

Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale: diritto alla negoziazione e prime applicazioni giurisprudenziali*

di Federica Miraglia

Data di pubblicazione: 27-5-2026

* Il presente approfondimento rappresenta una rielaborazione della tesina presentata nell'ambito della V Edizione (a.a. 2025/2026) del Master Universitario di II° livello Teoria e Management degli Appalti Pubblici (TEMAP) presso la Libera Università Maria Ss. Assunta (LUMSA): Responsabile Scientifico Prof. Avv. Angelo Rinella; Direttore Avv. Domenico Galli; Coordinatore Scientifico Avv. Adriano Cavina.

Abstract

Il presente elaborato esamina il carattere innovativo dell'introduzione del *principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, art. 9 D.lgs. 36/2023, nella peculiare materia della contrattualistica pubblica, con specifico riguardo al tema delle sopravvenienze incombenti nello iato temporale che intercorre tra la stipula del contratto e la sua esecuzione. Tali circostanze, incidendo sulle condizioni economiche, giuridiche e sociali originariamente pattuite, potrebbero compromettere – in tutto o in parte – l'attuazione dell'appalto, ovvero comportare una notevole alterazione dell'equilibrio sinallagmatico delle prestazioni gravanti su uno dei due contraenti.

In tale prospettiva, l'art. 9 si coordina, sul piano sistematico e funzionale, con le disposizioni in materia di *revisione dei prezzi*, art. 60 D.lgs. 36/2023, nonché di *modifica dei contratti in corso di esecuzione*, art. 120, D.lgs. 36/2023. Le richiamate previsioni, invero, confermano il mutamento di paradigma operato dal legislatore rispetto all'atavico principio di immodificabilità oggettiva del contratto, oggi recessivo rispetto all'esigenza di assicurare l'adempimento dei doveri di solidarietà economica e sociale e il perseguimento dell'interesse pubblico prevalente.

Sommario

[CAPITOLO I 3](#)

[L'IMPLOSIONE DEL RIEQUILIBRIO CONTRATTUALE. 3](#)

[I. I principi del nuovo Codice dei contratti pubblici: le novità legislative. 3](#)

[II. Art. 9, D.lgs. 36/2023 e coordinate generali: i suggerimenti della soft law. 6](#)

[III. La rilevanza del “tempo” nei rapporti di durata: la rinegoziazione nella dottrina civilistica. 9](#)

[IV. Art. 1467 c.c.: tra rimedi manutentivi e risolutori 13](#)

[V. Profili di criticità della previsione del principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale nella contrattualistica pubblica e il paradosso dell’assunzione volontaria del rischio. 15](#)

[VI. Il diritto alla rinegoziazione e i limiti alle trattative. 21](#)

[VII. Riserve e riequilibrio contrattuale: le difficoltà operative. 22](#)

[CAPITOLO II 24](#)

[L’INSTABILE EVOLUZIONE DELLA REVISIONE DEI PREZZI NEGLI APPALTI PUBBLICI 24](#)

[I. Brevi cenni storici: dall’originaria invariabilità alle prospettive attuali 24](#)

[II. Art. 60, D.lgs. 36/2023: inquadramento alla luce del decreto correttivo. 27](#)

[III. La compensazione nel periodo emergenziale e il Decreto Aiuti 31](#)

[IV. L’individuazione tormentata della giurisdizione competente. 33](#)

[CAPITOLO III 36](#)

[LA DISCIPLINA DELLE MODIFICHE CONTRATTUALI NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI 36](#)

[I. L’art. 120 D.lgs. 36/2023 tra tutela della concorrenza e salvaguardia del principio del risultato. 36](#)

[II. La definizione di “modifica ammissibile” e “modifica sostanziale”. 38](#)

[III. Il decreto correttivo e il nuovo comma 15-bis 41](#)

[IV. Le differenze tra le proposte migliorative e le varianti in corso d’opera. 43](#)

[V. Il quinto d’obbligo e le modifiche alla durata del contratto. 45](#)

[VI. Art. 120, comma 8, D.lgs. 36/2023: diritto e obbligo di rinegoziazione. 49](#)

[CONCLUSIONI 53](#)

[BIBLIOGRAFIA.. 55](#)

[RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI 58](#)

CAPITOLO I

L'IMPLOSIONE DEL RIEQUILIBRIO CONTRATTUALE

Sommario: I principi del nuovo Codice dei contratti pubblici: le novità legislative – Art. 9, D.lgs. 36/2023 e coordinate generali: i suggerimenti della *soft law* – La rilevanza del tempo nei rapporti di durata: la rinegoziazione nella dottrina civilistica – Art. 1467 c.c.: tra rimedi manutentivi e risolutori – Profili di criticità della previsione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nella contrattualistica pubblica e il paradosso dell'assunzione volontaria del rischio – Il diritto alla rinegoziazione e i limiti alle trattative – Riserve e riequilibrio contrattuale: le difficoltà operative

I.I principi del nuovo Codice dei contratti pubblici: le novità legislative

La qualificazione della disciplina dei contratti pubblici quale *materia tormentata*^[1] non è il frutto di una mera rappresentazione ricorrente, piuttosto riflette un dato oggettivo che segna, in maniera costante, l'evoluzione giuridica dell'ordinamento nazionale. Dalla legge Merloni, n. 109 del 1994, segnata dalla marcata impronta anti-corruttiva nel contesto post-Tangentopoli, alla legge c.d. Obiettivo, n. 443 del 2001, orientata alla semplificazione e accelerazione degli interventi infrastrutturali strategici, fino al D.lgs. 163/2006, il primo Codice dei contratti pubblici improntato alla prospettiva europea pro-concorrenziale, ed al successivo D.lgs. 50/2016, nel quale si concentra in capo ad ANAC la funzione di prevenzione corruttiva e di regolazione e vigilanza dei mercati.

Si delinea, dunque, un percorso normativo caratterizzato dalla costante ricerca di un equilibrio tra l'esigenza di celerità ed efficienza e le garanzie di legalità e correttezza, in un quadro regolatorio in costante evoluzione^[2].

Il D.lgs. 36/2023, il c.d. *Terzo Codice*, pertanto, si inserisce quale ulteriore approdo di tale processo evolutivo della disciplina dei contratti pubblici nel singolare contesto segnato dall'attuazione del PNRR, dalla fase post-pandemica e dalle persistenti tensioni belliche in Europa ed ai suoi confini^[3].

Esso si connota precipuamente come il *Codice dei principi e del risultato* (art. 1), del Titolo I della Parte I del Libro I^[4], cifra distintiva del nuovo assetto normativo, in cui, senza sovrapporsi, si affiancano i paradigmi della *fiducia* (art. 2) e dell'*accesso al mercato* (art. 3). Tali categorie, al vertice di un articolato "*albero dei principi*", costituiscono l'asse portante su cui il legislatore ha inteso fondare il rinnovato regime della contrattualistica pubblica^[5]. Ad assumere rilievo, peraltro, non è il contenuto del principio *ex se*, quanto la sua sistematizzazione in apertura al Codice di settore, vero e proprio riflesso di un "plusvalore giuridico"^[6].

Tra i primi dodici articoli del c.d. Terzo Codice, viene positivizzato per la prima volta il “*Principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale*” (art. 9), una norma dalla portata innovativa, collegata, *prima facie*, al fondamentale principio di risultato, stella polare della contrattualistica pubblica, ed alle disposizioni in tema di revisione dei prezzi (art. 60) e modifica dei contratti in corso di esecuzione (art. 120)[\[7\]](#). L’art. 9 ha il merito di aver introdotto nella normativa di settore il rimedio manutentivo della rinegoziazione, fino ad ora mai elevato a principio generale nella fase esecutiva dei contratti pubblici.

L’esigenza di conservare l’originario equilibrio sinallagmatico, difatti, risulta immanente a qualunque relazione giuridica che, per natura, si espone ai mutamenti del tempo ed al sopraggiungere di sopravvenienze[\[8\]](#).

In tale prospettiva, il legislatore dell’Unione Europea era già intervenuto con la direttiva 2014/24/UE (cfr. Considerando nn. 107, 109)[\[9\]](#), prevedendo che, al fine di garantire la continuità e l’efficacia del rapporto contrattuale alterato da eventi esterni ed imprevedibili, le amministrazioni aggiudicatrici avrebbero dovuto adottare comportamenti improntati a ragionevole flessibilità. Tale disposizione, invero, consente di procedere all’adeguamento del contratto alle nuove circostanze, *senza ricorrere ad una nuova procedura di appalto*[\[10\]](#).

