

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

FACOLTÀ DI ECONOMIA



DIPARTIMENTO DI DIRITTO IMPRESA E LAVORO

**DOTTORATO DI RICERCA IN RAPPORTI GIURIDICI TRA PRINCIPI
COMUNITARI, COSTITUZIONALI ED INTERNAZIONALIZZAZIONE
DEL MERCATO**

IX CICLO

TESI

IN

DIRITTO PRIVATO

***LA GESTIONE DELLE SOPRAVVENIENZE NEI
CONTRATTI AD EVIDENZA PUBBLICA: LA
RINEGOZIAZIONE***

**Tutor:
Prof.ssa *MARIASSUNTA IMBRENDA***

**Coordinatore:
Prof. *VINCENZO LUCIANI***

Candidata: Dott.ssa *ADA FAVAROLO*

A.A. 2009/2010

Indice

Capitolo I

I contratti della Pubblica Amministrazione tra diritto pubblico e privato.

- 1.1. Il diritto privato quale strumento di realizzazione degli interessi pubblici. La nozione di Pubblica Amministrazione.....2
- 1.2. *Segue.* Il contratto di diritto pubblico: profili evolutivi.....9
- 1.3. *Segue.* La capacità di diritto privato della Pubblica Amministrazione.14
- 1.4. L'art. 1, comma 1-*bis*, della legge n. 241/1990: l'attività non autoritativa secondo le norme del diritto privato.21
- 1.5. La prospettiva comunitaria sulla cd. attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione. Analisi di alcuni principi del diritto comunitario: sussidiarietà, uguaglianza, proporzionalità e legittimo affidamento.....28
- 1.6. *Segue.* L'incidenza dei principi comunitari sull'attività amministrativa e sui contratti pubblici.....38
- 1.7. I contratti della Pubblica Amministrazione: le procedure ad evidenza pubblica. Funzione e struttura. Profili pubblicistici e privatistici.....47

Capitolo II

Il contratto, il tempo ed il rischio delle sopravvenienze. La conservazione dell'equilibrio contrattuale nella disciplina dei contratti della Pubblica Amministrazione.

- 2.1. Contratto e tempo. Le sopravvenienze contrattuali. Delimitazioni del campo di indagine: sopravvenienze e invalidità contrattuale.....55

2.2.	<i>Segue.</i> Attività contrattuale, sopravvenienze e allocazione del rischio. L'alea normale quale limite alla rilevanza delle sopravvenienze. Alea tipica e alea convenzionale. Cenni.....	60
2.3.	<i>Segue.</i> Contratti di durata e rapporti a lungo termine. La teoria dei contratti relazionali. L'autonomia della fase esecutiva del rapporto contrattuale.....	67
2.4.	Le sopravvenienze codificate e le sopravvenienze atipiche. I diversi rimedi per la gestione delle sopravvenienze contrattuali: rimedi legali e convenzionali, eliminatori e manutentivi.....	73
2.5.	L'adeguamento del contratto in corso di esecuzione. L'art. 1372 c.c. e la regola <i>pacta sunt servanda</i> . Interpretazione e applicazione in termini assoluti. Superamento di tale impostazione. La clausola <i>rebus sic stantibus</i> . Apparente conflitto e sostanziale compatibilità. L'operatività della clausola <i>rebus sic stantibus</i> nei contratti conclusi dalla Pubblica amministrazione.....	80
2.6.	<i>Segue.</i> Adeguamento, equilibrio e giustizia contrattuale. <i>Lex mercatoria</i> e principi <i>Unidroit</i> come mezzi di interpretazione e integrazione del diritto nazionale. Il ruolo della dottrina e della giurisprudenza. La congruità dello scambio contrattuale come risultato di una evoluzione del sistema.....	88
2.7.	<i>Segue.</i> Adeguamento e intervento giudiziale sul contenuto contrattuale.....	103
2.8.	<i>Segue.</i> Conservazione e adeguamento nei contratti della Pubblica Amministrazione.....	109

Capitolo III

La rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica.

