



Introduzione

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con il D. lgs. 36/2023, costituisce un cambio di paradigma, una riforma, frutto di un articolato percorso finalizzato a semplificare, accelerare, digitalizzare e tutelare il *public procurement*, nonché a favorire l'attuazione del cronoprogramma del Piano nazionale di ripresa e resilienza. Il nuovo Codice si è rivelato innovativo sotto numerosi aspetti, a cominciare dall'introduzione dei principi generali e dei c.d. "super principi", descritti dal legislatore come "un faro nella nebbia se c'è l'incertezza", indicazioni concrete per le stazioni appaltanti, gli operatori economici e i giudici che trovano sviluppo in tutte le successive disposizioni, costituendo un disegno unitario. Tra le novità di maggior rilievo del decreto 36/2023 va certamente enumerato il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, da cui prende le mosse questo lavoro di tesi.

L'art. 9 del Codice prevede che la parte pregiudicata da sopravvenienze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea contrattuale, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e in grado di alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, abbia il diritto di ottenere, in fase di esecuzione, la rinegoziazione delle condizioni contrattuali secondo il criterio della buona fede. I primi due capitoli del presente lavoro approfondiranno la modificabilità del contratto in fase di esecuzione e si concentreranno sulle questioni interpretative e applicative derivanti dall'introduzione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale in un settore che, da sempre, costituisce lo snodo essenziale dell'attività della Pubblica amministrazione.

In via preliminare, ci si soffermerà sulle radici storiche e internazionali di tale istituto, sulle sue interconnessioni con il principio di risultato e si offrirà una disamina degli strumenti previsti dal diritto civile e dal diritto pubblico per la gestione dell'«umanamente imprevedibile». Il livello di tutela previsto dall'istituto di cui all'art. 9 è completato e rafforzato dagli artt. 60 e 120 del Codice, dedicati rispettivamente alla revisione dei prezzi e alle modifiche consensuali dei contratti in corso di esecuzione e recentemente modificati dal D. Lgs. 209/2024. Sarà offerta una sintesi degli approdi dottrinali e giurisprudenziali di alcune fattispecie prese in considerazione nell'art. 120, es. varianti in corso d'opera, modifiche sostanziali e non sostanziali, quinto d'obbligo, oneri di comunicazione e pubblicazione, proroga e proroga tecnica. La giurisprudenza prevalente ha spesso ritenuto impossibile intervenire con lo strumento della rinegoziazione nella fase temporale intercorrente tra l'aggiudicazione e il contratto; saranno illustrati i principali approcci al tema da parte della giustizia amministrativa.

Anche nel libro IV del Codice è evidente l'intenzione del legislatore di imprimere una visione innovativa, data anche la definizione del partenariato pubblico-privato come l'istituto di carattere generale di cui le concessioni costituiscono una specie.



Sulla scorta anche della dottrina e della giurisprudenza europea nonché della teoria economica, saranno esaminate le differenze tra partenariato pubblico-privato e appalto e il finanziamento, con particolare riguardo alle ragioni di attrattività del primo istituto. Si descriverà anche la revisione del contratto di concessione al verificarsi di sopravvenuti eventi straordinari e imprevedibili.

L'ultimo capitolo del lavoro è, infine, dedicato alle problematiche interpretative e applicative del recupero dell'equilibrio contrattuale in sede giudiziale, a partire dal ruolo del giudice e dalla questione del riparto fino alle tipologie di tutela previste dall'ordinamento, sia per le parti contraenti, sia nei riguardi dei terzi estranei al contratto. La ricognizione in questo capitolo intende fornire un contributo in chiave riflessiva, quasi prospettica, con riferimenti anche alla fase precontenziosa caratterizzata dal coinvolgimento del Collegio Consultivo Tecnico. È indubbio che in tali ambiti sussistono questioni aperte, dati le novità di alcuni istituti e il breve periodo di vigenza del nuovo Codice.