Facendo seguito a tale nuovo approccio, anche nella giurisprudenza nazionale si è lentamente registrato un cambiamento prospettico, partendo dal presupposto secondo cui “*la razionalità limitata dei contraenti non è da sola in grado di prevedere e controllare il futuro indomabile delle prestazioni di durata*”[\[11\]](#).

Anche nella disciplina pubblicistica previgente, tuttavia, erano rinvenibili dei meccanismi manutentivi, quali la revisione dei prezzi ex art. 106, D.lgs. 50/2016 o lo strumento delle varianti in corso d’opera, seppur inquadrati come derogatori rispetto alla disciplina generale e potenzialmente lesivi della *par condicio competitorum*.

Medesimo approccio nel diritto civile, in cui la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c. testimonia un vero e proprio *favor* legislativo alla caducazione del rapporto esistente in luogo delle ulteriori soluzioni di adattabilità pensate per i contratti di appalto, affitto o subfornitura[\[12\]](#).

L’inserimento dell’art. 9 nel Codice di settore, pertanto, riflette un’inversione di tendenza condivisa, volta a confermare l’intangibilità dei nuovi interessi di flessibilità e adattamento del contratto alle reciproche esigenze dei contraenti. Questi ultimi, difatti, al fine di garantire la manutenzione del vincolo, potranno far valere il proprio diritto al ripristino dell’alterato sinallagma, invocando valori immanenti al sistema, in assenza dei quali, gli interessi su cui lo stesso contratto si fonda finirebbero per essere compromessi[\[13\]](#).

A comprova di tale indirizzo, si colloca la Relazione monotematica di giurisprudenza dell’Ufficio del Massimario di Giustizia Amministrativa, la quale riconosce la possibilità di applicare - in via interpretativa – il principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale anche a fattispecie disciplinate dalla normativa codicistica previgente, giungendo sino a consentire una deroga al criterio temporale “*tempus regit actum*”[\[14\]](#).

II.Art. 9, D.lgs. 36/2023 e coordinate generali: i suggerimenti della *soft law*

L'art. 9 del Terzo Codice dei contratti pubblici inserisce una disciplina puntuale recante la tematica delle sopravvenienze straordinarie ed imprevedibili, le quali, qualora dovessero insorgere durante l'esecuzione del rapporto contrattuale, finirebbero per determinare una notevole alterazione del sinallagma o, nei casi più gravi, il venir meno dell'interesse creditorio a ricevere – in tutto o in parte – la prestazione[15]. Le *radici* giuridiche della nuova norma trovano ispirazione dalle clausole di *hardship* tipiche del diritto internazionale, le quali disciplinano la rinegoziazione dei contenuti contrattuali nei casi di ingiustificato disallineamento tra le reciproche prestazioni originarie[16]. Si rimanda, in tal senso, agli strumenti manutentivi adottati oltre confine, richiamando i Principi Unidroit (art. 6.2.3), i Principi della Commissione Lando (art. 6.11), il Codice europeo dei contratti (art. 157), i quali inquadrano espressamente la *hardship* quale presupposto che legittima il soggetto svantaggiato a sollecitare la rinegoziazione[17].

Un precedente in tal senso è rappresentato dalla legislazione francese che, avendo introdotto la c.d. teoria dell'*imprevision* all'art. 1955 del *code civil*, già dal 2016 si muove nella direzione recentemente tracciata dal legislatore italiano[18]. Del medesimo avviso, anche la Germania che, con la riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti nel 2002, ha introdotto il 313 BGB, recante disposizioni in materia di adeguamento contrattuale (*Vertragsanpassung*).

Prima di procedere all'individuazione dei caratteri generali dell'art. 9 – precipitato delle clausole di *hardship* di cui sopra – occorre muovere dall'inquadramento della nozione generale di equilibrio contrattuale, quale fine ultimo verso cui la stessa rinegoziazione tende[19]. Esso può dirsi l'equo bilanciamento dei diritti e degli obblighi ricadenti sulle parti che, considerata la specialità della materia trattata, divengono coincidenti solo in parte. Da un lato, invero, si pone la realizzazione di un interesse pubblico attraverso il perseguimento del risultato da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, dall'altro, invece, si individuano gli scopi lucrativi, necessariamente dipendenti dalla conservazione del vincolo per il recupero economico degli investimenti effettuati dall'operatore privato[20].

Tanto premesso, l'art. 9 si costituisce di cinque commi, volti ad introdurre un vero e proprio diritto alla rinegoziazione del contratto pubblico.

Più nel dettaglio, il primo comma individua i presupposti al ricorrere dei quali, in capo al soggetto economico pregiudicato dalla sopravvenienza (c.d. parte svantaggiata), insorge il diritto di rinegoziare i contenuti del contratto esistente. È necessario, dunque, che si verifichi dapprima un evento straordinario ed imprevedibile. Si rammenti, in tal senso, che la straordinarietà ha natura oggettiva, poiché correlata all'analisi della frequenza statistica degli accadimenti, o alla dimensione e/o intensità degli stessi; viceversa, l'imprevedibilità si riconduce alla c.d. *fenomenologia della conoscenza* e, in quanto tale, necessita di parametri valutativi di carattere soggettivo[21].

In secondo luogo, è richiesto che la sopravvenienza *de qua* ecceda la naturale alea del

contratto, vale a dire che sia estranea al rischio di mercato e non rientri nelle ordinarie fluttuazioni economiche. Difatti, non rilevano in questa sede non solo i pregiudizi derivanti dai naturali cicli economici (es. fasi di contrazione fisiologica dell'economia), quanto anche gli eventi che, per prassi, tendono con una certa frequenza a verificarsi durante la vita dell'appalto[22].

La straordinarietà dell'alea, non essendo definita attraverso una soglia minima, dovrebbe successivamente essere valutata in modo puntuale, facendo riferimento alla peculiarità del caso concreto e tenendo in considerazione l'oggetto del contratto.

Affinché la fattispecie giuridicamente rilevante possa dirsi compiutamente integrata, l'evento sopravvenuto deve aver prodotto effetti tali da sovvertire sensibilmente l'originario equilibrio del rapporto. Ciò in ragione del fatto che il fine verso cui la stessa norma tende è quello di garantire un equo bilanciamento tra le prestazioni reciproche e i contestuali doveri di solidarietà economico-sociale. Diversamente, infatti, non sussisterebbe alcun sacrificio sproporzionato a carico di una o dell'altra parte coinvolta, poiché i pregiudizi di che trattasi verrebbero comunque ricondotti alla natura stessa del rapporto[23]. Solo al verificarsi di tali circostanze, dunque, può riconoscersi il c.d. *shock esogeno*.

Ad ogni modo, la rinegoziazione del contratto non deve modificare la sostanza economica dello stesso, pena l'elusione della *par condicio competitorum*, così come disposto al comma secondo dell'art. 9, più dettagliatamente approfondito al successivo III Capitolo.

Difatti, qualora il contratto oggetto della procedura di gara e quello materialmente eseguito non fossero più coincidenti in forza di un intervento esageratamente incisivo, verrebbe meno il confronto paritario tra gli operatori economici e si configurerebbe l'ipotesi illegittima di affidamento diretto.

Proseguendo nell'analisi della disposizione, il legislatore ha previsto non solo la possibilità in capo alla parte svantaggiata di richiedere la riduzione del corrispettivo, nei casi di parziale inutilità della prestazione (art. 9, comma 3), quanto un invito alle stazioni appaltanti di favorire l'inserimento nel contratto di *clausole di rinegoziazione* (art. 9, comma 4). In accordo con tali assunti, dunque, è evidente il *favor* del legislatore per l'inserimento *ex ante* di clausole elastiche, volte a garantire compiuta attuazione allo *ius variandi* e ad incentivare l'avvio delle trattative nel rispetto del contraddittorio tra le parti[24].

Qualora le risorse non dovessero essere sufficienti al ripristino del sinallagma originario, così come disposto al quinto comma dell'art. 9, si prevede un espresso rimando ai rimedi della revisione dei prezzi e delle modifiche ai contratti in corso di esecuzione, incidendo, così, su aspetti differenti del rapporto negoziale.

In ultimo, è opportuno evidenziare che, affinché l'art. 9 possa realmente tradursi in un precetto applicabile da parte – soprattutto – delle amministrazioni aggiudicatrici, queste dovranno dapprima attivarsi per colmare e definire il significato delle clausole ivi contenute.

