selezione anche degli strumenti più adatti al fine ultimo di «trasferire sul piano fattuale l'assetto di interessi programmato dalle parti»⁷⁹.

4. *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale: fonti per una nuova prospettiva di analisi e di gestione delle sopravvenienze*

In linea di ulteriore sviluppo delle considerazioni sin qui fatte si pone il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale affermato dall'art. 9 del codice.

Si tratta di una «significativa innovazione» dell'assetto disciplinare preesistente⁸⁰, ritenuta maggiormente conforme all'interesse dei contraenti «e dell'amministrazione in particolare – in considerazione dell'inadeguatezza della tutela meramente demolitoria» apprestata dall'ordinamento⁸¹, attraverso la quale si è voluto introdurre, a fronte di sopravvenienze straordinarie e imprevedibili che possono verificarsi nel corso dell'esecuzione del contratto e che siano tali da alterare in maniera rilevante il suo equilibrio originario, un «rimedio manutentivo» a carattere generale consistente nel «diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali» (così espressamente recita l'art. 9, comma 1, cit.).

Novità in effetti di non poco conto, se si considera che il principio di rinegoziabilità del contratto non era finora contemplato nella sua portata generale nel

⁷⁷ Giustamente A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, 429, osserva che una volta conclusasi la procedura negoziale «non dovrebbe esservi più spazio per porre in essere interventi in autotutela incidenti sul regime amministrativo presupposto, posto che quest'ultimo ha esaurito la propria funzione nel momento in cui ha garantito la trasparenza e ha assicurato la giustiziabilità della scelta da parte dei concorrenti»; concludendo, pertanto, che una volta stipulato il negozio «si esaurisce la stessa *ratio* sottesa all'adozione dello statuto pubblicistico, dovendo le vicende del rapporto seguire necessariamente i principi, le regole e soprattutto la logica del diritto privato». Un accenno a tale prospettiva è leggibile anche in G. Napolitano, *Il diritto amministrativo dalla pandemia alla resilienza*, in *Giornale dir. amm.*, 2021, 149.

⁷⁸ Secondo A. Travi, *Esecuzione del contratto pubblico e debolezza del modello bifasico*, in *La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezza e responsabilità*, a cura di M. Cafagno, C. Leone, M. Barbera, M. Fazio, Milano, 2019, 54 la prospettiva di soluzioni più articolate e meditate è di fatto impedita proprio «dalla rigidità con cui viene praticato lo schema del modello bi-fasico».

⁷⁹ Così ancora L. Nivarra, *Esecuzione del contratto*, cit., 531.

⁸⁰ Così la *Relazione*, cit., 23.

⁸¹ *Ibid.*, 23, con specifico riferimento all'azione di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta di cui all'art. 1467 c.c.

codice dei contratti pubblici e non è previsto neppure nel codice civile, ove pure le parti della vicenda negoziale sono considerate in posizione di tendenziale parità e non vengono in rilievo limitazioni dettate dall'evidenza pubblica delle scelte e/o da vincoli di natura economico-finanziaria⁸².

Tra i due versanti⁸³, tuttavia, era proprio il primo a presentare – verrebbe da dire controintuitivamente – forme più elevate di manifestazione di flessibilità adattiva del regolamento contrattuale. Infatti, pur nella vigenza del principio di (tendenziale) immodificabilità soggettiva e oggettiva del contratto aggiudicato⁸⁴, e dunque in un ambiente di «tendenziale sfavore» verso variazioni contrattuali che possano condurre a eludere le garanzie dell'evidenza pubblica e a fare lievitare i prezzi della commessa⁸⁵, non mancavano strumenti volti ad adattare il programma negoziale agli eventi incidenti sulla corretta esecuzione del rapporto⁸⁶, in quanto, come è stato di recente affermato, «l'eccessivo “ingessamento” del contratto avente durata pluriennale può nuocere all'interesse delle parti, sia pubblica che privata, tenuto conto che è ragionevole ipotizzare che, nel lungo periodo, possono emergere circostanze sopravvenute, non prevedibili al momento dell'indizione della gara, tali da richiedere “aggiustamenti” in corso di esecuzione per garantire la migliore soddisfazione dell'interesse pubblico»⁸⁷. Tra essi, nell'ambito dell'onnicomprensiva strategia disciplinare perseguita dall'art. 106 del D.lgs. n. 50/2016, sulla scia dell'art. 72 della direttiva 24/2014/UE, si segnalavano il meccanismo compensativo della revisione dei prezzi, rispetto al quale recente giurisprudenza ha segnalato la spendita di una discrezionalità «affine a quella propria dei poteri civilistici del privato contraente», tanto che «lo schermo formale dell'atto si dequota ad elemento marginale poiché assume

⁸² Cfr. B. Marchetti, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici: prime osservazioni*, in *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 79.

⁸³ Per un'analisi parallela dei quali si veda già il lavoro di V. Lopilato, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro amm., Tar*, 2006, 1911-1915.

⁸⁴ A. Crismani, *Il principio della tendenziale immodificabilità soggettiva dei contratti pubblici nella fase di esecuzione*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, II, 301; Id., *Le modifiche oggettive nei contratti pubblici e il diritto potestativo nel quinto d'obbligo*, ivi, 2019, II, 20.

⁸⁵ S. Fantini, H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, 2 edizione, Milano, 2019, 116. Sulle diverse esigenze da fronteggiare e l'intreccio degli interessi da bilanciare, si vedano: R. Caranta, *I contratti pubblici*, 2 ed., Torino, 2012, 385; M.E. Comba, *L'esecuzione delle opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, Torino, 2011, 166; Id., *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Giur. it.*, 2023, 1975-1979; M. Cozzio, *La disciplina dello ius variandi tra regole, eccezioni e nuove soluzioni. Sfide per l'Unione europea e l'Italia*, in *Riv. trim. app.*, 2023, 755.

⁸⁶ Cfr. F. Pubusa, *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, cit., 183 e ss.; F. Fracchia, W. Giulietti, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in *Dir. ec.*, 2020, 208 e ss.; A. Giannelli, *Le modifiche oggettive del contenuto del contratto*, in *La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezza e responsabilità*, cit., 93 e seguenti.

⁸⁷ Cons. Stato, sez. III, 11 luglio 2023, n. 6797, con particolare riferimento alle varianti in corso d'opera di cui all'art. 106, comma 1, lett. c), del D.lgs. n. 50/2016.

preminente rilievo il tema della base fattuale e giuridica delle pretese revisionarie avanzate⁸⁸; il diritto potestativo di imporre, fino all'ultimazione dei lavori, modifiche della loro entità nei limiti del quinto (c.d. quinto d'obbligo) e, in particolare, le varianti in corso d'opera per fronteggiare sopravvenienze non sostanziali, imprevedute e imprevedibili e comunque tali da non alterare la naturale generale del contratto e non comportare un aumento del prezzo superiore al 50% del suo valore iniziale. Meccanismi modificativi di vario genere, di tipo qualitativo e quantitativo, consensuale e unilaterale, tutti comunque tipizzati nei presupposti e negli effetti e tendenti a limitare i margini di manovra delle parti nella gestione della vicenda e ad assicurare la continuità e funzionalità della prestazione⁸⁹. Ancora più significativa poi era la trama riflessa dalla disciplina dei rapporti concessori che, in ragione della loro lunga durata e del progressivo spostamento del baricentro «dall'attenzione pressoché ossessiva sul rischio operativo del concessionario, alla serietà dell'operazione»⁹⁰ e, quindi, alla stabilità e tenuta del rapporto, presentava già significativi dispositivi di adattamento⁹¹ a eventi in grado di alterare l'equilibrio delle prestazioni cristallizzato dal piano economico-finanziario⁹². Se si escludono le altrettanto tassative ipotesi di variante contemplate dall'art. 175 sulla falsariga di quanto veduto per i contratti di appalto⁹³, di notevole interesse per l'analisi che si va facendo appare la revisione⁹⁴ delle pattuizio-

⁸⁸ Cons. Stato, sez. III, 13 luglio 2023, n. 6847. In argomento si vedano di recente, e in diverse prospettive, che risentono delle letture dualistiche indotte anche dal problema del riparto delle giurisdizioni: R. Berloco, *Sopraavvenienze e appalti di lavori pubblici: la revisione dei prezzi tra interesse legittimo e diritto soggettivo*, in *Riv. trim. app.*, 2023, 77; P. Segalerba, *La revisione dei prezzi quale strumento di riequilibrio del sinallagma del contratto pubblico di appalto di servizi e forniture*, *ibid.*, 662; F. Goisis, P. Pantalone, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici come condizione per l'attuazione del PNRR, tra principi eurounitari e vischiosità normative nazionali*, in *Dir. amm.*, 2023, 97.

⁸⁹ F. Pubusa, *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, cit., 187.

⁹⁰ G. Greco, *Concessioni di lavori e servizi. Dalla direttiva 2014/23/UE alla parte terza del d.lgs. n. 50/2016*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 505.

⁹¹ Cfr. in particolare E. Boscolo, *Stabilità nei rapporti concessori tra revisione e autotutela*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, II, 286 ss.; S. Fantini, *Le sopraavvenienze nelle concessioni e contratti pubblici di durata nel diritto dell'emergenza*, in *Urb. app.*, 2020, 645; T.V. Russo, *La gestione delle sopraavvenienze nelle operazioni di project financing tra adeguamento e rinegoziazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, IV, 661.

⁹² Che secondo la giurisprudenza ha la funzione di «dimostrare la concreta capacità dell'operatore economico di eseguire correttamente le prestazioni per l'intero arco temporale prescelto, attraverso la prospettazione di un equilibrio economico e finanziario di investimenti e connessa gestione che consenta all'amministrazione concedente di valutare l'adeguatezza dell'offerta e l'effettiva realizzabilità dell'oggetto della concessione» (Cons. Stato, sez. V, 4 febbraio 2022, n. 795). Similmente è stato affermato che il PEF «è lo strumento mediante il quale si attua la concreta distribuzione del rischio tra le parti del rapporto, la cui adeguatezza e sostenibilità deve essere valutata dall'amministrazione concedente alla luce delle discipline tecniche ed economiche applicabili e sulla base delle eventuali prescrizioni che la stessa amministrazione ha dettato nella *lex specialis* della procedura per la selezione del concessionario» (Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2023, n. 142).

⁹³ F. Pubusa, *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, cit., 201 e seguenti.

⁹⁴ Contemplata sin dalla legge Merloni 11 febbraio 1994, n. 109 (art. 19, comma 2-bis), poi ripresa dal codice De Lise (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 143, comma 8 bis) e quindi disciplinata dall'art. 165, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016 e dall'art. 182, comma 3, in relazione ai contratti di partenariato pubblico-privato.

ni originarie da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio al verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario, che dunque integrino eventi oggettivamente straordinari e imprevedibili non associabili a semplici fluttuazioni del mercato⁹⁵. Meccanismo che dà luogo a un percorso di vera e propria rinegoziazione del contratto, presidiato non solo dai generali principi di buona fede e correttezza ma anche da dettagliate istruzioni operative formulate da organismi tecnici e di vigilanza⁹⁶ al fine di scongiurare che il giusto obiettivo di neutralizzare gli effetti destabilizzanti che determinati eventi di disequilibrio possono avere sugli indicatori di redditività e di sostenibilità finanziaria dell'operazione finisca per indurre l'amministrazione a farsi carico di oneri eccessivi che potrebbero ridurre i rischi della parte privata. Con il risultato di consentire il recupero dell'investimento effettuato a presidio della continuità di rapporti naturalmente incompleti e trilaterali, e così scongiurare la diffusione «tipo domino» in danno dell'utenza destinataria del servizio delle conseguenze traumatiche che si associano all'intervento di decisioni risolutorie⁹⁷.

Sul versante privatistico, è noto che nella sistematica del codice civile il governo delle disfunzioni del sinallagma contrattuale⁹⁸ è essenzialmente ricondotto al rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (artt. 1467-1469 c.c.), che ha saputo bilanciare l'aurea regola *pacta sunt servanda* con la pragmatica clausola *rebus sic stantibus* attraverso una ragionevole ed equa distribuzione dei rischi eccentrici non integranti la normale alea del contratto, così «integrando una bilancia di prestazioni, individuate dalle parti secondo il loro contenuto, con una bilancia delle prestazioni, misurate secondo il loro mutevo-

⁹⁵ Come chiarito da Cons. Stato, sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653.

⁹⁶ Si vedano in particolare le *Linee guida* n. 1/2022 del NARS (Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la Regolazione dei Servizi di pubblica utilità) e MEF-Ragioneria Generale dello Stato e ANAC, *Partenariato pubblico-privato: una proposta per il rilancio. Guida alle pubbliche amministrazioni per la redazione di un contratto di concessione per la progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche in partenariato pubblico privato*, 2021. Per una illustrazione dei quali atti, si vedano M. Tranquilli, P. Balzarini, *PPP e Concessioni: equilibrio del PEF e nuove Linee Guida del NARS*, in *Il Merito.org*, 4/2021. Cfr. anche E. Campagnano, *Gli strumenti per la gestione della fase esecutiva delle concessioni*, in *Contratto e impresa*, 2023, 582.

⁹⁷ Cfr. S. Fantini, *Le sopravvenienze nelle concessioni*, cit., 646, il quale opportunamente sottolinea come sia in proposito inadeguato lo strumento risolutorio, richiamando a conferma dell'assunto la previsione di un recesso oneroso per l'amministrazione «che spinge a perseguire l'obiettivo della revisione del P.E.F.». Si veda anche M. Zaccheo, *Concessioni pubbliche e sopravvenienze*, in *Costituzionalismo.it.*, 1/2021, 14.

⁹⁸ Tema «eterno» sui cui sviluppi, a partire dalle riflessioni teoriche fiorite nel secondo decennio del Novecento, si rinvia all'ampia analisi di G. Guizzi, *Sopravvenienze contrattuali, inesigibilità della prestazione rimedi: linee di una vicenda*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 884.

le valore»⁹⁹ nel tempo¹⁰⁰. Dispositivo sofferto¹⁰¹ e innovativo rispetto a quanto previsto nel codice abrogato e offerto da altri ordinamenti come quello francese (ove è sempre prevalsa l'idea dell'irrelevanza della *imprévision* nei rapporti contrattuali), anglosassone (nel quale l'obbligazione è vista come garanzia di un certo risultato, piuttosto che come dovere di tenere una certa condotta¹⁰²) e tedesco (ove invece l'adeguamento del contratto è stato a lungo dominato dalla sofisticata teoria ottocentesca della presupposizione e poi affidato alla giurisprudenza applicativa della clausola generale di buona fede), che è tuttavia sembrato espressivo di un sistema dogmaticamente ancora limitato¹⁰³ e connotato da «accentuata tipicità»¹⁰⁴. Infatti, ponendosi accanto agli altri rimedi risolutivi, nel testimoniare «un affinamento ulteriore della sensibilità dell'ordinamento rispetto ai fenomeni che interessano lo svolgimento del sinallagma»¹⁰⁵, si è però anche omologato a stringenti partizioni¹⁰⁶ e allo schema che lega al verificarsi di determinate condizioni ideal-tipiche la liberazione del debitore attraverso la soluzione del rapporto, per consentire solo in via secondaria al contraente avvantaggiato la *reductio ad equitatem* da formalizzare nel corso del processo in cui lo stesso sia stato convenu-

⁹⁹ Così R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, IV edizione, Torino, 2016, 1683. Cfr. anche G.B. Ferri, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadr.*, 1988, 54; C.G. Terranova, *L'eccessiva onerosità nei contratti. Artt. 1467-1469, in Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995, 4-6, 25 e seguenti.

¹⁰⁰ Sul tema, e in prospettiva anche diacronica e comparata, M. Granieri, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007.

¹⁰¹ A fronte della generalmente avvertita preoccupazione di «minare tutto il sistema della certezza delle contrattazioni», come notato da P. Tartaglia, *Onerosità eccessiva*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 15.

¹⁰² Cfr. G. Gorla, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale*, in *Jus*, 1953, 300. Cfr. anche F.P. Traisci, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil law e di common law*, Napoli, 2003; E.C. Zaccaria, *L'adattamento dei contratti a lungo termine nell'esperienza giuridica statunitense: aspirazioni teoriche e prassi giurisprudenziale*, in *Contratto e impresa*, 2006, 478.

¹⁰³ G. Alpa, *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, in *Studi in onore di U. Majello*, a cura di M. Comporti e S. Monticelli, I, Napoli, 2005, 20.

¹⁰⁴ Così G. Sbisà, *La prima norma in tema di rinegoziazione nel contesto del dibattito sulle sopravvenienze*, in *Contratto e impresa*, 2022, 15.

¹⁰⁵ A. Boselli, *Eccessiva onerosità*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1960, 2, ha notato che «attraverso l'istituto dell'eccessiva onerosità si realizza un affinamento ulteriore della sensibilità dell'ordinamento rispetto ai fenomeni che interessano lo svolgimento del sinallagma, nel senso che, partendo dalla risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione, dove il difetto della esecuzione e quindi il pregiudizio del sinallagma assumono aspetti macroscopici essendo dovuti a cause, per così dire, naturalistiche, si passa alla risoluzione per inadempimento in cui il difetto dell'esecuzione consiste anch'esso nella mancanza della prestazione, ma questa volta oltre che con criteri materialistici è apprezzata anche con criteri nell'interesse del creditore, per giungere, infine, come ad ultima tappa, alla risoluzione per eccessiva onerosità in cui la prestazione non manca ma la sua è una prestazione solo apparente, in quanto essa è completamente svuotata di valore».

¹⁰⁶ Come è la dicotomia tra impossibilità sopravvenuta e eccessiva onerosità, da alcuni rappresentata in termini di sopravvenienze impeditive vs. sopravvenienze non impeditive (F. Delfini, *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466, in Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2003, 9), su cui si veda ora l'aggiornata analisi di D. Santaripa, *La sopravvenienza tra costruzione del regolamento contrattuale ed esecuzione del contratto*, Milano, 2023, 166 ss., 202 e seguenti.

to. Il singolare rovesciamento dei piani rispetto a quanto sembrerebbe più logico ed efficiente anche dal punto di vista economico, nel senso che la delineata partitura del «gioco dei poteri delle parti»¹⁰⁷ fa sì che l'obiettivo della conservazione del rapporto sia «relegato in un angolo, come opzione subordinata all'iniziativa della parte non onerata», mentre quella che ha principale interesse al riequilibrio non può che agire drasticamente per chiedere la caducazione¹⁰⁸, e la particolare ambientazione processuale di siffatta reazione all'inattuabilità del programma contrattuale, con ciò che ne consegue in termini di complessa interazione tra componenti sostanziali e giudiziali della fattispecie¹⁰⁹, hanno in qualche misura determinato un atteggiamento di «scarsa attenzione» verso il problema generale dell'ammissibilità della rinegoziazione (quale *species* del *genus* revisione)¹¹⁰ dei contratti di durata, indirizzando verso vie oblique e meno scontate la ricerca di tessere di un più ampio mosaico sistematico «caratterizzato dall'obbligo delle parti di cooperare, alla stregua dei canoni di correttezza e buona fede [...] a far sì che possa attuarsi il regolamento contrattuale»¹¹¹.

Per svelare una più generale tendenza dell'ordinamento a privilegiare la conservazione del programma negoziale mediante la modificazione delle sue condizioni, piuttosto che lo scioglimento del rapporto¹¹², è stato così necessario guardare anche alla disciplina di speciali tipi contrattuali (come per esempio: il contratto con obbligazioni di una sola parte, l'appalto, l'affitto, il mandato, l'assicurazione)¹¹³, o alle discipline di settore recanti disposizioni di *hard law* (come quelle in tema di subfornitura o di consumo) o di *soft law* (come l'art. 6.2.3 dei Principi *Unidroit*, e l'art. 6:111 dei *Principles of European Contract Law*) che contribuiscono ad arricchire le matrici di riferimento e offrono un senso di maggiore sviluppo e flessibilità del sistema¹¹⁴. O ancora alle riforme introdotte in

¹⁰⁷ R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., 1702.

¹⁰⁸ Così F. Macario, *Contratti di durata*, in *Enc. dir., I tematici*, I, *Contratto*, Milano, 2021, 108.

¹⁰⁹ Per il cui esame si rinvia a C.G. Terranova, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., 186 e ss.; E. Gabrielli, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in Id. a cura di, *I contratti in generale*, II, Torino, 1999, 1582 e seguenti.

¹¹⁰ Così, in particolare, F. Macario, *Revisione del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, II, t. 2, Milano, 2008, 1043.

¹¹¹ *Ibid.*, 1047 e seguenti.

¹¹² Come infatti affermato da R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., 1709: «la risoluzione uccide il rapporto contrattuale. La rinegoziazione dovrebbe servire a curarlo [...] nell'interesse di entrambe le parti».

¹¹³ Per la cui analisi si rinvia a G. Sicchiero, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, 277; F. Macario, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, 825 ss.; G. Sbisà, *La prima norma in tema di rinegoziazione*, cit., 15; D. Santarpià, *La sopravvenienza tra costruzione del regolamento contrattuale ed esecuzione del contratto*, cit., 238 e seguenti. Cfr. anche la aggiornata panoramica offerta da G. Sicchiero, a cura di, *Le rinegoziazioni*, in *Giur. it.*, 2023, 209 e seguenti.

¹¹⁴ C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondari. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, II, 404, ripreso da D. Santarpià, *La sopravvenienza tra costruzione del regolamento contrattuale ed esecuzione del contratto*, cit., 89 ss. e 256. Cfr. altresì F. Macario, *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunto sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienza*, in *Foro it.*, 2020, V, 102, 107.

Germania e in Francia, che hanno segnalato due approcci differenti quali, rispettivamente: ai sensi del § 313 BGB riformato nel 2002¹¹⁵, la rinegoziazione in qualunque caso di mutamento oggettivo e serio delle circostanze di fatto poste a fondamento del contratto, compresa l'alterata conoscenza dei fatti, senza l'intervento del giudice e con la prospettiva dello scioglimento del rapporto in caso di insuccesso; ai sensi, invece, dell'art. 1195 del *code civil* riformato nel 2016¹¹⁶ un cambiamento di circostanze imprevedibile tale da rendere l'esecuzione eccessivamente onerosa per una parte, con conseguente legittimazione della stessa a sollecitare la rinegoziazione del contratto (*révision pur imprévision*) e, in caso di insuccesso di tale prospettiva, a chiedere l'intervento adeguatore del giudice. Per arrivare alle recenti sollecitazioni nate in risposta alle emergenze e crisi del momento, tra le quali meritano particolare menzione: a) il disegno di legge n. 1151/2019 presentato dal Governo Conte nel corso della XVIII Legislatura¹¹⁷, recante delega ad una incisiva revisione di parti essenziali del codice civile e volto a introdurre (*ex art. 1, lett. i*) il «diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenute dalle parti»; b) il d.l. 24 agosto 2021, n. 118, convertito in legge 21 ottobre 2021, n. 147, che ha introdotto uno straordinario procedimento di natura negoziale a mezzo del quale, nel caso in cui la prestazione fosse divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2, un esperto indipendente poteva agevolare le trattative tra l'imprenditore e i suoi creditori per il superamento delle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, con possibilità in caso di esito negativo di ricorrere al giudice al quale, quasi a compensazione dell'unica e contingente sopravvenienza presa in considerazione (cioè la pandemia), è stato riconosciuto l'ampio potere di «rideterminare equamente le condizioni del contratto»; c) il Codice della crisi d'impresa (D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, come modificato dall'art. 6 del D.Lgs. 17 giugno 2022, n. 83) il cui art. 17, comma 5, ha eliminato l'intervento del tribunale e, regolando nel dettaglio gli adempimenti dell'esperto nell'ambito della

¹¹⁵ Cfr. P. Rescigno, *La codificazione tedesca della Störung der Geschäftsgrundlage*, in *La riforma dello Schulrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, 10.

¹¹⁶ Cfr. il commentario *Réforme du droit des contrats, du régime générale et de la preuve des obligations*, a cura di Deshayes, Genicon e Laithier, 2 ed., Paris, 2019; Aa.Vv., *La riforma del code civil: una prospettiva italo-francese*, a cura di D. Valentino, Napoli, 2018; B. Fages, *Droit des obligations*, 10 ed., Paris, 2020-21, 301; F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson, *Il nuovo diritto francese dei contratti*, trad. it. a cura di C. Perfumi, Torino, 2020.