3.1.	Procedure ad evidenza pubblica e rimedi conservativi. La separazione tra il procedimento di formazione del contratto e lo svolgimento del rapporto contrattuale. La possibile connotazione conflittuale dell'esecuzione dei contratti pubblici: necessità di una collaborazione tra i contraenti nella fase esecutiva.....	117
3.2.	La rinegoziazione delle condizioni contrattuali nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica. Origini e sviluppo della	

- rinegoziazione in ambito internazionale. La progressiva diffusione dell'istituto nell'ordinamento italiano. La rinegoziazione come strumento di pianificazione dei conflitti e come modalità di tutela dell'interesse pubblico.....**122**
- 3.3.** La rinegoziazione negli orientamenti della giurisprudenza amministrativa. A) Il divieto di rinegoziazione dei contratti ad evidenza pubblica: i limiti alla capacità della Pubblica Amministrazione; natura inderogabile e imperativa della normativa sulla evidenza pubblica; violazione delle regole di concorrenza e *par condicio* tra i partecipanti alle gare pubbliche; illegittimità della rinegoziazione e patologie negoziali.....**131**
- 3.4.** *Segue.* Gli orientamenti favorevoli alla rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica. B) La rinegoziazione nelle procedure negoziate e il rispetto delle regole concorrenziali. C) La rinegoziazione in presenza di fattori sopravvenuti; differenze rispetto alle altre fattispecie esaminate dalla giurisprudenza. Necessità della previa indicazione della revisione nel bando di gara.....**140**
- 3.5.** La rinegoziazione dei contratti ad evidenza pubblica nella dialettica tra autonomia negoziale e tutela degli interessi pubblici. L'impossibilità di accedere a soluzioni univoche. Necessità di una valutazione in concreto circa l'effetto sortito dalla negoziazione sull'assetto complessivo della gara. La delimitazione dell'ambito applicativo dell'istituto: presupposti e limiti. Le sopravvenienze: la distinzione tra modifiche anteriori e successive alla stipula del contratto.....**148**
- 3.6.** *Segue.* Il ripristino dell'equilibrio contrattuale originario alterato dalla sopravvenienza. La previsione di una clausola di rinegoziazione quale ulteriore condizione di validità. Perplexità.....**158**
- 3.7.** Le fonti legali della rinegoziazione: la disciplina generale e dei singoli contratti. Interventi legislativi settoriali in materia di rinegoziazione. Le fonti convenzionali della rinegoziazione: le clausole di rinegoziazione. Contenuto generico e specifico delle clausole.....**163**
- 3.8.** *Segue.* Il ruolo della buona fede: nuovi profili dell'integrazione contrattuale. L'integrazione quale strumento di gestione delle sopravvenienze contrattuali. La disciplina del codice civile (art. 1374 c.c.): buona fede ed equità.....**174**

3.9.	Obbligo di rinegoziazione e tutela contro l'inadempimento. Questioni di giurisdizione.....	188
3.10.	<i>Segue.</i> Le ipotesi di inadempimento. Gli strumenti di tutela. I poteri integrativi del giudice:configurabilità e limiti.	196
3.11.	Profili di diritto comparato: la gestione delle sopravvenienze contrattuali nel diritto francese. La teoria de <i>l'imprévision</i> nei <i>contrats administratifs</i>	207
3.12.	<i>Segue.</i> L'applicazione della teoria dell' <i>imprévision</i> nel diritto privato. Le difficoltà di trasposizione dell'istituto nel diritto civile: revisione e intangibilità del contratto.....	218
Osservazioni conclusive		226
Bibliografia		230
Giurisprudenza		255

CAPITOLO I

CAPITOLO I

I contratti della Pubblica amministrazione tra diritto pubblico e privato.