Rilevano, in primo luogo, le locuzioni di ampia portata adottate dal legislatore, quali, come già

accennato, “circostanze straordinarie ed imprevedibili”, o ancora “parte svantaggiata”, non risultando – con specifico riferimento a quest’ultima – affatto pacifico che essa sia da intendersi come limitata esclusivamente all’operatore economico. È, invero, noto come la stazione appaltante, mediante la stipula di un contratto pubblico e l’impiego di risorse provenienti dai finanziatori o dalla collettività, assuma il rischio della mancata realizzazione dell’opera in presenza di eventi straordinari sopravvenuti, con conseguente soccombenza degli interessi pubblici sottesi.

III. La rilevanza del “tempo” nei rapporti di durata: la rinegoziazione nella dottrina civilistica

Il tema della rinegoziazione contrattuale, pur connotandosi di indubbia novità nell’ambito della contrattualistica pubblica, si inserisce in un dibattito da tempo consolidato nella dogmatica civilistica, incentrato sulla materia delle sopravvenienze nei contratti di durata. Tali rapporti, per natura esposti alla mutevolezza del cambiamento, difatti, al sopraggiungere di eventi straordinari ed imprevedibili, potrebbero divenire inadatti alla realizzazione dell’interesse ad essi sotteso, ovvero non più corrispondenti ai parametri di costo assunti a base della determinazione dei corrispettivi[25].

Occorre muovere dal presupposto che nessuna disposizione presente nell’ordinamento civilistico vigente positivizzi un vero e proprio diritto alla rinegoziazione del contratto, né riconosca in capo al soggetto pregiudicato un interesse meritevole di tutela alla prosecuzione del rapporto qualora venga ripristinato l’originario equilibrio sinallagmatico. Tale impostazione trae giustificazione dal contesto culturale e sistematico in cui era stato emanato il Codice civile, connotato da una concezione del contratto prevalentemente intesa, sul piano funzionale, come strumento di acquisto della proprietà (art. 922 c.c.) e, su quello strutturale, quale fonte di obbligazioni (art. 1173 c.c.).

In tale contesto, l’intervento legislativo appare coerentemente modellato sul contratto permutativo, assunto come paradigma di riferimento, rispetto al quale il sopraggiungere di un evento inatteso comporta una conseguente alterazione dell’equilibrio dello scambio, rendendo economicamente insostenibile la prestazione ed irrazionale l’accettazione della controprestazione, oramai avulsa da ogni logica di mercato[26].

Premesso quanto sopra, è verosimile che anche i rapporti tra privati siano fortemente compromessi dagli eventi pandemici e bellici degli ultimi periodi, costringendo, dunque, il legislatore ad adottare strumenti differenti da quelli riconducibili al brocardo latino “*pacta sunt servanda*”[27].

In tal modo, il tradizionale limite imposto alla rilevanza delle sopravvenienze si attenua progressivamente in funzione del più elastico principio “*rebus sic stantibus*”, indubbiamente più idoneo a riconoscere rilevanza giuridica agli eventi intervenuti successivamente alla formazione del vincolo contrattuale, ancorché suscettibili di incidere negativamente sul suo equilibrio originario[28].

Per quanto concerne, dunque, le soluzioni elaborate dalla dottrina civilistica in materia di gestione delle sopravvenienze, occorre dapprima richiamare la disciplina della *risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, di cui all'art. 1463 c.c., nonché quella di *risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta* ex art. 1467 c.c., oggetto di un più ampio approfondimento nel successivo paragrafo.

Con riguardo a tale ultima disposizione, può sin d'ora osservarsi come essa accordi – in via prioritaria – al contraente svantaggiato un rimedio di natura estintiva del rapporto obbligatorio[29], rimettendo la possibilità di conservare il vincolo, mediante *reductio ad aequitatem*, all'iniziativa della controparte[30]. Ne consegue che l'alternativa alla risoluzione risulti paradossalmente subordinata alla disponibilità esclusiva del soggetto che, a fronte del mutato assetto economico, beneficia dell'accresciuta onerosità gravante sull'altra parte, alla quale, invece, è riconosciuta la sola facoltà di attivare il rimedio ablativo[31].

Analogo approccio è rinvenibile nell'art. 1664 c.c., specificatamente riferito al contratto di appalto, il quale, tuttavia, tra i propri presupposti applicativi non prevede il verificarsi di un evento al contempo “straordinario” ed “imprevedibile”, essendo sufficiente la sola imprevedibilità. Ciò in quanto, nel contratto di appalto, è espressamente ammessa la possibilità di procedere alla revisione dei prezzi a fronte di variazioni, in aumento o in diminuzione, eccedenti la soglia del 10% del prezzo complessivamente pattuito, con la conseguenza che oscillazioni inferiori a tale limite siano riconducibili alla normale alea gravante sull'appaltatore.

Proseguendo in tale direzione, ulteriori ipotesi civilistiche di gestione delle sopravvenienze possono, in qualche misura, rinvenirsi nei meccanismi adeguatori del contratto nei casi di errori di calcolo, riduzione della controprestazione per sopravvenuta impossibilità parziale, riduzione del prezzo nella vendita di cosa affetta da vizi, ecc.

Tuttavia, tali strumenti non risultano idonei a fondare l'introduzione di un vero e proprio obbligo generalizzato di rinegoziazione nell'ordinamento vigente, neppure nell'ambito dei rapporti privatistici, nei quali le parti si collocano su un piano di perfetta parità, in assenza dei condizionamenti propri della disciplina pubblica o dei vincoli economico-finanziari naturalmente gravanti sulle pubbliche amministrazioni[32].

Ad ogni modo, un tentativo di introdurre il principio in parola all'interno della dottrina civilistica è stato fatto, ad esempio, attraverso il d.d.l. n. 1151/2019, recante “Delega al Governo per la revisione del Codice civile”, con cui si tentò di prevedere *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*[33].

Nonostante l'iter approvativo del citato disegno di legge non andò a buon fine, parte della dottrina e della giurisprudenza, in tempi più recenti, anche alla luce degli eventi pandemici verificatisi, hanno positivamente accolto l'esistenza di un generale obbligo di rinegoziazione dei contratti. Pertanto, quest'ultimo non può che definirsi una vera e propria “costruzione

scientifica”, seppur radicato ai principi del diritto civile ed ai principi costituzionali di proporzionalità e solidarietà, consolidati nella giurisprudenza delle principali Corti[34].

L’obbligo di rinegoziare, dunque, si erge primariamente sulla correttezza e la buona fede di cui all’art. 1375 c.c., quali dirette estrinsecazioni dei valori costituzionali di cui all’art. 2 Cost.

Essendo la legge fonte di integrazione del contratto, ex art. 1374 c.c., ne consegue che la clausola di buona fede non possa che dirsi, a propria volta, elemento integrativo del contratto pubblico, chiamata a salvaguardare il generale principio di *neminem laedere*, nei limiti in cui tali attività accessorie non comportino un esagerato sacrificio a carico di uno dei due contraenti[35].

Alla luce di quanto sopra, quindi, occorre verificare in che termini la dottrina civilistica abbia influenzato la contrattualistica pubblica, posto che una rigida trasposizione delle regole del diritto privato nella fase esecutiva del contratto di appalto non appaia comunque la soluzione auspicabile.

L’atavica concezione secondo cui l’avvenuta aggiudicazione del contratto sia lo spartiacque tra la materia del diritto amministrativo e quella del diritto civile può dirsi, invero, superata[36]. Al contrario, la fase dell’esecuzione appare indissolubilmente connessa a quella di scelta del contraente, non potendo più definirsi, in accordo al Consiglio di Stato, “*terra di nessuno*”[37].

Ne costituisce prova il fatto che le eventuali modifiche contrattuali, in ossequio alle previsioni di cui al c.d. Terzo Codice dei contratti pubblici, richiedano pur sempre l’assolvimento di oneri di comunicazione e trasmissione all’ANAC da parte del RUP, al fine di consentire a quest’ultima di esercitare correttamente i propri poteri sanzionatori e di controllo, ex art. 222[38].

Pertanto, appare più corretto riferirsi ad una commistione di discipline, poste tra loro in un rapporto di *genus a species*, con le conseguenze derivanti in termini di prevalenza della normativa di diritto pubblico su quella del diritto civile nel settore di pertinenza[39].

Al fine di riequilibrare lo sbilanciamento di interessi nel contratto di appalto, dunque, le disposizioni civilistiche trovano la loro ragion d’essere nell’art. 12, lett. b) del D.lgs. 36/2023, nella misura in cui non ricorrano primariamente altri strumenti già previsti dal Codice di settore (ex art. 120, D.lgs. 36/2023)[40]. Solo in via residuale, troveranno applicazione le previsioni del diritto privato, concernenti responsabilità, errori, lacune o insufficienze progettuali, sempre nel rispetto dei principi generali di buona fede e correttezza, centrali all’intero ordinamento giuridico[41].