¹¹⁷ Iniziativa che è stata preceduta, accompagnata e seguita da una lunga ricerca svolta dall'associazione Civiltà Italiani negli anni tra il 2017 e il 2021, i cui esiti sono stati raccolti nei due volumi *Materiali per una revisione del codice civile*, a cura di V. Cuffaro e A. Gentili, Milano, 2021.

composizione negoziata della crisi, ha sottolineato che «le parti sono tenute a collaborare tra loro per rideterminare il contenuto del contratto o adeguare le prestazioni alle mutate condizioni», aprendo verso una più ampia applicazione del meccanismo laddove si comprende anche l'ipotesi in cui «una prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se è alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute».

In mancanza di utili indicazioni dal fronte delle locazioni commerciali e degli affitti di rami d'azienda, che ha esibito un certo fermento soprattutto di tipo giurisprudenziale con indirizzi contrastanti¹¹⁸, se nessuna delle indicate ipotesi di amministrazione in itinere della vicenda negoziale è apparsa in grado di elevarsi a «prototipo utilizzabile per una disciplina generale della rinegoziazione»¹¹⁹, è tuttavia la visione d'insieme dalle stesse riflessa a denotare la stringente attualità dell'argomento¹²⁰ e la crescente consapevolezza maturata in seno all'ordinamento civile circa la necessità di disporre di una modellistica flessibile e connotata da una certa dose di pragmatismo adattivo per governare in modo più soddisfacente le sopravvenienze atipiche¹²¹ che rischiano di vanificare l'assetto di interessi programmato ingenerando «nel traffico contrattuale esternalità negative e contrarie a razionalità»¹²². Prospettiva che induce a guardare, rispetto alla logica formale dello scambio istantaneo che è riflessa dalla fattispecie contrattuale ideal-tipica su cui ruota la sistematica codicistica, «alla più larga e comprensiva nozione di autonomia contrattuale»¹²³ che – soprattutto con riferimento al bacino degli scambi

¹¹⁸ Per la cui analisi si rinvia a M. Ticozzi, *Contratto di locazione: sopravvenienze e modificazione del canone*, in *Giur. it.*, 2023, 229.

¹¹⁹ G. Sbisà, *La prima norma in tema di rinegoziazione*, cit., 25. Cfr. anche E. Gabrielli, *Il diritto dei contratti a servizio della ristrutturazione d'impresa*, in *Riv. dir. priv.*, 2023, 337.

¹²⁰ Così E. Tuccari, *Contratti di durata (eccessiva onerosità sopravvenuta nei)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.*, XII, Torino, 2019, 98.

¹²¹ Così R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., 1708-1711, osservando che «non solo l'onerosità della prestazione in sé considerata, ma anche la sopravvenienza di esigenze nuove e di nuovi criteri di opportunità possono rendere pessimo un contratto ieri ottimo»; e arrivando a sostenere che «l'equità esige che nei contratti a durata particolarmente lunga, conformati a scelte operative condizionate dalla situazione dei luoghi, della tecnologia e del mercato, si sottenda una clausola di rinegoziazione, in virtù della quale il dato obsoleto o non più funzionale possa essere sostituito dal dato aggiornato e opportuno». Sul tema si legga ora l'ampia analisi di D. Santarpia, *La sopravvenienza tra costruzione del regolamento contrattuale ed esecuzione del contratto*, cit., 104 e ss., 224 e ss., ove si specifica che dal contenuto dell'art. 1467 c.c. non è possibile enucleare una definizione di sopravvenienza *tout court* perché «l'imprevedibilità e straordinarietà degli eventi [...] non rappresentano i cardini del sistema di distribuzione dei rischi che chiude l'area della sopravvenienza».

¹²² D. Santarpia, *La sopravvenienza*, cit., 148.

¹²³ E. Gabrielli, *La nozione di contratto e la sua funzione. Appunti sulla prospettiva di una nuova definizione di contratto*, in *Giust. civ.*, 2019, II, 312. Osserva F. Gambino, *Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice*, in *Materiali per una revisione del codice civile*, I, cit., 628, che «il potere autonomo – negoziale, mutevole e creativo – sciolto dal legame con l'atto in cui non si consuma né si esaurisce conserva un carattere pieno e incondizionato anche nell'attuazione del rapporto». Chiarisce bene, anche in prospettiva storica, l'importanza della messa a fuco da parte della dottrina degli anni Sessanta della distinzione dei piani: «il primo attinente al rispetto delle strutture giuridico-formali (di norma individuate dalla fattispecie legalmente tipizzata), il secondo relativo

integrativi e relazionali, che sono tipici di una figura emblematicamente espressiva del modo di operare e di organizzarsi degli attori in un'economia di mercato qual è il contratto di appalto¹²⁴, e sono caratterizzati dalla «rilevante interferenza delle sfere patrimoniali dei contraenti» e dal «condizionamento reciproco della loro programmazione economica»¹²⁵, in ragione del carattere specialistico della prestazione offerta, delle peculiarità e rigidità del processo produttivo necessario a fornirla e della necessità di salvaguardare gli investimenti dedicati¹²⁶ – si dispiega nel corso delle complesse e durature vicende esecutive dell'operazione economica e offre principi e dispositivi atti a rimediare in modo più adeguato alle insorgenze perturbative¹²⁷ per una più efficiente allocazione dei rischi¹²⁸ e preservazione delle risorse coinvolte nell'attuazione del rapporto.

In tale ottica il principio di buona fede oggettiva ha assunto rinnovata centralità al fine di postulare «la rinegoziazione come cammino necessitato di adat-

alla valutazione dell'assetto degli interessi in concreto realizzato dall'atto di autonomia», F. Macario, *La civilistica e il contratto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2022, numero speciale, *Il contributo della Sapienza alle codificazioni*, 359 e ss., il quale osserva anche come tale prospettiva di studi abbia consentito di «riconoscere una particolare rilevanza all'esecuzione del contratto, quale vicenda concettualmente indipendente, rispetto all'atto da cui trae origine e che ne costituisce la premessa programmatica» (*ibid.*, 364).

¹²⁴ Così F. Macario, *Revisione del contratto*, cit., 1081, osservando, con riferimento all'art. 1664 c.c. e all'elaborazione teorica nordamericana dei *relational contracts* ingiustamente relegata nel limbo del giuridicamente irrilevante per i suoi pretesi connotati socio-economici, che nella logica relazione appunto, «certamente più consona al contratto che prevede la realizzazione di un risultato ottenibile soltanto all'esito dell'esecuzione protratta nel tempo, il modello dello scambio, rappresentato dalle regole generali del codice civile in tema di contratto, si arricchisce degli elementi della condivisione e della cooperazione fra i contraenti, con un ruolo molto più rilevante, rispetto allo scambio istantaneo, delle clausole generali e dell'intervento correttivo-integrativo del giudice».

¹²⁵ Così soprattutto M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 236 e seguenti, al quale si deve una stimolante analisi dei due differenti modelli economici di scambio sottesi alle tecniche di gestione del rischio enunciate dagli artt. 1467 e 1664 c.c.: rispettivamente, il «modello giuridico consensualistico» che è appropriato per gli scambi puntuali caratterizzati più che dalla ordinaria calcolabilità degli scenari futuri «dal carattere generalistico della prestazione e dalla flessibilità del processo produttivo da essa richiesto», e il «modello giuridico conservativo» adeguato agli scambi integrativi.

¹²⁶ L'interesse alla conservazione degli investimenti è colto come *ratio* specifica delle regole manutentive dell'appalto, che si lega «alle caratteristiche della prestazione dell'appaltatore – la quale in via tipica non è ricollocabile sul mercato, perché deputata a soddisfare, attraverso un sistema di regole di direzione, variazione e sorveglianza, le esigenze peculiari del committente», anche da U.A. Salanitro, *Rischio contrattuale*, cit., 1975, il quale tuttavia desume da ciò «una potenzialità espansiva molto ridotta» della relativa disciplina codicistica.

¹²⁷ Con riferimento al fronte delle crisi d'impresa, si vedano le utili indicazioni di metodo segnalate da E. Gabrielli, *Il diritto dei contratti a servizio della ristrutturazione d'impresa*, cit., 327 e ss., il quale mette in evidenza come il fine del risanamento dell'impresa sia una «manifestazione delle ampie e variegate potenzialità» del potere di autonomia privata, e come l'incontro tra diversi ambiti disciplinari (nel caso diritto civile e concorsuale) crei «ampiezza di prospettive che suggeriscono all'interprete di non indulgere a divagazioni ovvero ad indagini meramente classificatorie e descrittive della novità dei fenomeni oggetto di osservazione, ma invitano ad esaminare e a rinvenire, nel sistema positivo, nella giurisprudenza, nella dottrina, ogni frammento normativo utile per comporre un disegno coerente ed unitario di quello che sarà il nuovo diritto del concorso dei creditori».

¹²⁸ P. Trimarchi, *Il contratto. Inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 5, 229.

tamento del contratto alle circostanze ed esigenze sopravvenute»¹²⁹. L'importante apertura si deve all'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione che, con la *Relazione tematica* n. 56 dell'8 luglio 2020, ha affrontato *funditus* l'impegnativo tema, osservando che «la risposta all'esigenza manutentiva del contratto e di rinegoziazione necessaria del suo contenuto va ritrovata nell'attuale diritto dei contratti riletto al lume dei principio di solidarietà e rivitalizzato in un'ottica costituzionalmente orientata attraverso la clausola di buona fede che di quel principio è il portato codicistico»; immaginando anche un percorso di rinegoziazione che si snoda lungo nuove trattative che le parti – dietro domanda del contraente svantaggiato – devono avviare e condurre «in modo costruttivo» e corretto con lo scopo di introdurre «gli aggiustamenti necessari per superare i problemi e le difficoltà che si sono presentati», così evitando di incanalare il rapporto in «quell'imbuto esiziale» che è la sua risoluzione; ipotizzando l'eventuale inadempimento di chi «si oppone in maniera assoluta e ingiustificata o si limita ad intavolare delle trattative di mera facciata», in quanto l'inosservanza dell'obbligo in questione dimora «nel rifiuto di intraprendere il confronto oppure nel condurre trattative maliziose»¹³⁰; accennando infine al problematico fronte della possibilità di un intervento eteronomo del giudice per l'integrazione del rapporto divenuto iniquo, che viene ritenuto possibile nei limiti in cui «dal regolamento negoziale dovessero emergere i termini in cui le parti hanno inteso ripartire il rischio derivante dal contratto, fornendo al giudice (anche in chiave ermeneutica) i criteri atti a ristabilire l'equilibrio negoziale», con una ipotetica apertura anche all'esecuzione specifica *ex art.* 2932 c.c. dell'obbligo di rinegoziare il rapporto squilibrato – inteso come «obbligo di contrarre le modifiche del contratto primigenio suggerite da ragionevolezza e buona fede» – che attribuirebbe all'intervento giudiziario una doppia valenza: quella di tenere luogo della volontà non finalizzata delle parti e, nel contempo, di determinare «in maniera più larga e considerevole il contenuto, non mutuando un regolamento dettagliatamente precostituito», ma calibrandosi comunque su indicazioni «rigorosamente» tratte in via interpre-

¹²⁹ Così Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Relazione tematica* n. 56 dell'8 luglio 2020 dal titolo «Novità normative sostanziali del diritto emergenziale anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale». Per un'analisi critica della relazione e degli orientamenti giurisprudenziali successivi, si rinvia a S.P. Perrino, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali mediante gli obblighi di rinegoziare e di contrarre: un dibattito aperto*, in *Contratto e impresa*, 2023, 875 e seguenti.

¹³⁰ Affermazioni che echeggiano, con ogni evidenza, quella dottrina che nel teorizzare in forma più compiuta l'obbligo di rinegoziare, che vuol dire non limitarsi a un mero atto d'impulso della trattativa ma «essere obbligati a porre in essere tutti quegli atti che, in relazione alle circostanze, possono concretamente consentire alle parti di accordarsi sulle condizioni dell'adeguamento del contratto, alla luce delle modificazioni intervenute», aveva da tempo delineato due fattispecie d'inadempimento: il «rifiuto a trattare», che identifica l'atteggiamento della parte che non si attiva minimamente per assicurare la continuazione del rapporto, e la «trattativa maliziosa», che coglie invece il comportamento di chi si atteggia scorrettamente durante le trattative (cfr. F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1966, 343 e seguenti).

tativa dall'attività di contrattazione svolta dalle parti prima che il processo rinegoziativo si sia interrotto.

È proprio al fermento propositivo e all'intensità di sviluppo di questo filone interpretativo che ha guardato il Consiglio di Stato nell'elaborare il principio delineato ora dall'art. 9 del codice dei contratti pubblici, come evidenziato dal tenore della stessa *Relazione* che in apertura del relativo commento cita riferimenti tipici del mondo delle relazioni civilistiche, dagli stessi intendendo dunque ricavare «un chiaro segnale» per operatori e interpreti¹³¹.

Scelta epistemica che induce a una osservazione e stimola una indicazione metodica che appare utile esplicitare per una più ragionata analisi del testo normativo. L'osservazione attiene all'omessa enunciazione della *Relazione tematica* dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione: si citano, infatti, fonti più remote e meno impegnative, con particolare insistenza sui fenomeni della prassi e della regolazione dei rapporti privati internazionali, e si tralascia il termine di riferimento più ravvicinato della tematica. Scelta che non può passare inosservata se si tiene a mente, come detto, che il citato documento, che oltre tutto è espressivo di un intervento giudiziario *extra ordinem* in quanto volto a tracciare *ex ante* un orientamento interpretativo che neppure le sentenze possono normalmente avere¹³², rappresenta il tentativo più consapevole e coraggioso offerto dal diritto vivente per l'approfondimento in chiave generale delle diverse sfaccettature e implicazioni del problema della rinegoziazione a diritto vigente (invariato). Il che probabilmente si spiega con le difficoltà di approccio che si registrano ancora da ambo i lati delle giurisdizioni al sempre implicato, delicato e controverso versante delle regole di riparto e rinvia subito l'attenzione a quanto sarà in seguito osservato in ordine allo svolgimento del procedimento di rinegoziazione e alle possibili implicazioni sul piano della tutela giudiziaria. L'indicazione di metodo va oltre la pure giusta indicazione di una «tendenziale parificazione della posizione delle parti» e «una tutela rafforzata dell'esecutore» del contratto¹³³, perché riguarda il modo di porsi rispetto a una patologia negoziale «discreta»¹³⁴ che attiene – come veduto – alla dinamica evolutiva di rapporti complessi, per loro natura incompleti e destinati a perdurare nel tempo, non guarda ad una carenza strutturale dell'atto generativo della fattispecie ma al concreto sviluppo realizzativo del piano di azione concordato e, pertanto, richiama rimedi

¹³¹ Così B. Marchetti, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 80.

¹³² A. Pisani Tedesco, *Appunti su sopravvenienze e obbligo di rinegoziazione: una nuova stagione per i principi*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 4; ripreso da S.P. Perrino, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali*, cit., 877.

¹³³ G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, cit., 298.

¹³⁴ Secondo la felice definizione coniata, ad altri fini ma con stimolanti riflessioni, da U. Majello, *La patologia discreta del contratto annullabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 329.

di conservazione e di manutenzione dell'assetto di interessi in gioco che vadano oltre la caducazione dell'atto genetico dello stesso per il mero ripristino della legalità violata, che avrebbe l'effetto di introdurre una traumatica soluzione di continuità nell'evoluzione dell'operazione, facendo riemergere astratte, indifferenziate e irrelate figure e posizioni al posto di quegli specifici calcoli economici¹³⁵ che le distinte parti negoziali hanno incorporato nell'affare traducendoli «nel piano dei vantaggi e dei rischi oggettivamente espresso dallo scambio» ed elevandoli a «connotati del suo equilibrio»¹³⁶, a cui bisogna in sostanza guardare per l'attingimento del risultato finale programmato. Con l'ulteriore significativa apertura¹³⁷ verso un criterio di ricomposizione dell'unità dell'ordinamento che, superato il semplicistico dispositivo interpretativo regola/eccezione o generale/speciale¹³⁸, non guarda neppure al luogo in cui è collocata la disciplina positiva ma all'«ambito di complessità che essa è in grado di normare» e si sviluppa «attorno a tipi di problemi ed a rimedi adeguati»¹³⁹ per la più appropriata tutela degli interessi in gioco¹⁴⁰.

5. *Presupposti, contenuto ed effetti della rinegoziazione dei contratti pubblici: alla scoperta di un diritto soggettivo di nuovo conio, anche se operativamente e finanziariamente condizionato*

Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale poggia su un *corpus* normativo che è distribuito nel combinato disposto degli artt. 9, 60 e 120, unitamente all'allegato II.14, così come degli artt. 189 e 192 in tema di concessioni¹⁴¹.

¹³⁵ Il legame naturale tra i contratti di durata e la programmazione, organizzazione e lo svolgimento di attività economiche è ben messo in evidenza da F. Macario, *Contratti di durata*, cit., 120.

¹³⁶ Così in particolare C. Camardi, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, 406-407, secondo cui il contenuto patrimoniale del contratto rappresenta dunque «la base a partire dalla quale è possibile valutare, misurare e quantificare – non arbitrariamente – il sopravvenuto carattere eccessivamente oneroso della prestazione».

¹³⁷ Giustamente segnalata da A. Bianchi, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. Cartei e D. Iaria, cit., 106.

¹³⁸ Per la definizione del problema, si veda G. Alpa, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, 109, cui *adde* almeno: G. De Nova, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contratto e impresa*, 1988, 327; G. Cian, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 497; N. Lipari, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 1;

¹³⁹ Così M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 237, e più in generale Id., *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, 103 ss., 330.

¹⁴⁰ Cfr. ancora F. Macario, *Revisione del contratto*, cit., 1081.

¹⁴¹ Cfr. M.E. Comba, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., 1979; P. Patatini, *Rinegoziazione e rimedi manutentivi alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 27 ottobre 2023; G. Severini, *Sub art. 9*, in *Codice dei contratti pubblici. Il D.L.vo 31 marzo 2023, n. 36 commentato articolo per articolo*, cit., 63; M. Renna, *I principi*, cit., 17; A. Bianchi, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 106; F. Tigano, *Il princi-*

Le coordinate generali sono dettate dall'art. 9, che lega il diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali a precise condizioni e limiti operativi. Presupposto fondamentale è il manifestarsi di sopravvenienze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea contrattuale, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato, e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto. Mutuando consolidati schemi di allocazione dei rischi contrattuali non espressamente regolati e assunti dalle parti sembra che il codice si collochi sulla scia di sperimentate correnti interpretative che, fuori dall'insistita e rassicurante enfasi retorica poggiante sull'impiego di false coppie concettuali come straordinarietà e imprevedibilità, che in realtà fanno capo allo stesso elemento di giudizio¹⁴², ha elaborato una tecnica di controllo sulla compatibilità tra circostanze e adempimento che poggia sulla doppia valutazione e della prevedibilità degli eventi che hanno condotto allo squilibrio di valore tra le prestazioni (da riferirsi sincreticamente al rapporto tra le prestazioni nei due momenti storici della conclusione del contratto e della sua esecuzione) e – nella parte in cui si evoca, attraverso la nozione giuridica di alea normale, il calcolo economico in termini di costo-benefici che definisce «l'orbita delle oscillazioni di valore della prestazione»¹⁴³ – della prevedibilità della misura dello squilibrio occorso che opera indipendentemente dagli eventi causativi¹⁴⁴. In questo modo la fonte di turbamento dell'equilibrio contrattuale che legittima un intervento manutentivo dello stesso viene individuata in un disequilibrio apprezzabile secondo parametri di tipo qualitativi, quantitativi e temporali¹⁴⁵. Infatti, se di per sé l'eccessiva onerosità, così come l'alterazione rilevante dell'originario equi-

pio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, in Documento Gruppo di lavoro AIPDA, *La riforma dei contratti pubblici (D.Lgs. 36/2023)*, a cura di F. Manganaro, N. Paolantonio, F. Tigano, Messina University Press, 2024, 34; V. Cerulli Irelli, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, cit., par. 1.

¹⁴² In generale sulla difficoltà di rinvenire criteri che consentano di individuare le note caratterizzanti i concetti di prevedibile e imprevedibile, nonché di precisare la nozione di avvenimento straordinario, si legga E. Gabrielli, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., 1579, il quale conclude nel senso che «le simmetrie logiche degli interpreti devono lasciare il passo alla fantasiosa varietà del caso concreto». In effetti, secondo autorevole dottrina la formula «avvenimenti straordinari e imprevedibili» impiegata dall'art. 1467 c.c. viene intesa nella prassi degli interpreti come un'endiadi nel senso che il carattere della straordinarietà non ha carattere autonomo ma viene assorbito nel principio dell'imprevedibilità (V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, 1025; F. Macario, *La risoluzione per eccessiva onerosità, Il Contratto in generale*, III, 2, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, Milano, 2009, 1209).

¹⁴³ Così A. Pino, *La eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952, 70. Cfr. anche Cass., 7 marzo 2002, n. 3296, in *Giust. civ.*, 2003, I, 196, secondo cui «l'alea normale del contratto è costituita dalle oscillazioni di valore delle prestazioni, originate dalle normali fluttuazioni del mercato, non potendosi mai escludere che costi e benefici realizzati siano diversi dalle originarie previsioni dei contraenti ed essendo la risoluzione ex art. 1467 c.c. giustificata solo da una sopravvenienza che alteri l'andamento normale dell'affare».

¹⁴⁴ Tale reale duplicità di requisiti, desunti dalla combinata lettura dei due primi commi dell'art. 1467 c.c. in luogo dell'endiadi enunciata nel primo comma, è messa in luce da F. Delfini, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, 218-220.

¹⁴⁵ Così E. Gabrielli, *Sub art. 1467*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, *Artt. 1425-1469 bis*, Torino, 2011, 620.

librio contrattuale, sono concetti che evocano un criterio quantitativo, qual è la variazione di valore e/o di costo delle prestazioni, il superamento dell'alea normale rinvia invece a un criterio qualitativo e quantitativo insieme, in quanto attiene al «programma contrattuale nel suo complesso», così che l'interprete per accertare lo stesso deve «unitariamente tenere conto sia del tipo e del sottotipo contrattuale¹⁴⁶, sia del contratto in concreto, sia del mutato equilibrio del rapporto tra prestazione e controprestazione intervenuto tra il momento della conclusione del contratto e quello della sua esecuzione»¹⁴⁷. Le insorgenze perturbative che vengono in rilievo entro siffatte coordinate valutative si sostanziano in variazioni esogene¹⁴⁸ che, oltre ad essere eccezionali¹⁴⁹, ovverosia «fuori dall'ordinario corso delle cose»¹⁵⁰, nel senso che della loro eventualità non c'è ragione di credere, sulla base di un criterio di normalità e di regolarità causale¹⁵¹, che i contraenti abbiano potuto tenere conto¹⁵², devono anche essere di carattere generale, cioè non contingente e/o legate al singolo rapporto contrattuale e tali, quindi, da dovere essere sopportate in ogni caso anche se le parti si rivolgessero ad altri operatori¹⁵³.

¹⁴⁶ Così anche R. Nicolò, *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 1026, avvertendo che: a) bisogna esaminare «se il tipo di contratto posto in essere, per il suo contenuto e per la sua funzione, non implichi di per sé che al momento del suo perfezionamento vi sia o vi debba essere la consapevolezza delle parti di affrontare necessariamente un certo margine di rischio, collegato appunto all'eventuale verificarsi di situazioni di fatto e di vicende, economiche o di altra natura, che normalmente, o per lo meno non eccezionalmente, incidono sullo svolgimento di quel singolo tipo di rapporto e influiscono sul risultato economico che le parti vogliono conseguire»; b) questa zona di rischio, «che in ultima analisi non manca mai quando vi è una apprezzabile soluzione di continuità tra il sorgere del rapporto contrattuale e la sua attuazione finale», è piuttosto rilevante in contratti come l'appalto, nei quali appunto l'autonomia di quella condizione che va sotto il nome di alea normale «appare, anche di fatto, innegabile».

¹⁴⁷ E. Gabrielli, *Sub art. 1467*, cit., 621.

¹⁴⁸ Di sopravvenienze che «devono essere estranee al normale ciclo economico, integrando uno *shock* esogeno eccezionale e imprevedibile», ha parlato in sede di commento il Consiglio di Stato, *Relazione*, cit., 24. Cfr. anche G. Severini, *Sub art. 9*, cit., 63.

¹⁴⁹ P. Gallo, *Soppravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, 209 e ss., sottolinea che «storicamente il criterio principe per la ripartizione del rischio in caso di sopravvenienza contrattuale è stato la prevedibilità dell'evento».