Sommario: 1.1. Il diritto privato quale strumento di realizzazione degli interessi pubblici. La nozione di Pubblica Amministrazione. - 1.2. *Segue*. Il contratto di diritto pubblico: profili evolutivi. - 1.3. *Segue*. La capacità di diritto privato della Pubblica Amministrazione. - 1.4. L'art. 1, comma 1-*bis* della legge n. 241/1990: l'attività non autoritativa secondo le norme del diritto privato. - 1.5. La prospettiva comunitaria sulla c.d. attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione. Analisi di alcuni principi del diritto comunitario: sussidiarietà, uguaglianza, proporzionalità e legittimo affidamento. - 1.6. *Segue*. L'incidenza dei principi comunitari sull'attività amministrativa e sui contratti pubblici. - 1.7. I contratti della Pubblica Amministrazione: le procedure ad evidenza pubblica. Funzione e struttura. Profili pubblicistici e privatistici.

1.1. Il diritto privato quale strumento di realizzazione degli interessi pubblici. La nozione di Pubblica Amministrazione.

La riflessione scientifica sui contratti in cui è parte la pubblica amministrazione¹ ha suscitato prevalentemente l'interesse degli studiosi del diritto pubblico² piuttosto che dei

¹ In una prospettiva più ampia, i rapporti tra lo Stato e il diritto civile sono sempre stati piuttosto complessi e dibattuti. La distinzione tra diritto pubblico e il diritto privato risale a Ulpiano, per il quale: «*Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*» (*Digesta Iustiniani* 1.1.1.2 -*Ulpianus libro primo institutionum*). Per lungo tempo il diritto privato non è stato propriamente visto come il “diritto comune”, volto a dettare la disciplina della “Pubblica Amministrazione-persona giuridica”, nella quale si innestava il diritto pubblico per regolamentare le funzioni che richiedevano l'esercizio di poteri imperativi. Al contrario, il diritto privato è stato considerato un diritto “residuale”, le cui regole s'imponessero, al più, nelle ipotesi di dismissione, da parte della p.a., della propria veste di autorità amministrativa. In questi termini, S.A. ROMANO, *Attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Digesto disc. pubbl.*, Vol. I, Torino, 1987, p. 532. Sulla ricostruzione in una prospettiva storica della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, G.D. COMPORI, *Le novità introdotte relativamente agli atti di diritto privato e agli appalti della Pubblica Amministrazione*, in *La semplificazione amministrativa. La legge n. 241/90 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005 - Atti del Convegno svoltosi a Siena, l'11-12 novembre 2005*, in *Nuova Rassegna*, 2006, 8, p. 1107 ss. Per un'analisi approfondita dei profili storici, si rinvia a L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, *passim*, spec. p. 370 ss. in ordine all'evoluzione dei rapporti contrattuali della pubblica amministrazione; su quest'ultimo punto, v. anche V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da P. Perlingieri, IV.13, Napoli, 2009, p. 3 ss.

² In ordine agli studi della dottrina pubblicistica, doveroso è il riferimento a M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 3ª ed., Milano, 1993; S.A. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979; ID., *Attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 531, secondo cui l'analisi dell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione è stata ignorata dai privatisti. Più di recente, F.G. COCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 431 ss.

cultori del diritto civile -sia pure con autorevoli eccezioni³- probabilmente a causa delle difficoltà di inquadramento sistematico della problematica⁴. La maggior parte degli studi pertanto sono stati condotti in una prospettiva pubblicistica e non è stata approfondita l'analisi all'interno del sistema del diritto civile che, invece, dovrebbe porsi come diritto comune a operatori pubblici e privati⁵.

La pubblica amministrazione - nel quadro dei fenomeni genericamente indicati come privatizzazioni e liberalizzazioni⁶- ha utilizzato in modo sempre più diffuso moduli

³ M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, p. 391 ss.; L.V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988, p. 3 ss.