IV.Art. 1467 c.c.: tra rimedi manutentivi e risolutori

Lo stravolgimento del nesso di corrispondenza tra le prestazioni oggetto del contratto per effetto di condizionamenti esogeni trova “*la sua tradizionale stanza di compensazione sistemica*” nella risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, ex art. 1467 c.c.[42].

Ciononostante, la soluzione proposta dal citato disposto normativo suggerisce di affidare la manutenzione del rapporto giuridico vigente all'eventuale e congiunta volontà dei contraenti di addivenire ad una c.d. *reductio ad aequitatem*, ancorché la sola parte creditrice – seppur non prevalentemente lesa dagli eventi – si apra a tale opzione[43].

Il rimedio caducatorio offerto dalla norma, difatti, riflette perfettamente l'approccio codicistico, proiettato a ritenere la figura debitrice tenuta a corrispondere la prestazione contrattualmente assunta sino ai limiti dell'impossibilità, escludendo così da tale sforzo le sole evenienze di carattere *straordinario ed imprevedibile*[44].

Invero, il rischio rientrante nell'alea ordinaria si pone a carico della parte svantaggiata che, sottoscrivendo l'accordo, ha consapevolmente accettato l'evenienza di un contratto meno proficuo del previsto[45].

Il timore delle sopravvenienze, pertanto, si interseca con il principio di sopportazione del rischio di gestione, in forza del quale, addossare sulla rispettiva controparte i rischi riconducibili ad errori di valutazione dell'economia e del mercato non sarebbe coerente ai parametri di buona fede e correttezza[46]. Per tali motivi, non è possibile concepire lo strumento del ricorso al giudice per porre rimedio ad un "cattivo affare", d'altro canto, qualora si oltrepassasse l'alea ordinaria, con conseguente pregiudizio su entrambi i contraenti, lo strumento revisionale assumerebbe il carattere di regola generale[47].

La soluzione approntata dall'art. 1467 c.c. non appare, allora, pienamente soddisfacente. La norma *de qua*, difatti, si rivela talora disallineata rispetto ad interessi concreti delle parti, più frequentemente orientate non già alla demolizione del vincolo contrattuale, bensì alla sua conservazione. Inoltre, la rigidità del rimedio caducatorio previsto si rivela inadeguata a governare quelle fattispecie in cui la sopravvenienza non si traduce in un vero e proprio sovvertimento delle originarie condizioni contrattuali - seppur incisiva sull'equilibrio sinallagmatico del rapporto – ma richieda l'individuazione di strumenti correttivi di tipo manutentivo (e non, quindi, ablativo)[48].

Un punto di rottura significativo rispetto all'approccio tenuto dalla dottrina civilistica si rinviene nel d.l. n. 18/2020, recante "*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19*". Il decreto in parola, invero, si mostra più incline alla manutenzione del rapporto in luogo della sua dissoluzione, autorizzando, nel caso di specie, il debitore della prestazione divenuta impossibile[49] a scegliere se garantire al creditore insoddisfatto il rimborso di quanto già versato ovvero l'emissione di un voucher di valore identico all'importo speso.

Il tentativo di preservare il rapporto contrattuale, pur a fronte dell'alterazione del sinallagma per cause non imputabili ai contraenti, però, non deriva esclusivamente dalla legislazione emergenziale, bensì lo si rinviene anche nelle ricostruzioni dottrinali che hanno inteso leggere l'impossibilità sopravvenuta della prestazione quale compromissione della funzione economico-sociale, tipica del bene oggetto del contratto. In questo senso, paradigmatico appare il riferimento alle locazioni ad uso commerciale. In tali contesti, infatti, la situazione

pandemica e la normativa restrittiva conseguente non hanno determinato, in senso tecnico, una impossibilità sopravvenuta della prestazione del locatore. Quest'ultimo, infatti, ad ogni modo, ha continuato a porre il bene nella disponibilità del conduttore che, nonostante ciò, non ha potuto, per cause a lui non imputabili, conseguire l'utilità funzionale del bene medesimo, ossia goderne secondo la destinazione economica pattuita originariamente. L'impossibilità di utilizzare l'immobile non appare, quindi, riconducibile ad un vizio o una carenza intrinseca del bene oggetto del contratto, piuttosto si riconduce al sopraggiungere di incisivi divieti legali esterni, posto che al conduttore sarebbe stato comunque precluso l'esercizio dell'attività, anche qualora essa si fosse svolta in un altro locale[50].

Alla luce di quanto sopra, dunque, è pacifico comprendere la difficoltà di ipotizzare la cessazione del pagamento del canone da parte del conduttore, a fronte di un bene che ad ogni modo permane nella sua disponibilità, ovvero la risoluzione di un contratto, giustificata da una causa di momentanea impossibilità di realizzazione del suo oggetto.

Sulla scorta dell'esempio portato all'attenzione, occorre altresì considerare che l'obbligazione pecuniaria – quale la corresponsione di un canone – segue il brocardo latino “*genus numquam perit*”, restando, a tutti gli effetti, “*un baluardo pressoché invalicabile per l'impossibilità sopravvenuta*”[51].

L'inadeguatezza della prevalenza di rimedi caducatori nella dottrina civilistica, dunque, ignora le ragioni del mercato e dell'impresa che, al contrario, ricercano nel contratto uno strumento di pianificazione ed esercizio proprio dell'attività economica[52].

L'inversione prospettica sollecitata dall'evoluzione delle correnti giuridiche e dalle forme di aggregazione economica ha avuto, quale immediato precipitato, la rivalutazione della dimensione razionale del negozio giuridico e, contemporaneamente, del fattore temporale nello svolgimento del rapporto.

Con specifico riguardo ai contratti di durata, tale approdo teorico si è tradotto nel riconoscimento del “tempo” come elemento essenziale della causa, destinato ad incidere strutturalmente sull'assento degli interessi programmato dalle parti.

Al suo decorrere, invero, non può che corrispondere, sul piano economico, proprio il soddisfacimento continuativo degli interessi sottesi al contatto medesimo[53].

V.Profili di criticità della previsione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nella contrattualistica pubblica e il paradosso dell'assunzione volontaria del rischio

I temi finora analizzati nell'ambito della dottrina civilistica pare riescano a collocarsi, almeno *prima facie*, in una cornice di maggiore certezza e definizione nella contrattualistica pubblica, ove, attraverso l'art. 9, è stato espressamente positivizzato il dovere delle parti alla rinegoziazione del contratto e, attraverso l'art. 120, comma 8 (di cui si dirà più

approfonditamente nel III Capitolo), il potere giudiziale di modifica, nei casi di mancato raggiungimento dell'accordo[54].

Pertanto, “anziché dalla porta ampia e solenne (come sarebbe stata quella del Codice civile) il diritto entra nell'ordinamento legislativo da una finestra un po' precaria, con espresso riferimento ad una materia, quella dei contratti pubblici, nella quale non si riteneva esso avesse cittadinanza”[55].

Alla luce di quanto sopra, pare eccessivo escludere sin d'ora che la rinegoziazione possa svilupparsi dapprima nel settore degli appalti pubblici, per essere successivamente recepita nel diritto civile, così come peraltro accaduto già in materia di revisione dei prezzi[56].

Ad ogni modo, anche con specifico riguardo al diritto amministrativo, l'analisi dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale evidenzia una persistente restrizione dell'ordinamento nei confronti delle modifiche al contratto in corso di esecuzione. Ciò in ragione della preminente necessità di tutelare dapprima la concorrenza, la *par condicio competitorum* e i principi dell'evidenza pubblica[57].

Eppure, l'inserimento dell'art. 9 nel Codice di settore ha inciso in senso innovativo sulla precedente impostazione, configurando un vero e proprio diritto alla rinegoziazione del contratto al ricorrere delle circostanze ivi previste, qualora la c.d. parte svantaggiata non abbia volontariamente assunto il rischio idoneo a determinare il sovvertimento dell'originario sinallagma[58].

In tale contesto, appare doveroso interrogarsi preliminarmente sull'effettiva sussistenza di uno spazio per la rinegoziazione contrattuale distinto dagli istituti della revisione prezzi e delle modifiche in corso di esecuzione, ovvero se – al contrario – la sua previsione all'interno del nuovo Codice sia una mera sintesi dei primi due.

La questione assume particolare attualità in ragione dell'essenza di un espresso riferimento al principio *de quo* nella legge delega. Quest'ultima, invero, contempla esclusivamente il regime obbligatorio di revisione dei prezzi, al verificarsi delle circostanze previste all'art. 2, lett. g, nonché le varianti in corso d'opera, con la conseguente limitazione della modifica contrattuale alla sola fase esecutiva, entro i confini delineati dall'ordinamento giuridico comunitario.