¹⁵⁰ Così chiaramente M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, 49, il quale chiarisce che devono assumersi «come indice della prevedibilità delle circostanze i criteri di valutazione dell'uomo medio, che prevede appunto solo quel che rientra nel normale succedersi degli avvenimenti».

¹⁵¹ M. Bessone, *Eventi prevedibili, limite del rischio assunto e risoluzione del contratto per inesigibilità dell'adempimento*, in G. Alpa, M. Bessone, E. Roppo, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982, 389.

¹⁵² Così R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., 1696, mettendo in evidenza che il criterio dell'imprevedibilità «è gemellare rispetto al criterio dell'accogliuto al debitore dell'alea normale» e che «la prevedibilità non va vista come qualità del fatto, ma non va vista nemmeno come concreta possibilità – del singolo contraente – di prevedere». Visione volontaristica cui allude in un certo senso la giurisprudenza che, «facendo riferimento alla fenomenologia della conoscenza» (E. Gabrielli, *Sub art. 1467*, cit., 642), evoca un giudizio di fatto sulle «capacità di previsione dell'uomo medio» (per esempio Cass, 15 dicembre 1984, n. 6574, in *Giur. it.*, 1986, I, 1706, con nota di E. Gabrielli, e in *Giust. civ.*, 1985, I, 2795, con nota di M. Lipari; cfr. anche Cass., 19 ottobre 2006, n. 22396; Cass., 25 maggio 2007, n. 12235).

¹⁵³ Così P. Gallo, *Soppravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., 404, osservando che un regime di revisione del contratto non deve necessariamente condurre al trasferimento di tutti gli oneri aggiuntivi sulla controparte, con particolare riferimento a quelli dovuti a fenomeni meramente contingenti, legati al singo-

Il campionario di crisi globali (finanziarie, commerciali, sociali e umanitarie, sanitarie, belliche)¹⁵⁴ offerto dalla storia degli ultimi anni ha dato un contributo decisivo per il passaggio dal livello puramente speculativo e definitorio delle vedute categoriche verso una più pragmatica consapevolezza della possibile casistica applicativa e ha fatto capire l'importanza dell'implementazione degli ambiti operativi di meccanismi di reazione «capaci, a livello di sistema, di limitare i rischi di fuoriuscita di soggetti dal mercato e di contribuire a prevenire situazioni di patologie sociali»¹⁵⁵. Ciò è tanto vero che alla vigilia della nuova codificazione si sono registrati anche orientamenti giurisprudenziali inclini ad ammettere la rinegoziazione dell'offerta ancor prima della stipula del contratto di appalto per ovviare all'incremento del costo dei materiali per le lavorazioni nel frattempo intervenuto. Così riconoscendo, *ante litteram*, che costituisce principio generale dell'ordinamento dei contratti pubblici la «generale necessità di affidare un contratto in condizioni di equilibrio» a fronte di una congiuntura che «rende la realtà economico sociale molto più instabile»; e giudicando irragionevole la decisione della stazione appaltante che ha preferito dichiarare la decadenza dall'aggiudicazione dell'impresa che abbia osato chiedere la rinegoziazione, così azzerando gli esiti di una procedura di affidamento «in assenza di specifiche e sostanziali illegittimità che la affliggano»¹⁵⁶.

lo rapporto contrattuale (come il crollo dell'edificio nell'appalto, il naufragio della nave nel contratto di trasporto), che rientrano nell'alea normale del contratto. Nello stesso senso si veda anche U. Carnevali, *Risoluzione del contratto*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino, 1994, 711, il quale cita come esempi di imprevedibilità di portata generale la svalutazione monetaria in seguito ad una inflazione, l'oscillazione dei cambi delle divise, le oscillazioni delle quotazioni delle materie prime nelle borse merci, e sottolinea che non possono invece essere presi in considerazione «eventi collegati alla sola impresa del contraente (come un aggravio economico derivante dal fatto che gli aumenti retributivi ottenuti dai dipendenti vengono ad incidere pesantemente sui costi di fabbricazione dei prodotti ordinati dall'altro contraente), perché eventi di questo genere rientrano tra i rischi tipici di qualunque operazione economica». In senso analogo, parlano di evento che altera il «valore di mercato della prestazione con riferimento agli operatori economici di un intero settore (una guerra, una svalutazione monetaria, un notevole aggravio degli oneri gravanti sulle esportazioni della merce e via dicendo)», L. Bigliazzi Geri, U. Breccia, F.D. Busnelli, U. Natoli, *Diritto civile*, 1, *Fatti e atti giuridici*, Torino, 1986, 883.

¹⁵⁴ N. Irti, *Il diritto e la crisi*, in *Riv. soc.*, 2022, V; A. Nigro, *Il diritto della crisi oggi fra tradizione e innovazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2023, 185; S. Aceto di Capriglia, *Sopravvenienze contrattuali nel dinamismo della società globale: dalla crisi pandemica a quella energetica. La formazione internazionale e le diverse soluzioni nazionali*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2023, 762.

¹⁵⁵ Così E. Navarretta, *CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, III/Suppl., 90. Cfr. anche C. Scognamiglio, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia Covid-19*, in *Corr. giur.*, 2020, 581.

¹⁵⁶ Così Tar Piemonte, sez. II, 20 febbraio 2023, n. 180, in materia di affidamento di lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria delle opere elettromeccaniche di impianti depurativi, che, nell'annullare l'atto di decadenza adottato dalla stazione appaltante in quanto espressivo di un'opzione che, «oltre a non tutelare maggiormente l'interesse alla parità di trattamento degli altri operatori e, in generale, il regolare svolgersi del gioco concorrenziale, non garantisce neanche l'efficacia dell'azione amministrativa», ha anche affermato il seguente principio: «costituisce onere dell'amministrazione assicurarsi di giungere alla stipula di un contratto in condizioni di equilibrio, valutando ogni sopravvenienza segnalata dagli operatori economici partecipanti alla gara che, alla luce del quadro normativo vigente e del contesto socio economico, appaia in grado di alterare tali con-

Simili aperture verso il contesto socio-economico concreto in cui gli operatori si trovano ad agire induce naturalmente a spostare l'attenzione sull'evolutivo fronte delle clausole di rinegoziazione¹⁵⁷ – la cui diffusione è non a caso incentivata dal quarto comma dell'art. 9 – per avere un quadro più esaustivo di come l'autonomia negoziale (art. 8 del codice), rivitalizzata attraverso il combinato richiamo alla reciproca collaborazione (art. 1, comma 2-*bis*, legge n. 241/1990) e alla fiducia nell'azione legittima, corretta e in buona fede delle parti contraenti (artt. 2 e 5 del codice) nel corso dell'attuazione del rapporto, possa in concreto e duttilmente selezionare e gestire le disfunzioni sopravvenute fuori dai condizionamenti indotti dalle formule legali.

Il punto non è sfuggito all'Anac, che nel 2022 si è trovata ad affrontare le difficoltà riscontrate dalle imprese della filiera delle telecomunicazioni nell'ottemperare agli obblighi di fornitura di materiale informatico nell'ambito di contratti pubblici, a fronte di «circostanze imprevedibili ed estranee al controllo dei fornitori» rappresentate dal severo *lock-down* in atto in alcuni centri produttivi cinesi strategici per la produzione di componenti informatiche e dal conflitto ucraino che ha fatto venire meno la disponibilità di alcune materie prime necessarie (come il gas neon utilizzato per alimentare i laser che incidono i pattern nei chip per i processori dei computer). In quell'occasione, infatti, all'esito anche di un puntuale richiamo delle principali disposizioni normative applicabili, l'Autorità ha invitato le stazioni appaltanti a gestire la situazione tenendo in considerazione «tutte le circostanze del caso concreto» per valutare la possibilità di sospendere i contratti in corso per il tempo necessario (ai sensi dell'art. 107 del codice previgente) oppure rinegoziare i termini concordati per l'adempimento. Allo stesso tempo, per garantire la corretta gestione di situazioni analoghe in futuro e scon-

dizioni, adottando le misure necessarie a ristabilire l'originario equilibrio contrattuale». Nello stesso senso, in tema di appalti di fornitura (nella specie di sistemi di analisi di laboratorio in favore di una azienda sanitaria), si veda anche Tar Piemonte, sez. I, 20 luglio 2022, n. 681, secondo cui il bilanciamento di interessi sotteso all'allora vigente art. 106 del d.lgs. n. 50/2016 può essere ragionevolmente anticipato alla fase precedente alla stipulazione del contratto, allorquando intervengano sopravvenienze che mutano i termini dell'aggiudicazione (nel caso, criticità rilevate, anche per effetto della recrudescenza pandemica, in fase di attuazione del piano regionale di accorpamento dei sistemi diagnostici); con la conseguenza che la rinegoziazione appare legittima, «atteso che un eventuale cambiamento di contraente per l'affidamento di siffatte prestazioni avrebbe comportato l'impraticabilità della commessa per motivi tecnici dettati dall'impossibilità di procedere all'intercambiabilità delle apparecchiature fornite nell'ambito dell'appalto iniziale, nonché una duplicazione dei costi».

¹⁵⁷ Sulla cui rilevanza in quanto fonte prima e più naturale dell'obbligo di rinegoziazione si veda chiaramente F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 169 e ss., secondo cui si tratta di «una caratteristica ricorrente nei rapporti contrattuali di durata e sostanzialmente una costante nei contratti a lungo termine» che «si intensifica poi in considerazione della complessità del rapporto», la cui *ratio* risiede evidentemente nella «difficoltà di disciplinare il rischio contrattuale *a priori*, nonostante l'impegno che le parti possono devolvere nella fase delle trattative e della conclusione del contratto al fine di predisporre una formula di allocazione dell'alea degli sviluppi futuri il più possibile univoca e quindi sicura per i contraenti» (*ibid.*, 213). Sul fronte pubblicistico, si veda anche la posizione di V. Lopilato, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., 1916, 1926.

giurare il rischio di contenzioso, avendo anche cura di raccomandare alle stesse amministrazioni di inserire nei nuovi contratti o nei contratti in corso «clausole elaborate *ad hoc* per la disciplina delle situazioni di forza maggiore» recanti la possibilità di sospensione dei termini per la durata dell'evento e di rinegoziazione delle condizioni contrattuali, nonché una dettagliata indicazione degli eventi riconducibili alle ipotesi di forza maggiore, gli obblighi di comunicazione a carico di chi voglia avvalersi della causa esimente, delle obbligazioni contrattuali a cui si applica la clausola¹⁵⁸.

Il precipitato normativo di tale prospettiva operativa può oggi cogliersi nell'art. 60, primo comma, che ha reso obbligatorio¹⁵⁹ l'inserimento delle clausole di revisione prezzi nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento; e nell'art. 120, comma 8, che lega espressamente l'esercizio del diritto alla rinegoziazione al «rispetto delle clausole contenute nel contratto»¹⁶⁰. Si esprime in questi termini il passaggio della vicenda modulatoria del rapporto dalla astratta modellistica presidiata dalle categorie formali tipizzate dal legislatore e dall'eventuale e sussidiario intervento risolutore del giudice al fertilizzante attrito con le irripetibili e «particolari condizioni di natura oggettiva» (art. 60, comma 2) e «altre circostanze» specifiche che caratterizzano il «contesto economico di riferimento» del singolo contratto (art. 9, comma 4): rispetto alle insidiose fonti eteronome di integrazione del regolamento contrattuale (legge-sentenza) recuperando, dunque, al centro della scena la normatività sommersa ma decisiva, in quanto capace di imprimere l'autentica cifra distintiva della fattispecie, espressa dai «decentrati momenti regolativi» che sono frutto delle autonome determinazioni dei soggetti volta per volta coinvolti in determinati contesti relazionali¹⁶¹. Così, in definitiva, privilegiando pur sempre il contratto quale strumento naturale e primario di salvaguardia del sinallagma funzionale¹⁶².

¹⁵⁸ Cfr. la delibera Anac n. 227 dell'11 maggio 2022, avente ad oggetto «Indicazioni in merito all'incidenza delle misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica adottate in Cina e della situazione bellica in Ucraina sul regolare adempimento delle obbligazioni assunte nell'ambito di contratti pubblici».

¹⁵⁹ Dopo quanto in via emergenziale disposto dall'art. 29 del d.l. 27 gennaio 2022, n. 4, convertito in l. 28 marzo 2022, n. 25.

¹⁶⁰ M.E. Comba, *Il principio di conservazione*, cit., 1981, ritiene che si tratti di una disposizione di «non poca rilevanza perché mette in luce e sollecita il ricorso ad una tecnica» largamente praticata nelle prassi contrattuali private e «alla quale finora le stazioni appaltanti non sembrano aver fatto frequente ricorso (almeno a giudicare dalla giurisprudenza), che, se ben utilizzata, potrebbe consentire di superare molti problemi legati alla necessità di revisione dei contratti di lunga durata».

¹⁶¹ Per la migliore illustrazione dell'assunto sia consentito rinviare a G.D. Comperti, *La necessaria ragionevolezza del diritto amministrativo*, in *Dialoghi su ragionevolezza e proporzionalità*, a cura di A. Falchetti, Napoli, 2019, 137, 172.

¹⁶² Il «vasto margine di manovra» riservato ai patti che incidono sulla allocazione del rischio in ordine alla composizione qualitativa e quantitativa dei patrimoni è bene evidenziato da F. Delfini, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., 372 e ss.; cfr. anche V.M. Cesàro, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, 58 ss., e 130 per la notazione che l'elaborazione di clausole con indicazioni

Si spiega probabilmente in questa ottica l'evaporare del requisito della imprevedibilità¹⁶³ della sopravvenienza nel meccanismo di revisione dei prezzi, così affidato a un modello di indicizzazione destinato a entrare in funzione al ricorrere, come detto sopra, di particolari condizioni oggettive che determinino una variazione dei costi superiore al 5% dell'importo complessivo dell'appalto. Allo stesso tempo, nuova luce acquisisce il rinvio a «clausole chiare, precise e inequivocabili», contenute nei documenti di gara iniziali, che condiziona la possibilità di introdurre modifiche qualitative, a prescindere dal loro valore monetario, nei contratti in corso di esecuzione (ex art. 120, comma 1, lett. a). Con il che il profilo della allocazione pattizia del rischio si lega a quello della trasparenza e corretta informazione, onde evitare l'abuso della asimmetria informativa di cui goda una parte rispetto all'altra¹⁶⁴.

Beninteso ciò non significa che il rinvio alla disciplina pattizia può essere utilizzato come comodo lasciapassare per qualunque modifica *in itinere* dei contratti pubblici, stante la necessità che sia comunque rispettata la doppia esigenza anticorruptiva e pro-concorrenziale¹⁶⁵ che è alla base del c.d. «*scope of the competition*

anche particolareggiate ha il positivo effetto di svolgere all'evenienza «una mera attività di ricognizione tra l'ipotesi tipizzata in astratto e quella realizzata»; F. Gambino, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, 83 e ss.; E. del Prato, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 801; D. Santarpia, *La sopravvenienza*, cit., 368 e ss., la quale indica l'autonomia negoziale come «percorso naturale» per la gestione delle sopravvenienze e sostiene che la «rinegoziazione volontaria sia il più efficace strumento di composizione delle crisi sopravvenute del rapporto tra le parti» (*ibid.*, 378-379). In argomento, si veda anche la già citata sentenza Cass., ss.uu., 23 febbraio 2023, n. 5657, in *Foro it.*, 2023, I, 1070, che, nel ritenere che la clausola di un contratto di leasing con doppia indicizzazione del canone al tasso di cambio tra euro e valuta straniera e alla variazione di un indice finanziario (Libor CHF) non sia immeritevole di tutela ex art. 1322 c.c. né uno strumento finanziario derivato implicito, afferma che la libertà negoziale «è principio cardine del nostro ordinamento e del diritto dei contratti» e che quindi le parti, «nell'esercizio del loro potere di autonomia negoziale, ben possono prefigurarsi la possibilità di sopravvenienze che incidono o possono incidere sull'equilibrio delle prestazioni, ed assumerne [...] il rischio», rendendo per tale aspetto aleatorio il contratto ed escludendo l'operatività dei meccanismi prevalentemente demolitori previsti dagli artt. 1467 e 1664 c.c. Per quanto la decisione non affronti direttamente il tema della rinegoziazione, è utile sottolineare due implicazioni, che vanno anche in direzione diversa rispetto a quanto auspicato dalla *Relazione tematica* n. 56/2000 (come osservato da S.P. Perrino, *Il governo delle sopravvenienze*, cit., 890): i) è attraverso l'esercizio dell'autonomia negoziale che si possono prevedere clausole di gestione delle sopravvenienze, «così da determinare *in executivis* una modulazione conservativa del contenuto a seconda dello *shock* esogeno» (*ibid.*, 892); ii) l'intervento del giudice sul contratto non può che «essere limitato a casi eccezionali», pertanto «chi ha fatto un cattivo affare non può pretendere di sciogliersi dal contratto invocando lo «squilibrio delle prestazioni» tutte le volte che la differenza sia stata in piena libertà ed autonomia compresa ed accettata».

¹⁶³ La *Relazione*, cit., 96, avverte tuttavia che, in esecuzione dei criteri di delega, è stato previsto «che all'origine delle variazioni dei prezzi che renderanno in concreto attivabile il meccanismo della revisione siano particolari condizioni di natura oggettiva, non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta».

¹⁶⁴ Cfr. in tal senso già G. Alpa, *Rischio (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1158, ripreso da F. Delfini, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., 390.

¹⁶⁵ Richiamata da M.E. Comba, *Il principio di conservazione*, cit., 1977, 1980.

test»¹⁶⁶ messo a punto nel paradigmatico caso *Succhi di Frutta* del 2004¹⁶⁷ e ora incorporato nella nozione unitaria¹⁶⁸ di modifica sostanziale, e pertanto snaturante e non ammessa, codificata dall'art. 120, comma 6, nei termini di modifica «che altera considerevolmente la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa». I principi generali di non discriminazione, pubblicità e trasparenza che guidano le procedure di evidenza pubblica rappresentano infatti limiti esterni ai poteri negoziali delle parti, nel senso che le modifiche consensualmente apposte devono essere tali da non incidere sui termini essenziali della prestazione oggetto di affidamento, dovendosi presumere che se esse fossero state rese note al momento iniziale della gara avrebbero determinato offerte diverse da parte degli operatori economici o avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione. Con l'ulteriore precisazione, desumibile dal connesso fronte delle concessioni, che essendo contratti complessi di lunga durata¹⁶⁹ sono ugualmente soggette all'eventualità di modifiche durante il periodo di efficacia (art. 189), che il riequilibrio del piano economico-finanziario dell'operazione (previsto ora in termini più stringenti dall'art. 192¹⁷⁰) non deve risolversi in occasio-

¹⁶⁶ Cfr. A. Giannelli, *Le modifiche oggettive del contenuto del contratto*, cit., 305; B. Marchetti, *Il principio di conservazione*, cit., 83; G. Sferrazzo, *La revisione dei prezzi nel sistema dei contratti pubblici*, in *Giornale dir. amm.*, 2023, 796.

¹⁶⁷ Si tratta della nota decisione della Corte di Giustizia UE, *CAS Succhi di Frutta s.p.a.*, 22 aprile 2004, in causa C-496/99. Per un'analisi degli *arrêts* più significativi in tema, si rinvia a M. Cozzio, *La disciplina dello ius variandi*, cit., 762 e seguenti.

¹⁶⁸ Il Consiglio di Stato, nella *Relazione*, cit., 171-172, sottolinea che nella citata disposizione normativa si è inteso recepire la nozione della direttiva inserendo nei diversi commi interessati «una nozione unitaria di modifica “snaturante”, quindi trasponendo il concetto di “non alterazione” della “natura generale del contratto” di cui alla direttiva con la seguente dizione: “nonostante le modifiche, la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa possono ritenersi inalterate”, utilizzata nei commi 1, 3 e 5». Cfr. anche V. Bontempi, *L'esecuzione del contratto*, in *Giornale dir. amm.*, 2023, 343.

¹⁶⁹ Come precisato dal considerando n. 68 della direttiva 2014/23/UE.

¹⁷⁰ A differenza del previgente art. 165, comma 6, del Codice del 2016, che prevedeva più genericamente che il verificarsi di sopravvenienze non riconducibili al concessionario «può comportare» la revisione del contratto, lasciando così intendere che al di là di un mero onere di avviare i percorsi di revisione del contratto l'ordinamento «non garantisce il diritto ad una revisione che riconosca le condizioni pretese dalla parte privata contraente» (come sostenuto da Cons. Stato, sez. VII, 24 luglio 2023, n. 7200, in *Urb. app.*, 2023, 751, con il commento di A.E. Basilico, *Rischio operativo e sopravvenienze nei contratti di concessione: quali spazi per riequilibrare il rapporto?*), l'art. 192, comma 1, prevede ora che il concessionario «può chiedere la revisione del contratto»; con ciò denotando un chiaro favore verso la manutenzione-conservazione del rapporto (così A.E. Basilico, *Rischio operativo e sopravvenienze nei contratti di concessione*, cit., 760), in linea con il principio generale dell'art. 9 che funge ormai da «canone interpretativo primario» alla cui luce si può parlare di «diritto di chiedere la rinegoziazione (non di conseguirla, e quindi ad effetti meramente procedurali...)» anche nel caso delle concessioni (come sottolineato da F. Pellizzer, *Sub art. 192*, in *Codice dei contratti pubblici*, cit., 890 ss., 904; nello stesso senso si esprime anche M.A. Quaglia, *Il partenariato pubblico privato: il rischio operativo e l'equilibrio del rapporto*, in *Riv. trim. app.*, 2023, 832-833). Con l'ulteriore precisazione che lo stesso principio non sembra ancorare la revisione contrattuale «a situazioni di estrema ed irreversibile gravità» (come precisato da G.F. Carrei, *La disciplina del partenariato pubblico-privato e il contratto di concessione*, in *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 913).

ne per alterare il rischio operativo d'impresa¹⁷¹ che deve rimanere sempre a totale carico del concessionario. La evolutiva giurisprudenza in tema di clausole estensive, particolarmente diffuse per ragioni di *spending review* nei contratti conclusi mediante forme di concentrazione o unificazione delle gare (centrali di committenza, accordi quadro), come nel settore sanitario¹⁷² che è responsabile di un terzo circa di tutta la spesa pubblica in beni e servizi, si è fatta poi carico di precisare il criterio orientativo secondo cui esse devono soddisfare i requisiti, oltre che di chiarezza e precisione, anche di determinatezza in ordine ai soggetti e all'oggetto della procedura cui accedono, di modo che la parti nel partecipare alla procedura competitiva «sanno ed accettano [...] che potrebbe essere loro richiesto di approntare beni, servizi o lavori ulteriori, rispetto a quelli espressamente richiesti dalla *lex specialis*, purché determinati o determinabili *a priori*, al momento dell'offerta, secondo requisiti né irragionevoli né arbitrari, tanto sul piano soggettivo – per caratteri-

¹⁷¹ Inteso come «esposizione dell'impresa all'alea del mercato, che può tradursi nel rischio della concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio della mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio» (come precisato da Corte di Giustizia UE, 10 marzo 2011, causa n. 274/09, e ripetuto da ampia giurisprudenza domestica). Si legga in particolare Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2023, n. 1042: «La concessione, sia di lavori pubblici che di servizi, si caratterizza pertanto per un dato: la remunerazione degli investimenti compiuti dall'operatore economico privato e delle prestazioni rese nell'esecuzione della concessione è costituita dal diritto di gestire funzionalmente ed economicamente il servizio (o i servizi) erogati attraverso le opere pubbliche realizzate. Il che significa [...] che i servizi in questione debbono avere una chiara natura imprenditoriale, nel senso che si rivolgono ad un mercato composto da una pluralità di utenti che ne domandano le prestazioni. Il rischio assunto dal concessionario si valuta proprio intorno alla aleatorietà della domanda di prestazioni poiché l'errore di valutazione del livello di domanda attendibile evidentemente condiziona la remuneratività dell'investimento e misura la validità imprenditoriale dell'iniziativa economica. Si tratta, come noto, di una tipologia di rischio imprenditoriale diversa da quella riscontrabile nel contratto di appalto (di lavori, servizi o forniture), proprio perché entra in gioco un elemento imponderabile (cioè la domanda di prestazioni per quel servizio pubblico, non determinabile a priori); elemento che nell'appalto non compare». Sul punto si concentrano anche le *Linee Guida* n. 9 dell'ANAC (adottate il 28 marzo 2018 e aggiornate al 25 gennaio 2023). Cfr. in dottrina l'ampia analisi di G. Cartei, *Rischio e disciplina negoziale dei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 599; e per l'illustrazione dei confini dell'area gravata dal rischio operativo, Id., *La disciplina del partenariato pubblico-privato e il contratto di concessione*, in *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 907 e ss., il quale suggerisce di leggere il richiamo all'eccezionalità contenuto nel terzo comma dell'art. 177 non in senso letterale, essendo le «condizioni operative normali» di cui al comma 2 il criterio di riferimento rilevante, ma in quanto riferito «alla frequenza e non già alla gravità dell'accadimento».

