



VITTORIO JACINTO*

**LA RINEGOZIAZIONE È UN DIRITTO?
LA RILEVANZA DEL PRINCIPIO DI CONSERVAZIONE DEL CONTRATTO
DAL DIRITTO CIVILE AL DIRITTO AMMINISTRATIVO****

IS RENEGOTIATION A RIGHT? THE RELEVANCE OF THE PRINCIPLE OF CONTRACTUAL CONSERVATION FROM CIVIL LAW TO ADMINISTRATIVE LAW

Abstract: Il saggio analizza la nozione di «conservazione del contratto» nel diritto privato e nella disciplina dei contratti pubblici, ponendo in luce la differenza sostanziale fra il concetto di «conservazione dell'efficacia» e quello di «conservazione dell'equilibrio». In particolare, lo studio si propone di ricostruire la *ratio* dei rimedi di adeguamento nei contratti di durata leggendola in connessione alla struttura del singolo tipo negoziale: gli strumenti più forti emergono dove il programma economico subisce un maggior condizionamento unilaterale. Sulla base di questa evidenza si conclude che il diritto alla rinegoziazione e i meccanismi di adeguamento del Codice dei contratti pubblici non vanno intesi come argomenti a sostegno dell'esistenza di un generale obbligo legale di rinegoziazione, quanto piuttosto come rimedi tipici legati alle specificità della contrattazione pubblica. Il contributo analizza, poi, le c.d. «sopravvenienze funzionali», valutando se l'equiparazione tra inutilità della prestazione e impossibilità, operata dal Legislatore dei contratti pubblici, possa fungere da indice normativo utile a reinterpretare anche la disciplina privatistica.

Abstract: The essay investigates the notion of «preservation of the contract», highlighting the distinction between «preservation of effectiveness» and «preservation of equilibrium», objectives which are not always overlapping and whose general scope is questionable. Having noted the absence of renegotiation as an autonomous doctrine in private law, the study correlates the adjustment remedies for long-term contracts to the structure of each individual transactional type: the strongest instruments emerge where the economic program is subject to a greater unilateral influence. Consequently, the right to renegotiate and the adjustment mechanisms under the Public Procurement Code are not to be construed as arguments in favor of a statutory obligation to renegotiate, but rather as specific remedies linked to the peculiarities of public contracting. The essay then analyzes the so-called «functional supervening events», assessing whether the equation between the commercial frustration of performance and impossibility, operated by the Public Procurement Legislator, may serve as an important normative index to re-interpret private law rules.

SOMMARIO: 1. Introduzione allo studio delle sopravvenienze. – 2. Rinegoziazione e adeguamento: dalle esperienze europee al Codice dei contratti pubblici. – 3. La gestione delle sopravvenienze nella meccanica del codice civile. – 4. Note minime sull'estensione analogica della disciplina in materia d'appalto ad altri contratti di durata o ad esecuzione differita. – 5. Il fondamento dell'obbligo di rinegoziazione. – 5.1. Quale mezzo di reazione all'obbligo disatteso?. – 5.2. Le «altre» critiche all'obbligo legale di rinegoziazione. – 6. La conservazione dell'equilibrio negoziale come principio?. – 7. L'influenza della riflessione civilistica nella costruzione del sistema delle sopravvenienze nella disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici. – 7.1. Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale ed il linguaggio del novello legislatore. – 7.2. Sopravvenienze e rinegoziazione: oltre l'adeguamento tipizzato?. – 7.3. La «funzione» della rinegoziazione nell'esecuzione del contratto pubblico e la natura delle situazioni giuridiche soggettive. – 8. Dall'impossibilità all'inutilità o inutilizzabilità della prestazione ovvero del principio di conservazione dell'utilità?. – 9. Rilievi conclusivi.

* Dottore di ricerca – Università degli Studi Roma Tre.

** Contributo sottoposto a revisione.



1. Introduzione allo studio delle sopravvenienze

Le trasformazioni economiche e politiche producono spesso effetti evidenti e immediati sulla fase di esecuzione dei contratti di durata e ad esecuzione differita¹. Per questa ragione l'individuazione degli strumenti più adeguati alla gestione della fase di crisi del rapporto negoziale emerge come profilo di assoluta centralità nell'architettura di un sistema normativo. La ricerca di modelli giuridici attrezzati per fronteggiare efficacemente tali mutamenti diviene, in altri termini, l'ingranaggio fondamentale che consente di adeguare il rapporto contrattuale in corso di esecuzione alle rinnovate esigenze di fatto.

Occorre comprendere, tuttavia, quali siano i fattori che condizionano tale flessibilità rimediale, individuando i presupposti in presenza dei quali si renda necessaria la risoluzione del vincolo ovvero, al contrario, sia preferibile la sua conservazione. Il contesto socio-economico degli ultimi anni ha nuovamente alimentato il dibattito dottrinale sull'adeguatezza dei meccanismi codicistici di gestione delle sopravvenienze, accrescendo una diffusa riflessione in merito a un loro possibile ripensamento.

Le sopravvenienze possono essere definite come mutamenti del mondo esterno che incidono sul rapporto contrattuale in corso di esecuzione². Esse possono dipendere da condizioni naturalistiche, quale può essere una pandemia, da misure normative, o, ancora, da ragioni economiche. Vi rientrano, a titolo esemplificativo, tutti gli eventi che incidono sul costo delle materie prime.

L'ordinamento si occupa, da un lato, di definire chi fra le parti debba subire il peso della sopravvenienza – o se, in alternativa, esso possa essere ripartito equamente –, dall'altro, di selezionare le tipologie di sopravvenienze che giustificano un intervento sul rapporto negoziale, ignorando quelle cui non si attribuisce alcuna rilevanza giuridica³.

¹ M. ZACCHEO, *Il controllo delle sopravvenienze nell'era della crisi*, in *Pers. e merc.*, 1, 2021, 51 ss.; si sofferma sul rapporto fra crisi economica e gestione delle sopravvenienze F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 3, 2014, 826 ss., ove segnala come la spinta di eventi particolari, quali le guerre mondiali e l'unificazione dei codici, abbia dato impulso alla regolamentazione di modelli normativi per la gestione delle sopravvenienze contrattuali; ma anche P. GALLO, *Revisione del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, UTET, 1998, 432, ove segnala come in Germania il dibattito sulle sopravvenienze abbia vissuto un forte impulso come conseguenza del secondo conflitto mondiale; G. GUIZZI, *Sopravvenienze contrattuali, inesigibilità della prestazione e rimedi: linee di una vicenda*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2023, 887 ss.; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 2003, 468, evidenzia che l'esigenza di una maggiore flessibilità del rapporto contrattuale deriva da diversi fattori fra i quali la radicale trasformazione economica, la mondializzazione del mercato ed i processi di decentramento produttivo.

² Fra i primi studi sulla revisione del contratto influenzato da sopravvenienze: G. OSTI, *Appunti per una teoria della sopravvenienza. La cosiddetta clausola rebus sic stantibus nel diritto contrattuale moderno*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, 471 ss.; M. ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1938. Sulle sopravvenienze, *ex multis*, insieme a quanto verrà diffusamente citato nel prosieguo, P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Giuffrè, 1992, passim; P. TRIMARCHI, *Sopravvenienze, rinegoziazione, adeguamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2025; M. BARCELLONA, *Appunti*, cit.; V. ROPPO, *Il contratto*³, Giuffrè, 2025, 897 ss.; M. ZACCHEO, *Sopravvenienza*, in *Dizionari del diritto privato*, a cura di S. Martuccelli e V. Pescatore, Giuffrè, 2011, 1638 ss.; ID., *Rischio e sopravvenienza*, Giuffrè, 1994; A. CINQUE, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 4, 2020, 1691 ss.; T. MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 4, 2007; E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, CEDAM, 2018; F. PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Europa e dir. priv.*, 2, 2019; E. GABRIELLI, *Sopravvenienza e rinegoziazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2024; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, 1996; ID., *Revisione del contratto*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008.

³ Sul punto, A. CINQUE, *Sopravvenienze*, cit., 1695. Tiene chiaramente distinti i piani dell'*an* e del *quomodo* T. MAUCERI, *Sopravvenienze*, cit., 1098.



Allo scopo di questa trattazione si può far propria la distinzione di matrice dottrinale fra sopravvenienze quantitative e qualitative⁴, classificazione che guarda alla modalità di incisione dell'evento esterno sul rapporto negoziale e che sarà utile, sul piano discorsivo, per chiarire a quali circostanze possa estendersi la portata dei rimedi codicistici e a quali invece no. Le sopravvenienze quantitative sono quelle che incidono sul rapporto in termini esclusivamente economici, generando uno squilibrio del valore monetario nominale delle prestazioni. Le sopravvenienze qualitative, invece, si ripercuotono sulla natura della prestazione alterandone il contenuto, la forma, le modalità di esecuzione. L'ordinamento appresta rimedi che talvolta si estendono ad entrambi i modelli di sopravvenienze, talaltra solo a uno di essi. Allo stesso modo, si usa distinguere fra sopravvenienze tipiche – in quanto descritte nei loro tratti essenziali da una fattispecie codicistica –, in riferimento alle quali il codice civile appresta rimedi tipizzati, e sopravvenienze atipiche⁵, in merito alle quali si discute circa l'eventuale estensione di rimedi generali o specifici⁶.

Il citato ripensamento delle categorie tradizionali in materia contrattuale si è particolarmente concentrato su istituti e principi preposti a disciplinare l'efficacia del rapporto negoziale nel tempo. In questo senso, si sono messi in discussione il principio di vincolatività del contratto e quello del *pacta sunt servanda*⁷, regole fondamentalmente teorizzate avendo a mente lo schema dei contratti di scambio istantaneo e trainate storicamente dall'ideale di sacralità e inviolabilità della volontà negoziale⁸. Così, si è ipotizzata, finanche, una possibile e generale sostituzione di tali principi con la clausola del *rebus sic stantibus*⁹. L'instabilità dettata dai fattori sopra menzionati rende, infatti, particolarmente difficoltoso definire in anticipo un'adeguata ripartizione normativa dei rischi connessi con l'operazione economica¹⁰; eppure, come si avrà modo di evidenziare, ogni scelta legislativa corrisponde ad una precisa preferenza in termini di allocazione del rischio; il punto è indagare la convenienza e l'efficacia di tale scelta.

⁴ Sulla distinzione *ex multis*, M. BARCELLONA, *Appunti*, cit., 478 ss.; T. MAUCERI, *Sopraevenienze*, cit., 1099; E. TUCCARI, *Sopraevenienze*, cit., *passim*; F. PIRAINO, *Osservazioni*, cit., 598. Sulla distinzione fra eventi perturbativi che incidono sul rapporto di scambio, da un lato, e quelli che, invece, influenzano l'organizzazione dell'attività all'interno del rapporto negoziale si veda A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Giuffrè, 1988, 276 s.; ID., *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, 1989, 1326.

⁵ Pur condividendo i dubbi in merito alla terminologia sollevati da A. CINQUE, *Sopraevenienze*, cit., 1724, quando evidenzia che «l'attributo della "atipicità" – come, del resto, quello della "tipicità" – presuppone già risolto in senso positivo il giudizio di rilevanza. Laddove, invece, tali fatti non sono considerati dall'ordinamento e, pertanto, sono inidonei a dare luogo alla produzione degli effetti che esso prescrive».

⁶ Sul punto, *ex multis*, F. PIRAINO, *Osservazioni*, cit., 591.

⁷ V. ROPPO, *Il contratto*³, cit., 897 ss.; sulle differenze fra il principio di vincolatività ed il principio *pacta sunt servanda* vedi F. PIRAINO, *Osservazioni*, cit., 587, nota 9.

⁸ Nella Relazione tematica n. 56 dell'8 giugno 2020 dell'Ufficio del massimario della Cassazione, intitolata *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, si legge, ad esempio, che «Il Covid potrebbe condurre ad aprire una breccia nella formalistica lettura della regola *pacta sunt servanda* codificata nell'art. 1372 c.c.. La pandemia mette in luce come il principio della vincolatività del contratto si presti ad essere assolutizzato, suggerendo di per sé un contemperamento con l'altro principio del *rebus sic stantibus*».

⁹ Sulla clausola, *ex multis*, G. OSTI, *La così detta clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, 1 ss.; T. GALLETTO, *Clausola rebus sic stantibus*, in *Digesto disc. priv.*, Utet, 1988; G.B. FERRI, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre*, 1988, 54 ss.; P. GALLO, *Revisione*, cit., 431 ove segnala l'interesse dei giuristi medievali verso l'introduzione di meccanismi di revisione e di "aggiustamento" del contratto per ragioni equitative; sempre per una ricostruzione "storica" dei primi studi sul tema, e con particolare attenzione al contributo di Osti, vedi G. GUIZZI, *Sopraevenienze*, cit., 886 ss.

¹⁰ Con particolare riguardo alla figura dei "contratti incompleti", M. BARCELLONA, *Appunti*, cit., 469; per una critica in riferimento a tale categoria anche E. TUCCARI, *Sopraevenienze*, cit., 39 s.



Muovendo dai suddetti presupposti, e con una rinnovata sensibilità emersa nell'ultimo decennio, la dottrina civilistica si è interrogata sull'adeguatezza del sistema di gestione delle sopravvenienze predisposto dal legislatore del '42. L'indagine investe, per un verso, l'impatto che le proposte di integrazione del sistema – sia per via ermeneutica che mediante interventi normativi – potrebbero esercitare sull'autonomia privata e, per altro verso, i confini della legittima ingerenza del potere giudiziario sul rapporto sinallagmatico in corso di esecuzione.

Il presente saggio si propone di verificare la configurabilità di un principio generale di conservazione del contratto nell'alveo della disciplina di diritto comune, nonché nella particolare materia dei contratti pubblici, approfondendone la reale portata precettiva.

Dopo aver posto in luce la tendenza a positivizzare la sequenza rinegoziazione-adeguamento nel contesto internazionale – pur nella consapevolezza della spiccata autonomia strutturale dei due istituti –, l'indagine volgerà all'esame del sistema di gestione delle sopravvenienze delineato dal codice civile. Emergerà come i modelli generali di gestione delle sopravvenienze siano orientati verso la dissoluzione del vincolo, piuttosto che verso la sua manutenzione; si evidenzierà, inoltre, la persistente difficoltà dogmatica a dare collocazione alle ipotesi di sopravvenuta inutilizzabilità-inutilità della prestazione.

L'analisi si sposterà, poi, sulla disciplina di quelle fattispecie tipiche che conoscono strumenti di adeguamento del rapporto in corso di esecuzione, e, in particolare, sul contratto di appalto, in riferimento al quale il legislatore ha espressamente previsto meccanismi manutentivi volti a conformare il regolamento negoziale alle alterazioni fattuali. Lungi dall'aderire alla tesi dell'obbligo legale di rinegoziazione – di cui si richiameranno i rigorosi rilievi critici già formulati dalla dottrina – lo studio intende dimostrare come tale normazione speciale risponda a una precisa logica di riequilibrio, finalizzata a bilanciare la posizione della parte esposta ad un maggiore condizionamento unilaterale del programma economico.

Sulla scorta di tali risultanze, l'indagine procederà a distinguere concettualmente la conservazione dell'efficacia del contratto dalla conservazione del suo equilibrio, evidenziando la diversità funzionale e strutturale dei relativi istituti. In ultima analisi, si cercherà di dimostrare come l'introduzione del diritto alla rinegoziazione nel codice dei contratti pubblici, lungi dal suffragare le teorie fondative di un generale obbligo di rinegoziazione nel diritto comune, risponda alle medesime istanze di correzione del condizionamento asimmetrico riscontrate nella disciplina speciale dell'appalto fra privati.

2. Rinegoziazione e adeguamento: dalle esperienze europee al Codice dei contratti pubblici

Le riflessioni della dottrina civilistica cui sopra si è fatto cenno hanno, senz'altro, ispirato i progetti di diritto civile unitario e le riforme di alcuni ordinamenti nazionali europei che, in misura pure assai diversa, aprono alla procedimentalizzazione della rinegoziazione come fase obbligata, ogniquale volta vi siano eventi che alterano l'equilibrio negoziale, cui faccia seguito, eventualmente, una successiva procedura di adeguamento giudiziale del contratto.

Particolarmente diffuse negli schemi negoziali del commercio internazionale sono, ad esempio, le clausole di *hardship*¹¹, regolate agli artt. 6.2.2 e 6.2.3 dei *Principi Unidroit*, a mente dei quali ricorre

¹¹ F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2002, 78 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*³, cit., 897 ss.; F. PIRAINO, *Osservazioni*, cit., 585 ss.; P. TRIMARCHI, *Sopravenienze*, cit., 193 ss.



hardship ogniqualvolta vi sia un'alterazione sostanziale dell'equilibrio contrattuale determinata dall'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, ovvero dalla diminuzione del valore della controprestazione¹²; quando ricorrano tali circostanze la parte svantaggiata ha diritto di domandare la rinegoziazione del contratto e, in caso di mancato raggiungimento di un accordo entro un termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice, che potrà risolvere il contratto oppure modificarlo al fine di ripristinarne l'equilibrio originario.

Sulla medesima scia si colloca l'art. 6:111 dei *Principi di diritto europeo dei contratti*, formulati dalla Commissione Lando, per il quale se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa in ragione del mutamento delle circostanze, le parti sono tenute a intavolare trattative per modificare o sciogliere il contratto, sulla base di presupposti analoghi a quelli del sopramenzionato art. 6.2.2. Si aggiunge, però, che, laddove le parti non raggiungano un accordo, il giudice, sia che ritenga di sciogliere il contratto sia che decida di modificarlo, potrà condannare al risarcimento dei danni per la perdita cagionata dal rifiuto di una parte di intavolare trattative o dalla rottura di esse in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza¹³.

Se queste formule sembrano aprire la strada ad una fase di «rinegoziazione obbligatoria» come diritto che compete ad entrambe le parti, assistito da rimedi esperibili in occasione del suo mancato adempimento, occorre, da subito, evidenziare che queste clausole sembrano riferirsi esclusivamente alle perturbazioni di ordine «quantitativo», quelle, cioè, che, come si è detto, incidono sul rapporto economico fra le prestazioni, non invece a quelle di tipo qualitativo¹⁴.

Una tendenza analoga si ritrova nelle novellate disposizioni di diversi Stati europei: i riferimenti principali sono l'art. 1195 del *Code civil* ed il § 313 del BGB. Il primo prevede un obbligo di rinegoziazione in caso di sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione e il conseguenziale potere del giudice di modificare il contratto in caso di rifiuto o insuccesso della rinegoziazione; in particolare, quando non si raggiunga un accordo entro un termine ragionevole, è il giudice a decidere se «rivedere il contratto oppure mettervi fine, alla data e alle condizioni da lui determinate». La previsione di cui al § 313 del BGB¹⁵, rinnovato con la riforma del diritto delle obbligazioni, è forse ancor più particolare in quanto si riferisce a tutte le modificazioni delle circostanze assunte a presupposto del contratto e prevede che sia possibile chiedere l'adeguamento del contratto quando non si possa ragionevolmente attendere che la parte rispetti il contratto nella sua dimensione originaria.

Secondo un certo autorevole orientamento né le proposte codicistiche unitarie, né tantomeno le riforme nazionali evidenziano uno sviluppo innovativo della disciplina dei contratti di durata a livello europeo se non nel limite delle fattispecie particolari cui esse si applicano, rimanendo pur sempre ferma la facoltà di recesso delle parti. Le fattispecie discusse prevedono esclusivamente la possibilità di ristabilire l'equilibrio dello scambio senza incidere mai sulla natura della prestazione¹⁶. In questo senso, anche il paradigma normativo codicistico italiano e le fattispecie speciali di cui si dirà meglio oltre, pur

¹² Sempre che ricorrano i seguenti presupposti: «(a) gli eventi si verificano, o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto; (b) gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto; (c) gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata; e (d) il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata».

¹³ G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., 784.

¹⁴ In questo senso, P. TRIMARCHI, *Sopravvenienze*, cit., 193.

¹⁵ *Ex multis*, F. MACARIO, *Regole*, cit., 841 ss. e F. PIRAINO, *Osservazioni*, cit., 587, (in particolare da nota 5 a 6) ai quali si rinvia per ampi riferimenti dottrinali sul dibattito dottrinale francese e tedesco.

¹⁶ P. TRIMARCHI, *Sopravvenienze*, cit., 195 ss.



in assenza di una specifica novella “generalista”, opererebbero in modo pressoché analogo. Altri ritengono invece che il divario fra la disciplina codicistica e le formulazioni citate sia profondo, al punto che la disciplina italiana non sarebbe più «rispondente alle attuali propensioni della cultura giuridica»¹⁷. A nostro parere, le disposizioni citate, e specialmente il disegno di riforma tedesco, si muovono in una direzione diversa da quella del modello italiano introducendo il binomio obbligo di rinegoziazione-adeguamento, come fenomeno inter-connesso e a formazione progressiva, e descrivendo una sequenza che, come vedremo, è fatta propria, almeno in linea di principio, dal legislatore dei contratti pubblici, che tuttavia rimane aliena al sistema del codice civile.

Sulla scia di tali riforme e di tali progetti unitari si possono collocare gli interventi più recenti in materia di contratti pubblici, che introducono all’art. 9 del Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 36/2023, una disposizione generale espressamente rubricata «principio di conservazione del contratto» ed un generico «diritto alla rinegoziazione secondo buona fede» per la parte che risulti svantaggiata dalla sopravvenienza.

Si cercherà di comprendere l’impatto che tale disposizione ha – in combinato disposto con le fattispecie di dettaglio che nel Codice dei contratti pubblici si occupano di revisione e adeguamento – sul sistema di gestione delle sopravvenienze, tanto con particolare riferimento alla fase di esecuzione dei contratti pubblici, quanto avendo riguardo ai contratti di diritto comune, non prima però di aver ricostruito i principali snodi del dibattito civilistico sul punto. L’esistenza stessa di un generale obbligo legale di rinegoziazione è, tutt’ora, oggetto di contestazione da parte di autorevoli voci, così come la configurabilità di rimedi manutentivi nei casi in cui tale obbligo risulti disatteso. Prima di discutere della portata del citato art. 9, occorrerà interrogarsi sulla sussistenza, nel diritto comune, di un principio generale di conservazione del contratto, per poi ragionare sulla qualificazione offerta dal legislatore dei Contratti pubblici. Cosa significa intendere la rinegoziazione come diritto, si tratta di un diritto soggettivo, qual è il perimetro di detta qualificazione e che conseguenze determina sull’unitarietà ordinamentale.

3. La gestione delle sopravvenienze nella meccanica del codice civile

L’impostazione codicistica, se ridotta al nucleo essenziale così come descritto dall’art. 1218 cod. civ., prevede l’esclusione di responsabilità quando la prestazione sia divenuta impossibile per causa sopravvenuta non imputabile al debitore. In ogni diversa ipotesi, egli si presume sempre imputabile per il mancato adempimento e, per ciò tanto, assoggettato all’altrui pretesa risarcitoria. Per di più, ai sensi dell’art. 1372 cod. civ., il contratto ha forza di legge fra le parti che sono obbligate a darne esecuzione senza poter tornare a discuterne nuovamente i termini. Da questo primo quadro generale, sembrerebbe che il rischio per le sopravvenienze che non rendano impossibile la prestazione, ma si limitino ad alterare l’equilibrio del rapporto, rimanga allocato in capo al debitore.

Sullo sfondo si colloca, poi, il problema del rischio di perimento della cosa dovuto a sopravvenienze. L’art. 1465 cod. civ. enuncia, a tal proposito, il principio del *res perit domino*¹⁸ stabilendo che nei contratti ad effetti reali il rischio di perimento della cosa per causa non imputabile all’alienante

¹⁷ F. MACARIO, *Regole*, cit., 840.

¹⁸ Sul perimento della cosa ed il rischio contrattuale vedi, *ex multis*, A. MAGAZZÙ, *Perimento della cosa*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Giuffrè, 1983, 57 ss.



ricade sull'acquirente anche qualora la cosa non gli sia stata consegnata¹⁹; di conseguenza, tale perimento non lo esonera dall'obbligo di eseguire la controprestazione²⁰.

Tuttavia, il codice civile conosce due rimedi generali di reazione alla sopravvenienza: la risoluzione per impossibilità sopravvenuta e la risoluzione per eccessiva onerosità.

La risoluzione per eccessiva onerosità²¹, di cui all'art. 1467 cod. civ., si può domandare quando, nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, la prestazione di una delle parti sia divenuta eccessivamente onerosa in ragione di eventi straordinari e imprevedibili²². Tipicamente ci si riferisce al caso in cui si crei uno squilibrio fra il prezzo pattuito ed il valore di mercato della prestazione.

Per definire i presupposti in presenza dei quali sia possibile ottenere la risoluzione, l'art. 1467 cod. civ. si affida ai criteri dell'«eccessiva onerosità» – che ha natura propriamente quantitativa – e a quello dell'«alea normale»²³, da intendersi quest'ultimo come rischio connaturato alla regolarità dell'operazione negoziale, in riferimento al cui perimetro è esclusa la possibilità di azionare il rimedio²⁴.

Lo strumento demolitorio contemplato all'art. 1467 cod. civ. è stato ritenuto da una certa dottrina insoddisfacente. Esso non prevede la possibilità per la parte svantaggiata di domandare la revisione del contratto, piuttosto, riconosce unicamente alla parte che riceve la domanda di risoluzione la facoltà di contrastarla offrendo di modificare equamente le condizioni contrattuali²⁵. Ciò significa che se ci limitiamo al dato letterale che emerge dall'art. 1467 cod. civ. la parte svantaggiata non ha a disposizione alcun rimedio legale per portare controparte alla rinegoziazione²⁶.

Se per i più questa restrizione configura uno squilibrio nelle armi a disposizione delle parti per fronteggiare l'imprevedibile, un'attenta dottrina attribuisce alla strutturazione dei rimedi un fondamento di merito. Non è detto, infatti, che il creditore possa sempre sostenere una riduzione del prezzo²⁷ ovvero

¹⁹ R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*⁴, Utet, 2016, 1675.

²⁰ L'ordinamento conosce delle deroghe all'applicazione del principio in discussione. Ad esempio, nella vendita a rate il trasferimento del rischio si realizza al momento della consegna del bene pur essendo l'effetto traslativo ritardato al momento del pagamento dell'ultima rata (art. 1523 cod. civ.). E ancora, nella vendita dei beni di consumo, l'art. 63 cod. cons., comma 1, dispone che il rischio, nella vendita di beni mediante trasporto, pesi sull'alienante sino al momento in cui il consumatore entri materialmente in possesso dei beni.

²¹ *Ex multis*, A. PLAIA, *Le patologie del contratto*, Giappichelli, 2022, 128 ss.; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*⁴, cit., 1684 ss.; E. GABRIELLI, *Art. 1467*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale, Artt. 1425-1469 bis*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, Utet, 2011, 620; ID., *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, in *Contr. e impr.*, 1996, 922; P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Dig. disc. priv.*, VII, Utet, 1991, 243; A. PINO, *La eccessiva onerosità della prestazione*, CEDAM, 1952.

²² Sul punto, *ex multis*, V. ROPPO, *Il contratto*², Giuffrè, 2011, 945 ss.; A. PLAIA, *Le patologie*, cit., 130 ss.

²³ Sulla nozione di alea normale, R. NICOLÒ, *Alea*, in *Enc. dir.*, I, 1958, Giuffrè, 1026 s.

²⁴ Sulla differenza fra eccessiva onerosità ed alea normale *ex multis*, E. GABRIELLI, *Sopraavvenienza*, cit., 13.