Analogamente, la Direttiva europea individua le condizioni al ricorrere delle quali sia consentita una modifica contrattuale senza dover indire una nuova procedura di gara, con contestuale possibilità (non obbligo) di inserire le clausole revisionali nei documenti della *lex specialis*.

Ne deriva che, in difetto di un'espressa previsione tanto nella Direttiva europea, quanto nella legge delega, siano state sollevate eccezioni in ordine alla legittimità della modifica al contratto proprio all'interno della disciplina pubblicistica[59].

Al fine di affrontare la questione con maggiore consapevolezza, dunque, occorre muovere dalla collocazione dell'art. 9 nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Tale disposizione, infatti, inserita tra i primi dodici articoli, dedicati ai principi generali, si considera corollario dell'art. 1,

norma volta al perseguimento del risultato, per di più criterio ispiratore dell'intera materia e del pubblico interesse sotteso[60].

Per tali ragioni, è corretto ritenere che il principio citato operi tanto nella fase di costituzione dell'accordo, tanto in quella dell'esecuzione, sostanziandosi – per un verso – come individuazione del miglior offerente – per l'altro – come la realizzazione dell'oggetto contrattuale, nel rispetto dei modi e dei tempi previsti[61].

L'operatore economico, pertanto, ancorché sottoposto al controllo della pubblica amministrazione, svolge un'attività imprenditoriale che tiene conto non solo del cronoprogramma e della normativa vigente, ma anche del mantenimento di un equilibrio economico oltre l'alea fisiologica dell'impresa.

Allora, il perseguimento del risultato presuppone necessariamente condizioni atte a promuovere la sostenibilità dell'esecuzione, tale che l'assenza di uno ostacolerebbe la configurabilità dell'altra.

Anche questo principio non risulta espressamente menzionato nella legge delega, tuttavia è pacificamente riconosciuto quale cardine del diritto amministrativo e diretto precipitato del principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione[62].

Quest'ultima, invero, *longa manus* dello Stato, agisce al servizio della collettività nella realizzazione di interessi di rilievo sociale e orienta la propria azione al rispetto dei valori che ne compongono l'attività, non già alla mera applicazione delle disposizioni legislative, intese come astratte costruzioni scientifiche.

Sulla base di tale assunto, la questione insorta sulla presunta illegittimità del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale per la mancata menzione nella legge delega, pare priva di pregio, poiché i principi del Codice sono da ritenersi immanenti alla dottrina di settore[63].

Considerato quanto sin qui esposto, la disciplina dell'art. 9 nella materia amministrativa appare, comunque, più articolata rispetto a quella civilistica, in ragione del fatto che nella contrattazione pubblica i contraenti non sono completamente liberi di determinare i propri interessi. Al fine di addivenire all'aggiudicazione di un contratto, difatti, la stazione appaltante è tenuta ad attuare le regole dell'evidenza pubblica, confrontando più offerte, predisponendo la *lex specialis* di gara e ponendo in condizione di assoluta parità i soggetti partecipanti.

Ogni modifica al contratto, perciò, potrebbe incidere, almeno in astratto, sulla rigidità del sistema, ledendo gli interessi legittimi dei terzi che avevano partecipato ad una procedura di gara indetta a condizioni differenti rispetto a quelle prospettate nel momento dell'esecuzione[64].

Un ulteriore profilo critico dell'art. 9 risiede nel primo comma, con cui si dispone che “*la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali*”.

Ciò implica, quindi, che sia preclusa la possibilità di rinegoziare al soggetto che abbia accettato il rischio di eventuali variazioni economiche o operative nel corso della fase esecutiva del contratto[65].

Tale inciso desta perplessità in considerazione della singolarità del sistema amministrativo in cui, a differenza del diritto privato, il contratto è generalmente sbilanciato a favore della pubblica amministrazione. L'operatore economico, dunque, si trova spesso tenuto a dover accettare regole di gara imposte, potendo soltanto scegliere tra rinunciare al contratto o aderire "volontariamente" ad una sorta di rinuncia preventiva a qualsiasi futura rinegoziazione.

In questo senso, allora, l'assunzione del rischio appare di fatto imposta dalla necessità, seppur formalmente "volontaria".

Se nella prassi commerciale privata, però, tale rinuncia non desta particolare perplessità, nel contesto della contrattualistica pubblica assume connotati più problematici, sollevando questioni interpretative di rilievo.

Il tema attinente alla validità delle clausole di esclusione dell'*hardship* si colloca, difatti, in una zona di intersezione tra il principio di autonomia contrattuale e i limiti inderogabili posti dall'ordinamento, tra i quali assume ruolo centrale l'art. 1229 c.c.. Alla luce di tale disposizione, qualora le sopravvenienze contrattuali siano direttamente imputabili alla responsabilità del committente pubblico, le clausole con cui l'appaltatore rinunci preventivamente alla rinegoziazione devono ritenersi nulle, nella misura in cui siano strutturate in modo tale da escludere o circoscrivere la responsabilità della stazione appaltante per comportamenti caratterizzati da colpa grave o dolo[66].

Diversamente, qualora le clausole siano tese a limitare l'obbligo di rinegoziazione in presenza di eventi sopravvenuti imprevedibili e non imputabili ad alcuna delle parti, la giurisprudenza ne ha generalmente affermato la validità, sull'assunto che esse non determinino una trasformazione del contratto in un negozio aleatorio.

Tali pattuizioni, invero, non incidono sulla struttura causale del rapporto, bensì si limitano ad operare una preventiva allocazione del rischio, conforme ai principi di autonomia negoziale[67].

Pertanto, si traccia con chiarezza la natura intrinsecamente ambivalente delle clausole di esclusione della rinegoziazione: da un lato, esse sono suscettibili di essere dichiarate nulle qualora risultino preordinate ad eludere la responsabilità della controparte, nei casi di condotte caratterizzate da colpa grave o dolo, dall'altro, devono ritenersi valide nella misura in cui siano volte solamente ad escludere la rinegoziazione in presenza di sopravvenienze non imputabili ad alcuna delle parti.

Tuttavia, si pone un problema rilevante di tutela dell'equilibrio contrattuale, ove si consideri che l'assunzione volontaria del rischio, pur entro i limiti della sua astratta validità, potrebbe concretamente tradursi in una condizione imposta piuttosto che in una manifestazione di effettiva libertà imprenditoriale. Ciò in quanto la pubblica amministrazione potrebbe

sistematicamente ricorrere all'inserimento di clausole di rinuncia preventiva alla rinegoziazione, tanto in corso di predisposizione della *lex specialis* di gara, quanto successivamente, in occasione della prima istanza di adeguamento dello schema contrattuale.

Un siffatto *modus operandi* risulterebbe idoneo a compromettere l'effettività del principio stesso e, dunque, a svuotare di contenuto la portata innovativa del diritto di rinegoziazione, finendo per vincolare gli operatori economici a condizioni contrattuali potenzialmente insostenibili[68].

In tal modo, il soggetto privato verrebbe a trovarsi sprovvisto di strumenti idonei a sollecitare un adeguamento del sinallagma e, in ultima istanza, vincolato ad un rapporto contrattuale divenuto eccessivamente oneroso, senza possibilità di ulteriore revisione[69].

Sotto tale profilo, le citate clausole potrebbero integrare una forma di abuso di supremazia da parte della stazione appaltante, ponendosi in contrasto con i principi di proporzionalità, di buona fede[70] e correttezza (ex artt. 1175 e 1375 c.c.)[71] e di risultato stesso.

Tale conclusione non può neppure essere smentita alla luce dell'art. 9, comma 4, il quale impone espressamente alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di favorire l'inserimento nei contratti di clausole di rinegoziazione[72], con specifico riguardo a quei rapporti che, per durata, contesto economico o ulteriori circostanze, risultino maggiormente esposti al rischio di sopravvenienze[73].

In conclusione, l'inciso contenuto nell'art. 9 del D.lgs. 36/2023 rischia di non garantire un'adeguata tutela degli operatori economici, aprendosi alla possibilità di un eccessivo ricorso a clausole di rinuncia preventiva alla *hardship*[74].

Tale esito si dimostra difficilmente conciliabile tanto con i principi ispiratori del nuovo Codice dei contratti pubblici, quanto con i parametri costituzionali di riferimento.

Pertanto, appare auspicabile l'inserimento di garanzie più incisive, capaci di tenere conto del contesto operativo e negoziale nel quale, non raramente, l'accettazione dei rischi non si configura come una libera scelta imprenditoriale, bensì come una condizione imposta per la conclusione del contratto. In tale ottica, un intervento legislativo chiarificatore potrebbe individuare con maggiore precisione i limiti e le condizioni della volontarietà dell'assunzione del rischio, realizzando un più bilanciato contemperamento tra autonomia negoziale ed effettiva tutela dell'equilibrio contrattuale[75].