⁴ V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 2, per i quali «il limitato interesse finora mostrato dalla scienza civilistica per il contratto della pubblica amministrazione non è probabilmente estraneo alla difficoltà di inquadramento della problematica; dal punto di vista metodologico, infatti, la scienza del diritto civile si caratterizza per una spiccata attenzione alla prospettiva sistematica». Sull'importanza dell'analisi sistematica in relazione a qualunque indagine scientifica si rinvia, per tutti, a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 433 ss.

⁵ In questi termini si esprimono V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 2. Diversamente, S.A. ROMANO, *Attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 531, che evidenzia l'esistenza di indici legislativi – diretti a porre limitazioni ai poteri del giudice ordinario nei confronti della P.A. - i quali testimoniano la posizione speciale e privilegiata che allo Stato-Pubblica Autorità viene riconosciuta anche nel diritto civile.

⁶ Sui rapporti tra privatizzazione e liberalizzazione, v. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003, spec. p. 106. Con il termine privatizzazione, in un'ampia accezione, si suole indicare il passaggio da un regime giuridico di diritto pubblico ad un regime giuridico di diritto privato. Tale formulazione si attaglia alle diverse fattispecie alle quali si fa tradizionalmente riferimento: la trasformazione del regime giuridico dell'impresa pubblica, la dismissione o alienazione di compendi aziendali o di beni già di proprietà di enti pubblici, la mutazione del regime giuridico del rapporto di lavoro dipendente nelle amministrazioni pubbliche. In tali ipotesi si parla indistintamente di privatizzazione per mostrare il venir meno di una disciplina giuspubblicistica a vantaggio di una giusprivatistica attinente a imprese, attività economiche, rapporti intersoggettivi e disciplina giuridica dei beni e denotare la tendenza verso il superamento di forme di economia mista verso una nuova dislocazione dei pubblici poteri e diverse modalità di azione amministrativa secondo regole riconducibili ad una riscoperta del diritto comune: così, G. DI GASPARE, *Privatizzazioni, II) Privatizzazione delle imprese pubbliche*, in *Enc. Giur. Treccani, Agg.*, 1995, p. 1. Sul tema la letteratura è sterminata: v., anche per ampi riferimenti bibliografici, M. IMBRENDA, *I controlli sulle società miste*, in G. LISELLA – L. ZOPPOLI (a cura di), *Nuovi strumenti giuridici nelle autonomie locali. Le società miste e il lavoro regionale*, Napoli, 2000, pp. 77 ss.; P.G. JAEGER, *Privatizzazioni, I) Profili generali*, in *Enc. Giur. Treccani, Agg.*, 1995, p. 1 ss.; E. MOAVERO MILANESI, *Privatizzazioni, III) Diritto comunitario*, in *Enc. Giur. Treccani, Agg.*, 1995, p. 1 ss. Nell'ambito della tendenza verso l'individuazione di nuove modalità dell'azione amministrativa «la privatizzazione incontra le problematiche connesse alla “liberalizzazione” dell'accesso ai mercati e della loro “regolamentazione”»: S. CASSESE, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, p. 378 ss. La liberalizzazione delle attività produttive, definita anche *deregulation*, rientra nel più ampio processo di semplificazione dell'azione amministrativa (cfr. Cons. Stato, Ad. Gen., 6 febbraio 1992, n. 27, in *Foro it.*, 1992, III, c. 200). Genericamente, indica quel fenomeno in virtù del quale un settore economico di pertinenza originariamente pubblica viene sottratto al regime amministrativo, con contestuale riconoscimento della libertà di iniziativa privata. Si configura una riduzione della presenza pubblica in settori ed ambiti nei quali in precedenza la stessa era profondamente radicata: così, F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, 2ª ed., 2000, p. 124. Un'emblematica ipotesi di liberalizzazione si rinviene nell'art. 19 della l. 241/90 relativo alla dichiarazione di inizio attività (per la quale, v., per tutti, L. CICALINI, *Denuncia di inizio attività*, in *La nuova disciplina dell'azione amministrativa* a cura di De Marzo-Tomei, Padova, 2005, p. 446 ss.).