²⁵ Per V. ROPPO, *Il contratto*², cit., 957 si tratterebbe di una posizione di diritto potestativo; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*⁴, cit., 1707 per i quali con riconduzione ad equità si fa riferimento al «parametro che erode la sola sproporzione eccedente la normale tollerabilità»; invece sulla natura giuridica dell'offerta e sulla sua struttura, *ex multis*, E. GABRIELLI, *Sopraavvenienza*, cit., 25 s.; Cass. 18 luglio 1989, n. 3347, in *Foro it.*, 1990, I, 564 ss., con nota di F. MACARIO, *Eccessiva onerosità, riconduzione ad equità e poteri del giudice*.

²⁶ Per tutte si veda Cass. 26 gennaio 2018, n. 2047, in *OneLegale*, per la quale «la parte che subisce l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione può solo agire in giudizio per la risoluzione del contratto [...] ma non ha il diritto di ottenere l'equa rettifica delle condizioni del negozio, la quale può essere invocata soltanto dalla parte convenuta in giudizio con l'azione di risoluzione».

²⁷ Discute del problema del rischio di insolvibilità T. MAUCERI, *Sopraavvenienze*, cit., 1107 s., ritenendo che tale rischio possa essere ritenuto secondario nel caso in cui il creditore sia un imprenditore, considerando che nell'attività di impresa è usuale il ricorso al credito.



che abbia interesse a ricevere soltanto una parte della prestazione pattuita²⁸, mentre il debitore, laddove gli si offra di modificare equamente le condizioni, non potrebbe sottrarsi venendo ad essere così soddisfatto il suo interesse al riequilibrio.

È discusso – ma se ne deve riconoscere l’ammissibilità – se in sede di “riequilibrio” ex art. 1467 cod. civ. il giudice, tenendo conto dell’equità intesa come equivalenza delle prestazioni²⁹ in riferimento a quello che era l’equilibrio originario, possa dare “contenuto” ad una proposta di riconduzione ad equità generica³⁰, ovvero adeguare quella che risulti iniqua alla luce delle valutazioni formulate da controparte³¹.

Altrettanto rilevante è la disposizione di cui all’articolo seguente (l’art. 1468 cod. civ.) nella misura in cui prevede che, nei contratti con obbligazioni di una sola parte, quest’ultima possa chiedere la riduzione della sua prestazione ovvero una modifica delle “modalità di esecuzione”³².

Quando invece la prestazione sia divenuta impossibile, l’art. 1463 cod. civ. dispone che, nei contratti a prestazioni corrispettive, la parte liberata non possa pretendere la controprestazione e sia tenuta, piuttosto, alla restituzione di quanto ricevuto³³. Tuttavia, se la prestazione è solo parzialmente impossibile, l’art. 1464 cod. civ. introduce un rimedio di tipo manutentivo disciplinando il diritto della parte non influenzata dalla sopravvenienza di ottenere una riduzione della prestazione da essa dovuta, salva sempre la possibilità di recedere laddove manchi un interesse all’adempimento parziale – da accertare in corso di giudizio.

Se l’impossibilità della prestazione fa riferimento a sopravvenienze di ordine qualitativo, il rimedio dell’art. 1467 cod. civ. opera nel contesto di sopravvenienze di ordine quantitativo. Mentre l’impossibilità sopravvenuta – non parziale – demolisce l’impianto sinallagmatico del contratto, l’eccessiva onerosità crea un forte squilibrio e apre la porta a soluzioni opposte³⁴: la dissoluzione del rapporto ovvero la sua rettifica.

Tanto in caso di eccessiva onerosità che di impossibilità sopravvenuta parziale, è solo la parte non influenzata negativamente dalla sopravvenienza che può avvalersi di strumenti di tipo manutentivo³⁵.

Dinanzi alla sopravvenienza che altera il rapporto contrattuale dal punto di vista quantitativo sembrerebbe, dunque, che il codice civile riconosca un certo favore per i rimedi demolitori, offrendo come soluzione privilegiata lo scioglimento del vincolo contrattuale. La parte generale del codice civile sembra invece ignorare, salvo quanto si è detto in merito all’impossibilità sopravvenuta, le c.d. sopravvenienze qualitative e, in generale, quelle che abbiamo definito “atipiche”, che non integrino cioè

²⁸ P. TRIMARCHI, *Sopravenienze*, cit., 190; M. BARCELLONA, *Appunti*, cit., 485; T. MAUCERI, *Sopravenienze*, cit., 1108, ove segnala la possibilità che attraverso la maggiorazione del prezzo la prestazione si collochi al di sopra della «curva di indifferenza» del creditore, rappresentando, cioè, un costo superiore rispetto al beneficio che egli ricava dalla prestazione. L’A. segnala anche quali potrebbero essere i costi che sarebbe tenuto a sopportare il debitore in caso di risoluzione; fra questi compaiono: le spese di contrattazione (che però riguardano entrambe le parti); il costo nel ritardo della ricollocazione della prestazione; il costo degli investimenti specificamente destinati alla relazione contrattuale conclusa; il rischio che la prestazione non sia ricollocabile sul mercato.

²⁹ E. GABRIELLI, *Sopravenienza*, cit., 26.

³⁰ G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., 800.

³¹ Questa apertura è cosa ben diversa rispetto all’attribuzione di un diritto alla rinegoziazione generale che faccia perno proprio sul terzo comma dell’art. 1467 cod. civ., ricostruzione diversa di cui si dirà meglio nel § 5.

³² R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*⁴, cit., 1679; P. GALLO, *Sopravenienza*, cit., passim.

³³ Sulla risoluzione per impossibilità sopravvenuta, ex multis, R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*⁴, cit., 1669 ss.

³⁴ M. ZACCHEO, *Il controllo*, cit., 56.

³⁵ E. GABRIELLI, *Sopravenienza*, cit., 12.



i presupposti sinora discussi. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle sopravvenienze quantitative che rientrino però nell'alea normale del contratto³⁶. In riferimento a tali circostanze l'ordinamento, apparentemente, non sembra offrire rimedi adeguati o, meglio, sembra aver operato un'allocatione del rischio in capo al soggetto che subisce l'evento sopravvenuto senza prevedere alcun mezzo di traslazione o di riequilibrio.

L'esperienza sociale ed economica, a cui sopra si è fatto cenno, ha mostrato però come tale soluzione potrebbe non essere sempre quella più efficiente o, finanche, quella desiderata dalle parti. Si pensi alla vicenda pandemica e a come le chiusure forzate, assolutamente imprevedibili ed eccezionali, abbiano alterato la normale esecuzione dei contratti, spesso senza rendere le prestazioni né tecnicamente impossibili, né tantomeno eccessivamente onerose, ma semplicemente inutilizzabili o inutili.

Al di fuori di questo quadro normativo generale, esistono, poi, una serie di strumenti aggiuntivi o specifici di "manutenzione" del contratto per il tramite di una sua "revisione". Anzitutto, è possibile che le parti abbiano pattuito esse stesse clausole di rinegoziazione, che possono avere un contenuto più o meno definito, indicando criteri e indici di riferimento, oppure possono limitarsi a formulare un impegno generico³⁷. In quest'ultimo caso, sorgono questioni analoghe a quelle che ritroveremo a proposito della teoria dell'obbligo legale di rinegoziazione, in quanto vi è il problema di valutare se il giudice possa, ed eventualmente in che misura, intervenire con provvedimenti integrativi laddove non si raggiunga un accordo³⁸.

Esistono, inoltre, particolari forme di rimedi manutentivi all'interno della disciplina dei singoli contratti che possono condurre alla revisione del regolamento negoziale.

Il rimedio della revisione del contratto, ad esempio, è contemplato all'art. 1664 cod. civ.³⁹ in ragione del quale, laddove vi siano aumenti o diminuzioni del costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiore al decimo del prezzo convenuto, sia appaltatore che committente possono domandare la revisione del prezzo, revisione che può essere accordata solo per quella parte che ecceda il decimo. Si tratta evidentemente di una sopravvenienza di tipo quantitativo⁴⁰, ed emerge, da subito, la differenza rispetto all'art. 1467 cod. civ.: si tratta, in questo caso, di un rimedio di tipo conservativo di ampia portata, che può essere avanzato indifferente da appaltatore o committente che siano danneggiati dalla sopravvenienza. Il committente potrà, però, sempre recedere dal contratto, indennizzando l'appaltatore, ai sensi dell'art. 1671 cod. civ., per le spese ed i lavori sostenuti, oltre che per il mancato guadagno⁴¹.

Sempre in materia di appalto, ancora più "forte" è la misura che emerge dall'art. 1660 cod. civ.: se ci

³⁶ F. PIRAINO, *Osservazioni*, cit., 591.

³⁷ P. TRIMARCHI, *Soppravvenienze*, cit., 189 e 222 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*², cit., 944; per una distinzione fra clausole di adeguamento e clausole di rinegoziazione vedi E. GABRIELLI, *Sopravvenienza*, cit., 15 per il quale le prime distribuiscono *ex ante* i possibili rischi fra le parti, mentre con le seconde si «programma la rideterminazione (consensuale, unilaterale o da parte di un terzo del contenuto del contratto al verificarsi di una determinata circostanza»); ma anche, G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., 793.

³⁸ G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., 794.

³⁹ In commento all'articolo si vedano *ex multis* D. RUBINO-G. IUDICA, *Dell'appalto*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma; C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da A. Cicu-F. Messineo. Giuffrè, 1977; F. Belviso, *Art. 1664, L'appalto. Artt. 1655-1677-bis*, in *Comm. Schlesinger*, a cura di U. Patroni Griffi-E. Sabatelli, Giuffrè, 2025.

⁴⁰ Così, T. MAUCERI, *Soppravvenienze*, cit., 1100, nota 10.

⁴¹ P. TRIMARCHI, *Soppravvenienze*, cit., 191.



sono variazioni necessarie al progetto e le parti non si accordano, è il giudice a determinare le variazioni sostanziali da introdurre e le correlative variazioni di prezzo. Si tratta in questo caso di sopravvenienza che può essere tanto di tipo quantitativo, come il caso di insufficienza del materiale, che di tipo qualitativo, potendo essere anche necessario realizzare una prestazione di tipo diverso⁴². Questa circostanza non si applica esclusivamente al caso delle sopravvenienze, ma anche laddove il progetto si rilevi inadeguato in corso d'opera⁴³. Se però la variazione supera una certa misura allora l'appaltatore può recedere dal contratto. La logica dei rimedi previsti nel contratto di appalto, come si dirà meglio nel prosieguo, mira a tutelare la posizione dell'appaltatore attraverso l'allocazione dei rischi sul committente che può sempre recedere, tenendo indenne il primo.

Nella disciplina dell'affitto, l'articolo 1623 cod. civ.⁴⁴ dispone che se, in conseguenza di una legge o di un provvedimento riguardanti la gestione produttiva, si realizzi una modifica notevole del rapporto contrattuale in modo che vi sia una perdita ed un vantaggio, si può pretendere ed ottenere l'aumento o la diminuzione del fitto. A differenza dell'art. 1467 cod. civ., qui non è richiesto un evento straordinario ed imprevedibile, ma è sufficiente che esso abbia notevolmente modificato il rapporto, determinando una perdita o un vantaggio⁴⁵. Meccanismi di revisione del contratto, specie nella forma della riduzione del prezzo, compaiono in altre fattispecie codicistiche, si pensi agli artt. 1635 e 1636 cod. civ., e, ancora, alle disposizioni sull'adeguamento dell'obbligazione del mandatario, sulla definizione dell'entità della somministrazione, sulle variazioni di rischio nel contratto di assicurazione⁴⁶, nonché alle fattispecie disciplinate da leggi speciali, fra cui, ad esempio, quelle in materia di rinegoziazione dei tassi di interesse dei mutui ipotecari e dei canoni di locazione⁴⁷.

Da questa disciplina settoriale si ricavano alcune evidenze che torneranno utili nel corso della discussione: in nessuno di questi casi è previsto un obbligo di rinegoziare; soltanto all'articolo 1660 cod. civ. si fa riferimento alla ricerca di un accordo come fase intermedia prima di poter richiedere l'intervento giudiziale. Agli artt. 1623 e 1664 cod. civ. si prevede, piuttosto, che sia possibile domandare direttamente l'aumento o la diminuzione del fitto o la revisione del prezzo. Detto altrimenti, mentre l'art. 1660 cod. civ. sembra dare per presupposta una fase di rinegoziazione fallita, comunque non obbligatoria⁴⁸, le altre due disposizioni sembrano aprire ad una revisione, o adeguamento, anche in assenza di un previo confronto con la controparte. In altre parole, la rinegoziazione, a differenza dell'adeguamento, è una manifestazione di libertà che rientra nello spazio dell'autonomia privata e di cui il legislatore sembra disinteressarsi. Ciò di cui si occupa il legislatore sono, piuttosto, gli strumenti di adeguamento negoziale, che rispondono, però, a logiche peculiari connesse al particolare tipo contrattuale prescelto dalle parti.

⁴² In questo senso, T. MAUCERI, *Soppravvenienze*, cit., 1100, nota 10.

⁴³ P. TRIMARCHI, *Soppravvenienze*, cit., 191.

⁴⁴ Sulla possibile applicazione analogica della disposizione in esame alle locazioni alberghiere durante la pandemia covid vedi, ad esempio, A. GEMMA, *La rinegoziazione nell'emergenza covid-19 è modalità obbligata di attuazione di buona fede nel contratto e l'esecuzione indiretta ex art. 614 bis c.p.p. ne è lo specifico rimedio*, in *Jus Civile*, 3, 2020, 742, al quale si rinvia per le riflessioni in merito al presupposto del nesso eziologico fra perdita dell'affittuario e vantaggio del proprietario.

⁴⁵ M. ZACCHEO, *Concessioni e sopravvenienze*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2021, 10.

⁴⁶ Per un'analisi delle singole fattispecie si rinvia, *ex multis*, a F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 103 ss.; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., 777 ss.

⁴⁷ Sempre in punto di revisione e rinegoziazione si veda la disciplina introdotta dal Codice del turismo agli artt. 40 e 41.

⁴⁸ G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., 778, per cui «Si tratta peraltro di ipotesi in cui il discutere le nuove regole dell'accordo è mera eventualità, che non risulta necessaria per consentire l'intervento del giudice».



Se questa è la struttura della disciplina codicistica in materia di sopravvenienze⁴⁹, in dottrina, come si è anticipato, se ne è prospettato l'allargamento attraverso l'estensione delle sfere di tutela e la configurazione di rimedi aggiuntivi. Al fianco della teoria dell'obbligo legale di rinegoziazione⁵⁰, di cui si dirà nel prosieguo, occorre fare menzione della c.d. presupposizione, anch'essa figura di origine giurisprudenziale e dottrinale, che, però, anche quando se ne voglia riconoscere l'ammissibilità, determina – nel caso in cui venga meno l'elemento dedotto nella presupposizione – lo scioglimento del contratto e non la sua modificazione e, quindi, si muove sempre in una logica ablatoria⁵¹ (e per questa ragione non ne tratteremo). Secondo un certo orientamento, l'evento dedotto a presupposto si contraddistingue, poi, per essere nell'intendimento comune delle parti e per incidere sulla dinamica del rapporto. Detto altrimenti, l'equilibrio verrebbe alterato non tanto rispetto a come l'operazione economica di norma viene eseguita, ma rispetto ad un elemento peculiare che le parti hanno posto a presupposto dell'esecuzione del regolamento negoziale⁵².

4. Note minime sull'estensione analogica della disciplina in materia d'appalto ad altri contratti di durata o ad esecuzione differita

Allo scopo di ampliare i confini ristretti offerti dalla disciplina generale, e riconoscere maggiore spazio ai rimedi manutentivi, una prima via – in relazione al minore grado di apertura per via interpretativa del sistema codicistico delle sopravvenienze – che è stata seguita da una certa dottrina è quella di proporre l'estensione dell'ambito applicativo della disciplina in materia di appalto e, segnatamente, dell'art. 1664 cod. civ., anche ad altri tipi contrattuali (il discorso potrebbe valere, in linea di principio, anche per gli altri contratti tipici che prevedano una disciplina particolare in merito alle sopravvenienze, ma tale strada non ha condotto a risultati convincenti). Ci si è chiesti, in altre parole, se la disciplina speciale in materia d'appalto, sopra introdotta, sia suscettibile di un'applicazione generale, anche per il tramite di un'estensione analogica.

Anzitutto, si nota come la disciplina legislativa sopra esposta, relativa al contratto di appalto, sia stata introdotta in netta controtendenza rispetto al paradigma normativo previgente che, all'art. 1640 del codice del 1865, elevava a principio generale l'invariabilità del prezzo. Anche laddove ci fosse stato un aumento dei prezzi delle materie prime e della manodopera, era impedito alle parti ottenere una revisione del contratto.

Nel valutare il potenziale della disciplina e la sua possibile estensione oltre il campo entro cui essa è stata definita, occorre riflettere sulla ragione alla base della scelta legislativa di restringere la possibilità per il debitore di chiedere la revisione solo con riferimento a specifici contratti e, in particolare, nel contratto d'appalto⁵³.

⁴⁹ Per P. TRIMARCHI, *Soppravvenienze*, cit., 195, questa disciplina istituirebbe un sistema non poi così dissimile da quello francese e tedesco sopra discussi.

⁵⁰ Sul significato ed il perimetro del concetto di "rinegoziazione" vedi G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., 775 ss.

⁵¹ Sulla presupposizione, *ex multis*, B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, in *AcP*, 78, 1892, 161 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*², cit., 964 ss.; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Giuffrè, 1997; M. BESSONE-A. D'ANGELO, *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Giuffrè, 1985, 346; A. BELFIORE, *La presupposizione*², in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, IX, 4, Giappichelli, 2000.

⁵² Per un inquadramento delle sopravvenienze dovute alla pandemia Covid-19 nel solco della teoria della presupposizione vedi P. TRIMARCHI, *Soppravvenienze*, cit., 243 ss.

⁵³ T. MAUCERI, *Soppravvenienze*, cit., 1107 ss.



Invero, la posizione dominante è quella di chi contrasta la possibile estensione analogica della disciplina dell'art. 1664 cod. civ., ritenendo che si tratti di una disposizione speciale e di carattere eccezionale⁵⁴. In senso contrario, vi è chi – teorizzando quella che viene proposta come “terza via rimediale”, come alternativa, cioè, alla teoria dell’obbligo di rinegoziazione, da un lato, ed alla rigida applicazione letterale della disciplina generale, dall’altro – attribuisce al primo comma dell’art. 1664 cod. civ.⁵⁵ la portata di rimedio generale di natura manutentiva, alternativo alla risoluzione di cui all’art. 1467 cod. civ. per le sopravvenienze quantitative, nella forma della revisione del prezzo per tutti i contratti simili all’appalto per affinità di rischio, ricomprendendovi non solo l’appalto di lavoro, ma anche quello di servizi⁵⁶. Altri autori propongono un’ulteriore estensione della portata della disposizione in discussione, ipotizzandone la possibile applicazione, come rimedio di ordine speciale, a tutti i contratti c.d. di scambio integrativo, quando cioè «un concreto contratto, [...] presenti, dal punto di vista delle sopravvenienze, il tipo di problema proprio degli scambi integrativi»⁵⁷, quando vi sia, in altre parole, un reciproco condizionamento dei programmi economici.

Queste posizioni hanno l’indiscusso merito di ragionare sulle esigenze che soggiacciono alla disciplina speciale e di tentare un aggiornamento del sistema generale in chiave manutentiva, rimanendo, però, agganciati a strette basi normative.

Eppure, la *ratio* della disciplina del contratto d’appalto sembra essere diversa. La logica che giustifica la previsione dell’art. 1664 cod. civ., infatti, è che nell’appalto la prestazione ha carattere individuale e fiduciario ed è, pertanto, difficilmente ricollocabile sul mercato in quanto modellata sulle specifiche esigenze del committente. A questa fondamentale caratteristica del contratto si aggiunge il rischio – che la disciplina speciale mira a scongiurare – di lasciare un’opera incompleta a scapito della complessiva efficienza sociale; rischio che, tuttavia, vale essenzialmente per l’appalto d’opera.

Queste ragioni stanno alla base della peculiare disciplina sopra discussa e di altri istituti eccezionali quali, ad esempio, la possibilità per il committente di recedere in qualsiasi momento, tenendo indenne l’appaltatore (art. 1671 cod. civ.), nonché, le altre disposizioni intrusive della volontà del committente sull’attività dell’appaltatore⁵⁸. È stato evidenziato, inoltre, che ampliare la portata dell’art. 1467 cod.

⁵⁴ Ne discute ampiamente T. MAUCERI, *Soppravvenienze*, cit., 1107 ss.

⁵⁵ Sul diverso ambito applicativo del primo e del secondo comma del 1664 cod. civ. vedi E. TUCCARI, *Soppravvenienze*, cit., 156 ss.

⁵⁶ E. TUCCARI, *Soppravvenienze*, cit., 163 ss.

⁵⁷ M. BARCELLONA, *Appunti*, cit., 491.

⁵⁸ Dal punto di vista “storico”, occorre segnalare come la ragione giustificatrice di questa disposizione sia diversamente orientata, al punto che se si prende alla lettera il contenuto della Relazione si potrebbe bene estendere, per analogia di *ratio*, la disciplina dell’appalto anche ad altre fattispecie profondamente diverse nella loro struttura. Nella *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi) presentata all’udienza del 16 marzo 1942-XX per l’approvazione del testo del «Codice Civile»*, nell’ambito dell’esame del Libro IV al § 702 si legge: «Un’altra importante innovazione, rispondente alle moderne esigenze del contratto di appalto, è quella apportata dall’art. 1664, primo comma, che fa una decisa applicazione dell’art. 1467 relativo all’eccessiva onerosità della prestazione, accogliendo il principio della revisione dei prezzi dell’appalto, quando, per effetto di circostanze sopravvenute, che le parti non potevano prevedere, si sia verificato un sensibile squilibrio nelle rispettive posizioni contrattuali. Il principio della rivedibilità del prezzo, già praticato nella prassi degli appalti pubblici, si giustifica non solo con evidenti ragioni di giustizia concreta e col principio di solidarietà che deve prevalere sull’esclusiva considerazione degli interessi singoli (n. 558), ma anche col fatto che il valore dell’opera compiuta, entrata nel patrimonio del committente, è normalmente in funzione del valore dei materiali e della mano d’opera; di guisa che è giusto, in caso di notevoli variazioni di questi elementi che superino l’alea normale del contratto, variare pure il prezzo dell’opera, lasciandosi in ogni caso immutato il margine di guadagno che l’appaltatore si riprometteva al momento della conclusione del contratto. La revisione del prezzo è dunque ammessa, a favore di entrambi le parti, quando l’aumento o la diminuzione del costo dei materiali e della mano



civ., in un'ottica di lettura combinata con l'art. 1664 cod. civ., potrebbe determinare una distorsione dei normali meccanismi della concorrenza, ponendo coattivamente il creditore in una posizione iniqua e chiamandolo a sopportare costi che egli non avrebbe accettato di farsi carico, senza la giustificazione sostanziale legata alle difficoltà oggettive di ricollocare la prestazione sul mercato, difficoltà che il debitore incontra nel contratto di appalto⁵⁹.

In estrema sintesi, è il condizionamento unilaterale, e non reciproco, del programma economico concordato che giustifica l'adeguamento come strumento di reazione – e, perciò, di tutela – a tale squilibrio di poteri che contraddistinguono il tipo negoziale. Ed è in questa caratteristica che va forse ricercato il fondamento dei meccanismi di adeguamento giudiziale del contratto, ma su questo punto si tornerà più avanti.

Ritrovata la logica della disciplina speciale dell'appalto nella particolare natura del rapporto e della prestazione, non si vede perché non si debba estendere la portata della disciplina della revisione anche al contratto d'opera, che, pur presentando fondamentali differenze rispetto all'appalto, specialmente legate al c.d. rischio d'impresa, ne condivide questa particolare natura, ossia quella di modellare la prestazione sulla base delle richieste formulate dal creditore. Diversamente, come è stato pure da taluni rilevato, si creerebbe un'ingiusta disparità di trattamento fra la posizione dell'appaltatore e quella del prestatore d'opera professionale⁶⁰. In senso simile, si muove anche chi riflette sulla possibilità di estendere la disciplina sulle sopravvenienze nell'appalto a tutti i “contratti di produzione”⁶¹, nonché in virtù dei richiami di cui agli articoli 1570 e 1677 cod. civ., anche ai contratti misti somministrazione-appalto⁶².

5. Il fondamento dell'obbligo di rinegoziazione

Come si è anticipato, una certa dottrina ritiene che si possa allargare la sfera dei rimedi sin qui discussi, concependo uno spazio di tutela anche per quelle che vengono definite come sopravvenienze atipiche. Se si riscontra un certo consenso – nei limiti di cui si dirà meglio oltre – sulla possibilità di rintracciare un generale obbligo di rinegoziazione, le posizioni dottrinali si confrontano sulla ricerca del suo fondamento e di eventuali strumenti di reazione all'obbligo che risulti disatteso. Si sostiene, a tal proposito, che la disciplina del contratto in generale sia insufficiente, in quanto pensata tipicamente sul modello del contratto di vendita⁶³. Nei contratti di durata le parti avrebbero, infatti, un maggiore interesse alla stabilità del vincolo ed alla realizzazione del risultato perseguito⁶⁴. Per di più, l'esposizione

d'opera superi quel limite dell'alea normale che qui la legge indica a priori nel decimo del prezzo complessivo convenuto; ed è ammessa solo per quella parte della differenza che eccede tale decimo».

⁵⁹ C. TRAPUZZINO, *L'appalto privato*², Giuffrè, 2025, 525 ss.; T. MAUCERI, *Soppravvenienze*, cit., 1113 ss. In verità, Mauceri (a pp. 1120 ss.) ritiene che sia possibile rintracciare un rimedio al rifiuto ingiustificato alla revisione delle condizioni contrattuali sulla base di due presupposti: quando il debitore ha un forte interesse a mantenere in vita il contratto; ed il creditore non subisce alcun apprezzabile sacrificio dalla revisione e non ha interesse a rifiutarla. In questi casi sarebbe possibile rintracciare una violazione dell'articolo 1375 cod. civ.

⁶⁰ T. MAUCERI, *Soppravvenienze*, cit., 1120 ss.

⁶¹ P. TRIMARCHI, *Soppravvenienze*, cit., 246.

⁶² In questo senso, T. MAUCERI, *Soppravvenienze*, cit., 1117, il quale si interroga sulla portata della disciplina anche in riferimento ai contratti atipici, per il cui approfondimento si rinvia a quanto prospettato dall'A.

⁶³ F. MACARIO, *Regole*, cit., 862 s.

⁶⁴ F. MACARIO, *Contratti di durata, I tematici, Il contratto*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 2021, 122.



nel tempo, renderebbe i contratti di durata ontologicamente incompleti; e per tale ragione l'ordinamento deve apprestare mezzi per sopperire a tale incompletezza⁶⁵.

L'argomentazione più ricorrente è stata quella di poggiare l'obbligo di rinegoziazione sulla clausola generale di buona fede. Trattandosi di un obbligo non contrattualmente previsto, esso avrebbe natura di obbligo legale che si inserisce *ex lege* nel regolamento contrattuale per il tramite del meccanismo dell'integrazione, nella forma della c.d. buona fede integrativa⁶⁶. L'adeguamento sarebbe, così, una forma di attuazione dell'integrazione contrattuale⁶⁷.