VI.Art. 120, comma 8, D.lgs. 36/2023: diritto e obbligo di rinegoziazione

L'art. 120 del nuovo Codice dei contratti pubblici, in ultimo, oltre alle diverse declinazioni di modifiche non sostanziali ammesse, al comma 8, contiene un'ulteriore disposizione di coordinamento[1] con il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, già espresso dal citato art. 9[2].

Il comma in parola, difatti, considera i casi in cui le clausole di rinegoziazione non siano contrattualmente previste, introducendo, così, prescrizioni di carattere procedurale per la gestione delle sopravvenienze[3].

Invero, in assenza delle medesime, la parte svantaggiata dovrà avanzare *senza ritardo* una istanza di rinegoziazione al RUP, posto che la medesima non comporti *ex se* la giustificazione di eventuali sospensioni da parte dell'operatore economico[4].

Il RUP è il soggetto preposto all'istruzione di detta richiesta, tenuto alla formulazione di una "proposta di accordo" entro un termine massimo di tre mesi, a cui segue una fase di vera e propria trattativa. Congiuntamente, quindi, ci si attende dalle parti un atteggiamento teso al generale principio di buona fede, volto ad assumere comportamenti in linea con le circostanze concrete, i contenuti del contratto e le caratteristiche dei soggetti coinvolti.

Le proposte avanzate, perciò, non potranno che dirsi serie e sostenibili, coinvolgendo ogni aspetto del rapporto contrattuale, quale la durata della prestazione, il prezzo della stessa o le sue modalità esecutive. Il richiamo alla buona fede si giustifica in ragione della rilevanza assunta dal principio di fiducia all'interno del nuovo Codice di settore, teso alla valorizzazione dell'autonomia decisionale, così come cristallizzato ai sensi del più volte citato art. 2[5].

Stante quanto sopra, allora, pare legittimo interrogarsi sulla natura del comma 8 in termini di portata applicativa autonoma ed ulteriore, rispetto alle ipotesi già considerate agli art. 60 e 120.

Invero, da un'interpretazione corretta dello stesso, dovrebbe derivarne che il comma in argomento, piuttosto che riassumere i casi già noti di modifiche contrattuali, sia volto a legittimare le c.d. "ipotesi atipiche" di modifica, da valutarsi di volta in volta, in ragione del caso concreto[6].

In questi termini, quindi, lo strumento consensuale ottiene la propria legittimazione all'interno di un sistema caratterizzato prevalentemente da modifiche e varianti[7], considerando, più in generale, tutte le circostanze straordinarie ed imprevedibili per le quali non sia stata già prevista la soluzione della modifica al contratto.

L'eventuale accordo raggiunto – derivante dal reciproco sforzo delle parti – dà luogo ad un nuovo contratto riequilibrato. Viceversa, in difetto, si rimetterà alla parte avvantaggiata la facoltà di agire in giudizio per richiedere tanto la revisione del suddetto contratto, quanto l'accertamento dell'eventuale responsabilità della stazione appaltante per aver violato il dovere di rinegoziazione[8].

L'inadempimento in parola, pertanto, si configura parallelamente sia con il rigetto completo di ogni trattativa che con le ipotesi di c.d. trattativa maliziosa, in cui, cioè, il comportamento della parte sia solo fittiziamente propenso a ridiscutere dei termini contrattuali[9].

Tale previsione non può che confermare il cambio di prospettiva adottato dal nuovo Codice di settore, passando dalla discrezionalità dell'amministrazione alla rinegoziazione del contratto fino ad un più pregnante obbligo in capo alla medesima.

Alla luce delle considerazioni che precedono, assume rilievo centrale, tanto sul piano sostanziale che su quello processuale, la qualificazione della responsabilità dell'amministrazione in ordine all'inadempimento della suddetta clausola di rinegoziazione.

Occorre, in particolare, interrogarsi se tale fattispecie debba essere ricondotta all'alveo della responsabilità contrattuale, per violazione dell'art. 1375 c.c. e, quindi, del dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto, ovvero se essa integri una forma di responsabilità precontrattuale, per inosservanza dell'art. 1337 c.c., in quanto espressione di buona fede nelle trattative. La scelta tra le due opzioni qualificatorie implica significative ricadute applicative, segnatamente in ordine al regime risarcitorio nonché ai termini di prescrizione.

In tale prospettiva, dunque, si dimostra di particolare interesse l'analisi del noto contrasto giurisprudenziale insorto tra le Sezioni Unite della Corte di Cassazione e l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in tema di riparto della giurisdizione nelle ipotesi di responsabilità precontrattuale[10].

Ab origine, invero, in assenza di clausole chiare ed inequivoche, non potevano sussistere diritti in materia di rinegoziazione in capo all'operatore economico, trattandosi di una scelta rimessa alla sola discrezionalità amministrativa, nei confronti della quale l'operatore non avrebbe potuto sollevare alcuna pretesa, neppure di carattere privatistico.

Al contrario, oggi, il nuovo comma 8 colloca le parti in una posizione paritetica, legittimando tanto il ricorso al giudice (civile)[11], quanto l'esperibilità di tale rimedio in tutti i casi di mancata previsione di specifiche clausole di rinegoziazione[12].

L'obbligazione di rinegoziare, pertanto, assume i connotati di un'obbligazione di risultato – non di mezzo – dunque, l'intervento del giudice ha carattere sostitutivo, potendo egli determinare il contenuto del regolamento contrattuale mediante una pronuncia costitutiva ex art. 2932 c.c.[13].

La soluzione offerta, tuttavia, non è immune da rilievi critici. Parte della dottrina, invero, ha espresso significative perplessità circa l'attribuzione al giudice di un potere così incisivo, tale da consentirgli di intervenire in modo determinante sulla conservazione del contratto, evidenziando, in particolare, il rischio di riconoscere all'organo giudicante una discrezionalità in materia di interessi anche pubblici, procedure di spesa rigidamente conformate e vincoli finanziari stringenti: ambiti tradizionalmente riservati alla sfera operativa dell'amministrazione.

Dunque, appare congruo circoscrivere l'obbligo di rinegoziazione alla sfera della responsabilità contrattuale, prospettando, per certi versi, il ricorso allo strumento della composizione negoziata, così come prevista dal Codice della Crisi[14]. Del resto, un analogo approccio si rinviene già nella disciplina dei contratti pubblici, la quale demanda al Collegio Consultivo Tecnico la funzione di gestione preventiva delle situazioni suscettibili di incidere negativamente sul corretto andamento dell'appalto, in un'ottica di prevenzione e contenimento del contenzioso[15].

In conclusione, la suddetta impostazione si pone in linea con il generale *favor* per gli strumenti

di composizione alternativa delle controversie rispetto al rimedio giurisdizionale, valorizzando l'operatività anche nella fase di esecuzione del rapporto, in funzione conservativa dell'equilibrio contrattuale e di deflazione del contenzioso.

CONCLUSIONI

Alla luce delle considerazioni sinora svolte in ordine alla portata applicativa dell'art. 9, si impone una riflessione organica sul quadro sistematico delineato dalle ulteriori disposizioni richiamate, atteso che il riconoscimento di un reale diritto alla rinegoziazione in favore della parte svantaggiata costituisce espressione dei doveri costituzionali di solidarietà economica e sociale, anche nell'ambito della contrattualistica pubblica.

Ne conviene che il *favor* per i rimedi di carattere manutentivo, in luogo di quelli demolitori, conferma la centralità dell'interesse alla continuità del rapporto contrattuale, nonché alla tutela degli investimenti già sostenuti dall'operatore economico.

Lo scopo perseguito dal legislatore si compendia, pertanto, nella stabilizzazione del vincolo giuridico anche in contesti esterni caratterizzati da significativa mutevolezza, imponendo, così, alla parte avvantaggiata l'osservanza dei doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., nonché la salvaguardia della *par condicio competitorum* e dei vincoli di contenimento della spesa pubblica, in forza del perseguimento del risultato medesimo.

Di particolare rilievo, allora, appare la circostanza che un principio di matrice internazionale, originatosi nel diritto commerciale, trovi per la prima volta esplicita consacrazione nel Codice dei contratti pubblici e non nel Codice civile. L'introduzione, in ambito pubblicistico, di un principio di ascendenza privatistica di tale portata non può che comportare rilevanti ricadute sistematiche.