convenzionali di matrice privatistica per lo svolgimento dei propri compiti istituzionali⁷, al punto che l'originario rapporto tra regola (attività autoritativa) ed eccezione (attività paritetica) si è profondamente modificato, sin quasi a ribaltarsi⁸. Le ragioni di tale evoluzione sono diversificate: si è progressivamente affermata l'esigenza di rendere più competitiva l'azione della pubblica amministrazione⁹. Ritenute insufficienti la modernizzazione, la semplificazione e la partecipazione, si è diffusa l'idea che occorra una

⁷ Secondo F. MERUSI, *Il diritto privato della P.A. alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. Amm.*, 2004, p. 655, l'idea di implementazione estrema dell'uso del diritto privato nella Pubblica Amministrazione è divenuta una «ossessione» del diritto positivo attuale, almeno di quello italiano. In merito all'ampia diffusione nell'attività amministrativa di schemi economici e giuridici propri dell'attività dei privati, tra gli altri, v. R. DI RAIMO, *Contratto e gestione indiretta di servizi pubblici. Profili dell'«autonomia negoziale» della pubblica amministrazione*, Napoli, 2000, p. 11 ss. Nell'ordinamento francese, il frequente utilizzo del modulo contrattuale da parte dell'amministrazione induce il riferimento ad un'*administration contractuelle*, per designare una nuova forma di gestione degli interessi pubblici, meno autoritaria e più consensuale: sull'argomento, AA.VV., *L'administration contractuelle, dossier*, in *L'actualité juridique de droit administratif*, 2003, pp. 970 ss. [tra i vari contributi del *dossier*, di particolare interesse è quello di L. RICHER, *La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques* (*op. cit.*, p. 973 ss.) che, in una prospettiva critica, denuncia l'eccessivo utilizzo dello strumento contrattuale da parte dell'amministrazione e i possibili rischi insiti nel ricorso sistematico al contratto, domandandosi se «*cette panacée n'est pas trop universale pour être curative*» (*op. cit.*, p. 975)]; M. HECQUARD-THÉRON, *La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention*, in *L'actualité juridique de droit administratif*, 1993, p. 451 ss.; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, 2^e éd., 2008, p. 1 ss.

⁸ Nell'ultimo ventennio si è sviluppato un processo di “modernizzazione” del sistema amministrativo, da un lato, mediante le leggi sul procedimento amministrativo e sulle autonomie locali (rispettivamente, l. nn. 241/90 e 142/90), e, dall'altro, mediante la normativa che attuava il cd federalismo amministrativo a costituzione invariata (l. n. 59/1997; d. lgs. n. 112/1998; d. lgs. n. 56 del 2000). La istituzionalizzazione del modulo convenzionale nell'attività amministrativa è avvenuta con la l. 7 agosto 1990, n. 241, sul procedimento amministrativo: in questa sede i modelli consensualistici rinvengono un definitivo riconoscimento normativo, in particolare attraverso la previsione dell'art. 11 (v., per tutti, F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo: profili sostanziali e processuali*, 5^a ed., Milano, 2008 p. 1907 ss.). In precedenza questo modello era utilizzato solo in normative di settore: basti pensare, all'accordo alternativo al provvedimento ablatorio di cui all'art. 26 della legge 26 giugno 1865, n. 2359 e all'art.12 della legge 22 ottobre 1971, n. 865, poi trasfuso nel Testo Unico 327/2001. Tra i contributi recenti che ricostruiscono il quadro normativo in materia di contratti pubblici, v. A. CAROSI e D. DI CARLO, *Il quadro normativo dei contratti della Pubblica Amministrazione*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2007, p. 146 ss.; con specifico riferimento agli appalti pubblici, A. POLICE e G. GRÜNER, *Le fonti*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, vol. XIV, Torino, 2010, p. 109 ss.