Un viaggio, insomma, accompagnato da tanta curiosità e passione, volto ad approfondire aspetti cruciali della riforma di una materia dai molteplici risvolti, complessa e, per certi versi, "misteriosa". Ad oggi, la rinegoziazione dell'equilibrio contrattuale, assume, insieme ad altri istituti del Codice, anche la valenza di strumento che può promuovere il progresso economico e sociale.

In questa direzione, pertanto, non può che essere l'auspicio...



Capitolo primo

Un cambio di paradigma

1. Le modifiche del contratto in fase di esecuzione

La questione della modificabilità del contratto durante la fase di esecuzione, se già risulta rilevante nell'ambito dei contratti di diritto privato, riveste una particolare importanza nei rapporti negoziali che vedono coinvolte la Pubblica amministrazione e le sue controparti private. Tale considerazione è motivata dall'obbligo generale di effettuare una procedura competitiva precedentemente alla stipula del contratto, con la finalità di perseguire uno specifico interesse pubblico e individuare il miglior contraente, in ossequio al principio della tutela della concorrenza.

La domanda pubblica di beni, servizi e lavori ha un impatto notevole sull'economia: il legislatore europeo considera il *public procurement* come snodo essenziale della funzione pubblica in cui si deve esplicitare il principio della concorrenza e, allo stesso tempo, si pongono le basi per una società evoluta e una crescita sostenibile. Nel diritto europeo l'attribuzione di una funzione sociale alle procedure di aggiudicazione e di esecuzione dei contratti pubblici si è rafforzata a partire dalla pandemia da Covid-19 che ha, tra l'altro, condotto l'Unione Europea a elaborare il *Recovery fund*, sulla base del quale è stato adottato il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR).

In linea generale, la disciplina dell'esecuzione dei contratti pubblici, trattata nella Parte VI del Libro II del D.Lgs. 36/2023, consiste in una serie di norme che mirano a garantire l'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali assunte dal contraente, nonché a porre la stazione appaltante al riparo da ogni possibile rischio di eventuali alterazioni patologiche del rapporto negoziale con la controparte privata dovute a cause riconducibili a quest'ultima. A questo proposito, l'art. 113 del nuovo Codice dei contratti mostra l'attenzione del legislatore verso la fase esecutiva del rapporto negoziale nel momento in cui prevede che le stazioni appaltanti *“possono richiedere requisiti particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto europeo e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione e siano precisati nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando o nel capitolato d'onori. Dette condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali e ambientali.”* Tali requisiti sono tenuti distinti dai requisiti di partecipazione di carattere generale, economico-finanziario o tecnico-organizzativo che rappresentano condizioni per accedere alla procedura di gara.

Con riferimento alle modifiche del contratto *in executivis*, si può osservare sinteticamente che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha assunto negli scorsi anni un'impostazione rigorosa rispetto al tema.



Secondo tale istituzione il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza ostano a che, dopo l'aggiudicazione del contratto, l'amministrazione e l'aggiudicatario apportino al contratto modifiche tali da presentare caratteristiche sostanzialmente diverse dall'appalto originario, es. estendere quest'ultimo in modo considerevole a elementi non previsti o alterare l'equilibrio economico contrattuale in favore dell'aggiudicatario. Infatti, proprio in ragione della modifica delle clausole di contratti già aggiudicati e in corso di esecuzione, si potrebbero rilevare spazi elusivi dell'obbligo di aggiudicazione ad evidenza pubblica.² Oltre tutto, rinegoziare in termini sostanziali il contratto di appalto in fase di esecuzione implica non solo mutare le regole di un rapporto obbligatorio che già vincola la stazione appaltante a un contraente privato, ma anche eludere i termini dell'aggiudicazione, nella misura in cui le modifiche comportano lo stravolgimento dei termini dell'offerta, del bando e/o degli altri atti originari della procedura ad evidenza pubblica.