¹⁷² La normativa in materia di controllo e razionalizzazione della spesa sanitaria, con riferimento ai beni e servizi, è stata inizialmente prevista dal decreto legge n. 98/2011, che, all'articolo 17, comma 1, lettera a), ha disposto che l'Osservatorio dei contratti pubblici, presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione, fornisce alle regioni un'elaborazione dei prezzi di riferimento in ambito sanitario riferita a prestazioni e servizi sanitari e non sanitari individuati dall'Agenzia per i servizi sanitari regionali (Agenas) tra quelli di maggiore impatto in termini di costo a carico del SSN. Il decreto legge n. 95/2012 (art. 15, comma 13, lett. a) ha disposto la riduzione del 10 per cento dei corrispettivi per l'acquisto di beni e servizi (con esclusione dei farmaci ospedalieri) a partire dal 2013 e dei corrispondenti volumi d'acquisto per tutta la durata residua dei contratti, e l'obbligo per le aziende sanitarie di rinegoziare con i fornitori i contratti per l'acquisto di beni e servizi (con possibilità di recesso dagli stessi) qualora i prezzi unitari in essi previsti risultino superiori al 20 per cento rispetto ai prezzi di riferimento individuati dall'Osservatorio per i contratti pubblici.

stiche e numero delle Amministrazioni eventualmente richiedenti – che su quello oggettivo – per natura, tipologia e quantità dei beni o delle prestazioni aggiuntive eventualmente richieste entro un limite massimo»¹⁷³. Inoltre, dal formante giudiziario europeo è giunta l'ulteriore puntualizzazione che la mera indicazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice di un semplice ordine di grandezza del proprio fabbisogno, piuttosto che di una quantità e/o di un valore massimo stimato dei prodotti da fornire durante l'intero ciclo di durata di un accordo quadro, potrebbe non essere sufficiente a consentire una corretta formulazione dell'offerta da parte degli operatori economici¹⁷⁴.

Come si vede, dunque, il gioco dei rimandi tra principi, clausole generali e dettagli tecnico-economici dell'appalto volta per volta preso in considerazione opera complessivamente in un sistema multilivello, procedendo per gradi dall'esterno (cioè dal fronte eurounitario dell'ordinamento) verso la sfera interna del singolo rapporto negoziale, in modo tale che la conformazione dello stesso all'evoluto contesto di riferimento sia gestita soprattutto in via pattizia. Il tutto in un quadro denotato da una «certa flessibilità» operativa al fine di rispondere «in modo pragmatico» alle situazioni particolari¹⁷⁵, dedotte, fuori di metafore, dal variegato insieme delle circostanze¹⁷⁶ rivelatrici del sostrato economico dell'affare¹⁷⁷, che rendono la pretesa di adempiere priva di causa e di giustificazione, perché fare

¹⁷³ Così Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2016, n. 442.

¹⁷⁴ Cfr. Corte di Giustizia UE, *Simonsen & Weel A/S*, 17 giugno 2021, in causa C-23/20, che, dopo avere sottolineato, con riferimento alla conclusione di accordi quadro, che «tanto i principi di parità di trattamento e di non discriminazione quanto il principio di trasparenza che ne deriva implicano che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, così da permettere, da un lato, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'autorità aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte dei partecipanti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione» (par. 61), ha precisato che «l'indicazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice della quantità e/o del valore stimato nonché di una quantità e/o di un valore massimo dei prodotti da fornire in forza di un accordo quadro riveste un'importanza considerevole per un offerente, poiché è sulla base di tale stima che questi sarà in grado di valutare la propria capacità di adempiere agli obblighi derivanti da tale accordo quadro» (par. 63).

¹⁷⁵ Simili affermazioni compaiono nella decisione Corte di Giustizia UE, *Advania Sverige AB*, 3 febbraio 2022, in causa C-461-20, relativa al subentro di un nuovo operatore economico a seguito di fallimento dell'aggiudicatario iniziale. Il problema è affrontato anche ai paragrafi 82-83 delle Conclusioni dell'Avvocato Generale Henrik Saugmandsgaard presentate il 9 settembre 2021.

¹⁷⁶ L'ampliamento della rilevanza delle circostanze del caso concreto e la riduzione dell'effetto «incantevole [...] del dato formale espresso dalla fattispecie legalmente tipizzata, con il recupero degli interessi concretamente valutati» sono aspetti attentamente colti da F. Macario, *La civilistica e il contratto*, cit., 369.

¹⁷⁷ Cfr. in questi termini già M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 387, e in tempi più recenti M. Grondona, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011, 73 e seguenti. Per significativi riferimenti alla «economia del contratto» nella Relazione del Guardasigilli al progetto preliminare del codice civile e nello spettro operativo del canone ermeneutico descritto dall'art. 1371 c.c., si legga anche D. Santaripa, *La sopravvenienza*, cit., 121.

il contrario significherebbe privare l'intera operazione del suo scopo e, quindi, «rinunciare a disciplinare il traffico contrattuale secondo principi razionali»¹⁷⁸.

Ben più stringente appare, in ultima analisi, il limite di carattere finanziario. Come infatti prevede l'art. 9, al secondo capoverso del primo comma, gli oneri per la rinegoziazione sono riconosciuti all'esecutore «a valere sulle somme a disposizione indicate nel quadro economico dell'intervento alle voci imprevisi e accantonamenti e, se necessario, anche utilizzando le economie da ribasso d'asta». Fa eco l'art. 60, comma 5, secondo cui per fare fronte ai maggiori oneri derivanti dalla revisione prezzi le stazioni appaltanti devono utilizzare, nel limite del 50 per cento, le risorse appositamente accantonate nel quadro economico di ogni intervento, e per il resto le somme derivanti da ribassi d'asta, se non ne è prevista una diversa destinazione, e quelle disponibili relative ad altri interventi ultimati per i quali siano stati eseguiti i relativi collaudi o emessi i certificati di regolare esecuzione nel rispetto delle procedure contabili di spesa. Si compendia in questi complessi termini una clausola normativa di necessaria copertura a bilancio¹⁷⁹ e di «invarianza finanziaria»¹⁸⁰ che si risolve in un limite quantitativo alla possibilità di apportare modifiche ai contratti pubblici in corso di esecuzione¹⁸¹ e che finisce per attribuire una particolare rilevanza esterna al quadro economico dell'operazione, che da atto contabile a rilevanza interna volto a delineare la latitudine del potere programmatico e decisionale della stazione appaltante diviene misura contingente di definizione dello spazio operativo offerto alle parti per la rinegoziazione in chiave manutentiva del rapporto. Si tratta di una soglia legale del margine di adeguamento tollerato che si risolve in un ampliamento del rischio contrattuale dell'impresa, nella misura in cui la stessa viene privata della possibilità di gestire in via negoziale le sopravvenienze per la parte eccedente la disponibilità del quadro economico: sacrificio variabile in ragione dell'andamento della contabilità dell'appalto e da ritenere ragionevole nel bilanciamento con gli interessi di rango costituzionale implicati (artt. 41, 81 e 97 cost.), anche perché lo stesso non preclude l'autonomo esperimento degli ordinari e concorrenti rimedi contrattuali di natura risolutoria e delle correlate azioni anche risarcitorie¹⁸².

¹⁷⁸ Così ancora E. Gabrielli, *Sub art. 1467*, cit., 623.

¹⁷⁹ Così G. Severini, *Sub art. 9*, 66, il quale nota che «questa nuova funzione di garanzia delle economie da ribassi d'asta [...] è di notevole impatto pratico e non facilita la realtà operativa dei contratti pubblici» finendo per contraddire anche la asserita priorità del principio del risultato.

¹⁸⁰ Così si legge nella *Relazione*, cit., 24 e 96. Ivi si segnala che «l'aspetto più delicato è quello del ricorso anche alle economie da ribasso d'asta» che «non si possono considerare definitivamente acquisite fino al collaudo dell'intervento o al certificato di regolare esecuzione; a vederla diversamente, il rischio di sopravvenienza di circostanze straordinarie e imprevedibili comporterebbe rischi ancora peggiori per il bilancio pubblico: la mancata esecuzione del contratto e la perdita dei fondi già spesi».

¹⁸¹ M.E. Comba, *Il principio di conservazione*, cit., 1983.

¹⁸² In questi termini si è pronunciata Corte cost., 27 maggio 2021, n. 109, in *Riv. giur. ed.*, 2021, I, 1121, ritenendo così non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 240-bis, comma 1, del d.lgs.

Quanto precede porta, in definitiva, a ritenere che il diritto alla rinegoziazione sia una situazione giuridica finanziariamente, oltre che operativamente, condizionata in quanto limitata dal principio contabile della necessaria copertura degli oneri delle iniziative pubbliche e teleologicamente volta al ripristino del rapporto di equivalenza fissato in un contratto minacciato da sopravvenienze incompatibili con il conseguimento del risultato programmato dalle parti. Come tale, la situazione di nuovo conio si manifesta entro l'orizzonte di senso espresso dalla sostanza economica dell'operazione sottesa al rapporto negoziale e, dovendo esplicarsi «avvalendosi il più possibile dell'autonomia delle parti»¹⁸³ e per l'attuazione di uno scopo che è «all'interno della ragionevole contemplazione delle parti»¹⁸⁴ sfugge alle correnti letture in termini di funzionalizzazione, che vedono nei menzionati limiti fattori esogeni di carattere vincolante rivelatori della inesauribile presenza del potere amministrativo¹⁸⁵, in quanto è legata a parametri, dati e circostanze che sono sempre ricavabili in via interpretativa dai valori e dagli interessi di cui il contratto in corso di esecuzione è obiettiva espressione¹⁸⁶.

n. 163/2006 in merito al limite del 20% dell'importo contrattuale alle riserve accoglibili tramite accordo bonario, e osservando che «l'adeguamento dell'importo contrattuale in ragione di sopravvenienze è affidato ad un quadro di strumenti complesso che comprende non solo le riserve, ma anche le varianti e le compensazioni» e le azioni risolutorie e quelle ad esse correlate.

¹⁸³ Come osservato, con estrema ma efficace sintesi, da P. Rescigno, *Presentazione*, in M. Montello, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Napoli, 2003, XVII.

¹⁸⁴ Cfr. S.J. Button, *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, I, 18, opportunamente ripreso e valorizzato da D. Santarpià, *La sopravvenienza*, cit., 384, pure nella diversa prospettiva che fa della rinegoziazione volontaria «il più efficace strumento di composizione della crisi sopravvenuta del rapporto tra le parti», in quanto alternativa praticamente migliore (per i costi minori e la maggiore rapidità) alla concretizzazione giudiziale del principio di buona fede.

¹⁸⁵ Emblematica in tale senso, sia per l'impiego di note figure concettuali quanto per le catene argomentative che dalle stesse vengono ricavate, compresa l'immanicabile sequenza triadica: potere di rinegoziazione della PA – interesse legittimo del privato contraente – giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, è l'analisi di G.F. Nicodemo, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in *Urb. app.*, 2023, 561 e ss., che infatti si conclude inneggiando alla inesauribilità del potere amministrativo «nonostante il contratto, con ogni intuibile implicazione, tanto in relazione alla qualificazione degli interessi, tanto in relazione ai rimedi azionabili della situazione soggettiva del privato» (*ibid.*, 571). Cfr. anche S. Spuntarelli, *La conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., 40 ss.; similmente, partendo dalla portata del principio del risultato per la riscoperta dell'unitarietà statutaria delle vicende contrattuali, ritiene che non appaia «più certo che al potere (di regola costretto nella sola fase di affidamento) non possa essere concesso terreno anche nella fase esecutiva», E. Guarnieri, *Il principio di risultato nei contratti pubblici*, cit., 831.

¹⁸⁶ Sulla centralità del momento dell'interpretazione nella risoluzione dei problemi di rilevanza dei presupposti in funzione della ricostruzione dell'obiettiva portata del regolamento contrattuale, si veda C. Scognamiglio, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 246 e ss., il quale mette anche bene in evidenza che è solo raccordando l'operazione economica agli autori di essa che il concetto assume contorni «davvero precisi ed affidanti», e che il raccordo avviene sul piano «della ricostruzione dell'interesse, quale obiettivamente e consapevolmente strutturato e determinato dalle parti» (*ibid.*, 430). Il rilievo del procedimento interpretativo per mettere in relazione un dato enunciato alla specificità dei contesti è segnalato anche da N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 21.

6. *Il procedimento di rinegoziazione e le sue evenienze patologiche*

Il diritto alla rinegoziazione genera un'obbligazione di scopo che, per quanto unitaria dal punto di vista teleologico, appare composita sul piano del contenuto, in quanto si traduce nell'obbligo «a porre in essere tutti quegli atti che, in relazione alle circostanze, possono concretamente consentire alle parti di accordarsi sulle condizioni dell'adeguamento del contratto, alla luce delle modificazioni intervenute»¹⁸⁷. L'interesse della parte svantaggiata a mantenere in vita il rapporto contrattuale mediante l'adeguamento del suo contenuto può essere soddisfatto, in sostanza, attraverso una serie di prestazioni che rappresentano distinti ma correlati segmenti operativi di una vicenda negoziale articolata, successiva e accessoria a quella principale in cui prendono forma e si confrontano altrettante e progressive situazioni giuridiche (rispettivamente attive e passive) autonome e tra loro collegate in vista della realizzazione dello scopo ultimo perseguito¹⁸⁸. Scopo che, è bene subito chiarire¹⁸⁹ anche per la ricadute della questione sul piano delle tutele, non si esaurisce nella mera instaurazione e conduzione in buona fede delle trattative, a cui sembrerebbe alludere la stessa radice etimologica del termine *ri-negoziare* che connota in chiave iterativa l'attività delle parti che precede la conclusione del contratto¹⁹⁰, con esito applicativo tutto sommato modesto perché meramente riproduttivo dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nel corso delle trattative già sancito dall'art. 1337 c.c.¹⁹¹. Ma ingloba – come emerge dalla lettura del combinato disposto dell'art. 9, comma 2, e dell'art. 120, comma 8 – anche la conclusione di un accordo che, in via di progressiva attuazione della «serie teleologica che costituisce il contenuto dell'interesse primario del

¹⁸⁷ Così F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 343 e ss., il quale richiama la categoria delle obbligazioni di scopo individuata da A. di Majo, *Delle obbligazioni in generale. Art. 1173-1176*, in *Commentario del Codice Civile* Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, 127, il cui oggetto non può essere facilmente ricondotto alle consuete partizioni consistenti nel dare, fare o non fare, perché «si tratta di attribuire rilevanza ad interessi il cui oggetto non è tanto il conseguimento di cose o di utilità ma il raggiungimento di scopi o di obiettivi che possono avere anche una connotazione non patrimoniale».

¹⁸⁸ *Ibid.*, 344.

¹⁸⁹ A fronte dell'oscillazione degli interpreti tra la lettura dell'obbligazione in parola in termini di mezzi (cfr. per esempio G. Severini, *Sub art. 9*, cit., 64; S. Spuntarelli, *La conservazione dell'equilibrio contrattuale: questioni aperte*, in Documento Gruppo di lavoro AIPDA, *La riforma dei contratti pubblici*, cit., 40) o di risultato (così per esempio: V. Lopilato, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., 1928-1929; B. Marchetti, *Il principio di conservazione*, cit., 89; P. Patatini, *Rinegoziazione e rimedi manutentivi*, cit., 14).

¹⁹⁰ Per opportuni richiami alla problematica, si rinvia a D. Santarpia, *La sopravvenienza*, cit., 302 e seguenti, la quale osserva anche che ridurre l'obbligo di rinegoziazione alla sola partecipazione alle trattative significherebbe confermare che l'unico arbitro del futuro assetto di interessi possa essere la parte avvantaggiata, così allineandosi al meccanismo già oggi offerto dall'art. 1467, comma 3, c.c., come si è già detto reputato rimedio che realizza «una tutela dalla dubbia effettività proprio nell'ottica della conservazione del contratto» (*ibid.*, 305).

¹⁹¹ *Ibid.*, 306.

creditore»¹⁹², costituisce ulteriore e finale strumento tecnico-giuridico che consente di raggiungere il risultato giuridicamente sanzionato del ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento.

In simile contesto relazionale, per quanto l'intesa formalizzata *ex ante* in apposite clausole di rinegoziazione possa fungere da quadro orientativo della condotta delle parti attraverso l'indicazione, con maggiore o minore precisione, di presupposti, tempi e modalità di svolgimento del relativo procedimento, eventualmente e simmetricamente integrata dall'individuazione anche delle fattispecie di inadempimento e dei correlati possibili apparati rimediali, regola di governo fondamentale del discrezionale dispiegarsi dei poteri negoziali che alimentano la trattativa rinegoziativa appare la buona fede (richiamata dall'art. 9, primo comma) *in executivis* di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.¹⁹³: clausola generale che, nel momento in cui opera avendo come parametro di riferimento un contratto già perfetto e in corso di esecuzione, assume una valenza esplicativa ancora più pregnante in quanto funge da «regola di comportamento»¹⁹⁴ che concorre «*naturaliter* ad integrare e a definire [...] lo spettro degli obblighi contrattuali su ciascuna parte incombenti»¹⁹⁵.

Sulla scorta di siffatte premesse deve essere analizzato il procedimento di rinegoziazione, che ora l'art. 120, comma 8, delinea nelle sue linee essenziali¹⁹⁶ con una disposizione che, per quanto a valenza sussidiaria, perché esplicitamente destinata ad operare nel caso in cui non siano previste apposite clausole, assume con ogni evidenza un più generale valore orientativo e interpretativo nella misura in cui individua non solo il *quomodo* e il *quando* delle trattative, ma anche l'*esi-*

¹⁹² Nota affermazione della teoria di L. Mengoni, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 188.

¹⁹³ Cfr. F. Macario, *Revisione del contratto*, cit., 1059; F. Gambino, *Problemi del rinegoziare*, cit., 48; V.M. Cesàro, *Clausola di rinegoziazione*, cit., 165.

¹⁹⁴ E «direttiva di giudizio a maglie larghe» che è compito del giudice puntualizzare, come precisato da M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 340, 398.

¹⁹⁵ Così Cass., 7 marzo 2022, n. 7358, inedita, citata da D. Santaripa, *La sopravvenienza*, cit., 381, nota 213. Cfr. anche A. di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 324 e ss.; M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori. Artt. 1374-1381*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, 198 e ss.; C.M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 209; L. Nivarra, «Dentro» e «fuori». *Lo strano caso delle clausole e dei principi generali*, in *Eur. dir. priv.*, 2022, I, 73; da ultimo L. Nivarra, *Esecuzione del contratto*, cit., 537 e ss., il quale, evidenziato lo spazio conquistato dalla buona fede «come regola di governo del rapporto», sottolinea come la stessa «operi, fondamentalmente, in vista del mantenimento di un quadro di circostanze fattuali in linea con il piano delineato dai contraenti» rispondendo alla «esigenza di accompagnare il contratto lungo la via, disseminata di insidie, della sua esecuzione, ovvero dell'inveramento del progetto attributivo che ne ha motivato il venire in essere».

¹⁹⁶ Rispondendo così a chi, in ambito civilistico, aveva segnalato la necessità di «strutturare una quanto più possibile precisa “procedimentalizzazione” dell'iter per la modifica (adeguamento) del contratto» (cfr. le proposte formulate dal gruppo di lavoro composto da F. Macario, E. Tuccari, M. Zaccheo, *Rinegoziazione*, in *Materiali per una revisione del codice civile*, cit., 205).

to delle stesse, nonché gli effetti del mancato raggiungimento dell'accordo, legando così alle possibili ipotesi di fallimento un corrispondente sistema rimediabile.

In linea con consuete scansioni elaborate dalla dogmatica pubblicistica, il procedimento in oggetto può essere suddiviso nelle fasi dell'iniziativa, della trattazione e della decisione. Con l'avvertenza che, per quanto anche la terminologia impiegata dal codice (richiesta, proposta, nuovo accordo) evochi categorie che caratterizzano e richiamano i normali modi di formazione del contratto e siano quindi riferibili alla teoria negoziale, la rilevanza ed importanza dei valori e interessi in gioco proietta nella fattispecie sensibili momenti di doverosità che valgono a delineare una vicenda «del tutto peculiare e dotata, comunque, di caratteri di assoluta originalità»¹⁹⁷. In effetti, l'attività rinegoziativa, «avendo un obiettivo circoscritto e successivo ad un accordo già conseguito e vincolante, della cui esistenza le parti contraenti avvertono il peso ed anche il beneficio [...] ha confini più definiti e vincolanti rispetto alle trattative precontrattuali», muovendosi nel solco del comune intento delle parti alla conservazione del rapporto¹⁹⁸.

L'iniziativa, anzitutto, si manifesta in una forma composita, nel senso che il procedimento si attiva con la richiesta di rinegoziazione avanzata dalla parte svantaggiata senza ritardo, in relazione alle circostanze del caso e alla natura dell'affare, a cui deve fare seguito, entro un termine non superiore a tre mesi, la proposta di un accordo modificativo formulata dal R.U.P. Si compendia in questi termini una prima fondamentale tappa del processo collaborativo delle parti che vede, per un verso, l'impresa appaltatrice promuovere le trattative formulando tempestivamente una richiesta/invito che, al fine di consentire alla parte avvantaggiata di verificare l'esistenza dei presupposti e le altre circostanze rilevanti, deve essere motivata, concreta e sufficientemente chiara e intellegibile per l'altro contraente¹⁹⁹; per altro verso, la stazione appaltante intervenire con altrettanta tempestività tramite il funzionario che, come si è visto, è responsabile della soluzione finale di ogni problema che possa intralciare la realizzazione del risultato programmato, il quale è appunto obbligato a valutare seriamente il contenuto della richiesta/invito e a formalizzare una propria decisione in merito. Con diversi possibili contenuti ed esiti. In via preliminare, infatti, il R.U.P. è tenuto a valutare se ricorrono i presupposti formali e sostanziali per promuovere la successiva fase di trattazione/definizione di un accordo modificativo, opponendo in caso di accertata carenza degli stessi e/o di mancata incidenza degli eventi sopravvenuti sull'equilibrio originario del contratto un rifiuto espresso e motivato alla rinegoziazione che, in caso di disaccordo tra le parti, perfeziona l'esistenza di una controversia che sposta la vicenda sul piano rimediabile.

¹⁹⁷ Così V.M. Cesàro, *Clausola di rinegoziazione*, cit., 164.

¹⁹⁸ *Ibid.*, 182.

¹⁹⁹ Così F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 347.

In via cautelare, lo stesso R.U.P. potrebbe altresì disporre la sospensione dell'esecuzione del contratto, eventualmente avvalendosi del parere del comitato consultivo tecnico, secondo quanto previsto dall'art. 121 del codice. Infine, una volta accertato in punto di rito il ricorrere dei presupposti, poiché l'obbligo di rinegoziare non si esaurisce nella mera adesione all'invito formulato dalla controparte, implicando anche l'obbligo di «instaurare e condurre correttamente la trattativa»²⁰⁰, il R.U.P. deve formalizzare la proposta di un nuovo accordo che sia adeguata, congrua e pertinente alle circostanze del caso e funzionale ad avviare e orientare in modo costruttivo la successiva fase di rinegoziazione²⁰¹.

Una volta transitata nella ridetta fase di trattazione la vicenda registra un affievolirsi delle indicazioni normative, che si limitano ad evocare la prospettiva del raggiungimento di un accordo «entro un termine ragionevole», e, per converso, l'espansione del valore precettivo del canone generale della buona fede che obbliga le parti ad assumere, nello specifico, ogni iniziativa istruttoria e a sperimentare ogni ipotesi negoziale utile alla definizione di un accordo riequilibrativo dell'originario assetto di interessi²⁰².

In questa sede, più che inseguire le infinite variabili contenutistiche di un accordo che, assumendo valore sostitutivo, parziale, costitutivo e modificativo *ex nunc* delle originarie pattuizioni²⁰³, definisca in termini soddisfattivi il procedimento di rinegoziazione, merita considerare i possibili esiti negativi dello stesso per identificare i rimedi conseguentemente attivabili.