⁹ V. LOPILATO, *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 4, p. 1519. Analogamente, S. GIACCHETTI, *La nuova via privata al pubblico interesse aperta dall'art. 1, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 2005, n. 15*, in P. STANZIONE e A. SATURNO (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006, p. 120, secondo il quale negli ultimi decenni la frantumazione della struttura monolitica dei tradizionali poteri politici con il conseguente sviluppo di un policentrismo politico-sociale, le esigenze di competitività economica (frutto dell'apertura dei mercati, della globalizzazione economica e della riaffermazione della *lex mercatoria*), e la crescente pressione del diritto europeo formalmente non articolato in diritto privato e diritto pubblico, hanno fatto evolvere gran parte delle tradizionali forme pubblicistiche verso figure soggettive ed operative nuove, di impronta privatistica, ritenute più efficaci ed efficienti e in grado di stimolare la competitività economica dell'azienda “Italia”. Su questi aspetti cfr. anche R. DI RAIMO, *Contratto e gestione indiretta di servizi pubblici. Profili dell'«autonomia negoziale» della pubblica amministrazione*, cit., p. 11 ss., per il quale l'evoluzione che caratterizza l'attività amministrativa è il risultato di una “consolidata” scelta legislativa che si traduce nel perseguimento, dal punto di vista economico, dell'obiettivo di riduzione dei costi attraverso la loro esternalizzazione e, comunque, mediante metodi di gestione improntati all'imprenditorialità.

trasposizione nei sistemi di gestione dell'amministrazione di moduli organizzativi e strutturali di tipo aziendalistico¹⁰: l'ampio utilizzo degli schemi consensuali, in questa