A proposito della rinegoziazione dei contratti in essere, si possono individuare in dottrina due approcci: il primo si caratterizza per la prospettiva del c.d. *contract test*, che consente di rinegoziare, purché la sostanza del contratto sia preservata e sia ripristinato l'equilibrio fra le prestazioni contrattuali. Il secondo indirizzo è, invece, ancorato al c.d. *competition test*, che non si limita a preservare la sostanza del contratto, laddove le modifiche introdotte sono comunque tali che, se fossero state previste inizialmente, avrebbero attratto nuovi operatori economici o avrebbero cambiato le condizioni e i criteri dell'aggiudicazione.

A livello normativo, l'impostazione rigorosa della Corte di Giustizia Europea sulla rinegoziazione dei contratti pubblici ha trovato espressione in alcune direttive europee, es. nell'art. 72 della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti, l'art. 43 della Direttiva 2014/23/UE sulle concessioni e l'art. 89 della Direttiva 2014/25/UE. In particolare, con riferimento alla prima fonte normativa citata, con sentenza del 7 dicembre 2023, relativa alle cause riunite C-441/22 e C-443/22, la decima sezione della CGUE si è pronunciata in materia di appalto pubblico, definendo i criteri interpretativi del par. 1 – lett. c), i) e lett. e) - e del par. 4 dell'art. 72 Direttiva 2014/24, rubricato «Modifica di contratti durante il periodo di validità». Dal combinato disposto dell'art. 72, par. 1, lett. c), i) e del considerando 109 della Direttiva 2014/24, è possibile modificare un appalto senza una nuova procedura di aggiudicazione qualora *“la necessità di modifica è determinata da circostanze che un'amministrazione aggiudicatrice diligente non ha potuto prevedere”*.

Le circostanze imprevedibili sono circostanze esterne che l'amministrazione aggiudicatrice, pur avendo dato prova di ordinaria diligenza nella preparazione dell'appalto, non poteva prevedere al momento dell'aggiudicazione del medesimo. Qualora sussistano, invece, circostanze prevedibili per un'amministrazione aggiudicatrice diligente, essa può avvalersi della possibilità, conformemente all'art. 72 § 1, lett. a), di inserire, nei documenti che disciplinano la procedura di aggiudicazione e nel contratto iniziale di appalto pubblico, clausole di riesame in forza delle quali le condizioni

² La stipula del contratto pubblico deve essere preceduta da un procedimento amministrativo che integra le regole di diritto privato relative allo schema proposta-accettazione previsto dall'art. 1326 c.c. Il procedimento amministrativo ha inizio con la decisione di contrarre, con la quale si valuta l'interesse pubblico a un certo contratto, prosegue con il bando di gara e si conclude con il provvedimento di aggiudicazione.



di esecuzione di tale contratto potranno essere adattate, in caso di sopravvenienza dell'una o dell'altra circostanza specifica. Attraverso tale modalità tutti gli operatori economici che desiderino partecipare alla gara ne sono a conoscenza sin dall'inizio.

Nell'ordinamento italiano, l'art. 106 del D.Lgs. 50/2016 prevedeva un generale divieto di modifica del contratto sotto il profilo oggettivo e soggettivo e contemporaneamente esprimeva il principio dell'eccezionalità e della tassatività dei casi in cui tali varianti progettuali erano consentite. A titolo di esempio, il primo caso era quello delle varianti previste in clausole dei documenti di gara iniziali. Tali clausole devono essere chiare, precise ed inequivocabili al fine di definire la portata, la natura, nonché le condizioni alle quali è possibile ricorrervi, anche facendo riferimento alle varianti dei prezzi e dei costi standard ove definiti. La previsione di tali clausole non era esente da limiti: non doveva essere alterata la natura generale del contratto. Altra casistica individuata dal suddetto articolo è relativa alle varianti in corso d'opera, cioè quelle modifiche genericamente necessarie a causa di circostanze non previste e non prevedibili da parte della stazione appaltante, che comunque non intervengono sulla natura generale del contratto. Si tratta, quindi, di varianti ancorate ad un parametro qualitativo (natura del contratto) e ad un parametro normativo (circostanze imprevedibili). Proprio quest'ultimo parametro si è rivelato fondamentale, quando il precedente codice era vigente per evitare che le varianti in corso d'opera fossero utilizzate in modo distorto. Senza il parametro dell'imprevedibilità, sussiste sempre il rischio che le varianti in corso d'opera diventino utili per sanare errori della progettazione già rilevati in fase di gara.