In questo senso, vi è chi ritiene che il fondamento di tale obbligo, almeno per le c.d. sopravvenienze tipiche, sia da ricercare nella lettura del terzo comma dell'art. 1467 cod. civ., lettura orientata dalla buona fede in senso oggettivo, di cui all'art. 1375 cod. civ.⁶⁸. Proprio dall'art. 1467 cod. civ. sorgerebbe un obbligo legale di rinegoziazione, funzionale a garantire l'efficacia del rimedio offerto dal terzo comma quale effetto legale del contratto a lungo termine⁶⁹. Si dice, a tal proposito, che sarebbe inutile prevedere un diritto potestativo alla riconduzione ad equità se non si riconoscesse, al contempo, un obbligo che ne faccia da contraltare, strumentale, cioè, a rendere efficace il *favor legis* espresso dal legislatore verso la conservazione del rapporto; si aprirebbe, dunque, una vera e propria fase negoziale⁷⁰. Di qui, poi, si giunge ad ipotizzare l'esistenza di un obbligo reciproco «indipendentemente dalla ricorrenza di tutti i requisiti per la risoluzione *ex art.* 1467, ossia quante volte la situazione di fatto sia tale da non permettere l'adempimento delle obbligazioni assunte, senza un sostanziale sacrificio economico per il debitore»⁷¹, estendendo la teoria dell'obbligo di rinegoziazione anche alle c.d. sopravvenienze atipiche.

In alternativa, allo scopo di superare la contestazione in merito alla portata letterale dell'art. 1467 cod. civ., che sarebbe apparentemente d'ostacolo alla ricostruzione suddetta, si è poi sostenuto che la limitazione di legittimazione dell'art. 1467 cod. civ. – alla sola parte avvantaggiata – riguardi le sole sopravvenienze quantitative, in riferimento alle quali il codice contempla la risoluzione e prevede, al contempo, uno strumento per scongiurarla⁷². Ciò non esclude che si possa pretendere la rinegoziazione secondo buona fede anche in riferimento a tali sopravvenienze, quando non vi sia interesse alla risoluzione, potendosi, per di più, al di fuori di tale perimetro (e quindi per le sopravvenienze atipiche), sempre rinegoziare per le ipotesi di impatto di tipo qualitativo⁷³ e, finanche, secondo taluni autori per le sopravvenienze quantitative che non integrino i requisiti dell'art. 1467 cod. civ.⁷⁴. In altre parole, sarebbe proprio

⁶⁵ F. MACARIO, *Rischio*, cit., 87.

⁶⁶ V. ROPPO, *Il contratto*², cit., 972; Sul tema in generale, *ex multis*, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, 1969; G. ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001, 723. Per una critica all'uso dell'art. 1375 cod. civ. come base di appoggio per la configurazione dell'obbligo di rinegoziazione vedi, *ex multis*, M. BARCELLONA, *Appunti*, cit.; P. TRIMARCHI, *Sopravenienze*, cit., *passim*.

⁶⁷ F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 148.

⁶⁸ F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 298.

⁶⁹ F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 296 e 312 ss.; P.G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, CEDAM, 2006; V.M. CESARO, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, E.S.I., 2000.

⁷⁰ F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 296.

⁷¹ F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 312.

⁷² M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffrè, rist. 1975, 197.

⁷³ Per una critica all'utilizzo di buona fede ed equità nei termini suddetti vedi *ex multis*, M. BARCELLONA, *Appunti*, cit., 478 ss.; E. TUCCARI, *Sopravenienze*, cit., *passim*.

⁷⁴ F. MACARIO, *Regole*, cit., 850; M. ZACCHEO, *Il controllo*, cit., 57, in un'ottica di riforma della disciplina esistente propone,



il dato letterale dell'art. 1467 cod. civ. ad aprire la strada alla rinegoziazione piuttosto che ostacolarla⁷⁵. In aggiunta, si è anche detto che, ai sensi dell'art. 1366 cod. civ., si deve ritenere che sia intenzione delle parti rivedere e adeguare il regolamento contrattuale in occasione del mutamento dei presupposti che ne stanno alla base⁷⁶.

Alla teoria che ritrova il fondamento della rinegoziazione nella clausola della buona fede, si è obiettato che, non essendo quest'ultima fonte di integrazione del contratto ex art. 1374 cod. civ., si starebbe realizzando, essenzialmente, un intervento additivo, e non interpretativo⁷⁷. Si è eccepito, inoltre, che sarebbe irragionevole riconoscere per il tramite della buona fede un potere di natura bilaterale, quando l'art. 1467 cod. civ. disciplina il potere unilaterale di contrastare la domanda di risoluzione; e che, pertanto, laddove si voglia aprire la strada alla rinegoziazione si debba necessariamente "disapplicare" la disposizione di cui all'art. 1467 cod. civ.⁷⁸. E ancora, si è sostenuto che il rimedio della riconduzione ad equità, previsto dall'art. 1467 cod. civ., non serve ad aprire una rinegoziazione, ma a realizzare l'effetto di impedire la risoluzione, nella misura in cui esso si atteggia a diritto potestativo che consente di scongiurare la risoluzione nell'ambito di una vicenda di natura processuale, trasformando la posizione giuridica di soggezione in obbligo⁷⁹.

Tuttavia, nell'opinione di chi fonda l'obbligo di rinegoziazione sulla buona fede, pretendere l'esecuzione del contratto nel modo in cui è stato pattuito *ab origine*, una volta che ne siano mutati i presupposti e le condizioni, significherebbe violare il vincolo di cooperazione che sorge dalla clausola di buona fede⁸⁰. L'obbligo di rinegoziazione non avvilirebbe l'autonomia privata «poiché, al contrario e proprio nel segno della valorizzazione di quest'ultima, ha la funzione di agevolare il compimento del risultato contrattuale, allineando il regolamento d'interessi alle mutate circostanze»⁸¹. Sempre su questa linea si colloca chi, in termini più ampi, ne rintraccia il fondamento direttamente sul generale dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., in un'ottica di protezione della parte svantaggiata dalla sopravvenienza⁸².

Vi è, invece, chi ritiene che l'obbligo sorga come conseguenza dell'integrazione equitativa del contratto ai sensi dell'art. 1374 cod. civ. facendo sorgere un rimedio equitativo ulteriore rispetto a quelli

ad esempio, l'inserimento di un generale rimedio riparatorio anche in presenza di eventi che rientrano nell'alea normale e di «attribuire al giudice (o ad un organo appositamente istituito) il potere di rivedere immediatamente il contenuto del contratto, magari affidando al medesimo anche una funzione di controllo successivo sull'esecuzione del rapporto *post sententia*».

⁷⁵ R. SACCO-G. DE NOVA, *I rimedi per le sopravvenienze*³, *Obbligazioni e contratti*, II, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, Giappichelli, 2008, 679.

⁷⁶ F. MACARIO, *Regole*, cit., 852 s.; ID., *Adeguamento*, cit., 313.

⁷⁷ A. CINQUE, *Sopraavvenienze*, cit., 1709 ss.

⁷⁸ M. BARCELLONA, *Appunti*, cit., 481; E. TUCCARI, *Sopraavvenienze*, cit., 82 ss.

⁷⁹ F. PIRAINO, *Osservazioni*, cit., 597.

⁸⁰ F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 324 ss.

⁸¹ F. MACARIO, *Regole*, cit., 851.

⁸² In epoca emergenziale nella giurisprudenza di merito vi è stata una certa apertura verso la teoria dell'obbligo a contrarre come conseguenza della buona fede nell'ambito delle locazioni immobiliari ad uso non abitativo. Fa propria questa prospettiva l'ordinanza del Trib. Roma 27 agosto 2020 – in *Giur. it.*, 2020, 2433 ss., con nota di G. SICCHIERO, *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice ex art. 1374 cod. civ.?*, nonché di P. GALLO, *Emergenza Covid e revisione del contratto* – la quale aveva concluso che, in ottemperanza ai doveri di contrattazione derivanti dai principi di buona fede e solidarietà, era possibile fare ricorso alla buona fede integrativa per riportare in equilibrio il contratto nei limiti della linea negoziale normale, disponendo la riduzione del canone di locazione. In verità, già vi erano state in passato aperture nel senso della doverosità della rinegoziazione: si vedano, *ex multis*, le ordinanze del Trib. Di Bari del 14 giugno 2011 e del 31 luglio 2012, rispettivamente in *i Contratti*, 2012, 571 ss. e in *NGCC*, 2013, 2, 117 ss. Occorre menzionare poi la storica apertura di Cass. 20 aprile 1994, n. 3775 ove si è ammesso l'adeguamento del prezzo delle bottiglie alla svalutazione monetaria proprio in applicazione della buona fede.



tipizzati⁸³. A questa posizione si è obiettato, invece, come tale disciplina operi solo in mancanza di una disciplina legale, che in questo caso sarebbe invece prevista proprio dall'art. 1467 cod. civ.⁸⁴.

In entrambe le soluzioni, sulla base di questi meccanismi integrativi, si arriva a ritenere che anche la parte debole possa richiedere la revisione del contratto, estendendo sostanzialmente la legittimazione dell'art. 1467 cod. civ.⁸⁵, per il tramite dell'introduzione nel regolamento negoziale di una clausola implicita, da cui sorge l'obbligo di rinegoziazione al mutamento delle circostanze contrattuali, o riconoscendo alla disciplina legale un ulteriore effetto derivante dall'estensione della sua portata grazie ai modelli integrativi⁸⁶.

A sostegno della teoria dell'obbligo legale di rinegoziazione vi è chi, in tempi recenti, ha attribuito particolare rilevanza a quanto introdotto dalla riforma del Codice della crisi d'impresa – d.lgs. 14/2019, così come modificato dal d.l. n. 118/2021, convertito in legge 147/2021, e successive modificazioni⁸⁷, in particolare, dall'art. 17, comma 5 – ove è stata introdotta la figura della composizione negoziata della crisi. Si tratta di una forma di rinegoziazione funzionale al recupero aziendale – in un primo momento relativa al particolare contesto delle conseguenze determinate dalla pandemia covid, poi generalizzata – che prevede l'intermezzo di un soggetto esperto indipendente, allo scopo di agevolare le trattative tra imprenditore e creditori nei contratti di durata o ad esecuzione differita, laddove la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa o se ne sia alterato l'equilibrio in ragione di circostanze sopravvenute, circostanze da cui sorgerebbe l'obbligo di collaborazione⁸⁸.

Tuttavia, non si ritiene che tale disciplina settoriale possa essere utilizzata come elemento a sostegno dell'esistenza di un obbligo generalizzato di rinegoziazione, in quando la logica dell'istituto è circoscritta ad evitare l'insolvenza; per di più, a ridefinire il possibile assetto d'interessi, è l'esperto, mentre il giudice rimane sostanzialmente estraneo alla vicenda nel merito⁸⁹. Inoltre, la possibile rideterminazione equa delle condizioni del contratto, anche stabilendo la corresponsione di un indennizzo, può essere ottenuta solo per il periodo strettamente necessario a garantire la continuità aziendale⁹⁰.

⁸³ R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*⁴, cit., 1708 s., per cui «nulla ci obbliga a ritenere che l'art. 1374 non possa generare rimedi equitativi ulteriori, rispetto alla risoluzione e alla riduzione. Non solo l'onerosità della prestazione in sé considerata, ma anche la sopravvenienza di esigenze nuove e di criteri di opportunità possono rendere pessimo un contratto ieri ottimo. [...] L'equità esige che nei contratti a durata particolarmente lunga, [...] si sottintenda una clausola di rinegoziazione [...] La risoluzione uccide il rapporto contrattuale. La rinegoziazione dovrebbe servire a curarlo»; in favore dell'integrazione equitativa anche G. SICCHIERO, *Recenti interventi e proposte in tema di rinegoziazione*, in *Giur. it.*, 1, 2023, 210 ss.

⁸⁴ P. TRIMARCHI, *Sopravvenienze*, cit., 197.

⁸⁵ P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Dig. disc. priv.*, VII, Utet, 1991.

⁸⁶ M. BARCELLONA, *Appunti*, cit., 477.

⁸⁷ D.lgs. del 17/06/2022, n. 83.

⁸⁸ Per E. GABRIELLI, *Sopravvenienza*, cit., 31, l'introduzione di questa disciplina sarebbe emblematica del fatto che non esiste nell'ordinamento un generico obbligo di rinegoziare, tanto perché diversamente questa fattispecie non avrebbe necessità di esistere quanto per il riferimento della disciplina all'"invito" alla trattativa piuttosto che dell'obbligo; sulla disciplina, *ex multis*, anche S.P. PERRINO, *La rinegoziazione "coercibile" nel nuovo codice dei contratti pubblici: alla ricerca di una base legale, tra riforme fallite e riforme riuscite*, in *Contr. e impr.*, 1, 2024, 184.

⁸⁹ E. GABRIELLI, *Sopravvenienza*, cit., 32.

⁹⁰ In particolare, l'art. 10, comma 2, del d.l. n. 118/2021, dispone che: «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 per effetto della pandemia da SARS-CoV-2. In mancanza di accordo, su domanda dell'imprenditore, il tribunale, acquisito il parere dell'esperto e tenuto conto delle ragioni dell'altro contraente, può rideterminare equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale. Se accoglie la domanda il tribunale assicura l'equilibrio tra le prestazioni anche stabilendo la corresponsione



Sempre nell'ottica di rintracciare una base normativa, nel periodo della pandemia, si è a lungo discusso della portata dell'art. 91, comma 1, del d.l. n. 18 del 17 marzo 2020 (decreto "Cura Italia")⁹¹, sul quale non ci si soffermerà, trattandosi di disposizione di sicura applicazione eccezionale⁹², che, in riferimento ai fatti legati alla pandemia, prevedeva una sorta di causa di esenzione da responsabilità nella misura in cui ci fosse stata una diretta connessione con il rispetto delle misure di contenimento⁹³.

Diversa ancora è la posizione di chi intende la rinegoziazione come «modalità di corretta esecuzione del rapporto» nel solco della buona fede⁹⁴. Detto altrimenti, la prestazione concordata, verrebbe ridefinita dalla buona fede che integrerebbe il contratto, non ampliando la sfera degli obblighi, ma ridefinendo in concreto il contenuto della prestazione. Ciò significa, però, che debba esistere un piano ideale del rapporto sinallagmatico che concretamente possa essere implementato, in applicazione della correttezza e buona fede. Tuttavia, spostare la rinegoziazione dal momento genetico dell'obbligazione – ampliando il fascio di obblighi contrattuali – alla fase dell'adempimento (come modalità dell'adempimento) significa incidere non sull'*an* dell'obbligo, ma sul *quomodo* dell'esecuzione, aprendo la strada anche alla possibilità di dare concreta esecuzione all'obbligazione concretamente non rinegoziata quando le parti non abbiano raggiunto un accordo, e quando per giunta manchino precisi meccanismi e criteri legali di adeguamento.

5.1. Quale mezzo di reazione all'obbligo disatteso?

Fra chi aderisce alla teoria dell'obbligo di rinegoziazione, sorgono una varietà di posizioni in merito alla modalità di tutela, allorquando l'obbligo risulti disatteso.

di un indennizzo. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle prestazioni oggetto di contratti di lavoro dipendente».

⁹¹ Così come successivamente convertito in legge n. 27 del 24 aprile 2020, che ha integrato l'art. 6 bis del d.l. n. 6 del 23 febbraio 2020 in questi termini: «Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti.»; per una sintetica ricostruzione dell'evoluzione normativa pandemica ed immediatamente successiva vedi E. TUCCARI, *Sopravvenienze, buona fede ed equità: handle with care*, in *i Contratti*, 2, 2025, *passim*; sulla portata dell'art. 91 e i rimedi nei contratti di locazione vedi la recente Cass. 16 giugno 2025, n. 16113, in *Giur. it.*, 12, 2025, 2495 ss. con nota di E. COLLETTI, *Gli echi lontani del Covid-19*, nonché in *Foro it.*, 12, 2025, 3208 ss. con nota di V. D'ALESSANDRO, *Emergenza sanitaria e diritto potestativo alla riduzione del canone*.

⁹² Ne evidenzia la portata eccezionale A. GEMMA, *La rinegoziazione*, cit., 743.

⁹³ Si segnala anche l'art. 4-bis del d.l. "Sostegni-bis" n. 73/2021, convertito in l. 106/2021, che modificando l'art. 6-novies del d.l. n. 41/2021 ha previsto una forma di ricontrattazione delle locazioni commerciali in relazione al periodo emergenziale; con particolare riferimento alla pandemia, *ex multis*, N. ZORZI GALGANO, *Impatto del Covid-19 sul sistema del codice: impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità?*, in *Contratto e impresa Europa*, 2021, 53 ss.; A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, in *Contratti*, 2020, 213 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid-19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali*, in *Danno resp.*, 2020, 704 ss.; F. MACARIO, *Covid-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, in *NGCC*, 3, 2020, 80 ss.; E. TUCCARI, *Sopravvenienze*, cit., 467 ss.; O. CAGNASSO, *Sopravvenienze da svilimento della controprestazione alla luce della crisi da pandemia*, in *orizzontideldirittocommerciale.it*, 2022; A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 2020; M. FRANZONI, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1, 2021, 1 ss.; A. GEMMA, *La rinegoziazione*, cit., *passim*; G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *NGCC*, 2020, 60.

⁹⁴ A. GEMMA, *La rinegoziazione*, cit., 724 ss.



Anzitutto, si riconosce la possibilità di procedere alla sospensione dell'esecuzione della prestazione e di sollevare l'eccezione di inadempimento ex art 1460 cod. civ.⁹⁵.

Un diverso orientamento propone il ricorso alla misura coercitiva indiretta di cui all'art. 614 bis cod. proc. civ.⁹⁶ come strumento per condurre il soggetto avvantaggiato ad una rinegoziazione efficace; tuttavia, ci si chiede se l'obbligo, che la dottrina in discussione fa sorgere come conseguenza dell'adempimento dell'obbligazione secondo buona fede, possa essere realmente suscettibile di coercizione indiretta.

Altra posizione è quella di chi propone il ricorso all'art. 2932 cod. civ.⁹⁷, attribuendo all'obbligo di rinegoziazione la natura di obbligo legale a rivedere le condizioni negoziali. Chi sostiene l'applicabilità del rimedio⁹⁸ afferma che, essendo l'obbligo di natura legale, la discrezionalità propria dell'autonomia privata si sarebbe esaurita con la conclusione dell'accordo originario. Per di più, distanziandosi, così, dalla funzione tipica del rimedio, quella dell'esecuzione in forma specifica di un obbligo di contrarre, tale obbligo legale non farebbe sorgere un nuovo contratto, collocandosi piuttosto nella fase di esecuzione del contratto originariamente pattuito.

Questa posizione è stata avallata anche dalla tanto discussa relazione dell'Ufficio del massimario della Cassazione⁹⁹, ove è stata riconosciuta l'esistenza del dovere di rinegoziazione e, pur tenendo distinta, in linea di principio, la rinegoziazione dall'adeguamento, si è aperto un varco all'applicabilità dell'art. 2932 cod. civ. Tuttavia, la giurisprudenza non ha fatto propria, se non in misura circoscritta¹⁰⁰, la prospettiva presentata dall'ufficio del massimario.

Inoltre, diverse sono state le critiche all'utilizzo della disposizione citata. Si è, anzitutto, sostenuta l'inadeguatezza del rimedio ad essere applicato a fenomeni complessi ove sia difficile ridefinire l'assetto delle prestazioni¹⁰¹. Non si potrebbe, poi, per il tramite dell'art. 2932 cod. civ. dare contenuto a ciò che la fase di rinegoziazione avrebbe potuto generare, sulla base del solo obbligo legale. Sempre che se ne riconosca l'esistenza, il mancato adempimento dell'obbligo di rinegoziazione, tutt'al più, potrebbe far sorgere profili di responsabilità e dar luogo ad un'obbligazione risarcitoria, laddove ne vengano accertati

⁹⁵ F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 322 e 395.

⁹⁶ Così S. MAZZAMUTO, *Esecuzione forzata*, in *Commentario Scaloja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Zanichelli Editore, 2020, 867; C. CONSOLO, *Obblighi a contrarre (ed anche solo a rinegoziare): gli art. 2932, 2908 e 2909 cod. civ. e l'alternativa dell'art. 614-bis cod. proc. civ. (ante e post riforma del 2015)*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, a cura di G. Grisi, Jovene, 2019, 79 s.; F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *i Contratti*, 2012, 582 s.; si veda sul punto anche l'ordinanza del Trib. Bari, 14 giugno 2011, in *Contratti*, 2012, 571 ss.; con riguardo a strutture alberghiere e pandemia, A. GEMMA, *La rinegoziazione*, cit., 724 ss.

⁹⁷ In dottrina sembra favorevole a questa soluzione: V. ROPPO, *Il contratto*², cit., 973, il quale pur definendo questa strada audace ritiene che il risultato non sia poi così eversivo in quanto finisce per allargare la legittimazione di un rimedio già previsto nella forma di riduzione ad equità del contratto squilibrato in favore però della sola parte avvantaggiata dalla sopravvenienza; F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 424 ss.

⁹⁸ F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 426 ss., il quale segnala, però, come «la sentenza ex art. 2932 potrà essere richiesta, e quindi emessa, soltanto in caso di inadempimento della parte che, con il suo comportamento, abbia impedito la conclusione dell'accordo modificativo ed in presenza degli elementi che, concretamente, consentano al giudice di stabilire il contenuto delle obbligazioni che sarebbero scaturite dal corretto svolgimento della trattativa».

⁹⁹ Relazione tematica n. 56 dell'8 giugno 2020, *Novità*, cit.

¹⁰⁰ *Ex multis*, Trib. Roma, 9 settembre 2020, in *i Contratti*, 2021, 19 ss. con nota di R. GIRELLI.

¹⁰¹ E. GABRIELLI, *Sopravvenienza*, cit., 21; A.A. DOLMETTA, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *giustiziacivile.com*; E. TUCCARI, *Sopravvenienze*, cit., 359, discute – con evidenti toni di critica – di “obbligo super-positivo” che si pretenderebbe di creare e di portare ad esecuzione per il tramite dell'applicazione di buona fede ed equità.



i presupposti. Diversamente, come è stato autorevolmente osservato, il vincolo a trattare le modifiche contrattuali si trasformerebbe in un obbligo a contrarre l'accordo per come lo si sarebbe modificato ¹⁰².

A ciò si aggiunge l'obiezione, che è stata mossa da una certa dottrina ¹⁰³, per cui l'obbligo di rinegoziare avrebbe la natura di obbligazione di mezzi e non di risultato, potendo far sorgere, per ciò tanto, il diritto ad ottenere il risarcimento dei danni ¹⁰⁴, senza possibilità per il giudice di sostituirsi alle parti. Questa obiezione, tuttavia, non tiene conto del fatto che, a prescindere dell'evoluzione del dibattito su tale tradizionale classificazione dogmatica, il perseguimento di un risultato, pure incerto, è ontologicamente connesso alla struttura dell'obbligazione, mentre nella rinegoziazione, come è stato evidenziato, si rimarrebbe «nella dimensione della mera regola di contegno che si pone troppo a distanza dalla realizzazione dell'interesse finale» ¹⁰⁵. Ciò non fa altro che rafforzare la difficile configurabilità in astratto dell'obbligo di rinegoziazione.

Occorre, evidenziare, da ultimo, che anche la configurabilità della pretesa risarcitoria come conseguenza dell'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione solleva importanti problemi, specie in punto di quantificazione dell'obbligazione risarcitoria, se in termini di interesse positivo o negativo, evidentemente anche in connessione alla qualificazione che se ne faccia dell'obbligo e della conseguenziale natura della responsabilità ¹⁰⁶.

5.2. Le "altre" critiche all'obbligo legale di rinegoziazione

Oggi un fronte visibile di autori contesta l'esistenza di un generale obbligo di rinegoziazione a prescindere dall'eventuale configurabilità di un rimedio che consenta al giudice di procedere all'adeguamento ¹⁰⁷.

Le critiche sono diverse – alcune delle quali si è già avuto modo di esporre – e si collocano su piani altrettanto vari; si evidenzieranno, pertanto, i soli filoni di critica principali ed ulteriori rispetto alla diffusa percezione circa l'inadeguatezza di buona fede ed equità a svolgere il ruolo che si intende loro attribuire ¹⁰⁸.

¹⁰² Vi è ampia contestazione del rimedio in discussione, senza pretese di esaustività, per le critiche si vedano *ex multis*, S. MAZZAMUTO, *Esecuzione*, cit., 867; E. DEL PRATO, *Rinegoziazione del contratto e buona fede*, in *Contr. impr.*, 2024, 4, 1150 ss.; S.P. PERRINO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali mediante gli obblighi di rinegoziare e di contrarre: un dibattito aperto*, in *Contr. impr.*, 2023, 3, 877 ss.

¹⁰³ A. GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, in Aa.Vv., *Il conflitto del golfo e i contratti di impresa*, a cura di C. Vacca, Egea, 1992.

¹⁰⁴ Sul risarcimento del danno, *ex multis*, pur con i limiti di ammissibilità individuati dall'Autore vedi G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., 812 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 402 ss.; F. PIRAINO, *Osservazioni*, cit., 613 ss.

¹⁰⁵ Sul punto meglio F. PIRAINO, *Osservazioni*, cit., 610 s.; per una critica alla distinzione fra obbligazioni di mezzo e obbligazioni di risultato si veda, *ex multis*, il recente contributo di L. NIVARRA, *Illecito civile e inadempimento*, in *Tratt. resp. civ.*, diretto da A. Albanese, Milano, 2026, 1 ss., in corso di pubblicazione.

¹⁰⁶ Fra chi contesta la configurabilità dell'obbligo di rinegoziazione vi è chi individua come strumento di tutela, nei casi di alterazione dell'equilibrio contrattuale che non integri i presupposti dell'art. 1467 cod. civ., la possibilità di ricorso all'azione di ingiustificato arricchimento allo scopo di ottenere un parziale riequilibrio. In questo senso, G. GUIZZI, *Sopravvenienze*, cit., 905.

¹⁰⁷ Per tutti nella letteratura più recente P. TRIMARCHI, *Sopravvenienze*, cit., passim e E. GABRIELLI, *Sopravvenienza*, cit., 2024.

¹⁰⁸ Per un'analisi dei diversi piani di critica alla teoria dell'obbligo di rinegoziazione anche A. CINQUE, *Sopravvenienze*, cit., 1720.



Anzitutto, tenere in piedi un contratto a condizioni mutate potrebbe essere inefficiente dal punto di vista economico, l'aumento del prezzo della controprestazione in proporzione al valore reale della prestazione pattuita potrebbe non giustificare la continuazione del rapporto che, se forzosamente adeguato, determinerebbe un'inefficienza generale del sistema ¹⁰⁹.

Si dice, poi, che il criterio per distribuire il “costo” della sopravvenienza nei rapporti contrattuali non possa essere quello di solidarietà sociale, ma necessariamente quello di attribuire il peso in capo al soggetto che sia meglio attrezzato per sostenerlo ¹¹⁰. In particolare, sarebbe del tutto privo di fondamento l'ideale che muove i sostenitori dell'obbligo legale: aggiustare un contratto non è sempre meglio che risolverlo.