Nel contesto privatistico, invero, la composizione delle controversie inerenti a sopravvenienze risulta maggiormente lineare, tanto sotto il profilo dell'accertamento della responsabilità per inadempimento, tanto sotto quello della revisione giudiziale del contratto.

Contrariamente, nel settore pubblicistico, è rimesso al giudice, ai sensi dell'art. 120, comma 8, il compito di bilanciare l'interesse dell'operatore economico alla rimodulazione di prestazioni divenute eccessivamente onerose con quello della stazione appaltante a non discostarsi in misura significativa dall'assetto originario, di modo tale da evitare l'elusione delle regole di evidenza pubblica.

Ne consegue che lo spazio di intervento risulti inevitabilmente più circoscritto e che i poteri posti in capo all'autorità giudiziaria potrebbero non armonizzarsi con soluzioni equitative, tipiche della contrattazione tra soggetti privati, posti su piano di parità.

Ulteriore profilo critico è rappresentato dalla previsione secondo cui la rinegoziazione sia preclusa ai soggetti che abbiano assunto volontariamente il rischio delle sopravvenienze,

disposizione suscettibile di generare possibili distorsioni nella prassi dei contratti pubblici, ove l'operatore economico si trovi dinanzi all'alternativa tra la rinuncia alla stipulazione o l'accettazione – solo formalmente volontaria – di una preventiva allocazione del rischio.

Un'ulteriore questione di rilievo ermeneutico concerne l'eventuale estensione del principio in esame oltre l'ambito circoscritto dei contratti pubblici, con potenziali ricadute sul diritto civile, valorizzando così il canone della buona fede nelle trattative e nell'esecuzione ai sensi degli artt. 2 Cost., 1175 c.c. e 1375 c.c.

Qualora si optasse per una risposta affermativa sull'*an* dell'applicabilità, si porrebbe il tema del *quantum*, vale a dire dell'ampiezza del sindacato giudiziale nella fase esecutiva, anche patologica, della gestione del rapporto: profilo destinato ad incidere significativamente sul futuro contenzioso.

Alla luce delle considerazioni che precedono, dunque, il diritto amministrativo pare comunque essersi mostrato maggiormente recettivo rispetto al diritto civile nell'elaborare delle soluzioni in termini di rinegoziazione, introducendo un istituto di indubbia carica innovativa, con evidenti riflessi sul piano obbligatorio e con la possibile configurazione di responsabilità specifiche ricadenti sull'amministrazione, qualora violi l'obbligo di rinegoziare.

BIBLIOGRAFIA

ABRAM M., *Errore progettuale e varianti negli appalti pubblici: come si applica l'art. 120*, in *Lavori Pubblici*, 05.02.2026.

ALBANESE A., *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, in *Rev. Boliv. De Derecho*, 36, 2023.

ANAC, *Relazione "Osservazioni in relazione all'Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare"*.

BALOCCO G., SCACCHERI G., *L'obbligo di rinegoziazione nel nuovo codice nel rispetto dei principi costituzionali*, in *Urbanistica e appalti*, 6, 2024.

BARRECA G. L., *La rinegoziazione delle condizioni contrattuali (art. 120 codice dei contratti pubblici)*, in *ItaliaAppalti*, 11.11.2024.

BENEDETTI A., *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in R. Ursi, *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, ESI, 2024.

BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, I ed., Milano, Giuffrè, 1969.

BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1953-1955.

BRIGANTI G., TESTA C., *La rinegoziazione del contratto e le sopravvenienze nel nuovo*

Codice dei contratti pubblici, in *Amministrativamente*, 2, 2025.

CALCAGNO L., DI MARZIO F., LEMBO S., *Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria*, in *Quaderno 13*, Scuola Superiore della Magistratura, Roma, 2022.

CARBONE L., CARINGELLA F., ROVELLI G., *Manuale dei contratti pubblici*, II ed., Dike Giuridica, 2025.

CAPOSIO G., *La revisione dei prezzi negli Appalti dei Lavori Pubblici*, in *Unioni Industriali di Torino*, 2022.

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

CASAMASSIMA G., PAVIA L., *I principi dei contratti pubblici*.

CERULLI IRELLI V., *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2024.

CHIEPPA R., GIOVAGNOLI R., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2024.

CIPRIANI N., *L'impatto del lockdown da COVID-19 sui contratti*, in *Rivista di diritto bancario*, 2020.

COMBA M. E., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici – Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 8-9, 2023.

CONSIGLIO DI STATO, *Schema definitivo di Codice dei Contratti pubblici. Relazione agli articoli e agli allegati*, Roma, 7 dicembre 2022.

CONTESSA C., DEL VECCHIO P., *Codice dei contratti pubblici*, I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023.

CORTE DI CASSAZIONE, *Relazione n. 56 dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo*, 8 luglio 2020.

CRISCUOLO F., *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1, 1999.

DI MARIO A., *Le modifiche dei contratti pubblici prima della loro stipulazione nell'ottica eurounitaria*.

FERRO LUZZI P., *I contratti associativi*, Milano, Giuffrè, 1971.

FLACCO, R. J., *La rinegoziazione in fase di esecuzione delle clausole contrattuali nei contratti ad evidenza pubblica: tra funzione proconcorrenziale della disciplina e natura paritetica del*

rapporto. Il caso della transazione extragiudiziaria delle controversie, in ItaliaAppalti, 19.01.2017.

FRANZONI M., *Degli effetti del contratto*, II, in Comm. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1999.

GALGANO F., *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in Contr. Imp., 1997.

GUARNIERI E., *Rinegoziazione, revisione prezzi e pagamenti (artt. 9, 60, 120, 125)*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2025.

LEVATO F., *Proroga nei contratti pubblici*, in Lavoripubblici.it, 09.02.2026.

LOPILATO V., *Le clausole di rinegoziazione dei contratti ad evidenza pubblica*, in Foro amm. TAR, 5, 2006.

MACARIO F., *Contratti di durata*, 2021.

MARZARO P., *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici*, in Il diritto dell'economia, 3, 2024.

NAPOLITANO G., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in Giornale di diritto amministrativo, 3, 2023.

PAGLIARULO V., *Gli strumenti dell'equilibrio contrattuale*, in Il diritto amministrativo, 2024.

PELLEGRINO G., *Il nuovo codice degli appalti*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2023.

PERFETTI L., *Sul nuovo codice dei contratti pubblici. In principio*, in Urb. App., 2023.

RAIOLA I., *Variazioni dei costi e dei prezzi in corso di esecuzione del contratto*, Roma, 2023.

RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1969.

SAITTA F., *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici*, in Giustizia Insieme, 2023.

SEVERINI V.G., *L'interesse legittimo e la specialità del diritto amministrativo*, Bologna, 2018.

TERRANOVA A.G., *L'eccessiva onerosità nei contratti*, 1995.

TRIMARCHI M., *Perché derogare al codice civile nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in P.A. Persona e Amministrazione, 2024.

VETRÒ F., LOMBARDO G., PETRACHI M., *L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione*, in Il diritto dell'economia, 1, 2023.

VINTI S., *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, in

Federalismi.it, 24, 2023.

VINTI S., *L'implosione del riequilibrio contrattuale*, in Federalismi.it, 2025.

ZACCARIA A., *Art. 1375*, in CIAN G., TRABUCCHI A., *Commentario breve al Codice civile*, Padova, Cedam, 2007.

ZACCHEO M., *Concessioni pubbliche e sopravvenienze*, in Costituzionalismo.it, 1, 2021.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Corte Costituzionale, sent. n. 35, 5 febbraio 2010

Corte Costituzionale, sent. n. 179, 15 luglio 2016

Corte Costituzionale, sent. n. 204, 6 luglio 2004

Corte Costituzionale, sent. n. 191, 11 maggio 2006

Corte Costituzionale, sent. n. 140, 27 aprile 2007

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa C-337/98, 5 ottobre 2000, Commissione c. France, in Racc., 2000, I, 8377

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa C-496/99, 29 aprile 2004

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. VII, causa C-549/14, 7 settembre 2016

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. X, causa C-441/22, 7 dicembre 2023