Come si vedrà nel prosieguo del capitolo, invece, il nuovo Codice dei contratti pubblici introduce, in tema di rinegoziazione, novità significative non solo nella parte del decreto dedicata all'esecuzione del contratto, ma anche nell'art. 9 inserito nella parte iniziale dedicata ai Principi generali. Per la prima volta nell'ordinamento italiano, trova affermazione legislativa in una norma primaria il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, sulla base del quale, nelle sole condizioni indicate dal nuovo Codice, sussisterebbe il diritto alla rinegoziazione del contratto stipulato tra la stazione appaltante e il contraente privato.

2. Esperienze internazionali e unionali in tema di rinegoziazione

Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale del nuovo Codice dei contratti trova fondamento e ispirazione nella prassi delle c.d. clausole *hardship*, frequentemente adoperate nella prassi dei contratti del diritto commerciale internazionale, ma prive di una disciplina a livello sovranazionale. Queste clausole sono state elaborate nel 2003, dalla Camera di Commercio Internazionale (ICC) per venire incontro alle esigenze delle imprese operanti a livello internazionale, facilitando la negoziazione dei contratti.

La clausola di *hardship* disciplina le ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta e viene applicata nel caso in cui la prestazione di una delle parti diventi troppo onerosa, tale da



comportare un sacrificio sproporzionato di una parte a vantaggio dell'altra, a causa di fatti sopravvenuti alla conclusione del contratto, estranei al dominio dei contraenti e alla ordinaria alea del contratto (es. eccessivi rialzi del costo delle materie prime, ribassi nel valore del prodotto finito, variazioni delle imposte o dei dazi doganali).

La clausola ha un duplice obiettivo: da un lato individua le condizioni che alterano l'equilibrio contrattuale, dall'altro stabilisce le modalità attraverso le quali i due contraenti possono adattare le condizioni del contratto alla nuova situazione. L'art. 6.2.3. *Unidroit* consente, infatti, alla parte svantaggiata di chiedere alla controparte la rinegoziazione del contratto e, in caso di mancato raggiungimento del nuovo accordo entro un termine ragionevole, di agire in giudizio per ottenere la risoluzione del contratto, decidendone i modi e la scansione temporale, oppure l'eterointegrazione giudiziale del regolamento contrattuale.

Nel diritto europeo dei contratti (PECL), i Principi elaborati dalla Commissione Lando considerano le circostanze non prevedibili al momento della stipula, ma sopravvenute nel momento di esecuzione del contratto, purché si vada oltre il rischio calcolato al momento della stipula dello stesso. *“Si prevede un dovere di avviare le trattative allo scopo di mantenere o sciogliere il contratto, ferma restando la possibilità di domandare al giudice la condanna al risarcimento dei danni per la perdita cagionata alla parte svantaggiata, per una trattativa non eseguita o interrotta in contrasto con la buona fede oggettiva. Le parti possono decidere se rivolgersi all'autorità giudiziaria per l'adeguamento del contratto e così ottenere una ripartizione equa di vantaggi e perdite”*³.