Inoltre, nulla impedisce alle parti di provvedere ad un nuovo regolamento contrattuale a valle della risoluzione, perciò – sostiene, ad esempio, Trimarchi che, tuttavia, presuppone la razionalità economica degli operatori di mercato –, l'alternativa è fra “continuazione consensuale” del rapporto, tramite stipula di un nuovo contratto, e “continuazione forzata”, con aggiustamento giudiziale. Se la continuazione del rapporto è la soluzione più efficiente, le parti giungeranno comunque ad un accordo ¹¹¹. Questa prospettiva, occorre segnalarlo, non tiene conto dei costi transattivi che comunque potrebbero essere inferiori rispetto a quelli necessari per il ricorso alla giustizia.

In questa prospettiva, ad esempio, in situazioni analoghe a quelle dei tanto discussi *Suez cases* ¹¹² – quando cioè il trasporto di merci diventò eccessivamente oneroso, dovendo le navi svolgere una tratta diversa rispetto a quella preventivata con un conseguenziale aumento delle spese – non si vedrebbe perché il creditore debba essere obbligato alla rinegoziazione. Potrebbe ben farlo, ma laddove non sia soddisfatto, potrebbe giovarsi della risoluzione del contratto e rivolgersi altrove, ad un nuovo trasportatore che gli offra un'offerta più convincente al netto dello scenario mutato.

Allo stesso modo, in contestazione a chi propone l'estensione dell'obbligo di rinegoziazione anche ad eventi che rientrino nell'alea normale, ci si è chiesti perché mai una parte dovrebbe essere chiamata a rinegoziare un accordo che le abbia recato un vantaggio. È nella dinamica dell'incontro fra domanda e offerta che ci sia un guadagno in capo ad una parte e che ci possano essere eventi futuri che lo influenzano. Se oggi acquisto un immobile e domani il prezzo di mercato si innalza non potrei obbligare il compratore a rinegoziare il prezzo sol perché si sono modificate le condizioni ¹¹³. Non si vede allora perché ciò dovrebbe accadere sempre nei contratti di durata. La tenuta del rapporto sinallagmatico di durata nel tempo non è ragione sufficiente a giustificare il superamento di questa obiezione.

Per quanto riguarda, poi, la possibile fase di adeguamento che seguirebbe al fallimento della rinegoziazione, specialmente in riferimento agli adeguamenti di tipo qualitativo, sarebbe scorretto sottrarre all'iniziativa imprenditoriale scelte che tipicamente le competono per attribuirle impropriamente all'organo giurisdizionale. Il giudice mancherebbe di adeguate competenze tecniche per procedere all'adeguamento, specie per quanto riguarda le sopravvenienze di ordine qualitativo che richiedono una valutazione discrezionale circa la volontà di proseguire un'attività a condizioni diverse ¹¹⁴.

¹⁰⁹ Sul punto, P. TRIMARCHI, *Soppravvenienze*, cit., 201, il quale evidenzia le differenze rispetto ai contratti di puro scambio.

¹¹⁰ P. TRIMARCHI, *Soppravvenienze*, cit., 202 s.; sul punto vedi anche R. PARDOLESI, *Regole di “default” e razionalità limitata; per un (diverso) approccio di analisi economica del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 455 ss.

¹¹¹ Sui problemi pratici di questa posizione vedi R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*⁴, cit., 1709.

¹¹² V. ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità e “frustration of contract” (in margine ad un “caso di Suez”)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, 3, 1239 ss.

¹¹³ G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., 807.

¹¹⁴ P. TRIMARCHI, *Soppravvenienze*, cit., 213 s.



Vi sono una serie di altre ragioni che sconsiglierebbero il ricorso all'intervento giudiziale: anzitutto, in un'ottica di politica del diritto, chiamare i giudici a decidere sull'assetto d'interesse nei contratti di durata, senza limite alcuno, produrrebbe un innalzamento dei costi e dei tempi della giustizia; proprio i tempi della giustizia civile potrebbero rendere, poi, inefficace l'intervento giudiziale, compromettendo l'interesse delle parti a tenere in piedi il regolamento contrattuale aggiornato; inoltre, di norma, le parti non hanno interesse a che i propri affari compaiano nei giudizi, che, per forza di cose, li aprono al pubblico; a queste evidenze si aggiungono i costi del giudizio, oltre che l'incertezza e l'imprevedibilità tipiche di qualsiasi determinazione giudiziale ¹¹⁵.

Al contempo, però, si è anche detto che laddove non si apprestino rimedi specifici, la previsione di un obbligo legale di rinegoziazione senza la conseguente previsione di un adeguamento in caso di mancato accordo potrebbe rendere vana tale astratta formulazione ¹¹⁶.

6. La conservazione dell'equilibrio negoziale come principio?

Non si può non evidenziare come le opposte visioni, quella che tenta di ricostruire un obbligo legale di rinegoziazione e quella che, invece, ne contesta la configurabilità, esprimono visioni del sistema opposte, sotto profili diversi: la razionalità economica degli operatori di mercato, la tendenza di questi alla collaborazione piuttosto che all'individualismo ¹¹⁷, il rapporto fra autonomia negoziale ed eteronomia giudiziale, una visione economica del *laissez affaire* contrapposta ad un maggiore spazio per l'interventismo, una dimensione atomistica del contratto contro una prospettiva macroscopica dei suoi effetti sociali, economici e politici.

Tuttavia, sebbene si possa sempre interpretare il sistema in chiave critica a partire dal proprio convincimento teorico, non si può di certo alterarne l'equilibrio e interpretare il dato normativo oltre il senso suo proprio, sulla base di convinzioni di incerta tenuta, proiettando, per di più, sulla funzione giurisdizionale compiti che, al di fuori dai casi strettamente circoscritti dal legislatore, per le ragioni di cui si è discusso, non le competono.

Dunque, le obiezioni di carattere logico-giuridico e di analisi economica che si sono sopra soltanto accennate in via sintetica, in quanto ampiamente sviluppate nel dibattito dottrinale degli ultimi decenni, sono condivisibili.

Occorre allora riflettere in merito a quali deduzioni di ordine sistematico possano realmente ricavarsi dal quadro normativo offerto dal codice civile. Se le scelte legislative presuppongono una decisione politica in merito alla ripartizione del rischio contrattuale, occorre adesso chiedersi cosa possa realmente dirsi in merito a tale scelta a partire dal paradigma normativo esistente nei contratti fra privati e nei contratti pubblici.

È chiaro, anzitutto, come rinegoziazione ed adeguamento siano istituti diversi che perseguono funzioni diverse che solo occasionalmente potrebbero incontrarsi in una concatenazione normativa che poggi il fondamento dell'adeguamento nelle risultanze oggetto della rinegoziazione. Si è visto, però, come tale sviluppo sia fondamentalmente estraneo alla meccanica del codice civile.

¹¹⁵ E. TUCCARI, *Sopravvenienze*, cit., 121 ss.

¹¹⁶ P. TRIMARCHI, *Sopravvenienze*, cit., 220.

¹¹⁷ M. BARCELLONA, *Appunti*, cit., 470.



Non a caso è stato autorevolmente evidenziato come la sequenza rinegoziazione-adeguamento esprima un concetto tutt'altro che pacifico: a meno che l'adeguamento non ritrovi il suo solo criterio indicatore nelle evidenze emerse in corso di rinegoziazione, l'adeguamento è di per sé antitetico alla rinegoziazione¹¹⁸, in quanto espressione di un potere non speculare, ma antagonista rispetto a quello dell'autonomia negoziale. Ogni forma di adeguamento che esuli da criteri legali e anche dalla volontà delle parti così come espressa in sede di rinegoziazione sarebbe del tutto lesiva dell'autonomia privata, anche laddove si ispiri ai parametri di mercato¹¹⁹; per di più, non si vede realmente come si possa trarre una volontà comune "costruttiva" da una trattativa che non sia andata a buon fine¹²⁰.

Anche chi ha approfondito lo studio della buona fede in senso oggettivo esclude che il fondamento della rinegoziazione come obbligo possa essere in essa rintracciato, facendolo derivare, piuttosto, direttamente a partire dalla peculiare natura dei contratti di durata e ad esecuzione differita: solo le esigenze che sorgono da questi particolari contratti giustificano la rinegoziazione, che diviene doverosa alla luce del principio di buona fede, principio che, però, si limita qui a giocare un ruolo ancillare rispetto all'esigenza di rinegoziazione e manutenzione del contratto¹²¹. In questo senso, la buona fede entra in gioco «non per imporre la necessità della rinegoziazione, già prescritta dalla particolare conformazione dei contratti a lungo termine, quanto per offrire lo strumento per la gestione dell'incompletezza che li connota»¹²². Chi sostiene questa ricostruzione sembra ritrovare il fondamento della rinegoziazione nella conservazione dell'equilibrio contrattuale, in un'ottica che valorizza l'autonomia negoziale piuttosto che svilirla, ammettendo che «la giustificazione e il fondamento della rinegoziazione [...] vanno, quindi, rintracciati nella conservazione nel tempo dell'equilibrio di vantaggi e svantaggi consacrato nel regolamento contrattuale»; così facendo, si riconosce al principio di conservazione una portata generale nel sistema ordinamentale, seppur con stretto riguardo ai contratti di durata e ad esecuzione differita.

In questa prospettiva, la rinegoziazione è attributo fondamentale del contratto di durata che serve a preservare l'autonomia negoziale e che, però, non sorge come obbligo, ma come strada che le parti sono incoraggiate a seguire per evitare un esercizio abusivo del diritto; esercizio che porrebbe in essere la parte che pretenda l'adempimento di una prestazione, allorquando sia radicalmente modificato il contesto entro cui tale prestazione deve essere eseguita. In linea con tale ricostruzione, la parte che riceva la richiesta di adempimento contraria a buona fede, questa volta nella sua dimensione valutativa¹²³, potrebbe sollevare l'*exceptio doli generalis* come strumento di reazione alla pretesa di adempimento fondata su un contratto di cui ne siano stati radicalmente alterati i presupposti.

Rimane il problema di determinare lo spazio di operatività di questo rimedio, quale sarà la sopravvenienza tale da giustificare un arresto del normale decorso della fase esecutiva e quale invece no. Sarà pur sempre il giudice a deciderlo, ma con un compito ben diverso da quello della ridefinizione del rapporto.

¹¹⁸ M. BARCELLONA, *Appunti*, cit., 472.

¹¹⁹ A. CINQUE, *Sopravvenienze*, cit., 1717.

¹²⁰ A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, 2, 715, il quale osserva come «occorrerebbe dimostrare che da una corretta condotta della trattativa discende una, e solo una, soluzione sostitutiva che – contemporaneamente – mantiene il concordato riparto dei rischi, rispetta la proporzione fissata nello scambio, ripristina, inalterata, l'utilità marginale della parte toccata negativamente dalla sopravvenienza, conserva, inalterata, l'utilità marginale della parte altrimenti avvantaggiata dalla sopravvenienza, ed elude così ogni legittima obiezione che le parti possano sollevare al nuovo regolamento. Si tratta all'evidenza di condizioni pressoché impossibili».

¹²¹ F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, 2015, 588.

¹²² F. PIRAINO, *La buona fede*, cit., 592.

¹²³ F. PIRAINO, *Osservazioni*, cit., 615.



Se queste riflessioni appaiono in linea di principio condivisibili, occorre adesso meglio interrogarsi sulla natura, il fondamento e la portata del menzionato principio di conservazione.

Nella letteratura civilistica vi è, infatti, anche chi nega l'esistenza di un generale principio di conservazione del contratto, aggiungendo che, se esistesse, se ne dovrebbe estendere la portata a qualsiasi causa idonea a determinare l'interruzione del rapporto contrattuale e non alle sole sopravvenienze¹²⁴. Sembra, però, che ci si riferisca ad una particolare declinazione della conservazione e che occorra dapprima chiarire cosa si intende realmente quando si discute di tale principio.

Si possono rintracciare, infatti, almeno due accezioni di "conservazione": la conservazione del contratto in quanto tale, intesa come *conservazione degli effetti dell'atto negoziale* e la *conservazione dell'equilibrio contrattuale*, da intendersi qui come adattamento del rapporto alle mutate circostanze di fatto, accezioni che, in linea di principio, sono tra loro antitetiche poiché per contrastare il disequilibrio si potrebbe incidere sull'efficacia dell'atto e viceversa. È chiaro, dunque, che si faccia riferimento a fenomeni radicalmente diversi, sebbene spesso essi si confondano nel risultato perseguito.

La locuzione "conservazione del contratto" compare espressamente nel codice civile, nella rubrica dell'articolo 1367 cod. civ., nel senso di mantenere in piedi il contratto, interpretando le singole clausole in modo da attribuire ad esse un qualche effetto, nella logica di mantenimento in vita dell'atto giuridico¹²⁵. In questo senso, la conservazione opera come canone ermeneutico per il caso in cui vi sia un dubbio sulla validità del regolamento negoziale¹²⁶. La medesima logica di conservazione degli effetti si ritrova altrove, esempio emblematico è la disciplina della nullità parziale. In verità, il sistema conosce tutta una serie di rimedi generali utili a mantenere in vita un contratto che presenti dei vizi originari: si può procedere alla rettifica e alla convalida del contratto annullabile ovvero ancora alla conversione del contratto nullo.

Tuttavia, occorre chiedersi se la conservazione così intesa sia un valore meritevole di essere implementato al di fuori dai meccanismi suddetti, come principio generale. Scriveva, ad esempio, Grassetti nella voce enciclopedica sul *Principio di conservazione*, che laddove si intenda la conservazione in senso lato, comprendendovi tutte quelle disposizioni che mirano a conservare l'efficacia dell'atto o del negozio, tale principio sarebbe «inidoneo a porre in luce una regola di valore costruttivo»¹²⁷. Altri, ne ritrovano il fondamento nell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici¹²⁸. Senz'altro, sullo sfondo si rinviene un'esigenza di salvaguardia dell'attività giuridica e dei suoi effetti in un'ottica efficientista, allo scopo di evitare la «vanificazione del vincolo»¹²⁹ – come è stato efficacemente osservato, seppure in altro senso – tuttavia, non sembra si possano ricondurre tutti i meccanismi di conservazione dell'efficacia alla medesima logica, si tratta piuttosto di un effetto legale connesso talvolta con la sola esigenza di

¹²⁴ P. TRIMARCHI, *Soppravvenienze*, cit., 200; anche A.F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, Giuffrè, 2017, passim.

¹²⁵ F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 132.

¹²⁶ Sul tema *ex multis*, C. GRASSETTI, *Conservazione (Principio di)*, in *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, 1961, 173 ss.; per l'applicazione giurisprudenziale del principio di conservazione nel solco della teoria dell'interpretazione *ex multis*, Cass. 23 dicembre 2004, n. 23936, con nota di C. MENICHINO, *Principio di conservazione e nullità del contratto*, in *i Contratti*, n. 8-9, 2005, 751; Cass. 4 maggio 2005, n. 9275, con nota di M.T. DELLA CORTIGLIA, *Principio di conservazione e interpretazione del contratto*, in *Obbligazioni e Contratti*, 12, 2006, 996.

¹²⁷ C. GRASSETTI, *Conservazione (Principio di)*, cit., 176.

¹²⁸ G.B. FUNAJOLI, *Invalidità della volontà negoziale e conservazione del negozio giuridico*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1947-8, I, 215 ss.

¹²⁹ F. MACARIO, *Rischio*, cit., 71.



fortificazione della struttura giuridica nel tempo, per esigenze di ordine generale, talaltra con la sovrapposizione dello specifico interesse delle parti.

Questa esigenza di preservazione degli effetti nel tempo si manifesta in modo particolarmente forte nei contratti di durata. Nel contratto di somministrazione, affinché si possa domandare la risoluzione del contratto, non è sufficiente che l'inadempimento sia di "non scarsa importanza", così come prevede la disciplina generale di cui all'art. 1455 cod. civ., ma esso deve essere di "notevole importanza" e tale da menomare la fiducia nell'esattezza degli adempimenti successivi (art. 1564 cod. civ.). Allo stesso modo, per risolvere il contratto d'appalto devono essere presenti dei vizi tali da rendere l'opera del tutto inadatta alla sua destinazione (art. 1668 cod. civ.). Ma più in generale, la conservazione dell'efficacia dei contratti di durata e dei contratti ad esecuzione differita, da intendersi come elemento di disciplina di siffatte categorie, si rinviene proprio all'art. 1467 dal momento che complica la possibilità di ottenere la risoluzione, riconoscendo la possibilità di contrastarla attraverso la riconduzione ad equità. In questo senso, dalla disciplina generale si deduce un principio di conservazione degli effetti del contratto di durata o ad esecuzione differita.

Veniamo ora alla conservazione dell'equilibrio contrattuale. La conservazione questa volta si manifesta in modo analogo all'omonimo principio fisico – il principio di conservazione per l'appunto – che esprime il mantenersi invariato nel tempo del valore di una grandezza. Si è visto come alcuni autori ne ritrovino il fondamento proprio nello sviluppo nel tempo del regolamento negoziale. Se così fosse dovrebbe applicarsi in modo analogo la medesima disciplina a tutti i contratti di durata e ad esecuzione differita, eppure così non è. Inoltre, il legislatore potrebbe ben rispondere all'incertezza legata allo sviluppo nel tempo dei contratti, favorendo un principio opposto alla conservazione, quale potrebbe essere l'avvilimento del vincolo di fronte dell'evento che ne alteri l'equilibrio, attraverso l'implementazione di recesso e risoluzione.

A noi sembra, invece, che il fondamento di tale principio debba ritrovarsi direttamente nella stessa disciplina codicistica, affinché se ne possa attribuire una qualche rilevanza. Un certo orientamento ne trova la base normativa proprio a partire dall'art. 1467 cod. civ. È questa, ad esempio, la posizione adottata dalla già menzionata relazione del Massimario della Corte di cassazione¹³⁰. Eppure, come si è detto, a noi sembra, piuttosto, che tale disposizione sia espressione del principio di conservazione degli effetti. Volendosi impedire lo scioglimento del vincolo come obiettivo principale e solo incidentalmente, come strumento funzionale al perseguimento di tale finalità, si riconosce la riconduzione ad equità (ingenerando così anche un riequilibrio sostanziale). Nel medesimo senso va intesa allora, anche la proposta di riduzione ad equità che può essere avanzata da colui che riceve la domanda di rescissione allo scopo di evitarla. Sembra, invece, correttamente separare la conservazione dell'efficacia dalla conservazione dell'equilibrio la recente decisione della Sezione III della Cassazione¹³¹, per la quale il fondamento dell'art.

¹³⁰ Relazione tematica n. 56 dell'8 giugno 2020 dell'Ufficio del massimario della Cassazione, *Novità*, cit., p. 21; di recente con toni aderenti, vedi Trib. Benevento 22 gennaio 2025, in *NGCC*, 4, 2025, 838, con nota di S. PERROTTA, *La rinegoziazione del contratto: obbligo o facoltà?*

¹³¹ Cass. 16 giugno 2025, n. 16113, cit., ove si legge che nella risoluzione per eccessiva onerosità «l'attribuzione di un diritto potestativo di rettifica (da esercitarsi mediante negozio unilaterale recettizio), analogo a quello previsto in tema di contratto annullabile per errore (art. 1432 cod. civ.) e di contratto rescindibile (art. 1450 cod. civ.), si giustifica, per un verso, in ragione del principio di conservazione del contratto, per l'altro in ragione della circostanza che la rettifica operata dalla parte non onerata [...] riporta il divario tra le due prestazioni entro i limiti dell'alea normale del contratto, ripristinando l'equilibrio originario e facendo venir meno i presupposti della risoluzione invocata dalla parte onerata».



1467 cod. civ. è proprio da rintracciare, da un lato, nel principio di conservazione del contratto, dall'altro, nel riequilibrio che ne deriva.

La conservazione dell'equilibrio conosce diversi livelli di gradazione e diviene elemento di disciplina del tipo contrattuale nel momento in cui se ne riconosce un rimedio. La conservazione dell'equilibrio, detto altrimenti, almeno ad una prima approssimazione, non è principio generale che si possa estendere ad una certa categoria di contratti, ma è elemento che contraddistingue una serie di fattispecie che si accomunano per la loro strutturazione in riferimento all'elemento del rischio. Come è stato autorevolmente evidenziato, le regole di ripartizione del rischio relative alle circostanze che alterano il significato economico dell'affare e, quindi, in sostanza il suo equilibrio, per un verso, rispondono a criteri di giustizia sostanziale, per altro verso, sono dirette a garantire un razionale andamento delle operazioni economiche, oltre che il buon funzionamento del mercato¹³². Tutti i meccanismi rimediali che consentono di reagire all'alterazione dell'equilibrio negoziale, realizzando un trasferimento del rischio, esprimono una manifestazione della conservazione dell'equilibrio. Nella costruzione della disciplina di un tipo contrattuale, maggiore è l'alterazione possibile del rapporto e più ampio è il rischio che possa pesare su una parte, più forte è il meccanismo di contrasto.

Si ha *conservazione in senso debole* quando è previsto un meccanismo di revisione/riduzione del prezzo al mutamento delle circostanze di fatto, si ha *conservazione in senso forte*, quando è riconosciuto il potere di intervento giudiziale sul contenuto sostanziale del regolamento negoziale.

Si badi bene, però, la conservazione dell'equilibrio in senso debole non è connessa alla natura del contratto di durata, sicché può riguardare anche contratti istantanei, si pensi alla riduzione del prezzo nella vendita di beni viziati. L'esigenza è quella di riequilibrio delle prestazioni alla luce delle rinnovate conoscenze di fatto. L'esigenza di riequilibrio che conduce alla previsione di rimedi utili appunto alla conservazione dell'equilibrio si giustifica a partire dalla peculiare struttura del tipo contrattuale e del rischio tipico ad esso connesso. Il compratore è esposto al rischio di vizio non immediatamente riconoscibile e, pertanto, gli si offre un rimedio manutentivo che funga da strumento di riequilibrio quale è l'azione di riduzione del prezzo.

La conservazione in senso forte si ha quando è previsto un meccanismo legale o giudiziale intrusivo nel contenuto delle prestazioni in corso di esecuzione. Rispondendo all'esigenza di adeguamento delle prestazioni alle mutate condizioni di fatto è chiaro come tale forma di conservazione presupponga lo sviluppo nel tempo di tali prestazioni che potrebbero subire un'alterazione del loro reciproco equilibrio. Un esempio di conservazione in senso forte è rinvenibile all'art. 1660 cod. civ., comma 1.

Se il meccanismo della conservazione dell'equilibrio, nella forma dell'adeguamento contrattuale, è connesso alla gestione del rischio, si spiega allora come i meccanismi più forti di conservazione siano posti nel contesto di contratti fortemente squilibrati in termini di condizionamento unilaterale tipologico del programma economico, come è proprio il contratto di appalto, per le ragioni sopra esposte, e come vedremo essere anche i contratti pubblici. Nel diritto privato, il forte condizionamento del committente nell'attività dell'appaltatore determina non solo uno squilibrio di poteri, ma un'allocazione del rischio in astratto in capo all'appaltatore: i meccanismi di revisione del prezzo e di adeguamento del progetto, garantendo la conservazione dell'equilibrio, consentono di controbilanciare tale disequilibrio, offrendo in concreto strumenti di tutela. Per questa ragione si dice poi che il rischio in concreto poggia sul committente¹³³, ma non sarebbe così se mancassero questi rimedi per l'appunto conservativi.

¹³² G. ALPA, *Rischio (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, 1989, 1149.

¹³³ P. TRIMARCHI, *Sopravvenienze*, cit., passim.



Così ragionando, il principio di conservazione dell'equilibrio emerge come carattere non di tutti i contratti di durata in quanto *genus*, ma solo di quelli in cui il rapporto contrattuale presenti determinati connotati tali da ingenerare un condizionamento unilaterale del programma economico e proprio in proporzione a tale condizionamento. Ciò significa, anzitutto, che non si possa intendere l'adeguamento come principio generale¹³⁴, atteggiandosi esso piuttosto a meccanismo di disciplina connesso alla funzione di conservazione a sua volta dipendente dall'assetto contrattuale tipologico in merito alla gestione del rischio. Sicché, mentre la rinegoziazione non compare nella struttura codicistica, né come obbligo, né tantomeno come diritto, la conservazione dell'equilibrio contrattuale per il tramite dei diversi meccanismi di adeguamento è presente in diversi tipi e assolve ad una precisa funzione.

Ciò non toglie, come del resto si è già detto, che anche quando manchino rimedi specifici espressivi della conservazione dell'equilibrio, non esistano, al contempo, rimedi generali che consentano comunque di reagire al disequilibrio che si sia occasionalmente e imprevedibilmente manifestato, a prescindere dall'astratta ripartizione del rischio tipologico. E questi strumenti di reazione, a seconda della circostanza particolare, potrebbero essere l'*exceptio doli generalis*, secondo lo schema sopra tracciato, e l'inesigibilità della prestazione¹³⁵, sia essa ricavata per via interpretativa o per precisa scelta legislativa di natura emergenziale. Rimane da chiedersi se, così facendo, la conservazione dell'equilibrio, da mero elemento di disciplina, possa realmente trasformarsi in principio generale in senso proprio.

7. L'influenza della riflessione civilistica nella costruzione del sistema delle sopravvenienze nella disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici

Veniamo adesso alla disciplina dei contratti pubblici. Una tappa fondamentale dell'evoluzione normativa sul tema della gestione delle sopravvenienze si è avuta, in tempi recenti, in occasione dell'aggiornamento del Codice dei contratti pubblici¹³⁶, nel cui testo sono state introdotte alcune fondamentali disposizioni che occorre esaminare anche per considerarne l'impatto sul sistema nel suo complesso. Si tratta, in particolare, dell'art. 9, che reca una norma di principio, e degli artt. 60 e 120, che introducono disposizioni particolari nell'ambito della disciplina dell'appalto pubblico¹³⁷. L'art. 60 si occupa della revisione dei prezzi¹³⁸ disponendo l'obbligo dell'inserimento nei contratti pubblici di clausole di revisione

¹³⁴ F. MACARIO, *Adeguamento*, cit., 16 e 73 ss.; F. MACARIO, *Rischio*, cit., 74.

¹³⁵ *Ex multis*, L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1988, 1089 ss.

¹³⁶ D.lgs. del 31 marzo 2023, n. 36. In commento, *ex multis*, M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, 2025; F. CARINGELLA (diretto da), *Nuovo codice dei contratti pubblici*, Giuffrè, 2023, 51 ss.

¹³⁷ In realtà, rientrano nel contesto delle disposizioni utili alla gestione delle sopravvenienze anche gli artt. 189 e 192 seppur circoscritti all'ambito delle concessioni.

¹³⁸ Il quale dispone che: «1. Nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento è obbligatorio l'inserimento delle clausole di revisione prezzi riferite alle prestazioni oggetto del contratto. 2. Queste clausole non apportano modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell'accordo quadro; si attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, che determinano: a) una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore (al 5 per cento) al 3 per cento dell'importo complessivo e operano nella misura dell'80 per cento (della variazione stessa) del valore eccedente la variazione del 5 per cento (in relazione) applicata alle prestazioni da eseguire; b) una variazione del costo della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5 per cento dell'importo complessivo e operano nella misura dell'80 per cento del valore eccedente la variazione del 5 per cento applicata alle prestazioni da eseguire.»; per un'analisi dell'evoluzione della disciplina in materia di revisione dei prezzi negli appalti pubblici si veda E. GUARNIERI, *Rinegoziazione, revisione prezzi e pagamenti (artt. 9, 60, 120, 125)*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, cit., 1205 ss.



con una sorta di meccanismo “automatico”¹³⁹ di adeguamento del contratto, una volta che si presentino i presupposti menzionati dalla disposizione¹⁴⁰. L’art. 120, rubricato modifiche dei contratti in corso di esecuzione, garantisce, tra le varie sue previsioni, la possibilità di ottenere l’adeguamento del contratto laddove non si giunga ad un accordo per il tramite della rinegoziazione. Volendo seguire la ricostruzione qui proposta potremmo dire che l’art. 60 rappresenta una forma di conservazione in senso debole, mentre tutti i commi dell’art. 120, lo si vedrà meglio nel prosieguo, esprimono una forma di conservazione in senso forte.