Corte di Cassazione, Civile, Sez. I, sent. n. 11469, 21 dicembre 1996

Corte di Cassazione, Civile, Sez. I, sent. n. 4181, 13 maggio 1997

Corte di Cassazione, Civile, Sez. I, sent. n. 12310, 5 novembre 1999

Corte di Cassazione, Civile, Sez. II, sent. n. 46, 5 gennaio 2000

Corte di Cassazione, Civile, Sez. II, sent. n. 2661, 23 febbraio 2001

Corte di Cassazione, Civile, Sez. I, ord. n. 2047, 26 gennaio 2018

Corte di Cassazione, Civile, SS.UU., sent. n. 18267, 8 luglio 2019

Corte di Cassazione, Civile, SS.UU., ord. n. 28211, 31 ottobre 2019

Corte di Cassazione, ord. n. 23908, 29 ottobre 2020

Corte di Cassazione, Civile, SS.UU., sent. n. 21990, 2020

Corte di Cassazione, Civile, Sez. I, ord. n. 2112, 25 gennaio 2022

Corte di Cassazione, Civile, Sez. I, sent. n. 5848, 22 febbraio 2022

Corte di Cassazione, Civile, SS.UU., sent. n. 18669, 3 luglio 2023

Corte di Cassazione, Civile, SS.UU., sent. n. 7152, 17 marzo 2025

Corte di Cassazione, ord. n. 112, 2 gennaio 2026

Consiglio di Stato, Ad. Plen., sent. n. 10, 2 aprile 2020

Consiglio di Stato, Sez. III, sent. n. 1072, 7 marzo 2014

Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. n. 1091, 17 marzo 2016

Consiglio di Stato, Sez. III, sent. n. 1532, 15 aprile 2016

Consiglio di Stato, Sez. IV, sent. n. 3653, 19 agosto 2016

Consiglio di Stato, Sez. V, sent. n. 2853, 14 maggio 2018
Consiglio di Stato, Sez. III, sent. n. 4827, 6 agosto 2018
Consiglio di Stato, Sez. III, sent. n. 5059, 27 agosto 2018
Consiglio di Stato, Sez. V, sent. n. 5021, 17 luglio 2019
Consiglio di Stato, Sez. V, sent. n. 6793, 8 ottobre 2019
Consiglio di Stato, Sez. III, sent. n. 1571, 3 marzo 2020
Consiglio di Stato, Sez. V, sent. n. 282, 8 gennaio 2021
Consiglio di Stato, Sez. V, sent. n. 1080, 5 febbraio 2021
Consiglio di Stato, Sez. III, sent. n. 3317, 27 aprile 2022
Consiglio di Stato, Sez. III, sent. n. 7288, 19 agosto 2022
Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. n. 1844, 23 febbraio 2023
Consiglio di Stato, Sez. IV, sent. n. 5989, 19 giugno 2023
Consiglio di Stato, Sez. III, sent. n. 6797, 11 luglio 2023
Consiglio di Stato, Sez. III, sent. n. 5051, 5 giugno 2024
Consiglio di Stato, Sez. IV, sent. n. 3404, 15 aprile 2024
Consiglio di Stato, Sez. III, sent. n. 6092, 9 luglio 2024
Consiglio di Stato, Sez. V, sent. n. 7798, 25 settembre 2024
Consiglio di Stato, parere n. 1463, 27 novembre 2024
Consiglio di Stato, Sez. V, sent. n. 3347, 17 aprile 2025
Consiglio di Stato, Sez. V, sent. n. 3348, 17 aprile 2025
Consiglio di Stato, Sez. V, sent. n. 3350, 17 aprile 2025
Consiglio di Stato, Sez. V, sent. n. 3352, 17 aprile 2025
Consiglio di Stato, Sez. V, sent. n. 7630, 30 settembre 2025
Consiglio di Stato, Sez. V, sent. n. 9568, 4 dicembre 2025
Consiglio di Stato, Sez. V, sent. n. 8527, 3 novembre 2025
TAR, Lombardia, sent. n. 840, 18 maggio 2020
TAR, Lombardia, sent. n. 268, 28 gennaio 2025
TAR, Lazio, Sez. III, sent. n. 7216, 3 giugno 2022
TAR, Sardegna, Sez. II, sent. n. 254, 7 aprile 2023
TAR, Sicilia, Sez. II, sent. n. 1366, 26 aprile 2023
TAR, Salerno, sent. n. 1444, 8 luglio 2024
TAR, Campania, Napoli, Sez. I, sent. n. 3735, 13 giugno 2024
TAR, Campania, Napoli, Sez. VIII, sent. n. 891, 10 febbraio 2022
TAR, Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, sent. n. 155, 18 giugno 2024

[1] Art. 120, comma 8, D.lgs. 36/2023, *“Il contratto è sempre modificabile ai sensi dell’art. 9 e nel rispetto delle clausole di rinegoziazione contenute nel contratto”*.

[2] F. Rossetti, op. cit., 7.

[3] V. C. Irelli, op. cit., 21.

[4] Invero, la sospensione dell'esecuzione dovrà comunque essere valutata da parte della stazione appaltante tenendo conto del caso concreto, ai sensi del successivo art. 121, D.lgs. 36/2023.

[5] P. Patatini, op. cit., 12.

[6] *“D'altra parte è sempre compito dell'interprete, come è noto, dare alle norme, ove possibile, pur in spazi ristretti, un contenuto applicativo.”* Così, V. C. Irelli, op. cit., 23.

[7] Comunque rimesse all'autorizzazione del RUP, ex art. 120, comma 13.

[8] Così, art. 120, comma 8, quarto periodo, D.lgs. 36/2023.

[9] G. Sicchiero, *La rinegoziazione*, in *Contratti e impresa*, 2002, 801.

[10] P. Patatini, op. cit., 13.

[11] In senso inverso, si rimanda alla seguente giurisprudenza per le tesi secondo cui la giurisdizione in materia sarebbe rimessa al giudice amministrativo. Cons. Stato, Sez. III, 11.07.2023, n. 6797, nella misura in cui viene riconosciuta la giurisdizione del g.a. in un contenzioso avente ad oggetto la contestazione dei presupposti alla modifica contrattuale: *“Il contratto non viene in rilievo di per sé, ma in quanto, ove risultasse illegittima la modifica contrattuale disposta, verrebbe a configurarsi l’affidamento diretto in violazione dei principi della gara pubblica”*. Anche, Cons. Stato, Sez. IV, 19.06.2023, n. 5989, il quale ha riconosciuto la giurisdizione amministrativa in un contenzioso vertente su modifiche contrattuali proposte da un aggiudicatario, risultato successivamente non in possesso delle necessarie autorizzazioni per lo stoccaggio e lo smaltimento dei rifiuti, affermando che *“l’accettazione della variante (...) alterando la sostanza economica del contratto, avrebbe introdotto condizioni che, se fossero state contenute nella procedura di appalto iniziale, avrebbero consentito di ammettere candidati diversi e conseguentemente di accettare offerte diverse da quella realmente accettata”*. O ancora, Corte di Cass, SS. UU, ordinanza n. 28211 del 31.10.2019, che riconosce la giurisdizione in capo al g.a. in relazione ad un contenzioso sulla modifica sostanziale del contratto di appalto, integrante a tutti gli effetti elusione delle regole di evidenza pubblica e, dunque, qualificandosi come affidamento diretto.

[12] Sull’argomento, interessanti gli spunti offerti da V.G. Severini, *L’interesse legittimo e la specialità del diritto amministrativo*, in Relazione conclusiva nell’incontro di studio organizzato dalla SPISA e dalla Fondazione Umberto Borsi per la presentazione dell’opera di F.G. Scoca, *“L’interesse legittimo, Storia e teoria”*, Giappichelli Editore, 2017 Bologna, 19 febbraio 2018, 6-7, che correttamente riconducono l’esecuzione del contratto alla giurisdizione civile, senza negare la giurisdizione amministrativa nei casi in cui, a fronte della scelta di rinegoziare da parte della stazione appaltante, si apra comunque la tutela davanti al g.a. al soggetto terzo (partecipante alla gara), per la tutela dei propri interessi legittimi.

[13] Al contempo, è bene considerare che il giudice non potrebbe comunque disporre di parametri atti a ricostruire *ex post* l’originaria volontà delle parti, specie se si tiene conto dell’assenza di clausole revisionali nel contratto di appalto. Così, P. Patatini, op. cit., 14.

[14] *“Nel corso delle trattative l’esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se è alterato l’equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute. Le parti sono tenute a collaborare tra loro per rideterminare il contenuto del contratto o adeguare le prestazioni alle mutate condizioni”*, ex art. 17, comma 5, D.lgs. 14/2019.

[15] Invero, ai sensi dell’art. 215, D.lgs. 36/2023, il CCT può essere richiesto da ciascuna parte *“per prevenire le controversie o consentire la rapida risoluzione delle stesse o delle dispute tecniche di ogni natura che possono insorgere nell’esecuzione dei contratti”*. Ciò assume maggiore rilievo se si considera che, in caso di mancato accordo tra le parti, sia rimessa all’organo collegiale l’individuazione delle modalità congrue alla prosecuzione dei lavori con l’esecutore originario e la contestuale indicazione delle modifiche da apportare alla realizzazione dell’opera.