L'art. III-3:104 del *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*⁴, riprende, inoltre, quanto previsto da *Unidroit* e PECL, regolando la *“Variation or termination by court on a change of circumstances”*. In caso di eccessiva onerosità sopravvenuta (causata da un mutamento delle circostanze successivo alla stipula del contratto, non ragionevolmente ipotizzabile al momento della sua conclusione, che non rientra nell'ambito del rischio assunto o ragionevolmente sopportabile dalle parti in relazione al contratto), la parte onerata, può chiedere al giudice di modificare il contratto così da renderlo “ragionevole” ed “equo” alla luce del mutamento delle circostanze oppure di sciogliere il contratto nei tempi e alle condizioni da lui stabilite. Il ricorso al giudice però, può essere esperito solo se il debitore ha tentato, in modo ragionevole e in buona fede, di ottenere per via negoziale un “ragionevole” ed “equo” adeguamento delle condizioni contrattuali (*«the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation»*). Il DCFR non introduce un obbligo legale di rinegoziazione, né specifiche sanzioni per il suo inadempimento, ma il tentativo di avviare delle trattative in questo senso è considerato come un presupposto dell'azione giudiziale.

³ Così Perrino S.P. in “La rinegoziazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici”, in. LUISS LAW REVIEW, 2024, p. 321-364 ss.

⁴ Il DCFR è un progetto di uniformazione del diritto contrattuale europeo che offre alcune considerazioni su un futuro strumento opzionale per un diritto comune europeo della vendita.



In sintesi, le codificazioni di *soft law* elaborate nell'ambito del commercio internazionale e dei progetti di diritto privato europeo sopra esaminati si caratterizzano da un lato per la rilevanza giuridica riconosciuta alle sopravvenienze contrattuali, dall'altro per l'adesione al principio *pacta sunt servanda*, secondo il quale, una volta concluso il contratto, le parti non possono sottrarsi all'osservanza degli impegni assunti. Tale principio non risulta assoluto, ma soggetto a eccezioni che giustificano il mancato adempimento dell'obbligazione contrattuale da parte di uno dei contraenti.

Guardando alla tradizione giuridica occidentale, è possibile rilevare inizialmente un approccio più rigido nel diritto inglese, incline a preservare la *sanctity of contract*, e più flessibile nei paesi dell'Europa continentale, che hanno nel tempo indebolito il principio dell'immodificabilità del contratto, prevedendo rimedi alternativi allo scioglimento del vincolo contrattuale, come la rinegoziazione. Nell'ambito nei paesi di *civil law* è, inoltre, opportuno segnalare una ulteriore distinzione tra area germanica e paesi latini. In questi ultimi, le prime codificazioni aderiscono al principio *pacta sunt servanda*. Il Code Napoléon del 1804 non ha accolto la *théorie de l'imprévision* (estranea al diritto francese sino alla riforma del 2016) e ha codificato il principio *pacta sunt servanda* all'art. 1134, prevedendo quale eccezione la sola fattispecie dell'impossibilità sopravvenuta.

Il Codice civile tedesco, il *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) entrato in vigore nel 1900, ha seguito l'orientamento dei paesi latini. In aderenza alla Scuola Storica, il legislatore tedesco ha rigettato la teoria della presupposizione elaborata dal Windscheid e non ha disciplinato, sino alla riforma del 2002, la fattispecie dell'impossibilità sopravvenuta.

Nell'ordinamento inglese, il principio della *sanctity of contract*, nonostante le critiche di parte della dottrina che ne rilevava la rigidità rispetto a quanto previsto in altri ordinamenti, è rimasto inalterato sino alla metà del diciannovesimo secolo quando, con la decisione presa in Taylor v. Caldwell, si è registrata una prima apertura nei confronti di forme di "inadempimento giustificato". È proprio con il caso Taylor v Caldwell del 1863⁵ che viene elaborata per la prima volta la *doctrine of frustration*, in riferimento alla fattispecie dell'impossibilità sopravvenuta (assoluta e oggettiva) della prestazione di una delle parti di un contratto. A partire da quel momento, la *doctrine of frustration*, si è sviluppata sino a ricomprendere diverse fattispecie nei confronti delle quali le corti inglesi hanno assunto atteggiamenti più o meno restrittivi: i) l'*impossibility* (impossibilità sopravvenuta), ii) l'*illegality* (illegalità sopravvenuta della prestazione); iii) la *frustration of common purpose* (impossibilità di realizzare lo scopo del contratto comune alle parti). Oltre a queste, è necessario richiamare la c.d. *impracticability* (ovvero l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione) che, secondo il diritto inglese, non costituisce di per sé una causa di *frustration*.