Il legame fra le mutate condizioni socio-economiche globali e l’esigenza di una regolazione “efficiente” dei meccanismi di gestione delle sopravvenienze straordinarie e imprevedibili è evidenziato dalla stessa Relazione illustrativa al Codice¹⁴¹, che sottolinea espressamente l’importanza delle disposizioni in discussione alla luce di quanto causato dai recenti eventi della crisi pandemica e della guerra in Ucraina.

L’influenza della civilistica sulla riforma emerge, oltre che dal contesto storico in cui essa si colloca, ossia l’onda lunga del dibattito sul tema della gestione delle sopravvenienze nell’epoca Covid, anche dall’espresso intendimento del legislatore. Come risulta dalla stessa relazione introduttiva, la novella prende dichiaratamente ispirazione dai *Principi Unidroit* e dal *Codice europeo dei contratti*, nonché dal disegno di legge n. 1151 del 2019¹⁴², che si proponeva di riformare il Codice civile inserendo un generale diritto alla rinegoziazione ed all’adeguamento giudiziale, riproducendo la medesima sequenza che abbiamo visto essere diffusa nel contesto internazionale. Manca, invece, il riferimento alla relazione illustrativa del Massimario¹⁴³, che data l’ampiezza dei riferimenti menzionati, sembra una scelta metodologica precisa e condivisibile per le diverse ragioni, che, come avremo modo di discutere, sostengono a nostro modo di vedere l’impianto della riforma.

Se, da un lato, nell’ambito dei lavori preparatori, si è scelto di menzionare questi precedenti tratti dal contesto dei contratti di diritto comune, dall’altro, non si fa alcun riferimento alle disposizioni della contrattistica pubblica di altri Paesi europei, che pure regolano il fenomeno, talvolta con disposizioni non dissimili¹⁴⁴.

¹³⁹ Sul profilo dell’automaticità si veda V. CERULLI IRELLI, *Il principio della conservazione dell’equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2024, 16.

¹⁴⁰ L’origine storica dell’istituto della revisione dei prezzi nella legislazione pubblicistica è antica e se ne trova già un riferimento nel d.luog. 20 giugno 1915, n. 890, a mente del quale «Non sarà mai ammissibile una domanda di risoluzione di contratti fondata sulle condizioni create dallo stato di guerra quando i contratti stessi abbiano rapporto con pubblici servizi od opere pubbliche. [...] È data facoltà alle pubbliche amministrazioni di sostituire, con apprezzamento insindacabile, altre clausole o pattuizioni a quelle che non sieno più eseguibili, per causa del suddetto stato di guerra». È evidente il collegamento diretto con il solo migliore esercizio del potere pubblico e che non vi sia in questa impostazione alcuna connessione con le esigenze del privato; ne parlano *ex multis*, V. ROSSI, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici Origini, sviluppi, approdi e prospettive*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2024, 4 ss., cui si rinvia per l’esame della disciplina successiva; A. VARNESE, *La revisione dei prezzi nei contratti di appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, 1947, 20 ss.; P. PATRITO, *Contratti pubblici e clausola rebus sic stantibus*, in *Resp. civ. e prev.*, 6, 2024, 1800 ss.

¹⁴¹ III – *Relazione agli articoli e agli allegati*, Camera dei deputati, 5 gennaio 2023.

¹⁴² Disegno di legge n. 1151 del 2019, Relazione, ove si diceva: «si prevede di disciplinare il diritto delle parti di pretendere la rinegoziazione dei contratti secondo buona fede qualora divengano eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili, ovvero di chiedere in giudizio l’adeguamento delle condizioni contrattuali, qualora non si raggiunga un accordo tra le parti»; sul punto *ex multis*, P. SIRENA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile?*, in *Jus*, 67, 1, 2020, 205 ss.; S.P. PERRINO, *La rinegoziazione*, cit., 181.

¹⁴³ Relazione tematica n. 56, cit., lo evidenzia G.D. COMPORTI, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, in *Il diritto dell’economia*, 1, 2024, 35.

¹⁴⁴ B. MARCHETTI, *Principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale (art. 9)*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, cit., 293.



La base culturale sulla quale poggia la riforma in materia di sopravvenienze nel diritto dei contratti pubblici è, dunque, chiaramente civilistica, al punto che il principio generale di conservazione dell'equilibrio contrattuale, enunciato all'art. 9, non si rintraccia nella disciplina europea che ha condotto alla revisione del Codice – e per questo si è finanche discusso della legittimità del suo inserimento rispetto a quanto previsto dalla legge delega¹⁴⁵ – ma costituisce una peculiarità che il legislatore italiano ha introdotto in modo inedito. Questa aderenza alla scienza civilistica sorprende ancor di più se si pensa che è proprio l'appalto pubblico ad aver indotto il legislatore del '42 ad inserire nella disciplina privatistica¹⁴⁶, e segnatamente, nella disciplina dell'appalto privato meccanismi di revisione dei prezzi.

A dire il vero, la spinta verso la rinegoziazione si era manifestata anche nella giurisprudenza amministrativa, che muovendosi oltre il dato normativo, ne aveva in taluni casi postulato già l'obbligatorietà¹⁴⁷, tuttavia questo cambio di rotta si presenta come radicale¹⁴⁸, tenuto in considerazione che, per la giurisprudenza dominante, la revisione del contratto era ammessa solo ove espressamente pattuita o disciplinata da leggi speciali¹⁴⁹.

Un esempio recente di questa tendenza, si ritrova in una decisione del Tar Lombardia che merita menzione, non solo perché minoritaria in punto di riconoscimento del dovere di rinegoziazione, ma anche perché, pur in assenza dei presupposti temporali di applicazione, si confronta ampiamente con il nuovo impianto codicistico.

In una decisione relativa al rigetto di una richiesta di riequilibrio del canone in una concessione del servizio di distribuzione di gas relativo alla proroga di gestione *ex lege* in attesa del nuovo affidamento, il Tribunale ha ammesso l'esistenza di un obbligo di rinegoziazione in capo al Comune convenuto in giudizio¹⁵⁰. In particolare, il Tar ammette la rinegoziazione come rimedio generale dell'ordinamento in ragione della buona fede in funzione integrativa e del dovere di solidarietà sociale¹⁵¹.

A proposito della novella si afferma poi che «Il nuovo codice dei contratti pubblici ha così codificato, con una disposizione di carattere generale, il principio secondo cui tutti i rapporti negoziali di natura pubblicistica in essere con l'amministrazione, a prescindere dal titolo giuridico (appalto o concessione),

¹⁴⁵ V. CERULLI IRELLI, *Il principio*, cit., 12, per il quale la legittimità dell'inserimento sarebbe da ricercare nella stretta connessione del principio di conservazione con il principio del risultato.

¹⁴⁶ Vedi *infra*, alle note 58 e 140.

¹⁴⁷ CdS 10 novembre 2021, n. 7478; in commento si veda *ex multis*, G. BALOCCO-G. SCACCHERI, *L'obbligo di rinegoziazione nel nuovo Codice nel rispetto dei principi costituzionali?*, in *Urb. e appalti*, 6, 2024, 720; sul punto anche F. CARINGELLA (diretto da), *Nuovo codice*, cit., 55.

¹⁴⁸ B. MARCHETTI, *Principio*, cit., 295 ss.; sulla contestazione di un diritto alla rinegoziazione dell'impresa privata si veda N. GAETANA, *La rinegoziazione del contratto: principio «estrinseco» o «intrinseco» al nostro ordinamento giuridico?*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2022, 2, 1 ss.

¹⁴⁹ *Ex multis*, CdS 23 febbraio 2023, n. 1844, in *giustizia-amministrativa.it*.

¹⁵⁰ TAR Lombardia 11 novembre 2025, n. 3669, in *giustizia-amministrativa.it*; in senso contrario si veda *ex multis*, TAR Toscana 30 maggio 2025, n. 964, in *giustizia-amministrativa.it*, per cui «non sussiste nell'ordinamento di diritto civile un obbligo generale delle parti di un contratto alla rinegoziazione a seguito della iniziativa della parte svantaggiata in caso di circostanze sopravvenute e imprevedibili che abbiano alterato il sinallagma contrattuale»; così anche CdS 18 novembre 2024 n. 9212; CdS 24 luglio 2023, n. 7200; CdS 23 febbraio 2023, n. 1844, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

¹⁵¹ TAR Lombardia 11 novembre 2025, n. 3669, in *giustizia-amministrativa.it*, sostenendo che «tra gli obblighi contrattuali derivanti dal dovere di solidarietà sociale può certamente essere ricompreso, per ragioni di giustizia sostanziale, quello di rinegoziare il contenuto del rapporto al fine di riportarlo al suo originario equilibrio laddove, nel corso dell'esecuzione, si verificano sopravvenienze non imputabili alla parte che producono conseguenze pregiudizievoli, non accettate e non rientranti nell'alea giuridica, che si risolvono nella modifica dell'originario regolamento di interessi condiviso, permettendo così di realizzare sia l'interesse concreto della parte che, altrimenti, rimarrebbe frustrato dal regolamento originario medio tempore squilibratosi, sia l'utilità della complessiva operazione economica predisposta dalle parti».



devono essere messi al riparo dagli effetti pregiudizievoli derivanti, nel corso dell'esecuzione, dalle sopravvenienze che, caratterizzate nel senso indicato nella disposizione, alterano l'originario equilibrio e minano quindi il sinallagma (corrispettività) tra le prestazioni»¹⁵².

Sulla base di siffatte affermazioni si giunge a sostenere che la parte è libera di scegliere il rimedio da invocare in violazione dell'obbligo di rinegoziazione, potendo finanche domandare «l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo legale di concludere l'accordo manutentivo (artt. 1173 e 2932 cod. civ.)»; solo la rinegoziazione offrirebbe la giusta tutela, poiché il privato è obbligato a proseguire il servizio obbligatoriamente per un certo periodo, periodo per il quale egli non ha prestato direttamente il proprio consenso, e in riferimento al quale potrebbe ingenerarsi un mutamento delle condizioni di mercato tale da incidere sull'effettività e sulla sostenibilità della somministrazione del servizio stesso.

A dispetto di questa pronunzia isolata – che fa emergere, però, quanto vicino sia il rischio di generalizzazione e applicazione del principio di conservazione ben oltre gli stringenti presupposti legali di cui diremo poco oltre – la posizione dominante del Consiglio di Stato sembra essere quella di negare l'esistenza di un generale diritto alla rinegoziazione, almeno prima della recente riforma, che invece lo avrebbe introdotto all'art. 9, senza però che tale previsione possa avere portata retroattiva¹⁵³.

Ancora curiosa è la posizione di un'altra recente sentenza del Tar Lombardia, che sempre discute della novella, pur non potendola direttamente applicare, ed ove la Corte innesta il principio di conservazione del contratto direttamente sulla natura commutativa del contratto d'appalto che, per questo, sarebbe «retto dal principio di corrispettività fra prestazione e controprestazione (c.d. equilibrio sinallagmatico) che [...] deve accompagnare il rapporto contrattuale per tutta la sua durata»¹⁵⁴. Questa proposta ricostruttiva è fondamentalmente priva di sufficiente motivazione e, per quanto si è già detto, non condivisibile.

7.1. Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale ed il linguaggio del novello legislatore

L'art. 9 rubricato “principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale” conferisce rilevanza generale alla conservazione dell'equilibrio contrattuale, elevandola, formalmente, a principio della contrattualistica pubblica, affiancandole un generale diritto alla rinegoziazione¹⁵⁵. Anche qui si deve

¹⁵² TAR Lombardia 11 novembre 2025, n. 3669, cit.

¹⁵³ CdS 18 novembre 2024, n. 9212, cit.

¹⁵⁴ TAR Lombardia, Sez. distaccata Brescia, 13 maggio 2025, n. 414, in *giustizia-amministrativa.it*.

¹⁵⁵ In commento all'articolo si vedano, *ex multis*, e oltre quanto citato oltre, V. CERULLI IRELLI, *Il principio*, cit.; S. VINTI, *L'implosione*, cit., 188 ss.; B. MARCHETTI, *Principio*, cit., 293 ss.; ID., *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel nuovo codice dei contratti pubblici: prime osservazioni*, in *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, a cura di G. Morbidelli, Passigli Editori, 2023, 79 ss.; G. BRIGANTI-C. TESTA, *La rinegoziazione del contratto e le sopravvenienze nel nuovo Codice dei contratti pubblici: tra diritto amministrativo e diritto civile*, in *Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italiano"*, 2, 2025; V. ROSSI, *La revisione*, cit., 2024; S.P. PERRINO, *La rinegoziazione*, cit., 181; F. CARINGELLA (diretto da), *Nuovo codice*, cit., 51 ss.; M.E. COMBA, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Giur. it.*, agosto-settembre, 2023, 1975 ss.; G.F. NICODEMO, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 5, 2023, 561 ss.; F. TIGANO, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *La riforma dei contratti pubblici (d. lgs. 36/2023)*, Documento gruppo di lavoro AIPDA, a cura di F. Manganaro, N. Paolantonio e F. Tigano; F. VETRÒ, *Spunti introduttivi alla sistematica dei principi e delle regole dei contratti pubblici*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2, 2024, 37 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Codice dei contratti pubblici*, a cura di R. Giovagnoli, Milano,



condividere quanto detto sopra e intendere, in prima istanza, la conservazione del contratto non come principio generale in senso tecnico, capace cioè di ampliare il tessuto normativo per il tramite della sua diretta applicazione, ma come elemento che contraddistingue la disciplina del contratto pubblico come *genus* tipologico contrattuale, se così si può dire, trattandosi più correttamente di un modo di manifestazione e di proceduralizzazione di modelli contrattuali privatistici.

In particolare, al primo comma, l'articolo dispone che: «se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali»¹⁵⁶.

In via preliminare, occorre soffermarsi sul linguaggio utilizzato dal legislatore. Se, da un lato, si riprende il comma 2, dell'art. 1467 cod. civ., riferendosi al perimetro dell'alea normale come limite alla rinegoziazione – non accogliendo, così, le istanze di chi, in ottica riformatrice dell'attuale sistema delle sopravvenienze, differenziando fra rischio e pericolo, chiedeva un trattamento generale della revisione contrattuale, anche con riguardo agli eventi rientranti nell'alea normale¹⁵⁷ –, si nota una differenza sostanziale rispetto al modello di cui all'art. 1467 cod. civ. Pur facendo riferimento alle “circostanze straordinarie e imprevedibili”, il comma 1 dell'art. 9, ne muta la rilevanza, ossia l'impatto giuridicamente incidente sul regolamento contrattuale. Non si parla, infatti, di “eccessiva onerosità”, ma di alterazione rilevante dell'equilibrio. Si utilizza, dunque, il termine “rilevante” piuttosto che “eccessivamente oneroso”, e si guarda all'equilibrio contrattuale nel suo complesso.

L'intendimento del legislatore sembra essere quello di superare la distinzione dottrinale fra sopravvenienze qualitative e quantitative, aprendo alla rinegoziazione come obbligo in entrambi gli scenari. Il solo limite “qualitativo” che viene individuato dal comma successivo è quello della «sostanza economica» che non può essere alterata come conseguenza della rinegoziazione. L'astrattezza del riferimento sembra aprire a diverse interpretazioni, per cui occorrerà valutare se siano ricavabili vincoli ulteriori a partire dalle disposizioni di dettaglio.

L'art. 9 stimola, poi, le stazioni appaltanti all'inserimento di specifiche clausole di rinegoziazione, clausole già conosciute nella disciplina previgente in materia di concessioni¹⁵⁸. Infine, come raccordo con la disciplina speciale, il comma 5 dispone che «in applicazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale si applicano le disposizioni di cui agli articoli 60 e 120», tagliando fuori apparentemente le disposizioni che pur si occupano di revisione, ma in riferimento a settori diversi dall'appalto, quale quello della concessione.

2024, 84 ss.; F. LIGUORI-P. LA SELVA, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in CERIDAP, 2023; P. PATRITO, *Contratti*, cit., 1794 ss.; C. BASUNTI, *La rinegoziazione in una disciplina di settore: riflessioni e spunti alla luce del codice dei contratti pubblici*, in *Contr. e impr.*, 1, 2026, 155 ss.; G. BRUNO, *La gestione delle sopravvenienze perturbative dei contratti pubblici nella sistemistica del nuovo codice di settore*, in *Contr. e impr.*, 4, 2025, 955 ss.; S. NARDI, *La modificabilità del contratto pubblico in corso di esecuzione tra rinegoziazione e revisione*, in *NLCC*, 1, 2026, 245 ss.

¹⁵⁶ Per uno studio più risalente a proposito del dovere di rinegoziazione nella contrattualistica pubblica V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro amm. TAR*, 5, 2006, 1911 ss.

¹⁵⁷ *Ex multis*, M. ZACCHEO, *Il controllo*, cit., 57.

¹⁵⁸ Art. 165, comma 6, del d.lgs. n. 50/2006; sul punto F. CARINGELLA (diretto da), *Nuovo codice*, cit., 56; per una ricostruzione delle misure utili a gestire le sopravvenienze prima della riforma del Codice si veda *ex multis*, G.D. COMPORTI, *La rinegoziazione*, cit., 27; in materia di concessioni anche M. ZACCHEO, *Concessioni*, cit., 1 ss.; E. GUARNIERI, *Rinegoziazione*, cit., 1205 ss.



Prima di affrontare *funditus* le diverse problematiche che sorgono dalla disciplina in esame, si osserva subito come la dottrina civilistica si sia interessata relativamente poco di questo interessante intervento normativo.

Per Trimarchi, l'art. 9 è perfettamente coerente con la disciplina civilistica dell'appalto, in quanto si applica allorquando la variazione nel costo di esecuzione dell'appalto superi l'alea normale: in questo caso, l'appaltatore ha diritto all'adeguamento del compenso come accade con l'art. 1664 cod. civ., mentre la stazione appaltante potrebbe comunque recedere, ai sensi dell'art. 123 del codice dei Contratti pubblici, tenendo indenne l'appaltatore per i lavori e le prestazioni eseguite. Per Gabrielli è chiaro che la positivizzazione del principio di conservazione nel settore dei contratti pubblici è espressione della peculiarità della materia e non della sua natura di principio di portata generale¹⁵⁹, diversamente non ne sarebbe stata necessaria una previsione esplicita.

Se queste autorevoli osservazioni possono nel complesso essere condivise, occorre meglio riflettere su alcuni profili: se si debba confinare la portata dell'art. 9, a dispetto della sua collocazione sistematica, al solo contratto di appalto; se possono considerarsi realmente assimilabili le due diverse discipline, quella dell'appalto privatistico e quella dell'appalto pubblico; se si può ricercare il fondamento di questa disciplina nella medesima *ratio* che si è sopra presentata a proposito dell'appalto fra privati, specie tenendo in considerazione che la disciplina pubblica si applica indistintamente tanto agli appalti di lavori che di servizi e di fornitura; se vi sia una apertura verso un modello atipico di gestione delle sopravvenienze, che offra cioè alle parti di ottenere la revisione del contratto a prescindere dalla tipizzazione della causa di alterazione del sinallagma. Inoltre, si è visto come l'istituto della rinegoziazione, a differenza dell'adeguamento, sia sostanzialmente alieno al codice civile, mentre qui compare con vigore, non più nella dimensione dell'obbligo, ma, almeno in apparenza, nelle forme della situazione giuridica soggettiva che ne fa da contraltare, il diritto.

Il primo punto da affrontare, allora, riguarda la portata del principio. Si discute se il principio di conservazione dell'equilibrio sia realmente da intendere come principio generale o se, piuttosto, sia una disposizione meramente riassuntiva dei casi espressamente previsti dalla normativa. E ciò, sia in termini di estensione a tutti i contratti pubblici della sequenza rinegoziazione-adeguamento, che in termini di tipizzazione delle cause di revisione in senso lato.

Tanto per il moto culturale che lo ha guidato, quanto per la lettura della Relazione illustrativa, il principio sembrerebbe esser pensato per avere la portata più ampia. Descrivendo l'approccio del novello Codice ai principi generali, la stessa Relazione enuncia l'intendimento di inserire i principi generali direttamente nel testo proprio allo scopo di renderli chiaramente vincolanti per le amministrazioni, onde evitare di confinarli ad una dimensione di mera astrattezza. Essi rappresentano, si legge, «criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica ("nomogenetica") rispetto alle singole norme. Il ricorso ai principi assolve, inoltre, a una funzione di completezza dell'ordinamento giuridico e di garanzia della tutela di interessi che altrimenti non troverebbero adeguata sistemazione nelle singole disposizioni»¹⁶⁰.

L'intendimento è chiaramente quello di attribuire ai principi, e, dunque, anche al principio di

¹⁵⁹ E. GABRIELLI, *Sopravvenienza*, cit., 31, nota 39; in senso simile, S.P. PERRINO, *La rinegoziazione*, cit., 194, per la quale «non si rinvergono referenti espressivi di una nuova scelta politica in grado aprire l'ordinamento all'obbligo legale di rinegoziazione e all'obbligo di concludere il contratto rimodulato»; discutono della novella disciplina anche E. DEL PRATO, *Rinegoziazione*, cit., 1150 ss.; E. TUCCARI, *Sopravvenienze*, cit., nota 35.

¹⁶⁰ III – *Relazione agli articoli e agli allegati*, Camera dei deputati, 5 gennaio 2023, p. 10.



conservazione dell'equilibrio, una portata generale e precettiva e ciò risulta ancor più evidente da un altro passaggio ove si enuncia l'obiettivo di «fornire una più puntuale base normativa anche a una serie di principi “precettivi”, dotati di immediata valenza operativa»¹⁶¹.

Ciò nondimeno, un primo approccio potrebbe essere quello di circoscrivere la portata del diritto di rinegoziazione e della previsione generale dell'adeguamento alla sola disciplina dell'appalto. Gli artt. 60 e 120, come si è visto, sono infatti contenuti nella parte dedicata al contratto di appalto pubblico. Tale posizione avrebbe avuto, forse, ragione di essere accolta se il legislatore avesse ristretto la disciplina della revisione e dell'adeguamento al solo appalto di lavori. In questo senso, la logica dell'appalto di lavori o di servizi, in allineamento con quella dell'appalto privato, non avrebbe giustificato un'estensione analogica della disciplina ad altri tipi. Tuttavia, non è il caso, il legislatore dei contratti pubblici ha chiaramente inteso estendere la disciplina degli artt. 60 e 120 anche agli appalti di servizi e di fornitura. Dal tenore letterale della disciplina essa sembra estendersi espressamente tanto all'una che all'altra fattispecie, comparando in più tratti, nella parte dedicata all'esecuzione del contratto d'appalto, il riferimento ai servizi ed alla fornitura. Tale scelta, fra l'altro, si colloca in aperta rottura con quanto accaduto in occasione della pandemia Covid-19, in occasione della quale il legislatore aveva introdotto una serie di meccanismi di compensazione in favore delle imprese appaltatrici di lavori pubblici per compensare gli aumenti di prezzo delle materie prime, disposizioni che però si applicavano ai soli appalti di lavori e non anche a quelli di servizi e di fornitura, scelta la cui legittimità era stata ampiamente confermata dalla giurisprudenza amministrativa¹⁶². In prima battuta, emerge come la logica tipologica che si è riscontrata nella disciplina privatistica, quale fondamento dei meccanismi di revisione e conservazione, non si ritrova in questo contesto, dovendosi forse ricercare, e lo vedremo meglio nel prosieguo, nel peculiare rapporto fra p.a. e privati.

È di immediata evidenza come il campo applicativo sia da circoscrivere ai soli contratti di durata, sarebbe fuor d'opera pretendere l'estensione del diritto alla rinegoziazione a contratti in cui, pur essendo parte la p.a., tuttavia, non siano né di durata, né ad esecuzione differita. In questo senso, non si dovrà applicare il principio – e quindi le disposizioni di dettaglio che come vedremo ne costituiscono corollari – ad un contratto di vendita.

Non si vede, però, perché altre fattispecie dovrebbero rimanere escluse dalla disciplina della revisione e dell'adeguamento – a seconda della tipologia di sopravvenienza che si presenti – che costituiscono l'assetto rimediabile utile a dare concretezza al principio di cui all'art. 9. L'art. 196, ad esempio, che disciplina la figura della locazione finanziaria in cui sia parte una p.a., prevede che, se c'è trasferimento del rischio operativo, si applichino le norme sulle concessioni, in caso diverso si applicheranno quelle in materia di appalto pubblico di lavori, quindi in teoria anche le disposizioni contenute negli artt. 60 e 120¹⁶³. Del resto, non si vede per quale ragione si dovrebbe riconoscere il diritto alla rinegoziazione

¹⁶¹ III – *Relazione agli articoli e agli allegati*, cit., p. 10 ss.; per un esame in chiave privatistica dei principi generali del codice dei Contratti si rinvia a S.P. PERRINO, *La rinegoziazione*, cit., 187 ss.

¹⁶² Sul punto, F. CARINGELLA (diretto da), *Nuovo codice*, cit., 57 s.

¹⁶³ A proposito delle concessioni, CdS 7 gennaio 2026, n. 115, in *giustizia-amministrativa.it*, scrive: «Non si vuole certo significare che, in caso di modalità esecutiva dei lavori che ne preveda l'esecuzione da parte del concessionario [...] sia del tutto preclusa l'applicazione dell'istituto della revisione dei prezzi, ovvero del più generale principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale e del collegato strumento della rinegoziazione delle condizioni contrattuali (che hanno trovato recente riconoscimento normativo nell'art. 9 del d.lgs. n. 36/2023, pur non immediatamente applicabile *ratione temporis*). [...] tuttavia ove intervengano fatti straordinari o imprevedibili non imputabili a quest'ultimo, tali da alterare l'equilibrio economico finanziario del contratto, vengono in rilievo, tra l'altro, i meccanismi revisionali del Piano Economico Finanziario».



ed all'adeguamento in un appalto di servizi ed escluderlo nel contesto di un leasing traslativo, ai sensi del predetto art. 196.

7.2. Sopravvenienze e rinegoziazione: oltre l'adeguamento tipizzato?

Ben più complessa è la questione dell'estensione applicativa in termini di tipicità delle sopravvenienze e dei rimedi.

Per risolvere questa questione, occorre guardare più da vicino la disciplina dell'art. 120, il quale prevede che i contratti di appalto possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento:

- a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste in clausole chiare, precise ed inequivocabili (comma 1, lett. a), e sempre che la struttura del contratto e l'operazione economica sottesa rimangano inalterate;
- b) se è sopraggiunta la necessità di lavori, servizi o forniture supplementari e non sia possibile un cambio del contraente, poiché impraticabile per motivi economici o tecnici o perché comporti per la stazione appaltante notevoli disagi o un sostanziale incremento dei costi (comma 1, lett. b), e comunque non oltre il 50 per cento del valore del contratto iniziale;
- c) se sono necessarie varianti in corso d'opera, rese necessarie per effetto di circostanze non prevedibili da parte della stazione appaltante e, in particolare, relative: ad esigenze derivanti da nuove disposizioni legislative o regolamentari o da provvedimenti sopravvenuti; ad eventi naturali straordinari e imprevedibili e ai casi di forza maggiore che incidono sui beni oggetto dell'intervento; a rinvenimenti, imprevisi o non prevedibili con la dovuta diligenza nella fase di progettazione; a difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non prevedibili dalle parti in base alle conoscenze tecnico-scientifiche consolidate al momento della progettazione (comma 1, lett. c), sempre che la struttura del contratto e l'operazione economica sottesa rimangano inalterate, e comunque non oltre il 50 per cento del valore del contratto iniziale;
- d) se un nuovo contraente sostituisce l'aggiudicatario nei casi previsti dal comma 1, lett. d);
- e) quando si rimanga entro determinate soglie monetarie fissate dal comma 3, e sempre che la struttura del contratto e l'operazione economica sottesa rimangano inalterate.