Acclarato che di per sé l'esito infruttuoso non implica sempre inadempimento e che non possono in linea generale trasferirsi a carico del contraente avvan-

²⁰⁰ Come opportunamente chiarito da F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 345.

²⁰¹ V.M. Cesàro, *Clausola di rinegoziazione*, cit., 163, 169; F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 349.

²⁰² Significative indicazioni in tale senso si traggono dal già citato caso oggetto della sentenza del Tar Piemonte, sez. II, 20 febbraio 2023, n. 180, che ha ritenuto illegittimo il rifiuto di dare seguito alla richiesta di rinegoziazione avanzata dall'impresa aggiudicataria (dei lavori di manutenzione delle opere elettromeccaniche di impianti depurativi) in termini di adeguamento compensativo del corrispettivo dell'appalto per tenere conto dell'incremento del costo dei materiali, nonché di rimodulazione dei tempi e del cronoprogramma delle prestazioni contrattuali, in quanto basato su una verifica di congruità delle condizioni economiche eseguita dal RUP «inadeguata a sostenere la non credibilità o la pretestuosità» della richiesta, perché riferita a prezziari impiegati per la progettazione della gara e, dunque, non più attuali al momento dell'avvio delle prestazioni contrattuali. Il che significa, come puntualizzato dal Tar, «che la stazione appaltante avrebbe dovuto prima istruire la richiesta di rinegoziazione delle condizioni contrattuali, e di conseguenza, assumere le decisioni del caso accettando o meno le condizioni proposte dalla aggiudicataria». Con l'ulteriore precisazione che «l'eventuale carenza documentale della richiesta non poteva portare *ex sé* ad un diniego, ma avrebbe postulato quantomeno l'esigenza di un supplemento istruttorio».

²⁰³ F. Macario, *Revisione*, cit., 1063; V.M. Cesàro, *Clausola di rinegoziazione*, cit., 204. Cfr. anche A. Gentili, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2003, 702, il quale precisa che «la rinegoziazione non è mai intesa a confermare, ma sempre e solo a modificare gli originari termini dell'accordo. Sicché le condizioni rinegoziate cessano di avere efficacia per effetto della rinegoziazione, che contiene concettualmente un elemento risolutorio, oltreché un elemento dispositivo espressivo di una diversa scelta negoziale».

taggiato le conseguenze dell'inadempimento della controparte svantaggiata dalla medesima circostanza, e procedendo necessariamente per grandi linee, si può osservare che gli obblighi fondamentali di tempestività, lealtà e serietà delle dichiarazioni e di completezza e genuinità delle informazioni²⁰⁴ delineano un percorso che vede ciascuna parte tenuta a partecipare in maniera costruttiva e collaborativa alle trattative finalizzate a ricostruire l'equilibrio dei valori economico-giuridici del contratto secondo il rapporto di proporzionalità tra costi e benefici fissato in sede di elaborazione del regolamento contrattuale²⁰⁵. In base a ciò, e fermo il limite vincolante costituito dalla possibilità delle prestazioni su cui dovrebbe incidere la rinegoziazione²⁰⁶, mentre appare lecito che la parte adempiente opponga un motivato rifiuto a trattare ex art. 1460 c.c. in considerazione della comprovata inaffidabilità della controparte inadempiente²⁰⁷, costituiscono senz'altro ipotesi paradigmatiche di inadempimento tanto il rifiuto «puro e semplice» a trattare, quanto la scorrettezza²⁰⁸ che è indice di una «trattativa maliziosa»²⁰⁹, e che può risolversi nella mancata comunicazione di informazioni necessarie o nello scambio di informazioni erranee o incomplete e, più in generale, in un contegno sleale, dilatorio e non di buona fede della parte avvantaggiata che abbia concorso alla rottura del rapporto e all'inadempimento dell'altra parte²¹⁰.

²⁰⁴ F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 400.

²⁰⁵ V.M. Cesàro, *Clausola di rinegoziazione*, cit., 173, 191.

²⁰⁶ Ricadendosi altrimenti nell'ipotesi dell'impossibilità sopravvenuta totale che determina, ai sensi dell'art. 1463 c.c., la risoluzione di diritto del contratto, come ricorda F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 397-398, ritenendo così che l'impossibilità parziale non possa esimere dall'adempimento dell'obbligo di rinegoziare. Per tale ipotesi peraltro sovviene il comma 3 dell'art. 9 che, sulla scorta dell'esperienza maturata in tempo di pandemia per le vicende commerciali, affronta la specifica ipotesi in cui le sopravvenienze incidano non sul generale equilibrio del contratto ma sull'utilità o utilizzabilità della prestazione per la parte creditrice prevedendo una riduzione proporzionale del corrispettivo secondo le regole dell'impossibilità sopravvenuta parziale di cui all'art. 1464 c.c. (cfr. la *Relazione*, cit., 24, che chiosa: «anche in tale ipotesi viene privilegiato il rimedio manutentivo su quello demolitorio»).

²⁰⁷ Così F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 395-397, ritenendo essenziale «l'attento bilanciamento degli interessi, quale regola generale di valutazione dell'eccezione in relazione al rapporto in divenire», e quindi (*ibid.*, nota 126) «che chi ricorre all'eccezione debba rendere subito esplicite le ragioni della sua scelta in chiave di autotutela [...] per dare modo così alla controparte di decidere tempestivamente se cercare di sanare l'inadempimento ovvero proseguire sulla via che condurrà verosimilmente alla risoluzione del contratto».

²⁰⁸ F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 395, 399.

²⁰⁹ E. Tuccari, *Contratti di durata*, cit., 99.

²¹⁰ Significativa è in tal senso Cass., 3 agosto 1995, n. 8501, in *Giust. civ.*, 1996, I, 119, secondo cui «allorquando le parti di un contratto già concluso abbiano avviato trattative, poi non giunte a buon fine, per modificarne il contenuto e la portata [...] il giudice chiamato a decidere sulle contrapposte domande di adempimento, risoluzione, risarcimento, per essere il contratto rimasto inadempito dopo il fallimento di dette trattative, non può esimersi dal valutare unitariamente e comparativamente il comportamento degli obbligati in questa fase, allo scopo di accertare se l'eventuale contegno sleale, dilatorio e non di buona fede di qualcuno di essi – a parte la configurabilità a suo carico della responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. – abbia potuto dar luogo a responsabilità contrattuale, incidendo negativamente nella fase esecutiva del contratto alla cui modificazione le trattative tendevano, giustificando l'inadempimento dell'altra parte» (la sentenza è richiamata in senso adesivo da F. Macario, *Revisione*, cit., 1060, nota 174, e da D. Santarpia, *La sopravvenienza*, cit., 388, nota 241).

7. *Il versante rimediale della rinegoziazione: giurisdizione, terzi e azioni esperibili*

Il mancato raggiungimento del nuovo accordo per una delle indicate fattispecie patologiche legittima la parte svantaggiata ad agire in giudizio per «ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione» (art. 120, comma 8). Si compendia in questi termini il trapasso della vicenda in esame dal procedimento al processo, attraverso una previsione di chiusura del sistema che è estremamente significativa nella misura in cui getta piena luce sulla sua complessiva portata. Non solo perché rivela, finalmente, il senso ultimo della sanzione legale di un principio e del correlato obbligo che, se non è strettamente indispensabile per spingere le parti a tornare al tavolo delle trattative, appare in effetti necessaria «per superare la lite da trattativa fallita» attraverso «il potere eteronomo del giudice»²¹¹. Ma anche per altri aspetti che saranno a breve evidenziati, anche considerando il coro di dubbi, perplessità, quando non vere e proprie critiche²¹², che si è elevato al cospetto dell'apparizione sulla scena finale di un giudice che, oltre tutto, non potrebbe essere altro che quello civile.

L'analisi deve, a questo punto, ripartirsi su distinti piani. Per quanto riguarda il problema del riparto, che come si è detto si agita sempre sullo sfondo delle riflessioni dei giuspubblicisti, non sembra che la soluzione adottata susciti soverchie criticità tenuto conto dell'approdo della fattispecie in esame in una dimensione autenticamente negoziale e paritetica²¹³ e, quindi, dell'ormai chiara connotazione delle situazione giuridiche soggettive che ivi si manifestano in termini di diritti soggettivi, il cui giudice naturale non può che essere, alla luce di ben noti principi costituzionali, il giudice civile.

Né vale ad incrinare tale assunto la paventata possibile concorrenza della giurisdizione amministrativa evocata in «talune vicende esecutive di incerta

²¹¹ Cfr. S.P. Perrino, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali*, cit., 892-893, la quale osserva che «per rinegoziare le parti non abbisognano di un obbligo, per superare la lite da trattativa fallita, invece, sì»; chiarendo che, «per supportare la sequenza rinegoziazione-adeguamento giudiziale, né l'equità né la buona fede integrativa, pure alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata, giustificano il potere eteronomo del giudice, volto a modulare contenuto in conformità agli interessi delle parti».

²¹² Per un campionario delle voci perplesse e critiche si vedano: G. Sicchiero, *Rinegoziazione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.*, II, Torino, 2003, 1212; F. Gambino, *Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice*, cit., 627 ss.; F. Mezzanotte, *Il diritto alla rinegoziazione*, cit., 218; E. Tuccari, *Contratti di durata*, cit., 101 e ss.; A. Gentili, *Le replica della stipula*, cit., 709, 713; S.P. Perrino, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali*, cit., 877, 881; D. Santarpia, *La sopravvenienza*, cit., 313, 394; B. Marchetti, *Il principio di conservazione*, cit., 89-90; G. Severini, *Sub art. 9*, cit., 64.

²¹³ Come sostenuto, tra gli altri, da B. Marchetti, *Il principio di conservazione*, cit., 85; P. Patatini, *Rinegoziazione e rimedi manutentivi*, cit., 14; e G. Severini, *Sub art. 9*, cit., 64.

collocazione»²¹⁴, in particolar modo per la tutela del terzo che si lamenta del superamento dei margini legali della rinegoziazione e, per tale via, dell'aggiramento delle garanzie dell'evidenza pubblica. La decisione delle Sezioni Unite n. 28211 del 2019 che viene sovente citata in proposito attiene, infatti, al caso particolare dell'affidamento diretto di un appalto per la fornitura di determinate tecnologie per l'archiviazione e la gestione delle immagini diagnostiche digitali (c.d. sistema PACS), operato con determinazione amministrativa²¹⁵ della stazione appaltante che ha deciso in via unilaterale di operare l'estensione delle originarie condizioni economiche di aggiudicazione in favore di ulteriori presidi ospedalieri. La fattispecie, riconducibile dunque alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti per l'affidamento dei contratti pubblici, non riguarda propriamente un'ipotesi di rinegoziazione di rapporti in corso di esecuzione in cui, come detto e come chiarito dalla stessa giurisprudenza del riparto, i contraenti si trovano ormai «in una situazione paritetica e le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere [...] di diritti soggettivi ed obblighi giuridici a seconda delle posizioni assunte in concreto»²¹⁶. Per tale motivo essa non può fungere da grimaldello ermeneutico

²¹⁴ Così B. Marchetti, *Il principio di conservazione*, cit., 95.

²¹⁵ Come notato da G. Severini, *Sub art. 9*, cit., 65.

²¹⁶ Come chiarisce la stessa ord. Cass., ss.uu., 31 ottobre 2019, n. 28211. In senso analogo, e sulla scorta di richiamati indirizzi consolidati, si veda anche Cass., ss.uu., 29 gennaio 2021, n. 2144, che, in tema di concessioni di servizi (nel caso di accertamento, liquidazione, riscossione volontaria e coatta, dell'imposta comunale sulla pubblicità, diritti sulle pubbliche affissioni e canone di occupazione di suolo pubblico), ha ricordato che «le controversie relative alla fase esecutiva del rapporto, successiva all'aggiudicazione [...] sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, al quale spetta di giudicare sugli adempimenti (e sui relativi effetti) con indagine diretta alla determinazione dei diritti e degli obblighi dell'amministrazione e del concessionario, nonché di valutare, in via incidentale, la legittimità degli atti amministrativi incidenti sulla determinazione del corrispettivo»; precisando anche che nella controversia promossa dal concessionario che si lamenta delle determinazioni del comune concedente che hanno definito forme di definizione agevolata delle imposte oggetto di riscossione, così incidendo in modo riduttivo sul corrispettivo sotto forma di aggio originariamente pattuito e parametrato in misura proporzionale a quella dei tributi riscossi, «non viene in alcun modo in discussione la legittimità degli atti amministrativi comunali incidenti sul contratto accessivo alla concessione del pubblico servizio di riscossione e l'esercizio del potere ad essi connesso, piuttosto contestandosi le ripercussioni negative di ordine patrimoniale dagli stessi prodotti sull'equilibrio dell'intesa ed il rispetto del canone della buona fede negoziale nell'esecuzione del rapporto. Ciò che pone il *petitum* sostanziale all'interno della fase attuativa del rapporto di concessione – riservato alla cognizione del giudice ordinario – implicando unicamente il coinvolgimento di posizioni riconducibili a diritti soggettivi» (punto n. 3.17 della motivazione). In senso diverso opina talvolta la giurisprudenza amministrativa. Cfr. per esempio Cons. stato, sez. V, 21 aprile 2023, n. 4086, che, in un caso di contestata risoluzione di un rapporto di concessione riguardante la gestione di una piscina comunale per inadempimento del concessionario che aveva chiuso l'impianto in conseguenza dell'emergenza epidemiologica nazionale (questione non a caso ritenuta di giurisdizione del giudice ordinario dal Tar Toscana, sez. I, 19 luglio 2022, n. 942, che, attraverso pertinenti richiami della più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite, aveva ribadito «la necessità di leggere la riserva all'A.G.O. delle controversie “concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi” presente nel testo della previsione di cui all'art. 133, 1° comma lett. c) del c.p.a. [...] nei termini più ampi e comprensivi riferiti all'interessa delle controversie relative alla fase esecutiva della convenzione, comprese quelle relative alla risoluzione del rapporto, venendo in discussione il profilo paritario e meramente patrimoniale del rapporto concessorio e non già l'esercizio di poteri autoritativi della pubblica amministrazione»), adottan-

per leggere qualunque iniziativa intrapresa dall'amministrazione nel corso delle nuove trattative quale determinazione autoritativa da valutare alla luce delle regole di validità che presiedono alle preliminari scelte di aggiudicazione, perché nello stadio esecutivo-attuativo del rapporto, in cui come ripetutamente detto si confrontano situazioni specifiche e differenziate nella prospettiva dell'attingimento del risultato concordato, le stesse lasciano ormai il posto a regole di condotta e di responsabilità che evocano diversi modelli di inquadramento e di qualificazione delle posizioni coinvolte e dei corrispondenti apparati rimediali. Né cambia l'assetto sostanziale delle condotte e delle situazioni giuridiche soggettive in gioco a seconda della prospettiva da cui si guardi la medesima vicenda, non potendosi seriamente accedere all'idea²¹⁷ secondo cui dal punto di vista del terzo qualunque pretesa volta a contestare i modi di gestione del rapporto contrattuale in corso di esecuzione possa tornare a vestire i panni dell'interesse (strumentale) a fare valere in chiave generale e retrospettiva, cioè ora per allora, il rispetto delle presupposte regole di validità degli atti che integrano la sequenza dell'evidenza pubblica che ormai hanno esaurito la loro funzione.

Piuttosto, memori anche del più autentico insegnamento desumibile dalla complessa vicenda della Scia, e compendiabile nell'indicazione metodologica²¹⁸

do strumentalmente la risalente dialettica «posizione di supremazia» dell'amministrazione concedente – «soggezione del privato» concessionario al quale sarebbe riconosciuto soltanto l'interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri autoritativi spettanti alla prima, ha ritenuto che «l'adempimento della concessione è irriducibile agli aspetti di carattere meramente patrimoniale che fondano la giurisdizione ordinaria della materia. La corretta esecuzione del rapporto concessorio non è infatti indifferente rispetto alle ragioni di interesse pubblico che hanno a suo tempo indotto l'amministrazione ad affidare in uso speciale il bene pubblico, ma ne costituisce al contrario l'essenza sul piano causale. I rimedi spettanti all'autorità concedente per reagire all'inadempimento del privato concessionario non possono conseguentemente essere assimilabili a quelli spettanti alla parte di un contratto di diritto comune» (punto 8.4 della motivazione). Diffondendosi, di conseguenza, in un artificioso esercizio di ricerca negli atti impugnati di «valutazioni implicanti tipici poteri amministrativi discrezionali a tutela dell'interesse pubblico» (punto 8.9 della motivazione).

²¹⁷ Enunciata per esempio da A. Benedetti, *L'esecuzione del contratto*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, cit., 246, nel senso che la lettura funzionale dell'esecuzione dei contratti consentirebbe di cogliere «la confluenza di quell'insieme di interessi «terzi» rispetto alle parti (concorrenti, operatori di settore, collettività), che in vario modo si compongono (a seconda dell'oggetto e dell'entità del contratto), rendendo le relative vicende irriducibili ad una mera dinamica intersoggettiva, qual è tipica dei contratti privati». Sulla rilevanza dei terzi in ordine all'accertamento dell'esatta o inesatta esecuzione del contratto, in base all'assunto secondo cui l'inadempimento può rilevare anche per i terzi «in tutti i casi in cui il comportamento scorretto si qualifichi come violazione della disciplina sulla concorrenza», si vedano R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 332.

²¹⁸ Con la solita chiarezza concettuale espressa da A. Travi, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, in *Foro it.*, 2011, III, 518, il quale precisa: «Gli istituti di tutela giurisdizionale sono strettamente legati alla configurazione degli istituti nel diritto sostanziale [...]. Infatti la pretesa della parte che trova tutela nel processo è la pretesa configurata dal diritto sostanziale; il processo non può «inventare» figure o pretese giuridiche che non esistono nel diritto sostanziale». Cfr. anche Id., *La dia e la tutela del terzo: fra pronunce del g.a. e riforme legislative del 2005*, in *Urb. app.*, 2005, 1325. Diversa l'impostazione, tra gli altri, di M. Ramajoli, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 348 e ss., la quale, partendo dalla notazione secondo cui la mancanza del provvedimento amministrati-

secondo cui la consistenza delle situazioni soggettive e l'enucleazione dei relativi tipi di tutela discendono dalla disciplina sostanziale delle fattispecie di riferimento e non dalla prospettiva processuale da cui le medesime siano osservate²¹⁹, è da chiedersi in primo luogo se alla luce del veduto nuovo quadro normativo dei contratti pubblici (principio del risultato che esprime un chiaro *favor* verso la stabilità del rapporto in corso di esecuzione²²⁰ e correlato principio di conservazione – per via di rinegoziazione – del suo equilibrio giuridico-economico²²¹), il terzo

vo non si traduce in un'assoluta mancanza di limiti normativi allo svolgimento delle attività private e quindi del potere amministrativo, giunge alla radicale affermazione che «in generale qualsiasi normativa pubblicistica che impone limiti all'attività dei privati in contesti in cui manca un provvedimento amministrativo autorizzatorio tutela direttamente la situazione giuridica soggettiva dei terzi». La problematica è stata di recente affrontata anche da Corte cost., 13 marzo 2019, n. 45, in *Foro it.*, 2019, I, 3466, che in punto di tutela offerta dal terzo, nel ribadire che non può essere tradita la scelta legislativa della liberalizzazione dell'attività oggetto di segnalazione, «cosicché la fase amministrativa che ad essa accede costituisce una [...] parentesi puntualmente delimitata nei modi e nei tempi», osserva come «decorsi questi termini, la situazione soggettiva del segnalante si consolida definitivamente nei confronti dell'amministrazione, ormai priva di poteri, e quindi anche del terzo. Questi, infatti, è titolare di un interesse legittimo pretensivo all'esercizio del controllo amministrativo, e quindi, venuta meno la possibilità di dialogo con il corrispondente potere, anche l'interesse si estingue. Questa conclusione, che, oltre che piana, è necessitata, non può essere messa in discussione dal timore del rimettente che ne derivi un *vulnus* alla situazione giuridica soggettiva del terzo». Sulle aporie palesate da tali affermazioni si vedano G. Mannucci, *I limiti alla tutela dei terzi in materia di Segnalazione certificata di inizio attività (Osservazione a Corte cost. 13 marzo 2019 n. 45)*, in *Giur. cost.*, 2019, 727; M. Magi, *SCIA e procedimentalizzazione della tutela dei terzi*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 614; e, in generale, sulla tendenza giurisprudenziale a «snaturare il diritto sostanziale per adeguarlo a ciò che appare desiderabile sul piano processuale» N. Posteraro, *Alcune considerazioni critiche su due questioni inerenti la tutela del terzo leso da una SCIA a partire da una recente pronuncia del Consiglio di Stato*, *ivi*, 2022, 966, 971, 973.

²¹⁹ È sufficiente qui citare F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, 9 ed., Milano, 2017, 3-7, ove molto chiaramente si afferma che «occorre tener sempre presente che il punto di partenza, l'oggetto, e il punto di arrivo del meccanismo processuale sono pur sempre un pezzo di realtà sostanziale». Cfr. anche A. Proto Pisani, da *I rapporti fra diritto sostanziale e processo* (1978), poi in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*. *Studi*, Napoli, 2003, 6 e ss., fino a Id., *In tema di situazioni soggettive fra diritto sostanziale, processi e giurisdizione*, in *Processo e valori. Giustizia amministrativa e altri studi*, Napoli, 2022, 231. In diversa prospettiva si pone da ultimo G. Verde, *Riflessioni di un anticoncettualista sulle parti del processo dinanzi al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 216 e 218 in nota, e Id., *Il riparto delle giurisdizioni fondato sulla contrapposizione diritti soggettivi – interessi legittimi (storia di concetti a cui si è data la sostanza di "cose")*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 358 e ss., il quale, nel tentativo di superare l'illusione ottica offerta dalla prospettiva dei diritti e interessi colti come entità esistenti in natura, chiarisce purtuttavia che si tratta di convenzioni linguistiche «di cui ci serviamo per evocare riassuntivamente una disciplina giuridica, ossia una tutela apprestata dall'ordinamento [...] di cui il soggetto è destinatario [...] per essere in una determinata relazione con un bene o con un altro soggetto» (*ibid.*, 360). Il problema, per il diritto amministrativo, deriva dalla nota circostanza che la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi è la risultante dell'evoluzione dei criteri che sono stati nel tempo sperimentati dal diritto vivente per risolvere il problema del dualismo dei giudici: «circostanza piuttosto curiosa se si considera che la distinzione tra situazioni soggettive dovrebbe essere la premessa e non la conseguenza del riparto di giurisdizione» (come osservato da L. Ferrara, *Lezioni di giustizia amministrativa. Il giudice speciale – La giurisdizione – Il processo amministrativo: i principi e le condizioni dell'azione*, 3^a ed., Torino, 2023, 100; ancor prima, si veda peraltro A. Romano Tassone, *Situazioni giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir., Agg.*, II, Milano, 1998, 978).

²²⁰ Così F.G. Ferrari, G. Morbidelli, *Sub art. 1*, cit., 42.

²²¹ Cfr. G. Severini, *Sub art. 9*, cit., 65, per la notazione che detto principio fa sistema con quello del risultato e esprime «la virtù di salvaguardare valori aggiunti insiti nel fatto stesso dell'essere il contratto in fase esecutiva: valori certo significativi per le finalità generali dei contratti pubblici, che mai va dimenticato consistono nella realizzazione effettiva di opere o nell'approvvigionamento di forniture e di servizi».

in sede di esecuzione del contratto possa ancora considerarsi legittimato ad agire per fare valere il proprio interesse al rispetto delle scansioni tipiche dell'evidenza pubblica in un contesto specifico in cui non viene più in gioco – neppure surrettiziamente – una qualche ipotesi di «riapertura, economicamente attualizzata, della competizione»²²² ma soltanto un «ritorno delle parti su un precedente contratto»: vicenda in cui l'amministrazione interviene ormai nella veste di corretto contraente²²³ e che prelude a un intervento «necessariamente parziale» sul contenuto delle prestazioni contrattuali²²⁴. Se è vero, infatti, che il generale interesse ad agire in un mercato concorrenziale non è sufficiente a fondare una specifica e differenziata pretesa tutelabile in giudizio²²⁵ e che, in modo più specifico, solo chi partecipa avendone i requisiti a una procedura di evidenza pubblica vanta una situazione giuridicamente rilevante che lo legittima ad agire in giudizio per il rispetto delle relative regole²²⁶, non può apparire singolare che quanto più ci si allon-

²²² Come sembra ritenere G. Severini, *Sub art. 9*, cit., 65, accennando al problema della tutela dell'interesse delle imprese che a suo tempo avevano partecipato alla gara rimanendovi soccombenti.