⁵ Il caso riguardava la distruzione di una sala concerti (di proprietà di Caldwell) a causa di un incendio accidentale che ne aveva impedito l'utilizzo da parte di Taylor, un organizzatore di concerti che l'aveva presa in locazione per quattro serate. Quest'ultimo, che aveva già sopportato i costi pubblicitari relativi agli eventi da lui organizzati nella sala, chiedeva al proprietario della music hall il risarcimento dei danni per inadempimento. La corte ha ritenuto che il contratto contenesse una "implied condition" relativa all'esistenza della sala e, considerato il suo perimento, ha dichiarato la risoluzione del contratto (riconoscendo la frustration per impossibility) e l'infondatezza della pretesa risarcitoria.



3. La disciplina civilistica in tema di sopravvenienze

Prima di analizzare nel dettaglio i contenuti dell'art. 9 del nuovo Codice, è interessante esaminare, senza pretesa di esaustività, il tema della revisione nel contratto di diritto privato. Nell'ordinamento privatistico le disposizioni generali in tema di sopravvenienze sono contenute negli artt. 1467-1469 c.c. che disciplinano la revisione dei contratti esposti ai possibili mutamenti del contesto originario nel corso dell'esecuzione.

L'art. 1467, nello specifico, si riferisce ai contratti ad esecuzione periodica, continuata o differita, nei quali l'esecuzione non è istantanea, ma si protrae nel tempo. L'eccessiva onerosità sopravvenuta, cioè l'aumento sproporzionato del valore di una prestazione rispetto all'altra, può provocare la risoluzione quando dipenda da "avvenimenti straordinari e imprevedibili" (art. 1467) che esulano dall'alea normale del contratto (co. 2). Nella risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta si richiede, quanto alla misura, che essa sia 'eccessiva' e non rientri nell'alea normale del contratto; quanto alle cause, si richiede che l'eccessiva onerosità dipenda da 'avvenimenti straordinari e imprevedibili'. Dunque, sono insufficienti eventi che, sebbene straordinari non sono imprevedibili, o eventi che, pur imprevedibili, non sono straordinari. L'onerosità deve essere sopravvenuta, ma non deve intervenire quando il contraente è già in mora; gli avvenimenti sono considerati straordinari ed imprevedibili, alla luce del giudizio che, *ex ante*, avrebbe potuto formulare un uomo di media diligenza (art. 1176).

L'alea normale è il rischio naturalmente insito in ogni contratto, mentre, nei contratti ad esecuzione continuata, differita o periodica, comprende solo quelle sopravvenienze che alterano l'equilibrio contrattuale in modo esorbitante rispetto alla funzione concreta del contratto. La funzione dei contratti aleatori, improntata al rischio, esclude l'assoggettabilità alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, così come al rimedio della rescissione per lesione (art. 1469). Ciò si spiega in quanto i contratti aleatori pongono a carico di una o entrambe le parti il rischio della sproporzione della prestazione in dipendenza di un fattore casuale.

I rimedi contro le sopravvenienze devono considerare due interessi contrapposti: il primo è relativo alla stabilità del rapporto contrattuale; l'altro è volto alla salvaguardia della posizione di colui che, avendo concluso un contratto strumentale a uno scopo, ne vede una frustrazione tale da alterare la funzione del contratto. La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta è sempre giudiziale, cioè deve essere pronunciata con una sentenza costitutiva. I contratti con obbligazioni di una sola parte non si sciolgono per eccessiva onerosità sopravvenuta, ma vengono rimodulati giudizialmente: il contraente obbligato può chiedere una riduzione della sua prestazione, ovvero una modificazione delle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità (art. 1468).