Al di fuori di quanto detto, sono sempre ammesse le modifiche non sostanziali, a prescindere dal valore. I commi 6 e 7 specificano, poi, quando la modifica possa dirsi sostanziale *ex lege*; sono sostanziali quelle che: se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale avrebbero inciso sulla procedura di affidamento ampliando la sfera dei candidati e determinando una selezione diversa; mutano l'equilibrio economico del contratto a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale; estendono notevolmente l'ambito di applicazione del contratto (vedi per completezza il comma 6). Non sono sostanziali (comma 7), invece, – sempre che non determinino una delle circostanze menzionate – le modifiche che: assicurino risparmi, rispetto alle previsioni iniziali; realizzino soluzioni equivalenti o migliorative in termini economici, tecnici o di tempi di ultimazione dell'opera; nonché gli interventi imposti dal direttore dei lavori per la soluzione di questioni tecniche emerse nell'esecuzione dei lavori che possano essere finanziate con le risorse iscritte nel quadro economico dell'opera.

In sostanza, nel rispetto del diritto europeo, cui già si era adeguato il codice dei contratti pubblici



nella previgente formulazione, sono vietate le modifiche sostanziali, in un'ottica di limitazione dello *ius variandi* della p.a., in funzione di tutela del privato affidatario e, in misura ancor più manifesta, della concorrenza¹⁶⁴. I limiti legali alle modifiche che scalfiscono l'altrimenti immutabile appalto pubblico, così come cristallizzato in sede di gara, aprono la strada ad un potere di intrusione nella sfera giuridica del privato contraente e di modificazione delle condizioni contrattuali, note ai non aggiudicatari, diversamente illegittimo.

Per le modifiche e le varianti, il comma 13 prevede, poi, l'autorizzazione del RUP (su proposta del direttore dei lavori, come previsto dall'Allegato II.14 all'art. 5). La collocazione della previsione, diversa rispetto a quella previgente dell'art. 106, che lo prevedeva sin dall'inizio della disposizione, è forse giustificata proprio dal fatto che, per la rinegoziazione di cui al comma 8, è previsto un procedimento diverso.

Il comma 8 prevede, infatti, che il contratto sia sempre modificabile ai sensi dell'articolo 9 e che nel caso in cui manchino clausole di rinegoziazione, la richiesta di rinegoziazione vada avanzata senza ritardo. In particolare, «il RUP provvede a formulare la proposta di un nuovo accordo entro un termine non superiore a tre mesi. Nel caso in cui non si pervenga al nuovo accordo entro un termine ragionevole, la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione».

L'art. 120 non brilla, senz'altro, per chiarezza, al punto che occorre valutare il rapporto fra il comma 8 ed i commi precedenti, per poter sciogliere una serie di nodi che la disciplina solleva.

Per quanto riguarda le modifiche di cui al predetto comma tre, quelle cioè entro le soglie monetarie predefinite, e per le varianti in corso d'opera di cui al comma 1, lett. c – che nella normativa previgente erano disciplinate rispettivamente dall'art. 106, comma 2 e comma 1, lett. c – il Consiglio di Stato aveva chiarito come si trattasse di modifiche «praticabili da parte dell'amministrazione committente, unica titolare del potere di modifica», mentre l'appaltatore avrebbe avuto soltanto la facoltà di accettarle o meno «salvo che, in presenza di determinate situazioni, sia obbligato a sottostarvi: in sintesi, sono modifiche possibili, ma che presuppongono l'accordo tra le parti, promosso però dalla stazione appaltante e regolato dalla legge nel preminente interesse del mercato e della concorrenza, nonché al fine di delimitare lo *ius variandi* del committente pubblico»¹⁶⁵. In questo senso, sosteneva il Consiglio di Stato che esulasse dalla disciplina relativa alle modifiche la richiesta di revisione del prezzo da parte dell'appaltatore che non fosse espressamente disciplinata dalle clausole di revisione – al tempo della decisione non obbligatorie – ovvero da una legge speciale. Aggiungeva, poi, come ciò non escludeva che l'appaltatore in presenza dei suddetti presupposti di modifica potesse chiedere alla stazione appaltante una revisione contrattuale, tuttavia, il rifiuto non sarebbe stato giustiziabile.

Detto altrimenti, nella ricostruzione proposta dal Consiglio di Stato, le modifiche e le varianti suddette e di cui all'art. 106, oggi trasposte all'art. 120, sono applicabili essenzialmente su iniziativa della p.a., ma previo accordo con l'appaltatore.

A prescindere dall'accoglimento di questa prospettiva che ritiene possibile – non si capisce bene come – una coesistenza di potere autoritativo unilaterale e del consenso, è chiaro che le modifiche e le varianti della gran parte delle fattispecie menzionate dall'art. 120, dal comma 1 al 7, sono principalmente

¹⁶⁴ M. TRIMARCHI, *Perché derogare al codice civile nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Pa persona e amministrazione*, 2024, 172.

¹⁶⁵ CdS. 18 novembre 2024, n. 9212, in *giustizia-amministrativa.it*.



a “favore della p.a.”¹⁶⁶, o meglio, sono strettamente connesse con il perseguimento dell’interesse pubblico, principalmente all’ottenimento del servizio necessario ovvero al completamento dell’opera, con il limite della tutela della concorrenza che ne circoscrive il perimetro. Del resto, come si è visto, si tratta di modifiche di valore circoscritto in termini economici ovvero, comunque, di carattere non sostanziale, concetto, quest’ultimo, come si dirà a breve, di precisa portata tecnico-giuridica. Il sacrificio che si richiede all’appaltatore è giustificabile alla luce dei suddetti principi ed egli potrebbe avere, al più, un interesse alla revisione del prezzo che, laddove non contemplato dalle clausole di revisione di cui all’art. 60, rimane giuridicamente irrilevante (sempre che non si ricada nei presupposti del comma 8), quantomeno in una logica manutentiva del rapporto. È evidente, infatti, che l’accordo di cui parla il Consiglio di Stato nulla abbia a che vedere con l’autonomia privata, ma che si tratti, piuttosto, di un’incisione nella sfera giuridica altrui per il tramite dell’esercizio di un potere. Non è un caso che, proprio in riferimento alle modifiche in corso di esecuzione, una certa dottrina amministrativista parli di «focolaio pubblicistico» all’interno della fase esecutiva¹⁶⁷, ma non sarebbe fuor di luogo riportare il discorso entro lo schema diritto potestativo-soggezione. È indicativo, in questa prospettiva, come solo il comma 7, quello che definisce le modifiche non sostanziali *ex lege*, dia rilievo alla proposta proveniente dal privato, sottacendosi in merito a tale facoltà nelle diverse previsioni che lo precedono.

Il punto centrale di novità di cui vogliamo occuparci riguarda, però, l’ambito applicativo del comma 8. In particolare, occorre chiarire entro quali confini si debba collocare il diritto alla rinegoziazione e la conseguente possibilità di ottenere l’adeguamento del contratto, anche allo scopo di arginare quella giurisprudenza, sopra menzionata, che sembra aprire ad una revisione incondizionata del contratto ogniqualvolta si presenti una qualsiasi alterazione.

In particolare, occorre chiedersi, anzitutto, se il diritto alla rinegoziazione incontri solo i limiti di cui all’art. 9 – che, come si vedrà meglio appresso, contribuiscono anche a definirne la natura giuridica – con una sostanziale atipicità delle cause che giustifichino la richiesta di revisione del contratto in presenza di eventi straordinari ed imprevedibili che alternino la normale alea, aprendo così la strada ad un modello atipico della sequenza rinegoziazione-adeguamento ovvero se si sta semplicemente riconoscendo al privato il medesimo spazio di modifica concesso alla p.a. dai commi precedenti, ma alle condizioni eccezionali e ancor più circoscritte di cui all’art. 9. Per chiarirci con un esempio, quando si renda necessaria una variante d’opera, l’appaltatore (o anche la p.a. sia chiaro) potrà chiedere una revisione convenzionale del contratto solo quando essa non alteri la struttura e l’operazione economica sottesa e, comunque, non superi il 50 per cento del valore del contratto iniziale, oppure il diritto alla rinegoziazione si muove al di fuori di questi vincoli, fatto salvo sempre il limite di incerta determinazione della “non alterazione della sostanza economica” di cui all’art. 9. Nella dottrina che ha da subito commentato la novella, si è riflettuto circa la possibilità che l’art. 9 altro non fosse che una disposizione riassuntiva dei casi di revisione negoziale contemplati dagli artt. 60 e 120¹⁶⁸, eppure come vedremo così non può essere.

¹⁶⁶ Di diverso avviso è C. BASUNTI, *La rinegoziazione*, cit., 182, per il quale, sovrapponendo l’ambito applicativo delle modifiche a quello della rinegoziazione, «L’impianto dell’art. 120 cod. civ. riconosce alla parte svantaggiata il potere di agire in giudizio per ottenere l’adeguamento del contratto con evidenti risvolti obbligatori circa la responsabilità (dell’amministrazione) per violazione dell’obbligo di rinegoziazione».

¹⁶⁷ F. FRACCHIA-W. GIULIETTI, *Aspetti problematici dell’esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull’accesso civico*, in *Dir. econ.*, 2, 2020, 203 ss.; ma anche, M. MAZZAMUTO, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Dir. econ.*, 2022, 72 ss., il quale parla di «pressione giuspubblicistica sulla fase di esecuzione»; di diverso avviso è G.D. COMPORITI, *La rinegoziazione*, cit., 70.

¹⁶⁸ V. CERULLI IRELLI, *Il principio*, cit., 3.



È evidente che le richieste della parte privata possano coincidere in concreto con le ragioni enunciate dai commi che precedono l'8 e tendenzialmente allo scopo di ottenere una revisione del prezzo, tuttavia, si deve ritenere che lo spazio della rinegoziazione sfugga a tali limiti tipizzati.

Una certa autorevole dottrina ritiene che, in sostanza, le cause di modifica del contratto e quelle in riferimento alle quali sorgerebbe un diritto alla rinegoziazione siano sostanzialmente sovrapponibili e che, solo in taluni casi eccezionali, il perimetro possa essere più ampio – è il caso della revisione dei prezzi superiore alle soglie dell'art. 60, ad esempio¹⁶⁹. In nessun caso, comunque, si potrebbero superare i limiti disposti dall'art. 120 per le c.d. modifiche sostanziali, quei limiti, cioè, funzionali alla tutela della concorrenza, che facciano sorgere condizioni «che se fossero state contenute nei documenti di gara avrebbero potuto portare alla partecipazione di altri operatori»¹⁷⁰. Eppure, anzitutto non è vero che «tutte le “modifiche” danno luogo a fatti di rinegoziazione»¹⁷¹; lo si è già detto, un conto è l'accettazione formale, talvolta obbligata, in altri casi comunque ineludibile, altro è la rinegoziazione, laddove la si voglia intendere – come si fa del resto nel discorso civilistico – come un vero e proprio confronto aperto fra parti che conduca ad un nuovo assetto di interessi reciprocamente disponibili (e non unilateralmente imposti). Si tratta di istituti ben diversi. Inoltre, la logica giustificatrice del combinato disposto fra l'art. 9 ed il comma 8 dell'art. 120 è far fronte ad evenienze realmente eccezionali ed imprevedibili, come norma di chiusura, appellabile in circostanze straordinarie. Del resto, sarebbe irragionevole pretendere di rintracciare le medesime logiche che giustificano le previsioni delle modifiche in corso di esecuzione, anche nei novelli istituti della rinegoziazione-adeguamento, tanto più se si guarda alla diversa storia normativa. Se le modifiche sono figlie della spinta europea e funzionali a garantire la *par condicio* fra imprese e, al contempo, aprire alla revisione contrattuale in un'ottica di miglior espletamento della commessa pubblica, la rinegoziazione è stata direttamente inserita su iniziativa del legislatore nazionale, come strumento di riequilibrio del rapporto negoziale in presenza di fattori eccezionali. Tutto ciò risulta ancor più evidente dal tenore letterale dei Consideranda relativi alle modifiche in corso di esecuzione, introdotti dalla Direttiva 2014/24/UE (nn. 107 ss.), che si avviano sempre col medesimo tono: «le amministrazioni aggiudicatrici potrebbero trovarsi di fronte all'esigenza di modifica»¹⁷²; mai ci si riferisce all'interesse della parte privata. La disciplina delle modifiche, in definitiva, è orientata verso il miglior perseguimento dell'interesse pubblico e vuole evitare che la pubblica amministrazione nella fase di esecuzione del contratto sia svincolata da regole, anche in un'ottica anti-corruttiva¹⁷³ e principalmente allo scopo di tutelare il terzo non aggiudicatario, impedendo, cioè, che si giunga ad una sostanziale mutazione del contenuto negoziale, eludendo i vincoli di gara. Le disposizioni contenute nell'art. 9 e nel comma 8 dell'art. 120 non perseguono questi scopi e non si può pretendere di costruirvi intorno un abito che risponda a queste ragioni. Bisogna darsi pace, l'eccezionalità attenua le ragioni della concorrenza. Pretendere che si applichino regole ordinarie a casi eccezionali, una volta che, per di più, esista un regime straordinario, significherebbe alterare il disegno legislativo, sia tale scelta condivisibile o meno. Occorre chiedersi, al più, se tale obiettivo sia coerente con il paradigma normativo europeo.

¹⁶⁹ In questo senso si pone V. CERULLI IRELLI, *Il principio*, cit., 3 e 21, per il quale «si presenta uno spazio strettissimo perché la rinegoziazione possa operare al di là delle modifiche contrattuali espressamente previste dalla normativa»; in senso contrario E. GUARNIERI, *Rinegoziazione*, cit., 1205 ss.

¹⁷⁰ V. CERULLI IRELLI, *Il principio*, cit., 24.

¹⁷¹ V. CERULLI IRELLI, *Il principio*, cit., 22.

¹⁷² Non si tratta di una citazione letterale dei consideranda, presentando essi talune differenze nella struttura della locuzione, ma rimanendo quello menzionato il contenuto sostanziale.

¹⁷³ M.E. COMBA, *Il principio*, cit., passim.



Per farlo occorre ragionare sui limiti sostanziali alla rinegoziazione ed all'adeguamento. Laddove tali istituti realmente sfuggano ai limiti tipizzati dai diversi commi dell'art. 120, e, quindi, finiscano col rimanere vincolati soltanto a quanto stabilito dall'art. 9, c'è da chiedersi se il perimetro di eccezionalità che ne emerge sia realmente più ampio rispetto alle condizioni previste dall'art. 120 per quanto riguarda le modifiche; e, poi, che cosa intenda il legislatore quando si riferisce al limite di non alterazione della «sostanza economica» di cui al comma 2 dell'art. 9. Soprattutto per comprendere quale sia il significato da attribuire a tale nozione, specie in riferimento alle altre che emergono dall'art. 120 e dalla disciplina europea, ossia il «divieto di modificazione della struttura del contratto o dell'operazione economica» e, ancora, il divieto di apportare «modifiche sostanziali»¹⁷⁴.

Anzitutto, mentre il previgente art. 106, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016 individuava, genericamente, nelle circostanze «impreviste ed imprevedibili» il presupposto per l'introduzione di varianti d'opera, l'attuale art. 120, comma 1, lett. c) provvede a tipizzare puntualmente talune cause di imprevedibilità circoscrivendole in una sorta di *numerus clausus*. L'art. 72 della Direttiva 2014/24/UE (al quale la disciplina italiana si adegua), d'altro canto, non fa menzione dei fattori eccezionali o imprevedibili¹⁷⁵. È il Considerando 109 a far espresso riferimento al rapporto fra gestione dell'imprevedibile e contratti di durata ove si legge che «le amministrazioni aggiudicatrici si trovano a volte ad affrontare circostanze esterne che non era possibile prevedere». Il Considerando prosegue, poi, con un passaggio che occorre qui riportare per la sua portata chiarificatrice: «Il concetto di circostanze imprevedibili si riferisce a circostanze che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione [...]. Tuttavia, ciò non si applica qualora una modifica comporti una variazione della natura generale dell'appalto, ad esempio sostituendo i lavori, le forniture o i servizi oggetto dell'appalto con qualcosa di diverso, oppure comporti un cambiamento sostanziale del tipo di appalto poiché, in una situazione di questo genere, è possibile presumere un'influenza ipotetica sul risultato».

Ciò significa che, nella stessa struttura pro-concorrenziale europeistica, alla gestione dell'imprevedibile non vada applicato il criterio delle modifiche sostanziali, che si esprime in sostanza nel cosiddetto *scope of the competition test*¹⁷⁶, ossia quel giudizio controfattuale volto a verificare se la modifica, qualora nota al momento dell'indizione della gara, avrebbe determinato la presentazione di offerte differenti o sollecitato la partecipazione di ulteriori concorrenti.

Se non si ritenesse significativo, da solo, il tenore del Considerando sopra riportato, si potrebbe rilevare, inoltre, che il limite alle modifiche sostanziali non è il criterio generale previsto per tutte le fattispecie elencate dal 120. Ad esempio, il comma 1, lett. a), dell'art. 120¹⁷⁷ che ammette le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, quando esse siano previste in clausole chiare, precise e inequivocabili dei documenti di gara iniziali¹⁷⁸, sottopone l'estensione modificativa al solo limite del «divieto di modificazione della struttura del contratto o dell'operazione economica», e non a quello delle «modifiche sostanziali» per l'ovvia ragione che, in questo caso, vi è una presunzione di conoscenza da parte

¹⁷⁴ Affronta il punto, pur con argomentazioni diverse, anche P. PATRITO, *Contratti*, cit., 1806 ss.

¹⁷⁵ M.E. COMBA, *Il principio*, cit., 1980.

¹⁷⁶ Si vedano sul punto Corte di giustizia: C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur c. Austria* e C-549/14, *Finn Frogne AS c. Danimarca*, sulla quale *ex multis*, M.E. COMBA, *Il principio*, cit., 1978 ss.; nonché, Corte di Giustizia UE, *CAS Succhi di Frutta s.p.a.*, 22 aprile 2004, nella causa C-496/99.

¹⁷⁷ P. PATRITO, *Contratti*, cit., 1808.

¹⁷⁸ Un certo orientamento ritiene che le clausole di rinegoziazione di cui all'art. 9, comma 3, possano coincidere con quelle dell'art. 120, comma 1, lett. a) (in questo senso, P. PATRITO, *Contratti*, cit., 1809), tuttavia, per quanto si è detto diffusamente, è chiaro che clausole di modifica e clausole di rinegoziazione abbiano un contenuto e un ambito applicativo diverso.



degli altri aggiudicatari dell'effetto che risulta dall'applicazione della clausola, senza che, pertanto, vi possa essere in concreto un'alterazione dell'originaria *par conditio*. Dalla lettura del Considerando 109 sappiamo poi che la «modificazione della struttura del contratto o dell'operazione economica», consiste in una «variazione della natura generale dell'appalto» oppure in un «cambiamento sostanziale del tipo di appalto», e cioè qualcosa, che nulla ha a che fare con il limite delle modifiche sostanziali (così come sopra inteso) o con i vincoli di tipo quantitativo tipizzati¹⁷⁹. Si tratta, piuttosto, di un ordine di valutazione di tipo funzionalistico-causale che verrebbe ad essere violato quando, ad esempio, si sostituisca un appalto di lavoro con una fornitura o viceversa; oppure, quando, pur rimanendo nel *genus* di riferimento, ad esempio in contratti di fornitura, vi sia una modificazione del tipo contrattuale.

A ciò si aggiunge che rinegoziazione ed adeguamento mirano proprio a mantenere in piedi il contratto di fronte a fatti che sfuggono alla possibile immaginazione. Si pensi se, in un mondo pre-pandemico, si sarebbe potuta pensare una clausola precisa e puntuale che prevedesse come comportarsi di fronte ad una chiusura generalizzata e globale delle attività commerciali. Sicché l'orientamento che vuole ridurre i fatti che giustificano la rinegoziazione alle sole modifiche sostanziali finisce per obliterare, oltre che il senso del Considerando citato, il perimetro di eccezionalità che connota l'art. 9. Il limite delle modifiche sostanziali risulterebbe inconciliabile con le esigenze predicate dall'art. 9. Tale disposizione, infatti, oltre a richiamare le circostanze eccezionali, straordinarie e imprevedibili, richiede che l'evento esorbiti dall'alea normale del contratto. Criterio, quest'ultimo, che non attiene alla mera prevedibilità astratta della circostanza, ma alle modalità con cui quest'ultima incide concretamente sul rischio tipizzato all'interno dell'assetto contrattuale.

In conclusione, il divieto di non alterazione della sostanza economica (di cui al comma 2, art. 9), inteso alla stregua del Considerando 109, e cioè in chiave funzionale, proprio perché avente ad oggetto il rapporto fra contratto di durata pubblico e gestione delle sopravvenienze, non può che essere inteso come unico limite sostanziale che incontrano rinegoziazione ed adeguamento. Se quanto detto è vero, ne consegue che il giudizio circa la non alterazione della sostanza economica, da intendersi come giudizio relativo all'alterazione della causa negoziale, potrebbe ben essere operato dal giudice ordinario, che, anzi, è il più attrezzato allo scopo¹⁸⁰.

Si deve ritenere, per ciò tanto, che la procedura rinegoziazione-adequamento sia estranea ad ogni presupposto di tipicità e che si applichi a tutte le ipotesi di sopravvenienze, al di fuori del perimetro dei casi positivizzati ed espressi dagli artt. 60 e 120¹⁸¹, e che, in definitiva, la volontà legislativa sia quella di disporre un trattamento omogeneo delle sopravvenienze tipiche ed atipiche, che rientrino nei presupposti dell'art. 9 e non impongano una trasformazione funzionale del tipo negoziale.

Dallo stesso art. 120 emergono, del resto, procedimenti diversi, quello previsto dal comma 13 per le modifiche e quello disciplinato dallo stesso comma 8 per la rinegoziazione¹⁸². Nondimeno, è stato

¹⁷⁹ Nel senso che costituiscono parametri diversi, pur giungendo a differenti opposte, vedi P. PATRITO, *Contratti*, cit., 1809.

¹⁸⁰ È evidente, però, che, qualora la rinegoziazione approdi a un accordo che alteri la sostanza del contratto, emerga con forza il problema della tutela dei terzi. Sul punto, la giurisprudenza di legittimità (S.U. 28211/2019) ha chiarito che le contestazioni dei terzi relative a modifiche contrattuali rientrano nel contenzioso sulle procedure di affidamento, spettando dunque alla giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e) c.p.a.

¹⁸¹ In questo senso B. MARCHETTI, *Principio*, cit., 295 ss.; così anche P. PATATINI, *Rinegoziazione e rimedi manutentivi alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, Convegno "Nuovo Codice degli Appalti Riflessi sulle società quotate", tenutosi presso la LUISS, Roma, il 20 ottobre 2023, in *Giustiziamministrativa.it*, 12 ss.

¹⁸² Sulla scansione delle fasi del procedimento di rinegoziazione "pubblico" vedi G.D. COMPORI, *La rinegoziazione*, cit., 48 ss.



rilevato come, anche nella rinegoziazione, la proposta sia comunque formulata dal RUP e che, perciò, non si tratterebbe di un vero e proprio dialogo aperto fra le parti¹⁸³, eppure è chiaro come la struttura della disposizione sia radicalmente diversa; anche in presenza di una proposta del RUP non equilibrata e perciò rifiutata dalla parte, essa stessa potrebbe chiedere un intervento giudiziario riequilibrativo. Il comma 8, infatti, dà rilievo al mancato raggiungimento dell'accordo come criterio sufficiente ad ottenere l'adeguamento; non è necessario l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione, un rifiuto, che al più rileverà in termini risarcitori¹⁸⁴, ma è sufficiente che la proposta non corrisponda alla ragione di riequilibrio.

Se è chiaro che l'interesse che ispira la logica delle disposizioni di cui ai primi sei commi dell'art. 120 sia essenzialmente l'interesse pubblico, è altrettanto chiaro che a giustificare il binomio rinegoziazione-adeguamento sia la particolare strutturazione tipologica dello schema del contratto pubblico e l'asimmetria condizionale che lo contraddistingue. La previsione dell'adeguamento giudiziale che segue il tentativo di rinegoziazione, seppur abbia come presupposto di applicazione la concreta posizione di disequilibrio che si sia venuta a generare come conseguenza della sopravvenienza, è intimamente connessa all'asimmetria di poteri che, a monte, contraddistingue l'operazione negoziale pubblica. La pretesa di giustificare il meccanismo rinegoziazione-adeguamento esclusivamente alla luce del miglior perseguimento dell'interesse pubblico e del principio del risultato¹⁸⁵, che vedremo nei paragrafi successivi trovare comunque rilievo e tutela nella fase di rinegoziazione ed adeguamento, appare un'ingiustificata forzatura.

La *ratio* di questa nuova disciplina va ricercata, dunque, in prima battuta, nel rapporto fra pubblico e privato e nell'asimmetria che si crea già a partire dalla fase di ricerca del contraente, ma soprattutto in sede di esecuzione del contratto. Basti pensare a quanto si è detto a proposito delle modifiche unilateralmente imposte, all'istituto del c.d. quinto d'obbligo e, ancora, al già menzionato art. 123 che consente alla stazione appaltante di recedere dal contratto in qualunque momento, a condizione di tenere indenne l'appaltatore, in modo pressoché speculare all'art. 1671 cod. civ.

Anche in questo contesto, dunque, è il condizionamento unilaterale a giustificare un rafforzamento dei rimedi conservativi dell'equilibrio, tanto che lo strumento complesso, di cui si avvale il legislatore per controbilanciare la sfera di intrusione unilaterale della p.a., è proprio lo schema rinegoziazione-adeguamento che, in condizioni di eccezionalità, consente di contrastare tale unilateralità conformativa del rapporto, offrendo al privato un efficace strumento di tutela.

In questo senso, appare perfettamente razionale la scelta legislativa di rafforzare, proprio nel contesto della contrattazione pubblica, i rimedi di adeguamento, fortificando la tensione alla conservazione e, quindi, alla revisione negoziale; e che, in definitiva, a differenza di quanto è stato pure autorevolmente sostenuto¹⁸⁶, tale meccanismo, almeno in un'ottica di generalizzazione e non di circoscrizione tipologica, si giustifichi di più in questo contesto che non in quello dei rapporti fra privati.

¹⁸³ S.P. PERRINO, *La rinegoziazione*, cit., 197.

¹⁸⁴ V. ROSSI, *La revisione*, cit., 39; E. GUARNIERI, *Rinegoziazione*, cit., 1213.

¹⁸⁵ Nella letteratura civilistica è questa la posizione di C. BASUNTI, *La rinegoziazione*, cit., 168.

¹⁸⁶ V. CERULLI IRELLI, *Il principio*, cit.