²²³ Secondo la nota scansione immaginata da M. Nigro, *L'Amministrazione fra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro it.*, 1961, I, 462, ripresa per altri svolgimenti, utili a inquadrare le coordinate dell'analisi sviluppata nel testo, da G.D. Comporti, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*, in *Giur. it.*, 2018, 1987.

²²⁴ Come specificato da A. Gentili, *La replica della stipula*, cit., 710, 703, che cita poi come esempi di una vera e propria rinegoziazione i casi in cui sia semplicemente rideterminato in diminuzione o in aumento il corrispettivo, ovvero soppressa o modificata una clausola che attribuisce ad una delle parti una facoltà, una garanzia, una limitazione di responsabilità o simili, accennando anche ai «più ambigui» casi in cui un corrispettivo sia sostituito da altro tipo di corrispettivo.

²²⁵ Secondo coordinate di teoria generale del processo ben compendiate da M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021, 159, su cui si vedano anche F. Saitta, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, a cura di C. Cudia, Torino, 2020, 45; S. Torricelli, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, *ibid.*, 79; I. Pagni, *L'evoluzione del processo amministrativo. Considerazioni di un processualcivile*, *ibid.*, 116; *I terzi nei processi nazionali e sovranazionali: poteri e tutele*, a cura di C. Amalfiano, Z. Crespi Reghizzi, S. Vincere, Torino, 2023.

²²⁶ Come giustamente osservato da G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini, 2016, 262, 274. Cfr. anche la rassegna dei non sempre lineari orientamenti seguiti dal giudice europeo e da quello interno offerta da L. Bertozzi, *La giurisprudenza europea in tema di ricorso incidentale escludente*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 521. In particolare, nel mentre sembra consolidarsi l'indirizzo del giudice comunitario secondo cui la mera possibilità che per effetto dell'accoglimento del ricorso l'amministrazione aggiudicatrice sia costretta a ripetere la gara sarebbe condizione sufficiente a giustificare un ricorso totalitario avverso l'aggiudicazione da parte di un soggetto escluso (cfr. Corte di Giustizia UE, grande sezione, 21 dicembre 2021, in causa C-497/20, *Randstad Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 131, con il commento di M. Verrengia, *Il caso Randstad Italia tra profili procedurali e sostanziali: la Corte di giustizia si pronuncia sui limiti del sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato e sulla tutelabilità dell'interesse strumentale secondo il diritto dell'Unione*), si consideri anche la recente presa di posizione dello stesso giudice europeo che, in relazione a un giudizio riguardante il diniego di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione di un appalto pubblico disposta a favore di un'impresa incorsa in un illecito anticoncorrenziale e per questo sanzionata dall'Agcm, promosso da un operatore escluso dalla procedura per mancanza dei requisiti di capacità professionale (e poi rimasto definitivamente soccombente nel giudizio amministrativo riguardante tale esclusione), ha ritenuto: a) che «la partecipazione a un procedimento di aggiudicazione di un appalto può, in linea di principio, validamente costituire una condizione da soddisfare per dimostrare che il soggetto coinvolto ha interesse a ottenere l'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi o rischia di subire un danno a causa dell'asserita illegittimità della decisione di aggiu-

tana dalla gara tanto più si raffreddano le posizioni di coloro che siano interessati unicamente a rimettere in discussione il suo esito. Da questo punto di vista, la ri-negoziante riveste nel rapporto ulteriore materiale negoziale e pertanto rappresenta, nell'ambito del progressivo e articolato percorso di esecuzione del contratto, una cesura²²⁷ ancora più significativa rispetto alla matrice pubblicistica che connota il procedimento selettivo che culmina con l'aggiudicazione. Nel senso che al criterio cronologico rigidamente legato alla stipula del contratto, che appare sovente vulnerato dall'esercizio – in prossimità di un rito negoziale che ancora manifesta una certa «porosità» con la fase selettiva precedente²²⁸ – di poteri polimorfi e di incerta natura da parte della stazione appaltante²²⁹, tanto che la talvolta ammessa rinegoziante dell'offerta intervenuta tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto²³⁰ si è vista attrarre senza problemi nella non completamente chiusa orbita pubblicistica²³¹, attesa la presenza in tale frangente di penetranti poteri di

dicazione di detto appalto»; b) che pertanto, se «non ha presentato un'offerta, tale soggetto può difficilmente dimostrare di avere interesse a opporsi a detta decisione o di essere leso o rischiare di esserlo dall'aggiudicazione di cui trattasi»; c) che l'ipotesi di un operatore che non ha presentato un'offerta nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto per il motivo che egli non soddisfaceva un requisito di partecipazione previsto dalla gara d'appalto di cui trattasi e che ha potuto contestare l'inclusione di tale requisito, in tale gara d'appalto, mediante la presentazione di un ricorso contro la gara d'appalto medesima, ricorso che è stato respinto con una decisione che ha acquisito autorità di cosa giudicata, non rientra nella nozione di «chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione», ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665»; d) che è oltre tutto «irrillevante, al riguardo, il fatto che nel frattempo tale operatore abbia adottato le misure necessarie per soddisfare la condizione richiesta dal bando di gara di cui trattasi, cosicché, in caso di annullamento della procedura di aggiudicazione di appalto alla quale non ha potuto partecipare e di organizzazione di una nuova procedura sulla base delle stesse condizioni, egli potrebbe presentare un'offerta e ottenere l'appalto in questione» (cfr. Corte di Giustizia UE, Sez. X, 9 febbraio 2023, in causa C-53/22, in risposta al rinvio pregiudiziale del Tar Lombardia, sez. I, ord. 7 gennaio 2022, n. 25).

²²⁷ In quanto espressiva di un'attività che «rievoca una disciplina giuridica» diversa da quella che contrassegna l'evidenza pubblica, la rinegoziante marca con precisione il limite oltre il quale l'amministrazione «cessa di essere autorità», per seguire l'impostazione di G. Verde, *Il riparto delle giurisdizioni*, cit., 370 e 373.

²²⁸ Come evidenziato da S. Fantini, H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., 109.

²²⁹ Come messo in evidenza, tra gli altri, da G. Taglianetti, *Lo scioglimento unilaterale dei contratti di appalto e di concessione per motivi di interesse pubblico. Profili sostanziali e processuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 625, 643.

²³⁰ Segnala l'esistenza di due distinti orientamenti giurisprudenziali sul tema M. Renna, *I principi*, cit., 17-18, ritenendo che l'art. 9 abbia perso l'occasione per risolvere la questione sottostimando «il rilievo, anche temporale, della parentesi che divide l'aggiudicazione della commessa dal perfezionamento del vincolo negoziale». Sul punto si veda anche S. Spuntarelli, *La conservazione dell'equilibrio contrattuale: questioni aperte*, cit., 39-40.

²³¹ Come accaduto nel citato caso deciso dal Tar Piemonte, sez. II, 20 febbraio 2023, n. 180, riguardante l'impugnazione della decadenza dall'aggiudicazione ex art. 103, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 disposta dalla stazione appaltante che non ha voluto dare seguito alla richiesta di rinegoziante dell'offerta avanzata da parte dell'impresa aggiudicataria a seguito dell'intervenuto aumento dei costi dei materiali per le lavorazioni. Per quanto il problema della giurisdizione non sia stato espressamente affrontato, pare evidente dal tenore della motivazione che il Tar ha inteso dare continuità a un proprio orientamento volto a predicare l'esistenza – nell'intervallo temporale intercorrente tra la formulazione/presentazione dell'offerta e l'avvio delle prestazioni contrattuali – di «un legittimo margine di valutazione [...] in capo all'amministrazione tra l'alternativa di rifare appello al mercato [...] ovvero tentare [...] di ricondurre il contratto ad utilità» tramite una rinegoziante che, se fallita, avrebbe potuto aprire la via a una possibile revoca (così Tar Piemonte, sez. I, 28 giugno 2021, n.

controllo della stazione appaltante, si aggiunge un criterio di tipo spaziale e qualitativo che coglie nell'intensità di esercizio dei poteri negoziali per il governo delle sopravvenienze intervenute nel corso dell'attuazione del rapporto un decisivo fattore di trapasso dello stesso in una dimensione totalmente altra, di tipo appunto autenticamente paritetica e negoziale, con conseguente intestazione principalmente in capo ai contraenti delle situazioni giuridicamente rilevanti e differenziate da considerare e tutelare per la soddisfazione degli interessi in gioco attraverso il raggiungimento del risultato programmato.

Alla luce di tali nuove coordinate di sistema, pare dunque meritevole di riconsiderazione l'assunto secondo cui le varie ipotesi di anti-giuridicità della rinegoziazione che ridondano in pretesa elusione delle regole procedurali dettate a presidio dell'apertura e concorrenzialità del mercato delle commesse pubbliche e dell'imparzialità delle scelte che ivi si compiono²³², sarebbero sempre contestabili dal terzo che si assume privato della possibilità di partecipare alla gara, facendo valere la illegittimità sopravvenuta dei relativi atti con cui viene previsto il ricorso ad un regime di selezione non corrispondente al valore della commessa risultante dalle modifiche intervenute in fase di svolgimento del rapporto, oppure (come nel caso del rinnovo, o proroga o estensione delle prestazioni pattuite) denunciando l'illegittimità dell'atto implicito di aggiudicazione diretta di un'ulteriore commessa a cui viene assimilata la modifica con carattere additivo-estensivo dell'originario contratto²³³. Come detto, infatti, pare difficile scorgere nelle fattispecie modificative intervenute nel corso dell'esecuzione del rapporto qualcosa di diverso e di ulteriore rispetto a un puro e semplice e reiterato comportamento negoziale delle parti, come tale neppure mediatamente riconducibile al potere valutativo esercitato nel corso dello svolgimento della procedura selettiva, perché fondato unicamente sulla necessità di fare fronte alle sopravvenienze che minacciano l'attuazione del programma concordato e finalizzato al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto di affidamento. A fronte di siffatto contesto gli espedienti della illegittimità delle regole dell'evidenza pubblica che si manifesta *ex post* (cioè in sede di svolgimento-attuazione del rapporto) o dell'atto

667). In altra fattispecie, attinente alla pretesa proroga di un contratto di concessione avente ad oggetto l'uso di un immobile comunale per finalità socio-assistenziali, il Tar Sicilia ha affermato che «il bando di gara può essere definitivamente superato, per effetto dell'esaurimento della sua funzione, dal successivo accordo, in quanto nei contratti della Pubblica Amministrazione conclusi all'esito di procedimenti ad evidenza pubblica la stipulazione non costituisce una mera riproduzione o ripetizione del negozio già formatosi per effetto dell'aggiudicazione e può quindi introdurre indicazioni integrative, volte a precisare aspetti anche rilevanti del rapporto» (così Tar Sicilia, Catania, sez. II, 26 aprile 2023, n. 1366, in *Urb. app.*, 2023, 634, con il commento di F. Muzzati).

²³² Ipotesi di conflitto tra rinegoziazione e principi pubblicistici che governano le gare analiticamente ricondotte nei tre gruppi dello scrutinio sull'essenzialità procedimentale, sull'essenzialità discriminatoria e sull'essenzialità monopolista da A. Giannelli, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, cit., 241 e seguenti.

²³³ Cfr. A. Giannelli, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, cit., 250 ss. e 268 e seguenti.

implicito²³⁴, elaborati per creare obiettivi di un possibile ricorso di annullamento del terzo, si risolvono in meccanismi fittizi che stravolgono la sostanza dei fenomeni presi in considerazione in quanto servono soltanto ad attivare una giustizia correttiva dell'attività amministrativa a servizio di una «atipicità rimediale»²³⁵ che non appare meritevole di essere assecondata per più motivi. Anzitutto, perché l'esaltazione per tale via del «momento rimediale dell'azione rispetto a quello sistematico della situazione soggettiva in sé considerata»²³⁶ rischia di sovvertire un ordito costituzionale che poggia sulla dimensione individuale e soggettiva della tutela giurisdizionale e ha preso le distanze sin dal concordato giurisprudenziale degli Anni Trenta del Novecento dal criterio del *petitum* (che si basa sul tipo di azione scelta dalla parte)²³⁷, ruotando – pure se con non pochi elementi di instabilità e problemi di coerenza interna²³⁸ – sulla distinzione di due ordini di tutele che dipendono dalla particolare relazione tra potere e situazione giuridica concretamente rinvenibile nella fattispecie sostanziale produttiva dell'effetto giuridico²³⁹. Inoltre, perché tali meccanismi si risolvono nell'ammettere ora per

²³⁴ Figura di origine essenzialmente giurisprudenziale, che si afferma soprattutto con la pronuncia del Cons. Stato, sez. IV, 10 ottobre 2002, n. 5758, e si consolida con Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 589, per ragioni dapprima legate all'esigenza di ampliare la tutela giurisdizionale del privato, al quale vengono così offerti atti impugnabili, e poi a quella di guadagnare spazi alla giurisdizione amministrativa rispetto a quella ordinaria (come risulta dall'ampia analisi di R. Musone, *Forme e limiti dell'atto amministrativo implicito nella recente evoluzione giurisprudenziale, in federalismi.it.*, 14 luglio 2021). Figura che tuttavia presuppone «la possibilità di desumere in modo non equivoco una specifica volontà provvedimentale» (Cons. Stato, ad. plen., 20 gennaio 2020, n. 3) da un previo atto esplicito o da un comportamento concludente, legati da una relazione di esclusività-bilateralità, che nel caso di specie come detto non è individuabile per la carenza di una manifestazione di potere in senso tecnico.

²³⁵ Così G. D'Amico, *La meritevolezza del contratto secondo il canone delle Sezioni Unite*, in *I Contratti*, 2023, 264, il quale, con riferimento all'estensione del sindacato del giudice ordinario sugli atti di autonomia privata sub specie di giudizio della «meritevolezza degli interessi», ritiene inaccettabile tale deriva perché «la giustizia del rimedio non è più quella che deriva dall'applicazione delle norme esistenti, ma piuttosto quella che il giudice ricava da bilanciamenti di interessi di lui effettuati sulla base di principi generalissimi e indeterminati. Una cosa è spingere al massimo le potenzialità di tutela che sono ricavabili dal sistema dei rimedi delineato dal legislatore [...], altra e ben diversa cosa è che il giudice si inventi [...] rimedi non previsti [...]».

²³⁶ Così programmaticamente concepisce il dialogo tra le giurisdizioni, con un «approccio meno dogmatico e meno schiavo di vecchie teorie [...] e più aperto a ipotesi di concorso di azioni», F. Patroni Griffi, *Per un franco dialogo tra giurisdizioni alla luce delle trasformazioni del potere pubblico*, intervento all'incontro sul «Dialogo tra le giurisdizioni», organizzato dall'Ufficio studi della giustizia amministrativa e dalla Scuola superiore della magistratura a Palazzo Spada il 15 novembre 2023, in *giustizia-amministrativa.it.*, 2023, par. 2.

²³⁷ Criterio che sembra affacciarsi dietro alle suggestioni di chi immagina un possibile concorso di giurisdizioni «a seconda di come il potere si sia concretizzato illegittimamente e sulla base dell'azione scelta dalla parte» (così F. Patroni Griffi, *Per un franco dialogo tra giurisdizioni alla luce delle trasformazioni del potere pubblico*, cit.).

²³⁸ Per l'esame dei quali si rinvia alle ricerche raccolte in G.D. Comporti, a cura di, *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Firenze, 2016; e alle recenti analisi di M. Clarich, *Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa: un equilibrio perennemente instabile*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 225; e di F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo, in Il processo*, 2021, 13 e seguenti.

²³⁹ Cfr. seppure con varietà di accenti: F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 453 e ss.; Id., *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 1100 e ss.; Id., *La genesi del sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Giustizia amministrativa*

allora un'azione di impugnazione che avrebbe l'effetto di rimettere in discussione la legittimità di atti afferenti alla sequenza procedimentale pregressa che hanno già completamente esaurito i loro effetti con l'aggiudicazione seguita dalla stipulazione del contratto: con conseguenze sul piano della certezza e conservazione dei rapporti giuridici in corso di svolgimento che vanno in direzione esattamente opposta a quanto prescritto ora dal combinato disposto dei principi del risultato e di conservazione dell'equilibrio contrattuale. Infine, perché lo stesso obiettivo della ricerca del rimedio più appropriato può essere più utilmente perseguito per altre vie, considerando oltre tutto che le stesse illegittimità implicate nelle ipotesi di antiggiuridicità indicate sarebbero per lo più riconducibili alle violazioni meno gravi delle regole procedurali di cui all'art. 122 c.p.a. le quali, tenuto conto anche dello stato di esecuzione del contratto, legittimano il giudice a salvaguardarne gli effetti disponendo in via sostitutiva il risarcimento per equivalente dei danni subiti e provati *ex art. 122 c.p.a.*

In effetti, proprio cogliendo la novità più significativa della prospettiva rimediale in ambito contrattuale, che pur nelle sue varie espressioni viene individuata nell'invariante «attitudine del contratto ad autoconservarsi»²⁴⁰, ovvero sia nella presenza di dispositivi capaci di affidare il rapporto, in luogo del rigido automatismo imperniato sulla scansione diacronica tra un prima (il contratto appunto) e un dopo (il rimedio, che segna l'ingresso in uno stato di irreversibile crisi) e sul connesso binomio caducazione/sostituzione, a un articolato sistema di incentivi volti a spingere le parti ad aggiustarne il contenuto per renderlo «il più possibile conforme al funzionamento ideale dei mercati volta per volta presi di mira dalle *policy* filo concorrenziali perseguite»²⁴¹, si può immaginare che il terzo che assuma di avere subito un pregiudizio personale della pretesa a concorrere ad armi pari sorta in virtù di un pregresso rapporto di particolare vicinanza / interferenza²⁴² avuto con la commessa pubblica su cui incide la rinegoziazione, perché ad

va, a cura di F.G. Scoca, V ed., Torino, 2013, 32; A. Zito, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, *ibid.*, 67 e ss.; A. Romano Tassone, *Situazioni giuridiche soggettive*, cit., 981 e ss.; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XIV ed., Torino, 2021, 101; M. Clarich, *Manuale di giustizia amministrativa*, cit., 54 e ss.; A. Proto Pisani, *Per un rinnovato discorso sulle controversie tra privati e pubblica amministrazione*, in *Processo e valori*, cit., 208; M. Ramajoli, *Pluralismo giurisdizionale e situazioni soggettive sostanziali*, in *Questione Giustizia*, 2021, 88.

²⁴⁰ Cfr. in via generale L. Nivarra, *Il diritto privato e il passaggio dai rimedi contrattuali al contratto/rimedio: primi spunti di riflessione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2023, 62 e ss., ove si chiarisce come il contratto catturi il rimedio per divenire una sola cosa con esso: «nel senso che il rimedio, appunto, attraverso la previsione legale viene incistato nel contratto, andando ad arricchire il ciclo degli effetti [...]. Volendosi affidare ad una formula semplificatrice, si potrebbe dire che [...] il contratto è il rimedio là dove esso viene strutturato dal legislatore alla stregua di un dispositivo capace di autocorreggersi e di neutralizzare [...] in anticipo i suoi possibili fallimenti».

²⁴¹ *Ibid.*, 76.

²⁴² Sulla *vicinitas* quale criterio di legittimazione ad agire in giudizio, anche nel diritto della concorrenza, si veda ancora G. Mannucci, *La tutela dei terzi*, cit., 291. Cons. stato, ad. plen., 9 dicembre 2021, n. 22, in *Urb. app.*, 2022, 166, con i commenti di B. Giliberti, B.G. Di Mauro, G. Franchina, ha parlato con riguardo

esempio la sua offerta è stata esclusa o postergata in sede di gara per motivi non più validi all'esito delle modifiche delle condizioni contrattuali, sia legittimato ad attivare dinanzi al giudice ordinario²⁴³ rimedi volti a neutralizzare il pregiudizio sofferto attraverso «una correzione del contratto»²⁴⁴. Attingendo dal bacino problematico degli illeciti antitrust che si realizzano a mezzo di contratti stipulati con i terzi a valle di un'intesa restrittiva della concorrenza²⁴⁵, tema che nel corso di più lustri ha alimentato una «sconcertante [...] disarmonia di vedute»²⁴⁶ in larga parte dipendente dal diverso retroterra culturale dei due formanti (pubblico

alle vicende edilizie di un «criterio flessibile, da misurare ogni volta sulla base della situazione di fatto, del tipo di provvedimento contestato e dei suoi concreti contenuti, dell'ampiezza e della rilevanza delle aree coinvolte, e che dunque poco si presta a teorizzazioni astratte e generali». Sulla sua scia Cons. Stato, sez. II, 6 dicembre 2023, n. 10589, ha opportunamente evidenziato come vadano abbandonati i tralatici riferimenti al terzo (che, oltre tutto, «riecheggia il principio di relatività degli effetti del contratto che, nel contesto dell'azione amministrativa, non riveste alcuna capacità esplicativa») quale «figura anomala» garantita non perché titolare di un interesse individuale protetto, bensì in quanto partecipe di una frazione dell'interesse pubblico; precisando che tale figura «va radicalmente distinta dai consociati che patiscono, sul piano del mero fatto, le 'esternalità negative' dell'azione amministrativa» e che «vanta una posizione qualificata nella misura in cui invoca l'osservanza di regole preordinate alla protezione (anche) della sua sfera giuridica. Ciò avviene quando, nel contesto di attività economiche e sociali regolate dal diritto pubblico per garantire lo sviluppo ordinato di una trama di rapporti reciprocamente interferenti, l'Amministrazione deve prendere decisioni che incidono, allo stesso tempo, sia sull'interesse di chi chiede il permesso di intraprendere una certa attività (come quella costruttiva), sia in ordine agli interessi contrapposti presi in considerazione dal medesimo assetto regolativo». L'interferenza del comportamento scorretto dell'amministrazione sulle scelte contrattuali dell'operatore economico è menzionata dal comma 3 dell'art. 5 come criterio di quantificazione del danno (cfr. la *Relazione*, cit., 16; Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa, *Relazione sulle ricedute del nuovo codice dei contratti pubblici sul processo amministrativo*, 6 giugno 2023, 48), ma assume valenza generale per delimitare la legittimazione ad agire dei soggetti coinvolti appunto «nella procedura di gara» (*incipit* del primo comma dell'art. 5). Da ultimo, il collegamento tra la dimensione sostanziale e processuale del problema è stato evidenziato, in tema di *vicinitas* commerciale, da Cons. Stato, sez. IV, 29 dicembre 2023, n. 11367.

²⁴³ Giuste le condivisibili argomentazioni che hanno condotto L. Ferrara, G. Mannucci, I. Piazza, *Sui rapporti di vicinato in una giurisprudenza recente. Diritti soggettivi e interessi legittimi, diritti soggettivi trasformati in interessi legittimi o soltanto diritti soggettivi?*, in *Dir. pubbl.*, 2023, 317-319, a ritenere, con riferimento specifico alle liti tra confinanti, che «nelle ipotesi di concorrenza dei piani pubblico e privato, la tutela del terzo (da intendersi come estraneo al rapporto di base, ma titolare di una posizione giuridica che va rispettata) non può che essere garantita sul piano civilistico». Allo stesso esito conduce del resto un'interpretazione costituzionalmente orientata del novellato art. 124 c.p.a., che non può essere interpretato nel senso di ricondurre alla giurisdizione amministrativa liti sostanzialmente private come sarebbero quelle promosse dal terzo (come chiarisce S. Vaccari, *La risoluzione delle controversie in materia di contratti pubblici: tutela giurisdizionale e rimedi alternativi (Adr)*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, cit., 276-279; Cfr. anche P. Patrito, *Il nuovo "rito appalti" e il parere di precontenzioso dell'Anac*, in *Giur. it.*, 2023, 1988).

²⁴⁴ Cfr. G. Guizzi, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza: qualche riflessione vintg ans après, aspettando le Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2021, 1178.

²⁴⁵ Il problema è stato rimesso alle Sezioni Unite da Cass., sez. I, ord. 30 aprile 2021, n. 11486, in *Corr. giur.*, 2021, 1181, con il commento di I. Ottobrina, chiamata a giudicare di un caso relativo all'incidenza su un contratto di fideiussione *omnibus*, stipulato in modo conforme allo schema elaborato dall'Abi insieme con le principali associazioni dei consumatori, di un provvedimento della Banca d'Italia che ha accertato che alcune delle condizioni contrattuali contenute nel predetto schema sono frutto di un'intesa restrittiva della concorrenza.