7.3. La “funzione” della rinegoziazione nell’esecuzione del contratto pubblico e la natura delle situazioni giuridiche soggettive

Quanto sinora detto è stato utile per ricostruire il senso e la portata dell’intervento legislativo. L’esame della disciplina ha consentito di stabilire come la logica dell’adeguamento che si ritrova nella disciplina dei contratti pubblici non sia poi così lontana dalle fattispecie speciali in riferimento alle quali il codice civile appresta rimedi analoghi. Occorre soffermarsi ancora sulla natura giuridica e sulla funzione della fase di rinegoziazione nell’esecuzione del contratto pubblico¹⁸⁷, anche allo scopo di chiarire quale siano le situazioni giuridiche soggettive in discussione e quale sia il significato da attribuire all’enigmatico “diritto alla rinegoziazione”.

Il problema della natura giuridica delle situazioni soggettive dei privati in sede di revisione del contratto pubblico, connesso alla determinazione della competenza giurisdizionale, è stato affrontato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Suprema Corte in relazione alle clausole di revisione dei prezzi. La storia normativa di questo istituto¹⁸⁸ – che ha visto in modo alternante prima la previsione di un obbligo, in seguito divenuta facoltà, poi un ritorno all’obbligatorietà – è stata attratta da due opposte esigenze, da un lato, quella di evitare che la p.a. venga chiamata a sostenere costi non preventivati, in un’ottica di contenimento della spesa pubblica, dall’altro, l’esigenza di adeguare le prestazioni alle mutate esigenze, anche nell’interesse, sempre generale, a non investire infruttuosamente risorse pubbliche, specialmente nel particolare contesto dell’appalto di lavori.

La giurisprudenza ormai consolidata del Consiglio di Stato ritiene che la revisione dei prezzi risponda essenzialmente alla tutela dell’interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi a favore delle pubbliche amministrazioni non siano esposte col tempo al rischio di una diminuzione qualitativa e, solo secondariamente, alla tutela dell’impresa che abbia subito l’aumento del prezzo. Di qui la qualificazione di interesse legittimo in riferimento all’indagine sull’*an* dei presupposti per ottenere la revisione e di diritto soggettivo in merito alla sola valutazione del *quantum* della pretesa, quando vi siano parametri oggettivi e prefissati¹⁸⁹. Così si legge: «l’istituto della revisione prezzi si atteggia secondo un modello procedimentale volto al compimento di un’attività di preventiva verifica dei presupposti necessari per il riconoscimento del compenso revisionale, modello che sottende l’esercizio di posizione di potere autoritativo tecnico-discrezionale dell’amministrazione nei confronti del privato contraente»¹⁹⁰. A semplificare il quadro si aggiunge l’art. 133, comma 1, lettera e) n. 2, c.p.a. che riconosce poi una competenza giurisdizionale esclusiva al g.a. in merito alle controversie relative «alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica [...]». La valutazione

¹⁸⁷ Nella letteratura civilistica il tema è affrontato da S.P. PERRINO, *La rinegoziazione*, cit., 188, per la quale «la rinegoziazione si differenzia dalla revisione dei prezzi e ciò implica che la presentazione della richiesta non determini l’avvio di un procedimento amministrativo, entro cui è demandata un’istruttoria alla amministrazione competente all’accertamento dei presupposti applicativi, né occorre l’adozione di un provvedimento amministrativo autoritativo, recante il contenuto del contratto rinegoziato. Ulteriore corollario di detta qualificazione giuridica è la giurisdizione sulla rinegoziazione consensuale in capo al giudice ordinario».

¹⁸⁸ Ne danno ampliamento conto V. ROSSI, *La revisione*, cit., 2024, passim e P. PATRITO, *Contratti*, cit., 1800 ss.; vedi anche V. CERULLI IRELLI, *Il principio*, cit., 14 ss.

¹⁸⁹ Cass. ss.uu. 9 giugno 2020, n. 21990, in *OneLegale*.

¹⁹⁰ CdS. 5 marzo 2018, n. 1337, in *giustizia-amministrativa.it*; ma anche, *ex multis*, CdS 4 marzo 2015, n. 1074, *giustizia-amministrativa.it*.



della spettanza compete, dunque, al giudice amministrativo¹⁹¹ e, trattandosi di giurisdizione esclusiva, la necessità di indagare la natura giuridica della posizione sottostante sarebbe sempre utile, ma non ai fini di individuazione del giudice competente, estendendosi tale giurisdizione tanto ad interessi legittimi che a diritti soggettivi¹⁹².

Tutto ciò premesso, occorre chiedersi, anzitutto, se tale assunto sia rimasto immutato anche alla luce della novella in discussione che, all'art. 60, ha previsto l'attivazione delle clausole di revisione «al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva»¹⁹³. Certo è che tale meccanismo automatico sembra operare slegato da un potere discrezionale e, occorre dirlo, la stessa motivazione del Consiglio di Stato circa il mantenimento qualitativo del servizio non sembra poi così forte. Che si tratti, forse, di un diritto soggettivo?¹⁹⁴ Tale conclusione porrebbe ombre sulla stessa legittimità costituzionale della previsione di una giurisdizione esclusiva alla luce del tradizionale orientamento della Cassazione che pone come presupposto per la giurisdizione esclusiva l'esistenza di un intreccio di interessi legittimi e diritti soggettivi che, nel caso di specie, verrebbe a mancare¹⁹⁵.

Lasciando da parte l'istituto della revisione dei prezzi e tornando a rinegoziazione ed adeguamento, modello in riferimento al quale il legislatore nulla ha detto in punto di giurisdizione, come si è già anticipato, vi è chi sostiene che, nella contrattazione pubblica, la rinegoziazione miri a garantire, anche nella fase di esecuzione, la tensione verso il buon andamento ed il corretto perseguimento degli interessi pubblici sottesi all'affare, in applicazione del tanto celebrato principio del risultato¹⁹⁶.

Sulla stessa linea si colloca chi attribuisce alla formula “diritto alla rinegoziazione” una portata atecnica. Detto altrimenti, non si tratterebbe propriamente di un diritto soggettivo, piuttosto di una situazione di aspettativa o di interesse legittimo¹⁹⁷. In particolare, per taluni autori, si tratterebbe di un interesse a che la p.a. dia inizio ad un procedimento tecnico discrezionale ove essa stessa potrà valutare l'opportunità di pervenire ad una variazione del regolamento contrattuale. Tale soluzione che rispecchia le posizioni tradizionali sul tema, figlie di un modello concettuale ove la revisione, laddove ammessa, era sempre considerata esercizio di potere discrezionale – in linea, del resto, con la giurisprudenza sopra menzionata –, poco si sposa, a nostro parere, con la *ratio* della riforma.

Così si è anche sostenuto che dalla qualificazione in termini pubblicistici di questo rimedio¹⁹⁸, quello

¹⁹¹ V. ROSSI, *La revisione*, cit., 41 s.

¹⁹² CdS. 24 marzo 2022, n. 2157, *giustizia-amministrativa.it*.

¹⁹³ Ne discute V. CERULLI IRELLI, *Il principio*, cit., 16.

¹⁹⁴ Così anche P. PATRITO, *Contratti*, cit., 1804.

¹⁹⁵ Sul punto si vedano Cass. ss.uu. 16 gennaio 2018, n. 895 e Cass., S.U., 31 ottobre 2019, n. 28211, entrambe in *OneLegal*, per cui «la giurisdizione esclusiva [...] conduce alla identificazione di un'area nella quale sono in campo interessi legittimi e diritti soggettivi in correlazione tra di loro»; ma anche, Corte cost. n. 204 del 2004, in *cortecostituzionale.it*.

¹⁹⁶ V. CERULLI IRELLI, *Il principio*, cit., 11; così anche E. GUARNIERI, *Rinegoziazione*, cit., 1205 ss., per il quale «tenuto conto che l'art. 9 fa applicazione del principio del risultato, si può ammettere che sussiste una precisa direzione finalistica dietro l'obbligo di rinegoziazione: pur intercettando e soddisfacendo la posizione di svantaggio dell'operatore economico “colpito” dalla sopravvenienza, il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale è posto anzitutto a garanzia della realizzazione dell'interesse pubblico concretamente perseguito dall'amministrazione con il contratto ormai squilibrato. L'interesse pubblico, quindi non sta al di fuori della vicenda della rinegoziazione e di revisione prezzi; [...] Insomma, mentre per il diritto privato è anzitutto la buona fede – principio modale ad effetti finalistici – ad imporre la rinegoziazione, per il diritto dei contratti pubblici, la rinegoziazione è invece dovuta direttamente al principio finalistico della funzionalizzazione»; così anche A. BENEDETTI, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, 2024, 231 ss.; in senso contrario G.D. COMPORTI, *La rinegoziazione*, cit., 2024.

¹⁹⁷ G. BALOCCO-G. SCACCHERI, *L'obbligo*, cit., 716; G.F. NICODEMO, *Il principio*, cit., 570.

¹⁹⁸ F. CARINGELLA (diretto da), *Nuovo codice*, cit., 57.



impropriamente definito diritto alla rinegoziazione, ne deriverebbe per il privato la possibilità di avvalersi dei rimedi tipici dell'interesse legittimo, con la conseguente necessità di attivare un procedimento amministrativo, nel quale la p.a. dovrà svolgere attività istruttoria funzionale a valutare l'esistenza dei presupposti per la rinegoziazione, con un sostanziale obbligo di provvedere ex art. 2 l. n. 241/1990. In senso analogo, si è detto che, nella rinegoziazione pubblicistica, «il riequilibrio del sinallagma dipende da una decisione amministrativa che scaturisce dalla ponderazione di ragioni eminentemente pubblicistiche [...] e fa da contraltare al diritto del contraente privato alla conservazione dell'equilibrio contrattuale il potere di rinegoziazione della P.A., che, a ben vedere, non è esercitato secondo i canoni dell'autonomia privata, ma invece secondo quelli della discrezionalità amministrativa»¹⁹⁹. Per questa ragione l'A. attribuisce all'art. 9 la natura di norma di azione, quel tipo di norma, cioè, che mira a regolare la potestà amministrativa funzionalizzandola alla cura dell'interesse pubblico. Eppure, sempre che si voglia utilizzare la coppia concettuale antitetica fra norme d'azione e norme di relazione²⁰⁰, la sequenza rinegoziazione-adeguamento, a differenza delle modifiche in corso di esecuzione, parrebbe operare, piuttosto, – alla luce di quanto si è detto e nonostante sia formalmente azionabile sia da stazione appaltante che da appaltatore – come limite al potere conformativo della stazione appaltante, limite connesso con la strutturazione del contratto pubblico e con la ragione squisitamente privatistica di tutela della parte sulla quale viene a collocarsi il peso della sopravvenienza²⁰¹.

La preoccupazione che muove queste posizioni dottrinali è che, per il tramite di una rinegoziazione ingiustificata, si aggiri l'evidenza pubblica, andando a pregiudicare la posizione dei terzi non aggiudicatari.

Intanto, si è già detto come i presupposti sostanziali della revisione richiedano la presenza di tutte le circostanze elencate dal primo comma dell'art. 9, circostanze che attribuiscono al rimedio una portata del tutto eccezionale. Poi, lo stesso art. 9, oltre quanto già si è chiarito a proposito del divieto di alterazione della sostanza economica, individua dei limiti ulteriori che occorre adesso indagare meglio, non solo perché rappresentano il perimetro definito dal legislatore come argine alla revisione negoziale eccezionale, ma anche per inquadrare la natura giuridica del diritto alla rinegoziazione.

Anzitutto, vi è il limite funzionale del riequilibrio. La revisione contrattuale deve pareggiare un rapporto squilibrato ed a tale obiettivo è vincolata l'attività modificativa²⁰². Altro limite che sembra apparentemente

¹⁹⁹ G.F. NICODEMO, *Il principio*, cit., 569; in critica a questa posizione si veda, invece, G. DE CESARE, *Diritto alla rinegoziazione dell'appalto pubblico e riparto di giurisdizione: una passeggiata sul crinale tra diritto sostanziale e processuale*, in *DPCIEC*, 3, 2024, 771, per il quale l'A. starebbe confondendo «la discrezionalità amministrativa con la funzionalizzazione dell'attività *iure privatorum* dell'amministrazione a fini di interesse pubblico».

²⁰⁰ Ferme comunque le critiche mosse alla ricostruzione guicciardiana di cui si avvale l'autore in commento, su cui vedi M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 229 s., per il quale «La teoria guicciardiana si fonda infatti sulla nota distinzione tra le norme che regolano l'attività amministrativa: norme di relazione, poste nell'interesse individuale; norme di azione, poste nell'interesse pubblico; norme non giuridiche, che incidono sull'esercizio del potere discrezionale; donde le tre specie di stati viziati del provvedimento amministrativo illiceità, illegittimità, inopportunità – e i tre giudici in vario modo competenti a conoscere delle relative controversie – giudice ordinario, giudice amministrativo di legittimità, giudice amministrativo di merito – [...] La costruzione del Guicciardi ha ricevuto molte critiche [...] La norma attributiva di diritti (o di relazione) non è vero che sia solo a tutela di interessi privati, ma lo è anche di pubblici; così pure la norma detta d'azione ha attitudine a regolare, e in moltissimi casi in effetti regola, anche interessi privati; non è vero che la discrezionalità sia dominata solo da norme non giuridiche: il meccanismo è in realtà molto più complesso».

²⁰¹ In linea con l'art. 1, comma 1-bis del cod. proc. amm. per cui «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente».

²⁰² Sul punto già V. LOPILATO, *Le clausole*, cit., 1911 ss., per il quale, una volta che si rispetti tale limite, «viene certamente salvaguardata la regola della parità di trattamento: nessuno, infatti, potrebbe lamentare che il contratto concluso abbia offerto “nuove” e “diverse” possibilità all'impresa aggiudicataria che non siano state oggetto di una procedura concorsuale».



emergere dal primo comma riguarda il condizionamento economico del diritto alla rinegoziazione. Si legge, infatti, che gli oneri per la rinegoziazione devono essere fatti pesare esclusivamente «sulle somme a disposizione indicate nel quadro economico dell'intervento, alle voci imprevisti e accantonamenti e, se necessario, anche utilizzando le economie da ribasso d'asta». Sembrerebbe, dunque, che si sia costituito un vincolo economico alla possibilità di rinegoziazione-adequamento del rapporto contrattuale e che ogniqualvolta, per le circostanze imprevedibili, la rinegoziazione – o l'adequamento del contratto non rinegoziato – richieda uno sforzo economico per la p.a. superiore a quanto preventivato, il diritto del privato, magari pure determinato in sede di adeguamento dall'autorità giudicante, dovrebbe rimanere insoddisfatto.

Per questa ragione, taluni parlano di diritto soggettivo vincolato o comunque condizionato o, ancora, di diritto “finanziariamente condizionato”²⁰³, definizione, quest'ultima, fatta propria anche dalla giurisprudenza amministrativa più recente²⁰⁴. Detto altrimenti, la rinegoziazione incontrerebbe una serie di limiti finanziari, oltre che di trasparenza e di decadenza – insieme al generale divieto di alterazione della sostanza economica del contratto – da cui sarebbe ricavabile «un limite quantitativo alla possibilità di apportare modifiche ai contratti pubblici in corso di esecuzione»²⁰⁵. Tali limiti, che andrebbero accertati dalla p.a., vengono, poi, enfatizzati da altri a sostegno della qualificazione in senso pubblicistico dell'interesse alla rinegoziazione²⁰⁶.

Chi sostiene il condizionamento finanziario dei margini di rinegoziazione ritiene che «si tratta di una soglia legale del margine di adeguamento tollerato che si risolve in un ampliamento del rischio contrattuale dell'impresa, nella misura in cui la stessa viene privata della possibilità di gestire in via negoziale le sopravvenienze per la parte eccedente la disponibilità del quadro economico: sacrificio variabile in ragione dell'andamento della contabilità dell'appalto e da ritenere ragionevole nel bilanciamento con gli interessi di rango costituzionale implicati (artt. 41, 81 e 97 cost.)»²⁰⁷ e che lascerebbe comunque aperta la possibilità all'appaltatore di domandare risoluzione e risarcimento.

Anzitutto, è chiaro che si tratti di piani diversi, quello del diritto alla rinegoziazione, di tipo relazionale, e quello della individuazione delle voci imprevisti e accantonamenti e delle economie di ribasso d'asta, di tipo organizzativo. Si tratta, infatti, di norme organizzative-contabili che fungono da criterio di gestione della fase di rinegoziazione e che non influenzano la natura giuridica dell'interesse sotteso. Il punto è comprendere se la pretesa del privato possa essere condizionata dalla sussistenza di tali risorse accantonate. Una volta che ricorrano i presupposti legali per la rinegoziazione, condizionare la pretesa modificativa ad un limite economico significa introdurre una forma di limitazione della responsabilità che il riferimento al bilanciamento di valori costituzionali potrebbe non giustificare, finendo, anzi, col favorire comportamenti abusivi da parte delle stesse pp.aa. e creare situazioni di disparità con il privato che viceversa potrebbe essere obbligato all'adequamento negoziale senza alcun limite.

Non è da escludersi, tuttavia, che il legislatore abbia voluto circoscrivere il rischio dell'attività negoziale attraverso una sorta di destinazione patrimoniale di fondi che rimangono vincolati al perseguimento di una funzione (quella di gestire l'imprevedibile) e che finisce col circoscrivere i margini delle pretese funzionalmente connesse a tale destinazione. La legittimità di tale operazione si dovrebbe poggiare,

²⁰³ B. MARCHETTI, *Principio*, cit., 29 e E. GUARNIERI, *Rinegoziazione*, cit., 1205 ss.; G.D. COMPORTI, *La rinegoziazione*, cit., 36 ss. che parlano di diritto finanziariamente condizionato.

²⁰⁴ TAR Toscana 30 maggio 2025, n. 964, in *giustizia-amministrativa.it*.

²⁰⁵ G.D. COMPORTI, *La rinegoziazione*, cit., 46; M.E. COMBA, *Il principio*, cit., 1983.

²⁰⁶ G.F. NICODEMO, *Il principio*, cit., passim.

²⁰⁷ G.D. COMPORTI, *La rinegoziazione*, cit., 46; ma anche, M.E. COMBA, *Il principio*, cit., 1983.



tuttavia, sul fatto che anche per il privato sia determinabile tale valore, così da poter anch'esso bilanciare la propria sfera di rischio²⁰⁸. È altrettanto evidente, poi, che non si tratterebbe di un vero e proprio diritto condizionato, ovvero di una condizione in senso tecnico, poiché il diritto soggettivo che verrebbe a crearsi di fronte all'evento sopravvenuto eccezionale ed imprevedibile è un diritto pienamente efficace ed incondizionato, si tratterebbe piuttosto di una limitazione legale di responsabilità; detto altrimenti, sarebbe la pretesa modificativa, soggettivamente piena e compiuta, ad incontrare un limite legale di esigibilità nella base patrimoniale costituita ai sensi dell'art. 9.

Sulla medesima scia vi è così chi ha rintracciato un'ulteriore limitazione all'esercizio del diritto di rinegoziare nella disciplina delle riserve²⁰⁹. Il diritto di rinegoziare si scontrerebbe con il rigore delle formalità imposte a proposito dell'obbligo formale di iscrivere la riserva entro la finestra temporale individuata dal codice, che farebbe decadere, in caso di mancato adempimento dell'onere, dal diritto alla rinegoziazione²¹⁰, configurando un regime particolarmente gravoso per l'appaltatore, con un onere di comunicazione che, in taluni casi, potrebbe rivelarsi impossibile da adempiere. È evidente, pertanto, come l'istituto della rinegoziazione sia ontologicamente – sempre in ragione del carattere di eccezionalità-imprevedibilità che ne fa da presupposto – incompatibile con questa disciplina²¹¹.

A partire dalle diverse impostazioni prospettate sorge, poi, il problema dell'individuazione del giudice competente a provvedere all'adeguamento ai sensi del comma 8 dell'art. 120. Chi propende per la natura pubblicistica della fase di rinegoziazione, riconosce la giurisdizione del giudice amministrativo²¹², chi, invece, attribuisce alla rinegoziazione, ma soprattutto all'adeguamento – che pure sarebbe

²⁰⁸ In senso simile, M.E. COMBA, *Il principio*, cit., 1983 per il quale «Il quadro economico, dunque, si trasforma da mero atto interno ad elemento la cui conoscenza da parte dell'operatore economico è necessaria per formulare un'offerta informata, con la conseguenza che dovrà essere reso disponibile, dato l'innegabile interesse dell'offerente, qualora non venga direttamente pubblicato tra gli atti di gara».

²⁰⁹ Le riserve servono a garantire «il continuo ed efficace controllo della spesa pubblica, la tempestiva conoscenza e valutazione, sulla base delle risultanze contenute nel registro di contabilità, delle eventuali pretese economiche avanzate dall'appaltatore e l'adozione di ogni misura e iniziativa volte a evitare che i fondi impegnati si rivelino insufficienti» (art. 7, comma 1 all. II.14 Codice).

²¹⁰ Sul termine di decadenza, pur in un contesto normativo diverso, si veda Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 2112 del 25/01/2022 per la quale ricade sull'appaltatore «l'onere di indicare tutte le domande che crede di fare, di contestare immediatamente ogni circostanza che riguardi le prestazioni (eseguite o non), la quale sia suscettibile di comportare un incremento delle spese previste, mediante un atto, pur esso a forma vincolata quanto a tempo e modalità di formulazione, cui deve provvedere tempestivamente, a pena di decadenza, non soltanto per un dovere di lealtà contrattuale e per l'esigenza di tempestivi controlli, ma soprattutto nell'interesse pubblico di consentire all'Amministrazione appaltante la tempestiva verifica delle contestazioni, attesa la necessità della continua evidenza della spesa dell'opera in funzione della corretta utilizzazione e della eventuale integrazione dei mezzi finanziari predisposti per la sua realizzazione». Sul punto puntualmente Trib. Roma 31 marzo 2023, n. 5303, in *OneLegale*, per il quale «...nei pubblici appalti, anche in relazione ai fatti produttivi di danno continuativo, la riserva va iscritta contestualmente o immediatamente dopo l'insorgenza del fatto lesivo, percepibile con la normale diligenza, mentre solo il «quantum» può essere successivamente indicato, sicché la riserva può essere iscritta successivamente solo ove l'appaltatore abbia la necessità di attendere la concreta esecuzione dei lavori per avere consapevolezza del preteso maggior onere che tale fatto dannoso comporta», commentata da S. MENTO, *Note sulla disciplina delle riserve nel codice dei contratti pubblici*, in *appaltiecontratti.it*, ove ripercorre l'evoluzione della disciplina delle riserve nella contrattazione pubblica.

²¹¹ Così S. VINTI, *L'implosione del riequilibrio contrattuale*, in *federalismi.it*, 8, 2025, 193, il quale ravvisa un potenziale conflitto tra le richieste presentate ex art. 7, All. II.14, D. lgs. 36/2023, e il necessario rispetto del limite di cui all'art. 9 co.1 cod. civ. e sostiene che «l'apposizione aprioristica di un "tetto" generale potrebbe, infatti, circoscrivere in maniera illogica la quantificazione delle pretese dell'esecutore in sede di formulazione delle riserve, finendo per privare l'istituto della riserva della funzione cui è ispirato, e senza tenere conto della "natura dinamica" del rischio contrattuale»; in senso dell'applicabilità della disciplina delle riserve anche alla rinegoziazione, La rinegoziazione dell'appalto dopo il correttivo, 2025, in *costantiniavvocati.it*.

²¹² Sul punto *ex multis*, V. CERULLI IRELLI, *Il principio*, cit., 11. In favore alla giurisdizione amministrativa: E. GUARNIERI, *Rinegoziazione*, cit., 1205 ss.; G.F. NICODEMO, *Il principio*, cit., 570.



esso stesso diritto potestativo – la natura privatistica deve necessariamente ammettere la giurisdizione ordinaria²¹³, con tutti i problemi che tale ineludibile ammissione porta con sé. Nella giurisprudenza delle Sezioni Unite²¹⁴, affinché vi possa essere giurisdizione amministrativa in riferimento agli atti relativi alla fase esecutiva del contratto pubblico, vi deve essere, comunque, un’interferenza con l’esercizio di un potere discrezionale in qualche misura connesso alla fase di evidenza pubblica, poiché, diversamente, «i contraenti – pubblica amministrazione e privato – si trovano in una posizione paritetica e le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere, rispettivamente, di diritti soggettivi ed obblighi giuridici»²¹⁵.

In realtà, chi ritiene che si tratti di un diritto, seppur vincolato o finanziariamente condizionato, pur riconoscendo in linea di principio la giurisdizione ordinaria, evidenzia delle difficoltà. Si dice, ad esempio, che «il giudice civile, per effetto di tale potere giudiziale di integrazione del contratto, si troverebbe ad amministrare un contratto caratterizzato da precisi vincoli finanziari e procedure di spesa, rispetto ai quali potrebbe non essere adeguatamente attrezzato, sia da limiti stabiliti a tutela della concorrenza e della trasparenza, i quali provengono dal diritto dall’Unione e dalle specifiche disposizioni del codice»²¹⁶. Ma, se così fosse, si dovrebbe, forse, convenire con chi inquadra la situazione giuridica del privato nel solco dell’interesse legittimo, mentre, invece, il limite della sostanza economica, come già si è detto, può ben essere valutato dalla p.a. nelle vesti di operatore economico e dal giudice ordinario. Ancora, nella medesima ottica, si è anche ipotizzato, per superare tale inconveniente, di estendere a questa materia la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo²¹⁷; proposta che, tuttavia, si scontrerebbe con i limiti di tale giurisdizione, a cui sopra si è fatto cenno.

Sulla base di quanto sinora emerso, allora, non si può non ricondurre il fenomeno in discussione alla competenza del giudice ordinario, essendosi ormai estinto, nella fase esecutiva, il potere discrezionale della p.a. legato alla procedura di evidenza pubblica e non potendo le sopravvenienze – che rientrano nel paradigma definito dal legislatore – incidere su un rapporto di diritto pubblico ormai esaurito (i.e. l’evidenza). Né tantomeno si riaprirebbe una fase di valutazione discrezionale, essendo i presupposti della rinegoziazione circoscritti dal legislatore. Inoltre, a sostegno di questa prospettiva, e pur partendo dal diverso presupposto che la rinegoziazione pubblica troverebbe il suo fondamento essenzialmente nel principio solidaristico e nella buona fede – che non si limiterebbe a guidare la rinegoziazione, come accade nella nostra ricostruzione, ma ne rappresenterebbe, piuttosto, l’obiettivo di politica legislativa perseguito e il fondamento di merito della disciplina – è stato evidenziato, anche da autorevoli voci della

²¹³ G.D. COMPORTI, *La rinegoziazione*, cit., 53 ss.; B. MARCHETTI, *Principio*, cit., 2025; G. DE CESARE, *Diritto*, cit., 762 ss.; G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2023, 287 ss., per cui «il diritto alla rinegoziazione è riconosciuto per legge (alle stringenti condizioni prima indicate) anche a prescindere da una specifica pattuizione ed è sempre tutelabile mediante il ricorso alla determinazione equitativa da parte del giudice ordinario»; e ancora, M. TRIMARCHI, *Perché derogare al codice*, cit., 180, il quale – sebbene ritenga, in modo non condivisibile, che i presupposti della rinegoziazione ai sensi dell’art. 9 siano gli stessi disposti dal codice civile la risoluzione ex art. 1467 cod. civ. – ammette che «la rinegoziazione non è oggetto di un potere dell’amministrazione, la quale, se si rifiuta di assentirla in presenza dei presupposti, può essere evocata in giudizio davanti al giudice ordinario».

²¹⁴ Cass. ss.uu. 31 ottobre 2019, n. 28211, in *OneLegale*.

²¹⁵ G.D. COMPORTI, *La rinegoziazione*, cit., 61, evidenzia forti perplessità sui tradizionali rimedi a tutela del terzo alla luce del novello codice che ha elevato a principi generali il principio di risultato e quello di conservazione.

²¹⁶ B. MARCHETTI, *Principio*, cit., 301.

²¹⁷ V. ROSSI, *La revisione*, cit., 44; ma anche, P. PATRITO, *Contratti*, cit., 1813; in senso contrario, F. LIGUORI-P. LA SELVA, *Il principio*, cit., passim.



scienza pubblicistica²¹⁸, come nella fase di rinegoziazione ci sia il passaggio da una astratta ponderazione degli interessi ad un precipuo assetto regolamentare delle prestazioni cui dovrebbe, in linea di tenenza, applicarsi l'apparato rimediale privatistico, senza che operi una riespansione del potere pubblico con forme di autotutela pubblicistica.

Se quanto detto è vero, allora, è del tutto priva di fondamento anche la prospettiva di chi sostiene che la previsione di cui all'articolo 120, comma 8, possa incidere sul principio di separazione dei poteri costituzionali, aprendo la strada ad una illegittima intrusione del potere giudiziario nelle prerogative dell'esecutivo²¹⁹.

Invero, altri sembrano essere i problemi che la novella disciplina solleva e che qui possono essere, tuttavia, solo sommariamente accennati. Anzitutto, e lo si è già anticipato, se sia ancora giustificata la previsione della giurisdizione esclusiva in riferimento alle clausole di revisione dei prezzi, specie alla luce della nuova procedura di adeguamento che come abbiamo detto compete alla giurisdizione ordinaria. Occorre chiedersi, poi, che portata possa avere la volontaria assunzione del rischio di cui all'art. 9, e se essa significhi sempre rinuncia preventiva al diritto di rinegoziazione ed eventualmente alla richiesta di adeguamento²²⁰. Del resto, in un rapporto che, sin dall'inizio, abbiamo visto essere fortemente asimmetrico cosa impedirebbe un'imposizione abusiva di clausole di rinuncia preventiva alla rinegoziazione? Ancora, ci si chiede come occorra interpretare l'inciso "salvo la responsabilità" di cui all'art. 120 cod. civ., comma 8, e quale sia la relazione fra tutela costitutiva e risarcitoria²²¹, se operino in via alternativa o cumulativa²²². Infine – e questo è un tema che presenta grandi ricadute pratiche in ragione dei diversi orientamenti della Suprema Corte²²³ e del Consiglio di Stato²²⁴ a proposito della competenza per lesione dell'affidamento – occorre domandarsi che tipo di responsabilità sorga dall'inattuazione del dovere di rinegoziazione, se una responsabilità contrattuale vera e propria²²⁵, come a noi sembra più corretto, o una specie di responsabilità "precontrattuale"²²⁶, e quali debbano essere, poi, i criteri di computo dell'obbligazione risarcitoria.

Infine, è fuor di dubbio che dal rigetto infondato dell'istanza di rinegoziazione o, più in generale, dal mancato raggiungimento di un accordo modificativo sorga direttamente in capo alla parte interessata un diritto potestativo all'adeguamento contrattuale di carattere legale (*ex art. 120, comma 8*), esattamente analogo ai modelli di adeguamento tipizzati dal codice civile, direttamente esigibile; perciò, ogni riferimento all'art. 2932 cod. civ. – come strumento di tutela in forma specifica dell'obbligo di rinegoziazione di cui all'art. 9²²⁷ – risulterebbe del tutto ingiustificato, anche in questa materia. Non si tratta di dare

²¹⁸ È questa, ad esempio, la posizione di G.D. COMPORI, *La rinegoziazione*, cit., 14 ss.

²¹⁹ G. BALOCCO, G. SCACCHERI, *L'obbligo*, cit., 715 ss.

²²⁰ Sui rischi dell'ammissibilità della rinuncia al diritto di rinegoziare e sui possibili abusi della p.a. vedi S. VINTI, *L'implosione*, cit., 200; G. BRIGANTI-C. TESTA, *La rinegoziazione*, cit., par. 7; sull'invalidità dei patti rinunciativi alla possibilità di revisione vedi già V. LOPILATO, *Le clausole*, cit., 1911 ss.

²²¹ Sembrerebbe la posizione di B. MARCHETTI, *Principio*, cit., 2025.

²²² M.E. COMBA, *Il principio*, cit., 1983; A. IULIANI, *Brevi riflessioni in tema di 'rinegoziazione' e 'adeguamento' a partire dal Codice dei contratti pubblici*, in corso di pubblicazione, letto in anteprima grazie alla cortesia dell'autore.

²²³ *Ex multis*, Cass. ss. uu. 15 gennaio 2021, n. 615, in *OneLegale*.

²²⁴ *Ex multis*, CdS. 25 novembre 2024 n. 9467, in *giustizia-amministrativa.com*.

²²⁵ Di questo avviso è G.D. COMPORI, *La rinegoziazione*, cit., 68. In riferimento, in generale, alla natura contrattuale in caso di violazione del dovere di rinegoziazione è E. NAVARRETTA, *CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *NGCC*, 3, 2020, 87 ss.

²²⁶ In questo senso, G. DE CESARE, *Diritto*, cit., 773, per il quale, tuttavia, «è ragionevole supporre che il risarcimento del danno dovrà essere pari all'interesse positivo differenziale».

²²⁷ Come propone, ad esempio, G. DE CESARE, *Diritto*, cit., 773.



esecuzione ad un obbligo di concludere un contratto, ma semplicemente di intervenire sull'assetto negoziale in funzione riequilibrativa per il tramite di un potere conservativo dell'equilibrio in senso forte previsto *ex lege*.

Rimane sullo sfondo il problema dell'adeguatezza dei mezzi e di efficacia della tutela giurisdizionale in un settore così ampio e bisognoso di rapidità di intervento. Questo, però, è un problema di diverso genere con cui la scelta legislativa dovrà presto fare i conti. Il carattere residuale ed eccezionale del rimedio, insieme alla possibilità di ricorrere a organismi di composizione alternativa delle controversie (vedi sul punto il Titolo II, Parte I, Libro V, a proposito dei rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale), contribuisce a minimizzare l'impatto sul sistema giustizia ed a valorizzare un equilibrato bilanciamento dei diversi interessi in gioco.

8. Dall'impossibilità all'inutilità o inutilizzabilità della prestazione ovvero del principio di conservazione dell'utilità?

Un intervento ancor più decisivo, in termini di politica del diritto, si compie, invece, al terzo comma dell'art. 9, il quale stabilisce che, qualora le sopravvenienze rilevanti ai sensi del primo comma rendano la prestazione – parzialmente o temporaneamente – inutile o inutilizzabile²²⁸ per uno dei contraenti, questi abbia diritto ad una riduzione proporzionale del corrispettivo, secondo le regole dell'impossibilità parziale. La logica che governa questa disposizione è quella della sopravvenienza funzionale, letta in un'ottica di conservazione dell'equilibrio degli interessi contrattuali nel tempo.

Il referente normativo di tali sopravvenienze funzionali²²⁹ va dunque ritrovato, per esplicita scelta normativa, nella disciplina dell'impossibilità della prestazione e, in particolare, all'art. 1464 cod. civ. in materia di impossibilità parziale, cui si ricollega il rimedio della riduzione del prezzo. È in tale alveo che va rintracciato il fondamento normativo della riduzione del corrispettivo qualora si alteri il rapporto funzionale tra prestazione e controprestazione, rendendo l'adempimento inidoneo a soddisfare l'interesse delle parti.

Con la disposizione in esame, dunque, non solo si realizza una sostanziale equiparazione degli effetti tra alterazione strutturale dell'obbligazione (che diviene ontologicamente ineseguibile) e alterazione funzionale, ma tale equiparazione, da speculazione dottrinale, diviene precisa scelta interpretativa del legislatore in merito al concetto di impossibilità, in una disposizione chiarificatrice che non si vede perché – a differenza dello schema rinegoziazione-adeguamento – debba rimanere confinata, nel senso che essa intende, alla disciplina dei contratti pubblici, esprimendo essa un significato dal potenziale trasversale.

Una volta enunciato il principio di conservazione dell'utilità come corollario di una prestazione "possibile" – intesa, cioè, come utilità funzionale alla realizzazione di un risultato²³⁰, carattere che

²²⁸ Più opportuna sarebbe stata la scelta della congiunzione "e" piuttosto che "o" per A. IULIANI, *Brevi riflessioni*, cit., passim.

²²⁹ È il termine che utilizza A.M. GAROFALO, *Il dovere di rinegoziazione: spunti ricostruttivi a partire dall'eredità dell'emergenza pandemica*, in *Persona e mercato*, 2, 2024, 391 ss.

²³⁰ Sulla ricostruzione della responsabilità per inadempimento in termini oggettivi si veda *ex multis*, L. MENGONI, *Note sull'inadempimento involontario dell'obbligazione di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 270 ss.; ID., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 185 ss.; ID., *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Jus*, 1986, 95 ss.



come evidenzia la dottrina più attenta contraddistingue tutte le obbligazioni ²³¹ – non appare più necessario “scomodare” la teoria della causa in concreto, che pur potrebbe portare a risultati analoghi, per giustificare l’impossibilità della prestazione; sarebbe sufficiente dimostrare l’esistenza di una sopravvenienza funzionale che abbia reso la prestazione inutile o inutilizzabile. Non è un caso, però, che taluni autori abbiano sentito la necessità di evidenziare come nel nuovo codice si sia giunti ad una valorizzazione della causa in concreto ²³², tuttavia, nell’ottica qui prospettata, non vi sarebbe un venir meno totale dell’interesse, ma solo una sua parziale degradazione, l’impossibilità sarebbe, per l’appunto, parziale.

L’alterazione sopravvenuta della funzione della prestazione aveva trovato rilievo nella giurisprudenza civile di legittimità (si veda, in tema di “pacchetto vacanze”, Cass. n. 16315/2007 ²³³), secondo cui il venir meno dell’interesse del creditore, quale elemento strutturale dell’obbligazione, impatterebbe sull’esistenza stessa dell’obbligazione, in termini appunto causali-funzionali. Sulla diretta equiparazione tra impossibilità ed inutilizzabilità si era peraltro già espressa la Cassazione ²³⁴, specialmente con riguardo all’inutilizzabilità nel contratto di appalto di opera ²³⁵.

In quest’ottica, e come vedremo a breve, tale disciplina si potrebbe estendere, ad esempio, alle locazioni commerciali che, durante il periodo pandemico, abbiano subito un’alterazione del sinallagma dal punto di vista funzionale e qualitativo, piuttosto che puramente quantitativo. In verità, in casi di questo tipo la giurisprudenza già aveva ravvisato ipotesi di impossibilità temporanea e parziale dal lato del creditore; in precedenza, tuttavia, per giungere a tale estensione della disciplina dell’impossibilità sopravvenuta anche alle sopravvenienze qualitative, si era fatto ricorso alla teoria della presupposizione ²³⁶.

Rimanendo, però, nell’ambito dei contratti pubblici risulta significativo che manchi il riferimento – presente invece nell’art. 1464 cod. civ. – alla facoltà di recesso spettante alla parte titolare del diritto alla riduzione qualora non abbia interesse ad un adempimento parziale. Tale omissione conferma la chiara preferenza per il rimedio manutentivo del rapporto ²³⁷, verosimilmente, questa volta, però, in un’ottica di preminenza dell’interesse pubblico perseguito dal contratto.

²³¹ Ex multis, L. NIVARRA, *Illecito*, cit., 1 ss.; F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e contratti*, in *Contr.*, 2020, 498 ss.

²³² G. BRIGANTI-C. TESTA, *La rinegoziazione*, cit., par. 6.

²³³ Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, in *I contratti*, 3, 2008, 241 ss., con nota di C. CAVAJONI, *La “finalità turistica” come causa in concreto del contratto di viaggio*, nonché in *Danno e resp.*, 8-9, 2008, 845 ss., con nota di L. DELLI PRISCOPI, *Contratti di viaggio e rilevanza della finalità turistica*, e in *Giur. it.*, 5, 2008, 1133, con nota di B. IZZI, *Causa in concreto e sopravvenienze nel contratto di viaggio vacanza tutto compreso*.

²³⁴ Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Corr. giur.*, 7, 2008, 921 ss., con nota di F. ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, nonché in *I Contratti*, 8-9, 2008, 786 ss., con nota di L. BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto*, ma anche in *NGCC*, 5, 2008, 531 ss. con nota di S. NARDI, *Contratto di viaggio “tutto compreso” e irrealizzabilità della sua funzione concreta*; ma vedi anche Cass. 10 luglio 2018, n. 18047, in *OneLegale*, per cui «l’impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l’esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l’utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell’obbligazione».

²³⁵ Si vedano Cass. 2 ottobre 2014, n. 20811 e Cass. ord., 29 marzo 2019, n. 8766, entrambe in *OneLegale*.

²³⁶ E. NAVARRETTA, *CoViD-19*, cit., passim; P. SIRENA, *L’impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell’epidemia CoViD-19*, in *NGCC*, 2020; G. D’AMICO, *Emergenza sanitaria e diritto dei contratti: gli orizzonti della causa concreta e della presupposizione*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2022, 16 bis, 1950 ss.; A.P. TEDESCO, *Locazione commerciale, causa concreta e presupposizione*, in *Giust. civ.*, 1, 2022, 177 ss.

²³⁷ B. MARCHETTI, *Principio*, cit., 295; E. GUARNIERI, *Rinegoziazione*, cit., 1205 ss.



In definitiva, nell'art. 9, comma 3, si rintraccia il superamento di una visione dell'impossibilità intesa in senso puramente fisico o naturalistico, approdando a una concezione funzionale che lega la fattibilità della prestazione alla sua utilità economica ed alla sostenibilità del progetto originario²³⁸. In sintesi, l'impegno del debitore non è illimitato: se le risorse necessarie per adempiere superano drasticamente quanto inizialmente stanziato per l'operazione (e questo perfettamente in linea con quanto detto a proposito del condizionamento economico della rinegoziazione pubblica), la prestazione è da considerarsi impossibile per il solo fatto di aver alterato l'equilibrio costi-benefici preventivato. Come è stato autorevolmente evidenziato, tale approccio si fonda su una logica di efficienza e corretta allocazione dei rischi, tipica di un sistema che mira a preservare l'utilità del contratto senza imporre sacrifici economici sproporzionati che svuoterebbero di senso l'autonomia privata²³⁹.

Equiparata l'impossibilità ad inutilizzabilità e inutilità, elevata, in via definitiva, l'utilità a carattere strutturale di una prestazione obbligatoria "possibile"²⁴⁰, si arricchisce, al contempo, anche l'altro lato della bilancia, quello che segna cioè il perimetro della rinegoziazione. Detto altrimenti, non si potrà ottenere un adeguamento incondizionato del contratto laddove venga meno o risulti gravemente penalizzato l'interesse della p.a. (in concreto, coincidente con l'interesse pubblico che l'operazione economica mira a soddisfare)²⁴¹ o quello del privato. In altre parole, i margini per la revisione sostanziale del contratto che sembravano circoscritti dal solo limite della "sostanza economica" dalla lettura in combinato dei primi due commi dell'art. 9 e del comma 8 dell'art. 120, ritrovano nella conservazione dell'utilità un ulteriore vincolo. È chiaro, però, come non si realizzi, anche qui, una riespansione del potere pubblico, trattandosi comunque di una valutazione cui la p.a. deve pervenire nella sua dimensione di operatore economico, con conseguente competenza giurisdizionale ordinaria. La valutazione di inutilità-inutilizzabilità della prestazione, strettamente connessa con l'interesse creditorio, a cui si lega l'obbligazione contrattuale, non presuppone una ponderazione discrezionale di tutti gli interessi in campo, tipicamente attingibile per il mezzo dell'esercizio di discrezionalità amministrativa²⁴², ma semplicemente un esame comparativo fra contrazione dell'interesse creditorio e la corrispondente riduzione del corrispettivo in un'ottica perfettamente paritetica, sia pure in una prospettiva di «funzionalizzazione dell'attività amministrativa di diritto privato al perseguimento dell'interesse pubblico»²⁴³.

Volgendo l'analisi all'estensione di tale impostazione ai rapporti fra privati, la prospettiva delineata dal legislatore e diffusamente sostenuta in dottrina appare difficilmente armonizzabile con il recente orientamento della Cassazione a proposito delle sopravvenienze nelle locazioni commerciali relative al periodo pandemico²⁴⁴. La Suprema Corte ha, recentemente, negato la sussistenza di un diritto potestativo in capo al conduttore volto ad ottenere una sentenza costitutiva di riduzione ad equità del canone,

²³⁸ In questo senso, L. NIVARRA, *Illecito*, cit., 1 ss.

²³⁹ Da ultimo, vedi L. NIVARRA, *Illecito*, cit., 1 ss., per il quale «in un caso di somministrazione nella quale il somministrante abbia stimato i beni da procurare al somministrato secondo parametri che vengono poi sconvolti da un brusco e imprevedibile incremento del costo delle «cose» (art. 1559 cod. civ.) oggetto del contratto; o del costo del denaro necessario ad alimentare la provvista, l'impossibilità di tenere fede all'impegno assunto originariamente non potrà essergli rimproverata, con la conseguente inevitabile estinzione del vincolo (artt. 1256 e 1475 cod. civ.)».

²⁴⁰ In questo senso, vedi A. IULIANI, *Brevi riflessioni*, cit., passim.

²⁴¹ Così anche, P. PATRITO, *Contratti*, cit., 1811.

²⁴² M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e Problemi*, Giuffrè, 1939, 77.

²⁴³ G. DE CESARE, *Diritto*, cit., 771s.; M. IMMORDINO-N. GULLO, *I contratti della pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo*⁸, a cura di F.G. Scoca, Giappichelli, 2025, 364 ss.

²⁴⁴ Cass. 16 giugno 2025, n. 16113, cit.



sia essa fondata sulle disposizioni del d.l. “Cura Italia”, art. 91 o sui principi di integrazione equitativa o *ex fide bona* (ex artt. 1374 e 1375 cod. civ.).

Sebbene lo sbarramento all’adeguamento come rimedio generale fondato su buona fede o equità allo scopo di contrastare le sopravvenienze atipiche risulti condivisibile alla luce delle riflessioni sopra esposte e sebbene la decisione abbia il merito di allontanarsi con vigore dalla posizione adottata dall’ufficio del Massimario, l’approdo della Corte non appare soddisfacente. I giudici di legittimità, infatti, pur negando alla parte onerata un diritto all’adeguamento del rapporto, ammettono, in linea di principio, l’applicabilità della disciplina sull’eccessiva onerosità sopravvenuta a sopravvenienze di ordine “qualitativo”, fattispecie, come si è detto, estranee al modello dell’art. 1467 cod. civ.²⁴⁵.

Questa soluzione non solo presenta un’incompatibilità strutturale con la natura del rimedio prescelto, ma finisce per ignorare quegli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che avevano suggerito di ricondurre le sopravvenienze qualitative all’alveo dell’impossibilità sopravvenuta²⁴⁶, soluzione che, alla luce della presa di posizione del legislatore dei contratti pubblici, sembra essere oggi la strada da preferire. La Corte ha ritenuto, infatti, che l’applicazione delle misure anti-Covid non avesse determinato la parziale impossibilità sopravvenuta non imputabile della prestazione²⁴⁷, poiché tali misure non avevano inciso sul possibile utilizzo dei locali commerciali. Eppure, è chiaro che la limitazione dell’attività commerciale, dovuta all’impossibilità di aprire i locali alla clientela, abbia fortemente inciso sull’interesse alla prestazione del conduttore, rendendolo inutile o inutilizzabile, quindi, in un’ottica funzionalistica, parzialmente impossibile²⁴⁸.

9. Rilievi conclusivi

Il legislatore dei contratti pubblici all’art. 9 del d.lgs 36/2023 ha enunciato il principio generale di conservazione dell’equilibrio contrattuale e previsto un generico diritto alla rinegoziazione per la parte che risulti svantaggiata dalla sopravvenienza straordinaria ed imprevedibile che alteri l’alea normale del contratto. Per studiare l’impatto di questa novella sulla disciplina dell’esecuzione del contratto pubblico e per comprendere il possibile riflesso che potrebbe avere nella contrattazione di diritto privato, si è svolta una trattazione trasversale lungo una duplice linea di approfondimento: se esista un generale diritto alla rinegoziazione anche nel rapporto fra privati e che rilievo assuma, in tale contesto, il principio di conservazione dell’equilibrio.

²⁴⁵ Sul punto con nota di V. D’ALESSANDRO, *Emergenza*, cit., 3221.

²⁴⁶ *Ex multis*, U. SALANITRO, *Una soluzione strutturale nell’emergenza: locazioni commerciali e impossibilità temporanea*, in NGCC, 2020, 3, 110 ss.; E. BELLISARIO, *Affitto d’azienda, lockdown e allocazione del rischio: prime risposte della giurisprudenza*, in NGCC, 2020, 1318 ss.

²⁴⁷ Cass. 16 giugno 2025, n. 16113, cit.

²⁴⁸ Giunge a conclusioni simili pur chi fonda il rimedio conservativo sul giudizio causale e a partire dalle obbligazioni tipiche del locatore che ai sensi dell’art. 1575 cod. civ. deve mantenere la cosa in stato da servire all’uso convenuto. Così, E. COLLETTI, *Gli echi*, cit., 2495 ss.; sul punto anche A. D’ADDA, *Locazione commerciale ed affitto di ramo d’azienda al tempo del Covid-19: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale?*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2020, 102 ss. M. TICOZZI, *Contratto di locazione: sopravvenienze e modificazione del canone*, in *Giur. it.*, 2023, 234, a cui si rinvia per più ampio esame della casistica giurisprudenziale. In giurisprudenza, si veda, invece, Trib. Milano, 28 giugno 2021, n. 4651, in *OneLegale*, in relazione proprio a locazioni commerciali per cui «pur essendo il bene astrattamente idoneo, per le sue caratteristiche strutturali, allo svolgimento dell’attività commerciale prevista, la sua concreta attitudine a realizzare l’interesse del conduttore a ricavare le utilità per le quali è stato locato è temporaneamente impedita o diminuita. In sostanza il conduttore non ha potuto utilizzare l’immobile in vista del risultato per il quale esso è stato locato ed il suo interesse è rimasto frustrato. Si tratta, più esattamente, di impossibilità per il conduttore/creditore di fruire della prestazione negoziale del locatore/debitore».



Si è convenuto, anzitutto, con le difficoltà ampiamente evidenziate dalla dottrina civilistica di rintracciare un generale dovere di rinegoziazione nei contratti di diritto comune, sia esso fondato sulla buona fede o sull'integrazione equitativa. La rinegoziazione nel diritto privato non assume rilievo normativo, mentre le fattispecie di adeguamento giudiziale sono tipizzate in riferimento a particolari tipi negoziali. La rinegoziazione, dunque, non è un diritto, lo è l'adeguamento giudiziale, ma solo nel perimetro suddetto.

Si è proceduto, così, all'esame del concetto di conservazione nel diritto privato, scoprendo, in proposito, una situazione d'incertezza interpretativa. Un conto è la conservazione dell'efficacia dell'atto, che risponde a ragioni plurime, fra cui quella di salvaguardare gli effetti dell'attività giuridica, che si estende a tutti i contratti di durata, in virtù della loro specifica disciplina, a partire dallo stesso art. 1467, altro conto è il principio di conservazione dell'equilibrio. L'obiettivo di conservazione dell'equilibrio è perseguito in modo diverso e con diverse gradazioni dall'ordinamento codicistico, essendo connesso intrinsecamente alla particolare gestione del rischio tipologico, ossia alla costruzione della disciplina del tipo contrattuale ed agli effetti delle sopravvenienze che lo contraddistinguono.

Si è discusso, così, della conservazione dell'equilibrio in senso debole, da intendersi come meccanismo di riequilibrio che si realizza per il tramite di strumenti di riduzione del prezzo al mutamento delle circostanze di fatto e si è visto come tale forma di conservazione non risponda soltanto all'esigenza tipica dei contratti di durata. Si è riconosciuto, invece, come la conservazione in senso forte, presupponendo l'adeguamento giudiziale del rapporto in corso di esecuzione, sia funzionalmente legata allo sviluppo nel tempo di tale rapporto.

Si è visto, poi, come il meccanismo dell'adeguamento giudiziale sostanziale del contratto sia espressione della conservazione dell'equilibrio in senso forte e come tale rimedio, lungi dall'atteggiarsi a principio generale dell'ordinamento, è introdotto dal legislatore in riferimento a contratti dove vi è un forte condizionamento unilaterale tipologico del programma economico. Si è dimostrato come l'appalto privato rientri in questa logica: il committente può recedere in qualunque momento dal contratto, può imporre modifiche rilevanti, mentre, in caso di cessazione del rapporto, l'appaltatore incontrerebbe gravi difficoltà a ricollocare la prestazione nel mercato una volta che egli l'abbia pensata sulla base delle specifiche esigenze del committente. Tuttavia, come reazione a questo forte condizionamento, oltre al rimborso in caso di recesso *ad nutum*, l'ordinamento prevede strumenti manutentivi di adeguamento giudiziale del contratto, che contribuiscono ad ampliare la sfera di protezione dell'appaltatore.

Quanto emerso dalla disciplina dei contratti pubblici conferma come la rinegoziazione non si configuri affatto come un obbligo di portata generale. Al contrario, emerge la chiara volontà del legislatore di circoscriverne l'estensione ed i presupposti, ammettendo il rimedio dell'adeguamento, che presuppone il fallimento delle trattative, esclusivamente in questo contesto peculiare e sempre in ragione della specifica natura dell'affare e della tipologia contrattuale disciplinata. La logica che giustifica la disciplina dell'adeguamento nel contratto d'appalto privato si ritrova, infatti, nel pur variegato contesto dell'appalto di diritto pubblico, in ragione dell'unitarietà della sua disciplina. Pur avendo riguardo ad una pluralità di contratti, siano essi di lavori, di fornitura o di servizi, il rapporto che sorge nel contratto di diritto pubblico presenta il medesimo condizionamento unilaterale, a cui la sequenza procedimentale rinegoziazione-adeguamento, introdotta dal Codice dei contratti pubblici, offre un efficace contrappeso.

L'istituto disciplinato dal combinato disposto degli artt. 9 e 120, comma 8, risulta dunque coerente con la peculiare struttura della commessa pubblica e le ragioni suddette rafforzano l'idea che la rinegoziazione non possa assumere i connotati di obbligo generale. Al contrario, quello che abbiamo definito



«principio di conservazione dell'utilità», che emerge dal comma 3 dell'articolo citato, a dispetto della sua collocazione settoriale, sembra esprimere un diffuso convincimento in merito alla natura dell'obbligazione ed al significato tecnico da attribuire alla nozione di impossibilità della prestazione.

In definitiva, la portata innovativa dell'art. 9 sulla teoria generale del contratto appare di estremo rilievo, imponendo alla dottrina – ivi inclusa quella civilistica – un profondo e necessario ripensamento dei paradigmi che governano non solo la fase esecutiva del contratto pubblico, ma, finanche, del contratto tra privati ²⁴⁹.

²⁴⁹ G. GRECO, *Poteri amministrativi ed esecuzione del contratto (tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1, 2022, 4 ss.