²⁴⁶ Così A. Palmieri, R. Pardolesi, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti attuativi di intesa restrittiva della concorrenza: schegge di diritto disorientato*, in *Foro it.*, 2022, I, 514.

e privato) coinvolti nell'*enforcement* del diritto antitrust²⁴⁷, l'attenzione si orienta verso i rimedi volti a contrastare lo squilibrio contrattuale che porta a concentrare risorse pubbliche in eccesso in capo a qualcuno sottraendole ad altri²⁴⁸, precludendo la possibilità che sul mercato si diffondano condizioni economiche diverse e più efficienti²⁴⁹. Viene così in rilievo nella rilevata prospettiva riequilibratrice delle posizioni un novero di possibilità rimediali, che parte dalla nullità parziale ex art. 1419 c.c.²⁵⁰, che intercetta la vocazione conservatrice del rapporto propria delle nullità di protezione²⁵¹ ma sconta i problemi legati a uno statuto normativo incerto e cangiante, la cui «curvatura funzionalista» diviene sovente pretesto per disinvolute operazioni ortopediche di «costruzione mobile del regolamento contrattuale»²⁵²; per arrivare, soprattutto, all'azione inibitoria dell'applicazione delle clausole che integrano la violazione delle regole dell'evidenza pubblica, esercitabile ai sensi dell'art. 2599 c.c. o in forma atipica e fintanto che il contratto è ancora in essere e in corso di esecuzione²⁵³; e per finire con l'azione risarcitoria, all'evidenza esercitabile nel caso in cui il contratto abbia ormai esaurito i propri effetti, allo scopo di ripristinare per equivalente le fondate aspettative di aggiudicazione della commessa che, in uno scenario di mercato concorrenziale, l'operatore escluso o pretermesso avrebbe ragionevolmente avuto²⁵⁴.

²⁴⁷ Cfr. R. Pardolesi, *Il private enforcement del diritto antitrust: un animale fantastico, e dove trovarlo*, in *Il private enforcement antitrust dopo il d. leg. 19 gennaio 2017 n. 3*, a cura di B. Sassani, Pisa, 2017, 1. M. Ramajoli, *Concorrenza (tutela della)*, in *Enc. dir., I tematici*, III, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 316, ricorda che il duplice binario di tutela «si giustifica in ragione del carattere plurioffensivo delle violazioni antitrust, in grado di ledere sia l'interesse generale alla concorrenza, sia le situazioni giuridiche soggettive di consumatori o altri imprenditori».

²⁴⁸ Giusta la notazione di F. Denozza, *I principi di effettività, proporzionalità ed efficacia dissuasiva nella disciplina dei contratti a valle di intese ed abusi*, in *Dir. ind.*, 2019, I, 363, secondo cui chi viola le regole del gioco «non è semplicemente uno che magari rallenta un po' lo sviluppo, ma è un ladro che si appropria di qualcosa che sottrae ad altri, e su cui non ha diritto».

²⁴⁹ G. Guizzi, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza*, cit., 1177-1178.

²⁵⁰ Soluzione valorizzata da Cass., ss.uu., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Foro it.*, 2022, I, 499, che, con riferimento al rilevato problema del regime dei contratti a valle riproduttivi delle clausole Abi oggetto di intesa anticoncorrenziale, ha sostenuto la tesi della nullità derivata e parziale quale sanzione speciale di portata più ampia di quelle codicistiche a presidio dell'interesse pubblico alla trasparenza e correttezza del mercato posto a fondamento della normativa antitrust.

²⁵¹ Sulla cui vocazione rimediale nel senso indicato nel testo si veda L. Nivarra, *Il diritto privato e il passaggio dai rimedi contrattuali al contratto/rimedio*, cit., 64; e in generale l'aggiornata analisi di M. Girolami, *Nullità di protezione*, in *Enc. dir., I tematici*, I, *Contratto*, Milano, 2021, 701.

²⁵² Giudizi ed espressioni tratte da S. Pagliantini, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020, 17-25.

²⁵³ Cfr. in tale direzione G. Guizzi, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza*, cit., 1180, che richiama la tesi di I. Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, 39, 205 e ss.; cfr. anche M. Libertini, *Contratto e concorrenza*, in *Enc. dir., I tematici*, I, *Contratto*, Milano, 2021, 265.

²⁵⁴ G. Guizzi, *I contratti a valle delle intese restrittive della concorrenza*, cit., 1180, e nota 23.

Liberata dall'ingombrante e fuorviante²⁵⁵ retorica del terzo l'esigenza di tutela del generale interesse al rispetto delle regole di evidenza pubblica dovrà rinunciare a quella sempre più scarsa risorsa che è il processo (amministrativo) e potrà finalmente essere affrontata attraverso altri e più appropriati strumenti. Vengono in rilievo, in proposito, la già richiamata responsabilità del R.U.P. e del personale che, a vario titolo, interviene nella fase esecutiva del contratto (cfr. l'art. 1, comma 4, lett. a). Così come i poteri di sanzione, vigilanza e controllo che l'Anac può esercitare ex art. 222 nei confronti della stazione appaltante, grazie anche agli oneri di comunicazione e trasmissione delle modifiche contrattuali previsti dall'All. II.14 e posti a carico del R.U.P.²⁵⁶.

In secondo luogo, è da chiedersi se non possano più in generale rivedersi alla luce delle coordinate normative sin qui analizzate le altre ipotesi particolari in cui si continuano a immaginare sporadici residui di potestà in momenti esecutivi del rapporto che invece andrebbero letti secondo più spiccate coordinate negoziali. A cominciare dalle vedute vicende di revisione dei prezzi che, pure appartenendo «per intero alla fase di esecuzione del contratto» e implicando «la necessità che la cognizione del giudice si estenda dall'atto al rapporto», perché ritenuto incongruo e inappropriato rispetto alla configurazione della *res litigiosa* «un approccio di tipo puramente impugnatorio incentrato sui vizi formali e procedurali dell'atto»²⁵⁷, vengono ancora tralaticciamente ricondotte alla giurisdizione amministrativa esclusiva per «l'inestricabile intreccio tra diritti soggettivi e interessi legittimi che caratterizza tale blocco di materia», nonostante si prenda ormai atto che la discrezionalità di cui si continua a predicare l'esistenza in capo alla stazione appaltante si avvicina in realtà «di più alla *discrezionalità* propria dei poteri civilistici del privato contraente nell'esercizio dei suoi diritti potestative e delle sue facoltà di scelta nell'ambito del rapporto obbligatorio sinallagmatico di durata che non alla comune *discrezionalità amministrativa* di cui l'amministrazione dispone nell'esercizio dei suoi ordinari poteri autoritativi di cura finale dei suoi compiti istituzionali»²⁵⁸. Ad uscire d'imbarazzo, e al fine di evitare situazioni paradossali di doppia tutela con azioni parallele dinanzi al giudice civile e amministrativo suscettibili di condurre a distinti giudicati di esiti difforni quanto ai profili di giurisdizione e di

²⁵⁵ Così A. Chizzini, *In tema di «processo civile e terzi: quale ruolo per i terzi in un processo di parti?»*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 846 e ss., il quale chiarisce bene le implicazioni ideologiche del tema, a cui si legano differenti concezioni della giurisdizione, e richiama «una tipica trappola concettuale per il processualista: il permanere apparente delle forme processuali, il perpetuarsi nei secoli [...] impedisce di vedere con chiarezza e lucidità la radicale trasformazione della sostanza delle cose, come su di una carta, che pur presenta una filigrana comune, si scrivano pagine ormai profondamente diverse» (*ibid.*, 850).

²⁵⁶ In tal senso si veda giustamente P. Patatini, *Rinegoziazione*, cit., 16.

²⁵⁷ Come di recente riconosciuto da Cons. Stato, sez. III, 13 luglio 2023, n. 6847, pure ritenendo «ormai incontrovertibile» l'ascrizione della lite alla giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, lett. e), n. 2, c.p.a..

²⁵⁸ *Ibid.*, punto 2.2. della motivazione.

merito implicati²⁵⁹, sarebbe forse il caso di prendere sul serio l'impianto normativo di cui il nuovo art. 60 del codice è parte integrante, per riconoscere che l'obiettivo di «assicurare in fase esecutiva il mantenimento dell'equilibrio tra prestazioni concordato tra le parti in sede di stipula, per evitare che sopravvenuti mutamenti dei prezzi alterino il sinallagma in modo pregiudizievole per l'appaltatore» implica la conseguenza che la situazione giuridica fatta valere dalla parte svantaggiata è «configurabile come diritto soggettivo, e più precisamente come diritto di credito, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario»²⁶⁰.

Sgombrato il campo dai nodi del riparto e della tutela del terzo, l'interprete si trova di fronte al ventaglio dei rimedi disponibili e, quindi, al problema rappresentato soprattutto dalla tutela costitutiva, ovvero sia dal potere riconosciuto al giudice civile di disporre l'adeguamento del contratto in un campo presidiato dalla libertà negoziale²⁶¹ e, oltre tutto, in assenza di un regolamento preconstituito che sia sufficiente a individuare il risultato giuridico avuto di mira dai paciscenti e a cui dare efficacia reale con la sentenza²⁶². La consapevolezza circa i problemi determinati da una funzione giurisdizionale «arricchita di compiti inusuali» (almeno considerando la tradizione dogmatica franco-italiana)²⁶³, non deve

²⁵⁹ Si veda in proposito il caso deciso da Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2023, n. 3754.

²⁶⁰ Come di recente affermato, sulla base del previgente art. 115 del d.lgs. n. 163/2006, dal Tar Lazio, sez. IV, 16 febbraio 2023, n. 2791. Si veda anche Tar Lazio, sez. II S, 17 febbraio 2023, n. 2827, che ritiene sussistente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle «sole ipotesi in cui vi sia una spendita di potere pubblico», richiamando altresì la più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite secondo cui nel caso «in cui la clausola individui puntualmente e compiutamente un obbligo della parte pubblica del contratto, deve riconoscersi la corrispondenza di tale obbligo ad un diritto soggettivo dell'appaltatore, il quale fa valere una mera pretesa di adempimento contrattuale, come tale ricadente nell'ambito della giurisdizione ordinaria» (Cass., ss.uu., ord. 22 novembre 2021, n. 35952, seguita anche da Cass., ss.uu., ord. 8 febbraio 2022, n. 3935).

²⁶¹ L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, 1; G.B. Ferri, *Autonomia privata e poteri del giudice*, in *Dir. e giur.*, 2004, 1; C. Granelli, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *www.iuscivile.it*, 2018, 396;

²⁶² Per la problematica riconducibilità della fattispecie in esame al modello dell'art. 2932 c.c. si vedano, tra gli altri, A. Gentili, *La replica della stipula*, cit., 714 e ss.; C. Consolo, *Obblighi a contrarre (ed anche solo a rinegoziare): gli artt. 2932, 2908 e 2090 c.c. e l'alternativa dell'art. 614-bis c.p.c. (ante e post riforma del 2015)*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, a cura di G. Grisi, Napoli, 2019, 79; I. Pagni, *Crisi d'impresa e crisi del contratto al tempo dell'emergenza sanitaria, tra autonomia negoziale e intervento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 349 ss.; Id., *Autonomia contrattuale, rinegoziazione, solidarietà nei rapporti contrattuali: gli spazi dell'intervento del giudice*, in *Processo civile e costituzione. Omaggio a Nicolò Trocker*, a cura di A. Chizzini, D. Abraham, N. Andrews, C. Silvestri, R. Stüner, V. Varano, Milano, 2023, 576; F. Benatti, *Che ne è oggi del testo del contratto?*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2021, I, 16; A. Chianale, *Dell'esecuzione forzata in forma specifica. Artt. 2930-2933, in Il Codice Civile. Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger continuato da F.D. Busnelli e G. Ponzanelli, Milano, 2022, 117-120; S. Mazzamuto, *Esecuzione forzata*, in *Commentario del cod. civ.*, Scialoja, Branca e Galgano, a cura di G. De Nova, Milano, 2020, 867; D. Santarpià, *La sopravvenienza*, cit., 313 e ss., la quale ritiene inaccettabile la prospettiva dell'applicabilità dell'art. 2932 c.c. prescindendo totalmente dalla volontà dei contraenti, perché in tale modo «la sentenza costitutiva attuerebbe un regolamento d'interessi che non è stato dettato dalle parti, ma da un terzo, il giudice appunto, producendo effetti negoziali che non trovano fonte in un atto di autonomia privata» (*ibid.*, 318).

²⁶³ Così F. Macario, *Contratti di durata*, cit., 128.

peraltro indurre a conservare posizioni precostituite in forza di una generale idea di intangibilità del contratto, tanto più in una stagione che registra una significativa evoluzione dell'assetto dei contratti di durata²⁶⁴ ammettendo ampie possibilità di intervento del giudice nella dinamica esecutiva degli stessi per mantenere il rapporto «nei binari dell'equilibrio e della proporzione»²⁶⁵. Piuttosto, sembra più utile prendere atto che ogni dibattito in argomento deve abbandonare l'approccio ipotetico finora seguito per fare i conti con una previsione di legge che, in linea con quanto disposto in via generale dall'art. 2908 c.c., codifica ormai in modo espresso una tutela determinativa della frazione di regolamento su cui le parti non sono riuscite a trovare un accordo per rendere effettiva la prospettiva della rinegoziazione. Per poi subito riconoscere che la decisione sostitutiva del giudice è prevista come *extrema ratio* del sistema ed è, dunque, destinata ad operare in via sussidiaria e residuale nel caso di illecito fallimento delle trattative condotte dalle parti, trovando pertanto nelle stesse la fonte principale di legittimazione e di efficacia, nel senso che è dalla complessiva sequenza esecuzione del contratto-sopravvenienze-riapertura delle trattative e dall'intensità e qualità dell'interazione intervenuta tra i contraenti in tale ultima sede che il giudice potrà/dovrà ricavare in chiave ermeneutica ogni utile circostanza soggettiva e oggettiva per ristabilire

²⁶⁴ Cfr. C. Scognamiglio, *Sopravvenienze negative, rimedi demolitivi e rimedi conservativi*, in *Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria*, Quaderno n. 13 della Scuola Superiore della Magistratura, a cura di L. Calcano, F. Di Marzio, S. Lembo, S. Leuzzi, Roma, 2022, 21 e 33; F. Macario, *La rinegoziazione: attualità e prospettive*, *ibid.*, 282 e ss.; Id., *La civilistica e il contratto*, cit., 383.

²⁶⁵ Le affermazioni sono tratte dal noto "caso Renault" deciso da Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, 85. Ma si veda già Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, *ivi*, 2000, I, 1929, in tema di riducibilità d'ufficio della penale. Sentenza indicata da F. Galgano, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, 925, come «un piccolo trattato di storia del contratto, di storia recente del contratto, dell'evoluzione del contratto dalle concezioni soggettivistiche, basate sul dogma della volontà, alle concezioni attuali, oggettivistiche, basate sulla congruità dello scambio contrattuale». Cfr. altresì M. Pennasilico, «*Menège à trois*»: la correzione giudiziale dei contratti, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 179.

l'equilibrio contrattuale²⁶⁶. Approdo di limitata portata pratica si dirà²⁶⁷, ma che tuttavia mostra due pregi. Anzitutto, quello di ancorare l'intervento eteronomo del giudice alla pragmatica e obiettiva selezione e valutazione istruttoria dei fatti rilevanti, all'occorrenza servendosi anche dell'ausilio dei saperi specialistici offerti dai consulenti d'ufficio per dipanare gli elementi di complessità che caratterizzano i settori oggetto di gare pubbliche. Così allontanando gli scenari apocalittici evocati da chi teme un giudice che possa arrivare a confezionare di sua iniziativa i contratti o ricorre a «equità cerebrine»²⁶⁸; e allo stesso tempo scongiurando derive soggettive e arbitrarie che sarebbero foriere di risultati controproducenti nella misura in cui l'esito casuale del processo finirebbe per premiare gli azzardi degli operatori più pigri e meno previdenti limitando i loro investimenti nell'operazione in corso sotto il livello ottimale²⁶⁹. Inoltre, e in via strettamente discendente, quello di responsabilizzare ancor di più le parti che, per effetto dell'ipotizzato legame funzionale tra trattative e trattazione processuale dell'adeguamento, sarebbero probabilmente indotte a un più intenso sforzo collaborativo nel corso del procedimento di rinegoziazione onde lasciare tracce percepibili e logicamente spendibili in giudizio di adeguate proposte riequilibratrici.

In via generale, e dunque anche in caso di insuccesso della tutela costitutiva di cui si è discusso, è sempre ammessa la tutela risarcitoria dei danni subiti per effetto dell'ingiustificata rottura del procedimento di rinegoziazione. Siamo qui

²⁶⁶ In tale senso si era già espresso F. Macario, *Adempimento e rinegoziazione*, cit., 430 e ss., ove, preso atto che stabilire la regola del rapporto ad effetti obbligatori non presuppone «la presenza di elementi contenutistici minimi», si riconosce comunque che «il fatto che il rapporto su cui il giudice è chiamato ad intervenire sia già in fase di attuazione ed esecuzione può semplificare il suo compito: le trattative per la rinegoziazione, ove queste si siano in parte già svolte, così come l'esecuzione del contratto sino al momento [...] e le altre circostanze rilevanti (sia dal punto di vista, soggettivo, della ricerca della volontà comune dei contraenti, sia dal punto di vista, più oggettivo, della natura dell'affare), costituiscono materia di valutazione per il giudice, il quale non potrà dunque rigettare la domanda per l'incompletezza [...] del contenuto del contratto». Cfr. anche Id., *Contratti di durata*, cit., 129; Id., *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto*, cit., 116; V.M. Cesàro, *Clausola di rinegoziazione*, cit., 264-265. Nonché, su altro versante, V. Lopilato, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, 1930. Nello stesso senso si è espressa anche la citata *Relazione tematica* n. 56 dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione, affermando che «la decisione del giudice non può avvenire sulla scorta di un metro causale, soggettivo o arbitrario, dovendo calibrarsi su elementi rigorosamente espressi dal medesimo regolamento negoziale», e che all'uopo appare centrale «la valutazione dell'attività di contrattazione svolta dalle parti prima che il processo rinegoziativo si interrompa, potendo residuare da esso spiccati elementi per decidere». Conforme è Trib. Firenze, sez. III civ., 28 settembre 2022, in *Contratti*, 2023, 521, con nota di F.T. Vespasiani, *Domanda ex art. 2932 c.c. e "rideterminazione integrativa" del prezzo di vendita per sopravvenuta eccessiva onerosità da Covid*, che plaude la «rigorosità argomentativa [...] per la scelta di ricondurre la portata correttiva/integrativa del potere del Giudice di rinegoziazione del contratto, all'interno di un alveo molto più ristretto» (*ibid.*, 533, 535).

²⁶⁷ Cfr. infatti D. Santaripa, *La sopravvenienza*, 320, e gli autori ivi citati.

²⁶⁸ Drastico in proposito l'accento di A. Gentili, *Le proposte di revisione del codice civile*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2022, 577: «I giudici fanno i contratti peggio delle parti e sono da evitare equità cerebrine».

²⁶⁹ Così A. Gentili, *La replica della stipula*, cit., 710; S.P. Perrino, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali*, cit., 879-881.

in presenza di una responsabilità da trattative che, collocandosi a valle di un contratto già concluso, assume i connotati tipici della responsabilità contrattuale in quanto l'illecito consiste proprio nell'inadempimento di un obbligo di condotta che vincola le parti nel corso dell'attuazione del rapporto negoziale. In ragione della varietà degli scenari prospettabili a seconda del momento e del contesto in cui si consuma il comportamento lesivo, l'oggetto della tutela oscilla tra l'interesse negativo e quello positivo avendo di mira, piuttosto che partizioni teoriche, l'esigenza pratica di neutralizzare condotte predatorie di chi non negozi in buona fede²⁷⁰. Pertanto, se l'obbligo di rinegoziare si arresta nelle fasi preliminari dell'iniziativa per effetto del rifiuto a trattare della controparte, il risarcimento sarà verosimilmente commisurato alle spese e agli altri sacrifici economici che il danneggiato ha dovuto inutilmente sopportare, così come alle perdute opportunità più favorevoli legate allo stallo e all'impossibilità di dare puntuale attuazione ai rapporti negoziali assunti con i terzi in vista della complessiva operazione da realizzare. Nel caso invece di rottura di trattative giunte a uno stadio di avanzamento e maturazione tale da delineare con un certo margine di sicurezza, in ragione della serietà e concludenza degli scambi di proposte intervenuti tra le parti, il contenuto dell'accordo modificativo non concluso così ingenerando un ragionevole affidamento sul riequilibrio del rapporto, allora l'oggetto del risarcimento si allargherà fino a comprendere il pregiudizio che la parte adempiente avrebbe subito in caso di inesecuzione del negozio modificativo²⁷¹. In tale ipotesi, infatti, il giudice è messo in condizione di rappresentarsi il contenuto dell'accordo a cui le parti sarebbero addivenute se il procedimento non si fosse interrotto e attraverso il risarcimento deve attribuire alla vittima l'equivalente dei profitti che sarebbero derivati dall'esecuzione del contratto rinegoziato. Senza però considerare nella posta anche la perdita delle occasioni mancate, in quanto le stesse non sarebbero state colte a fronte di un contratto che, per quanto perturbato, è ancora vincolante tra le parti²⁷²; né le spese sostenute, in quanto risolvendosi in costi tipici dell'operazione che sarebbero rimaste comunque a carico di ciascun contraente nel caso di esito positivo della trattative e, dunque, di realizzazione del risultato avuto di mira²⁷³.

²⁷⁰ In tale senso, superando la rigida partizione in parola e osservando che tale fattispecie designa una serie aperta di illeciti, si veda A. Luminoso, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contratto e impresa*, 1988, 792; adesivamente richiamato da D. Santarpià, *La sopravvenienza*, cit., 307 e ss.; V.M. Cesàro, *Clausola di rinegoziazione*, cit., 277; F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 402 e ss.; F. Piraino, *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, II, 620; G. Marasco, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio contrattuale*, Padova, 2006, 174; S.P. Perrino, *Il governo delle sopravvenienze*, cit., 883.

²⁷¹ Cfr. F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 408.

²⁷² Così giustamente D. Santarpià, *La sopravvenienza*, cit., 311.

²⁷³ Cfr. V.M. Cesàro, *Clausola di rinegoziazione*, cit., 282.

Non vanno infine sottaciuti i problemi legati ad alcune «conseguenze indesiderabili»²⁷⁴ del sistema esaminato, quali: a) l'accrescimento del contenzioso civile, già in notevole sofferenza per l'arretrato e la lunghezza dei procedimenti; b) il rischio di decisioni inadeguate alle circostanze; c) il conseguente aumento del tasso di incertezza per gli operatori economici, al netto dei problemi di efficienza evidenziati con riferimento al fare sapere «agli imprevidenti e agli sfortunati che la legge li trarrà dai guai scaricando sulle controparti i sovracosti»²⁷⁵, assumendo com'è noto la calcolabilità-prevedibilità delle decisioni «un rilievo decisivo sul piano della razionale amministrazione dei rischi di qualsiasi iniziativa negoziale»²⁷⁶. Si tratta di fattori di criticità che in qualche misura accompagnano qualunque forma di interferenza esogena nella cittadella negoziale e che, pertanto, lungi da risolversi in elementi di un annunciato e possibile fallimento della soluzione legislativa, vanno comunque tenuti presenti e possono essere ragionevolmente fronteggiati attraverso la valorizzazione di metodi di risoluzione delle controversie (anche potenziali) alternativi ai rimedi giurisdizionali²⁷⁷. Tra essi spiccano, in modo particolare, l'accordo bonario (artt. 210 e 211), la transazione (art. 212), l'arbitrato (art. 213) e il collegio consultivo tecnico (art. 215)²⁷⁸, organo collegiale polifunzionale deputato a svolgere un compito di mediazione e conciliazione permanente tra le parti nel corso dell'esecuzione del contratto che, in analogia con il modello dei *dispute boards*²⁷⁹ diffuso in altri ordinamenti e sperimentato nelle prassi internazionali, sembra costituire un valido e tecnicamente attrezzato presidio per affrontare in

²⁷⁴ Puntualmente rilevate da Accademia Nazionale dei Lincei, *COVID e contratti*, Documento della Commissione Covid-19, 2 maggio 2020.

²⁷⁵ Ciò che «incentiva i loro azzardi e disincentiva i loro interlocutori», come notato da A. Gentili, *La replica della stipula*, cit., 710; cfr. anche S.P. Perrino, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali*, cit., 879-880.

²⁷⁶ Così C. Scognamiglio, *Sopravenienze negative, rimedi demolitivi e rimedi conservativi*, cit., 35.

²⁷⁷ Sui quali si rinvia alla panoramica offerta da S. Vaccari, *La risoluzione delle controversie in materia di contratti pubblici*, cit., 286 e seguenti. Cfr. anche di recente A. Cassatella, *I rimedi alternativi alla giurisdizione nell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2023, 799. Da ultimo, con particolare riferimento ai rimedi che anticipano la controversia come l'accordo bonario e il collegio consultivo tecnico, si veda M. Macchia, *Alla ricerca di esperti... Rimedi alternativi ed esecuzione dell'appalto*, in *Giornale dir. amm.*, 2024, 19 ss., il quale sottolinea il rapporto tra principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale e ADR evidenziando il comune obiettivo di «assicurare la manutenzione costante dell'interesse di risultato» (*ibid.*, 20, nota 3).

²⁷⁸ Sul quale si vedano P. Patatini, *Rinegoziazione e rimedi manutentivi*, cit., 16; S. Vaccari, *La risoluzione delle controversie in materia di contratti pubblici*, cit., 302; M.E. Comba, *Il Collegio consultivo tecnico: risoluzione per inadempimento e appalto integrato*, in *Giur. it.*, 2023, 162; I. Marrone, *I rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale*, in *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 959; F. Francario, *Il Collegio consultivo tecnico, organismo atipico di mediazione e di conciliazione in ambito pubblicistico*, in *giustiziainsieme.it.*, 30 novembre 2023; N. dello Preite, *Il Collegio consultivo tecnico: la nuova disciplina tra conferme e novità*, in *Riv. trim. app.*, 2023, 883; P. Carbone, *La disciplina del Collegio consultivo tecnico tra vecchi e nuovi aspetti problematici*, *ibid.*, 899.

²⁷⁹ Su cui si rinvia a M. Nunziata, *Il dispute board nei contratti di appalto internazionali. Prospettive di prevenzione e di risoluzione delle controversie*, Torino, 2021; P. Otranto, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico, L'esperienza dei dispute board e del collegio consultivo tecnico*, Napoli, 2023, 107 e ss., 306.

tempo reale²⁸⁰ le insorgenze problematiche che interferiscono sulla regolare realizzazione dell'opera e per individuare, in caso di mancato accordo tra le parti, le eventuali modifiche da apportare alle prestazioni (art. 216). Nella stessa direzione milita anche la proposta di includere i contratti di durata tra le materie oggetto di mediazione obbligatoria e negoziazione tramite professionisti²⁸¹.

8. *Conclusioni: la terra di nessuno come laboratorio di ibridazioni per la nascita di nuove categorie generali*

L'analisi che precede evidenzia come la rinegoziazione, quale precipitato operativo della combinata lettura dei principi del risultato e della conservazione dell'equilibrio contrattuale, costituisce prospettiva particolarmente fertile per una lettura aggiornata della contrattualistica pubblica.

Anzitutto, perché offre nuove indicazioni per la individuazione degli strumenti giuridici a servizio della realizzazione delle commesse. Nel senso che nella fase esecutiva del rapporto contrattuale la presenza di focolai pubblicistici²⁸², immaginata quale imprescindibile garanzia per la tutela degli interessi generali che si ritengono presenti con la stessa intensità e cogenza in ogni momento dell'evidenza pubblica, tende ad essere soppiantata dal rinnovato e modulare esercizio di prerogative negoziali che implicano una riapertura delle trattative per l'adeguamento del regolamento contrattuale alle sopravvenienze che potrebbero ostacolare il raggiungimento del risultato programmato.

Il rimedio alle insorgenze perturbative della funzionalità dell'accordo non è, dunque, più rintracciabile fuori dall'arena negoziale attraverso l'artificiosa riedizione o il «ritorno circolare»²⁸³, ora per allora, dei poteri pubblicistici che presidiano (la legittimità del)le scelte di gara, ma è rappresentato dal contratto stesso colto e valorizzato ora dall'ordinamento quale «dispositivo capace di autocorreggersi

²⁸⁰ Nella *Relazione* del Consiglio di Stato, cit., 251, si legge che l'istituto è individuato «come rimedio generale per dirimere sul nascere i possibili contenziosi tra committente e appaltatore che rischierebbero di pregiudicare l'esecuzione tempestiva e a regola d'arte del contratto di appalto».

²⁸¹ Così G. Alpa, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria*, cit., 304.

²⁸² La fortunata espressione coniata da F. Fracchia, W. Giulietti, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti*, cit., 223, è adesivamente ripresa, tra gli altri, da M. Mazzamuto, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Dir. ec.*, 2022, 72 ss., il quale parla di «pressione giuspubblicistica sulla fase di esecuzione».

²⁸³ Per usare l'espressione di R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., 328, sulla base dell'esplicito assunto secondo cui la concorrenza ha ad oggetto «il dover essere dell'amministrazione a partire dall'indizione di un procedimento di scelta dell'imprenditore sino al compiuto adempimento del rapporto contrattuale dell'appaltatore».

e di neutralizzare [...] in anticipo i suoi stessi possibili fallimenti»²⁸⁴. Perduti per strada i figurini astratti e stilizzati rappresentativi delle voci generali che risuonano nell'affollata arena selettiva, la scena realizzativa della fattispecie appare più lineare e composta ed è dominata dal serrato confronto tra le parti del contratto, il valore economico delle cui prestazioni corrispettive riflette il calcolo delle utilità marginali che ciascuna ha ritenuto di poter ricavare dallo scambio. Il campo di osservazione si riduce e si fa più nitido, e il ritmo della partitura cresce sospinto da tecniche, dati, comportanti, fatti e circostanze concrete che esprimono il piano complessivo dei reciproci vantaggi e rischi in base al quale è possibile valutare e misurare non arbitrariamente²⁸⁵ l'incidenza perturbatrice di eventuali imprevisti e determinare il margine di adattamento dei ruoli per arrivare al gran finale.

Sembrano indici concordanti di simile operazione di pulizia concettuale guadagnata a livello dei principi il coordinamento operato dall'art. 120, comma 8, tra la richiesta di rinegoziazione e la sospensione dell'esecuzione del contratto (art. 121), istituito tipicamente preordinato a salvaguardare il risultato dell'operazione i cui coefficienti di autoritatività²⁸⁶ tradizionalmente associati alla connotazione unilaterale delle relative manifestazioni²⁸⁷ sembrano evaporare a fronte dell'ambientazione in un contesto autenticamente negoziale²⁸⁸; la rinnovata formulazione dell'art. 122 sulla risoluzione del contratto di appalto, il cui primo comma contiene ora un «inciso chiarificatore»²⁸⁹ alla mancanza di limiti temporali per l'esercizio del diritto che vale ad eliminare l'ambiguo riferimento contenuto nel previgente art. 108 al regime dell'annullamento d'ufficio; la riscrittura

²⁸⁴ Come suggestivamente sostenuto da L. Nivarra, *Il diritto privato e il passaggio dai rimedi contrattuali al contratto/rimedio*, cit., 63.

²⁸⁵ E, dunque, bucando il «comodo 'velo d'ignoranza' che avvolge la superficie formale delle cose» esibito allorché si creda «nella superiorità delle presunte forme ideali», come opinato, nell'ambito di un'analisi critica degli orientamenti interpretativi circa atti di natura complessa e ibrida afferenti alla fase esecutiva del rapporto, da P. Michiara, *La risoluzione in danno nel prisma del processo amministrativo. Considerazioni circa la necessità di una motivazione "rinforzata" nella valutazione in gara degli atti amministrativi negoziali estintivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 754 e 756.

²⁸⁶ Richiamati per esempio da A. Benedetti, *L'esecuzione del contratto*, cit., 257; G. Crepaldi, *L'esecuzione del contratto, in Autorità e consenso nei contratti pubblici*, a cura di C.E. Gallo, Torino, 2017, 158; S. Salvago, *Autotutela ed attività di diritto comune della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 2007, 874.

²⁸⁷ Da alcuni autori più cautamente associate, piuttosto che a una situazione di privilegio, a un regime di specialità «diminutiva» delle prerogative del contraente pubblico a tutela dell'indisponibilità dei fini del proprio agire (cfr. A. Giannelli, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, cit., 68-75, 155).

²⁸⁸ In cui, non a caso, sospensione, postergazione e riduzione delle obbligazioni contrattuali figurano come misure tipiche volte a fronteggiare le sopravvenienze legate alla congiuntura economica e alla fluttuazione del valore delle monete, come messo in evidenza da S. Leuzzi, *Considerazioni sistematiche sulla rinegoziazione dei contratti d'impresa*, in *Le crisi d'impresa e del consumatore dopo il d.l. 118/2021*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2021, 1077.

²⁸⁹ Così si legge, infatti, nella *Relazione*, cit., 174, ove si precisa appunto che «Si è ritenuto di introdurre al comma 1 l'inciso chiarificatore per il quale le stazioni appaltanti possono risolvere il contratto di appalto "senza limiti di tempo", in correlazione con la soppressione dell'attuale comma 1-bis dell'art. 108 (che esclude l'applicabilità alla risoluzione del termine di cui all'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990, sull'autoannullamento)».

dell'art. 123 sul recesso, che risulta maggiormente allineato al dispositivo dell'art. 1671 c.c. sia nella parte in cui, in luogo del «previo pagamento» che compariva nel previgente art. 109, il primo comma riproduce ora la formulazione codicistica in tema di indennizzo dell'appaltatore («purché tenga indenne l'appaltatore mediante pagamento»), sia nella più lineare disciplina delle modalità di esercizio, chiarendosi ora al comma 2 che il recesso consiste nella comunicazione e che la stessa deve farsi per atto formale, laddove prima si faceva riferimento a una comunicazione preliminare che ricalcava in termini ambigui le modalità procedimentali tipiche degli atti amministrativi²⁹⁰; infine, e specularmente, la riformulazione dell'art. 190 che disciplina la risoluzione e il recesso delle concessioni, eliminando i riferimenti spuri alla revoca pubblicistica (prima contenuti nell'art. 176) per meglio «indicare l'atto con cui una parte (nella specie, l'ente concedente) può sciogliersi unilateralmente dal vincolo di un contratto»²⁹¹. Risulta così meglio illuminata, per così dire dal basso e per differenza, la *ratio* della previsione generale contenuta nel secondo comma dell'art. 18 che fa «salvo l'esercizio dei poteri di autotutela» nell'intervallo tra aggiudicazione e stipulazione del contratto²⁹². Mentre gli indubbi elementi di specialità²⁹³ che connotano l'assetto disciplinare emergente dalle citate disposizioni normative sono semplicemente il riflesso della particolarità della materia e, in un contesto generale peraltro segnato dallo spostamento dell'accento, già a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, dalla dimensione strutturale della completezza della fattispecie a quella funzionale della considerazione degli interessi in gioco e dal contestuale fiorire di statuti speciali di esercizio dei poteri negoziali²⁹⁴, non possono più essere interpretati quale riflesso di una particolare natura pubblicistica del potere in determinati ambiti esercitato dalla parte pubblica, perché in questione non è la salvaguardia dell'equilibrio

²⁹⁰ Il punto è chiarito dalla *Relazione*, cit., 175, ove si precisa che «si tratta di un atto negoziale non autoritativo, posto in essere *iure privatorum*».

²⁹¹ Così si legge nella *Relazione*, cit., 227 ove si aggiunge che «Anche nella legge n. 241 del 1990, la revoca è termine che attiene all'atto amministrativo (art. 21-*nonies*) e non al contratto, per il quale si parla di 'recesso' (art. 21-*sexies*)».

²⁹² Come si era cercato di opinare già in G.D. Comporti, *Logiche di riparto per una rinnovata visione dei contratti pubblici*, cit., 441.

²⁹³ Colti da A. Benedetti, *L'esecuzione del contratto*, cit., 258 e ss., con qualche nostalgia indulgenza di troppo all'equazione specialità = «coloritura pubblicistica» dell'istituto. Seppure incidentalmente rispetto all'esame della questione controversa, e richiamando Cons. Stato, ad. plen., n. 14/2014, chiarisce che nella fase esecutiva del contratto la pubblica amministrazione è parte di un rapporto paritetico «a specialità limitata», siccome «circoscritta dalle norme speciali di diritto pubblico che le conferiscono uno *status* differenziato», Tar Campania, Napoli, sez. IV, 5 gennaio 2024, n. 132.

²⁹⁴ Segnano la svolta i lavori di N. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, 1979, e di S. Rodotà, *Le difficili vie della ricerca civilistica*, in *Riv. crit., dir. priv.*, 1983, 7. Sul punto si legga ancora F. Macario, *La civilistica e il contratto*, cit., 373, cui *adde* E. Navarretta, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale tra ideologie e principi*, cit., 616.

generale del sistema²⁹⁵ ma la conservazione dell'equilibrio contrattuale che è funzionale alla realizzazione dello specifico risultato avuto di mira.

Tutto ciò, a livello più generale, dimostra che è proprio nella famigerata «terra di nessuno», in cui si fanno meno netti i confini delle aree di dominio delle grandi dicotomie e si delineano forme di intersezione tra saperi e discipline tradizionali²⁹⁶, che si manifestano in modo più chiaro e immediato i problemi che si agitano nei casi concreti della vita e si sviluppa la proficua ricerca delle relative soluzioni.

In effetti, la vicenda qui descritta si può riassumere nei seguenti termini essenziali: un problema di tenuta dell'equilibrio del contratto pubblico, colto nella fase esecutiva del rapporto caratterizzata dall'esaurimento dei presidi potestativi di controllo degli interessi in gioco e dalla mobilità degli assetti disciplinari, sollecita risposte che vengono colte allargando lo sguardo oltre ai propri ambiti identitari e viene risolta codificando per la prima volta in chiave generale una tecnica manutentiva (*sub specie* di rinegoziazione) delle condizioni contrattuali da tempo ampiamente dibattuta nel versante civilistico e ivi finora sperimentata solo in via giurisprudenziale e in situazioni speciali ed emergenziali. In un contesto sempre più caratterizzato dalla circolazione dei modelli e dalla «praticità funzionale»²⁹⁷ delle soluzioni che rendono ormai indifferente il luogo (e la fonte normativa) in cui, per accidente, si deposita la regola giuridica, se può avere ancora un senso parlare di primati non è certo per evocare la pretesa superiorità delle garanzie offerte da un ramo dell'ordinamento rispetto ad altri²⁹⁸ ma per segnalare come il diritto amministrativo, per sua natura particolarmente attrezzato a gestire le sfide proprie delle stagioni di transizione, si è dimostrato pronto a cogliere nella saldatura tra disciplina del contratto e dinamiche concorrenziali del mercato²⁹⁹ l'occasione per uno

²⁹⁵ Evocata in modo singolare dal Consiglio di Stato nella *Relazione*, cit., 228, ove, a chiusura del commento dell'art. 190, si osserva che «I mobili e (ancora) incerti confini tra i poteri privatistici di risoluzione e quelli pubblicistici di autotutela è rimesso al punto di equilibrio che sarà individuato, nell'esercizio delle rispettive funzioni nomofilattiche, dalla Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato». Così, sembra di capire, tenendo ancora aperta la questione ed evocando un nuovo concordato giurisprudenziale che non potrebbe non risentire dei condizionanti profili del riparto delle giurisdizioni.

²⁹⁶ Cfr. gli stimolanti spunti in proposito offerti da S. Cassese, *Varcare le frontiere*, cit., 1062.

²⁹⁷ Richiamata quale strategia essenziale di una comparazione incentrata sui problemi concreti piuttosto che sulle teorie astratte da B. Marquesinis, *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, trad. it. di V. Levi e N. Pasquini, Milano, 2004, 49. La rilevanza culturale di «un metodo pragmatico che tende alla convergenza» e consente la «elaborazione di regole che si adattano alle esigenze concrete di una realtà in perpetuo cambiamento» è stata evidenziata da G. Alpa, *L'arcadia del comparatista. Un saggio di storia e di metodo*, *ibid.*, XVIII.

²⁹⁸ Come invece opinato da M. Mazzamuto, *Contratti pubblici di diritto privato*, cit., 20, 59, 108-109, il quale ritiene auspicabile, a fronte del «vuoto privatistico della libertà negoziale» e del «nucleo irriducibile di garanzie pubblicistiche» che determinerebbe «una costante tensione ordinamentale verso la qualificazione pubblicistica di momenti significativi dello svolgimento del rapporto contrattuale», la prospettiva di «riconducere l'intera vicenda contrattuale nell'alveo pubblicistico» secondo il modello francese dei *contrats administratifs*.

²⁹⁹ Ben colta da A. Nervi, *Diritto dei contratti e disciplina dell'economia*, in *Riv. dir. comm.*, 2023, 329, il quale sottolinea come il contratto «del mercato» si configura sempre più «come un'operazione economica che

slancio di «progettualità a livello sistematico»³⁰⁰ che appare suscettibile di importanti ricadute in una rinnovata prospettiva unitaria e generale del sapere giuridico.

Il che sollecita, in ultima analisi, l'affinamento di un atteggiamento culturale non appropriativo e manipolativo³⁰¹ di istituti e armamentari concettuali altrui per fini conservativi/difensivi³⁰² dell'alterità/specialità del proprio statuto professionale e disciplinare, ma aperto e sensibile alle contaminazioni³⁰³, oltre che incli-

si svolge, e deve svolgersi, in conformità ad una logica superiore, che è quella del mercato di riferimento e delle logiche ivi dominanti».

³⁰⁰ *Ibid.*, 344-345.

³⁰¹ Come quello esibito nell'esemplare caso delle abusive occupazioni di immobili da parte delle amministrazioni pubbliche, che ha visto il diritto vivente (a cominciare da Cass., ss.uu., 28 febbraio 1983, n. 1464, in *Foro it.*, 1983, I, 626) inventare (così G. Morbidelli, *L'acquisizione sanante tra consulta, Strasburgo, Palazzo Spada, Palazzaccio: fine (o quasi) degli incidenti di percorso?*, in *Giur. cost.*, 2016, 2319) l'istituto dell'occupazione appropriativa facendo applicazione in una prospettiva invertita dell'art. 938 c.c.: «totale ribaltamento di prospettiva» che sarebbe stato giustificato «in base al rilievo che nel caso il conflitto nasce tra un soggetto privato, titolare di un interesse individuale, e un ente pubblico il quale ha comunque agito per soddisfare un interesse della comunità dei cittadini cui l'opera pubblica è destinata; e nella valutazione della coscienza collettiva, interpretata dall'ordinamento nel momento attuale, la comparazione degli interessi in conflitto vede perdente il primo e vincente il secondo» (come sostenuto anni dopo dall'estensore del citato *leading case*, F. Bile, *Interpretare e giudicare: tecnica e valori in tre vicende esemplari*, in *Giust. civ.*, 2011, II, 126, parlando appunto di un meccanismo che è risultato «opposto nei risultati, ma [...] identico nella struttura rispetto a quello dell'accessione disciplinato dal codice civile per quanto riguarda i rapporti fra privati»). Come notato a caldo, tra gli altri da R. Oriani, nella nota redazionale in *Foro it.*, 1983, I, 628, il giudizio di valore sotteso a tale spericolata operazione giudiziaria ha condotto «alla ratifica di quanto compiuto *contra legem* dalla p.a. (la quale potrebbe sentirsi pericolosamente autorizzata a non rispettare la legge, tanto vale il fatto compiuto)». Anche secondo A. Travi, *Poteri del giudice ordinario e garanzia del diritto di proprietà nelle occupazioni senza titolo della pubblica amministrazione, dopo la legge 27 ottobre 1988, n. 458*, in *Scritti per Mario Nigro*, 3, *Giustizia amministrativa e giustizia civile*, Milano, 1991, 708 e ss., la collocazione dell'accessione invertita su un piano di puro diritto sostanziale come istituto autosufficiente comporta seri problemi di compatibilità costituzionale nella misura in cui l'ordinamento finisce per privilegiare l'interesse dell'amministrazione pubblica che pure ha agito «in un quadro determinato dalla mancanza di un titolo e dalla violazione del principio di legalità». Sugli ulteriori problemi di dialogo tra formanti diversi dell'ordinamento, con riferimento specifico alla rinuncia abdicativa e alla possibilità della tutela risarcitoria in un contesto di pure preteso riallineamento del diritto interno alle coordinate costituzionali di un sistema multilivello (su cui da ultimo si veda Corte EDU, sez. I, 5 dicembre 2023, *Domenica Sorasio e altri c. Italia*, di cui si dà notizia nelle *News* n. 5 dell'11 gennaio 2024, a cura dell'Ufficio del massimario della Giustizia amministrativa), sia consentito rinviare a G.D. Comporti, *La strana parabola delle forme di tutela della proprietà immobiliare abusivamente occupata dalla pubblica amministrazione*, in *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzarolli*, a cura di F. Francario, M.A. Sandulli, Napoli, 2017, 199.

³⁰² L'accento è palesato da G. Clemente di San Luca, *Notazioni su potere amministrativo e 'attitudine negoziale'*, in *Liber amicorum per Marco D'Alberti*, Torino, 2022, 409, il quale evidenzia come il tema dei limiti dell'amministrazione consensuale finisce per avere ricadute «persino sul tema più generale della sopravvivenza del Diritto amministrativo come diritto speciale». Una efficace analisi della formazione per «separazione» (nell'esperienza continentale) del diritto amministrativo come diritto proprio dell'amministrazione, si deve a V. Cerulli Irelli, *Il diritto amministrativo e il codice civile*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2022, numero speciale, *Il contributo della Sapienza alle codificazioni*, 469 e ss., il quale evidenzia anche i fattori che alimentano un processo «dagli esiti ancora perplessi» che potrebbe condurre «ad un ribaltamento della posizione del diritto amministrativo negli affari di amministrazione [...]: da diritto comune ordinario di detti affari [...] a diritto derogatorio del diritto comune, che a detti rapporti si applicherebbe salve espresse disposizioni di legge in contrario» (*ibid.*, 478).

³⁰³ Richiamate sempre più spesso per rappresentare un quadro giuridico «vivificato e sottratto alla meccanica e piatta contrapposizione di leggi e istituzioni appartenenti a diverse tradizioni» (così B. Sordi, *Le strade della comparazione tra pubblico e privato*, cit., 11-12). Cfr. di recente almeno S. Cassese, *Diritto pubblico e dirit-*

ne a cogliere³⁰⁴ nel labirinto delle ibridazioni che caratterizza l'odierna fenomenologia socio-giuridica³⁰⁵ l'opportunità per la ricerca di nuove categorie capaci di riflettere la complessità del sistema e la razionalità intrinseca dei contesti e delle situazioni che connotano le dinamiche contrattuali intese ormai «come tassello di un più ampio contesto di riferimento»³⁰⁶.

to privato: gli incerti confini, in *Giornale di dir. amm.*, 2023, 433; G. Vettori, *Dovere di verità e pluralismo nel diritto civile*, in *Quad. fiorentini*, 2022, 473; A. di Majo, *Diritto civile e amministrativo, si contaminano a vicenda*, in *Eur. e dir. priv.*, 2021, 781, 789.

³⁰⁴ Cioè a vedere e immaginare «nello spazio e nel tempo sempre nuove connessioni tra unità e pluralità, tra esperienze e paradigmi di pluralismo giuridico», secondo l'invito di G. Cazzetta, *Pagina produttiva (Unità e pluralità: spazi e tempi del pluralismo giuridico moderno). Cinquant'anni di Quaderni fiorentini*, in *Quad. fiorentini*, 2021, 25.

³⁰⁵ P. Costa, *Il "pluralismo" politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, in *Quad. fiorentini*, 2021, 117-118.

³⁰⁶ A. Nervi, *Diritto dei contratti*, cit., 344.

La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi

Il nuovo principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale è analizzato nella più ampia prospettiva della rivisitazione di antichi paradigmi dei contratti pubblici, arrivando a prefigurare un assetto che, anche sul piano della tutela giurisdizionale, appare più in linea con le esigenze di certezza e affidabilità che caratterizzano la realizzazione delle commesse pubbliche.

The renegotiation of public procurement: a way to rethink old paradigms

The new principle of the preservation of contractual balance is analyzed in the broader perspective of the revisitation of ancient paradigms of public contracts, coming to prefigure a structure which, also in terms of jurisdictional protection, appears more in line with the needs of certainty and reliability that characterize the realization of public contracts.