¹⁰ Nell'Amministrazione italiana, specie nell'ultimo decennio, si è assistito alla diffusione dei concetti di pianificazione, programmazione e controllo strategico, in passato totalmente sconosciuti al mondo pubblico. Al riguardo, C. CASULA, *Il modello post-burocratico, tra management e governance, nel processo di riforma della Pubblica Amministrazione*, in G. SANGIORGI (a cura di), *Management e governance nella Pubblica Amministrazione*, Milano, 2008, p. 31 ss., osserva che: «se nella modernità era stata l'impresa privata a mutuare il modello burocratico, nella società contemporanea il riferimento principale sono i principi e criteri organizzativi aziendali a costituire il riferimento principale nella definizione della "post-burocrazia"» (*op.cit.*, p. 58). Il ricorso a strumenti organizzativo-gestionali mutuati dall'esperienza aziendalistica ha coinvolto tanto l'organizzazione quanto il *modus operandi* dell'amministrazione. Tuttavia, è sufficiente considerare lo stretto legame sussistente tra i modelli organizzativi e le forme socio-istituzionali di riferimento per escludere una trasposizione *sic et simpliciter* del modello aziendale, sviluppato con riferimento alle imprese private, nell'ambito pubblicistico (*op.cit.*, p. 58). Si giustificano, così, i numerosi studi relativi alla managerializzazione della pubblica amministrazione, ovvero all'individuazione di sistemi aziendali per le pubbliche amministrazioni. Per approfondimenti, senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia a M. BIANCHI (a cura di), *Problematiche organizzative ed esperienze applicative di managerializzazione della Pubblica Amministrazione*, in *Management e contabilità direzionale nelle aziende e nelle amministrazioni pubbliche*, vol. III, Padova, 2002; A. ZANGRANDI, *Economia delle aziende pubbliche. Management e cambiamento*, Milano, 2008, p. 11 ss.; E. BORGONOVÌ, *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, 5ª ed., rist. 2006, Milano, p. 2 ss., secondo il quale il funzionamento dell'azienda pubblica - e, quindi, la sua amministrazione - hanno caratteristiche diverse rispetto "all'azienda di produzione" che opera sul mercato, in relazione ai differenti fini e alla diversa natura dei processi sociali, istituzionali e politici. Secondo il paradigma aziendale italiano e centroeuropeo, tutte le aziende hanno un identico fine generale, quello di concorrere al progresso economico e sociale delle comunità locali, nazionali e sovranazionali, ma hanno differenti fini specifici, poichè svolgono diverse funzioni, nell'ambito della catena dei processi economici di produzione della ricchezza, consumo, risparmio e investimento. L'Autore (*op.cit.*, p. 3) pone in risalto come sia stata progressivamente superata la distinzione, sviluppatasi nell'ambito della disciplina economica, tra "dimensione di produzione della ricchezza", tipica del sistema privato, e "dimensione allocativa o redistributiva della ricchezza", tipica del sistema pubblico; gli istituti pubblici territoriali, nati per svolgere processi di consumo pubblici, hanno nel tempo esteso il loro campo di intervento anche allo svolgimento di processi di produzione in senso economico. Emerge così la differenza del paradigma dell'economia aziendale italiana ed europea da quelli del *management* e delle teorie delle organizzazioni sviluppati in altri contesti, specie statunitense, dove si distinguono nettamente i principi, i criteri, i sistemi e gli strumenti che guidano le aziende/istituti *for profit* (*business organizations*) dalle aziende/istituti *not for profit* (non *profit*) che, a loro volta, sono di tipo pubblico o privato. Per quanto concerne specificamente l'analisi dei sistemi aziendali per le pubbliche amministrazioni, si osserva che il modello aziendale ha lo scopo di realizzare un equilibrio tra i bisogni pubblici e le risorse messe a disposizione dalla comunità, tra domanda e offerta di servizi pubblici, tra risorse impiegate e prestazioni/servizi erogati ai diversi gruppi di utenti. Il rilievo di tale modello è ascrivibile ad una pluralità di ragioni, fra le quali si segnala il crescente peso del settore pubblico nell'economia, il riscontro del basso livello di produttività del settore pubblico, la rilevanza del livello di efficienza dell'amministrazione pubblica, il crescente peso della qualità delle amministrazioni nell'influenzare il consenso politico. Si evidenzia, però, che queste considerazioni non consentano, sotto il profilo aziendalistico, una completa equiparazione tra imprese private e amministrazioni pubbliche: se è vero che l'amministrazione pubblica può e deve svolgere la sua attività rispettando un equilibrio tra sistema istituzionale, politico e aziendale, è altrettanto vero che non vi è perfetta equivalenza, sul piano della disciplina aziendale, tra il termine azienda e quello di impresa. In quest'ottica, sono discutibili quegli indirizzi secondo cui occorre gestire le amministrazioni pubbliche come imprese poichè «il peso dei criteri della correttezza istituzionale, dell'opportunità politica e della razionalità economica e gestionale è diverso nelle due realtà concrete; è semplicistico sostenere che la razionalità tecnica, aziendale ed economica, è neutrale» (*op.cit.*, p. 10). Le regole istituzionali costituiscono vincoli al perseguimento di tale razionalità, al contempo, però, il sistema istituzionale ed il sistema politico sono elementi essenziali alla natura di ente pubblico. Di conseguenza, sembra corretta e realistica solo una razionalità aziendale capace di interagire con essi e di individuare soluzioni che, sebbene non "ottimali" sul piano dell'efficienza, della produttività, del

prospettiva, rinvia una giustificazione nell'esigenza di esercitare le funzioni amministrative in modo efficiente ed efficace, senza i condizionamenti che derivano dalle tradizionali regole di gestione dell'attività amministrativa¹¹. Sul piano applicativo, si è ritenuto che i modelli di azione concordati sono preferibili alle soluzioni imposte in via autoritativa in quanto garantiscono in maggior misura il raggiungimento di risultati funzionali al soddisfacimento del pubblico interesse¹². Quanto all'assetto ordinamentale, si registra una trasformazione in senso pluralistico e paritario dei centri di potere¹³. Né può trascurarsi di considerare il forte impulso all'attività contrattuale della pubblica amministrazione proveniente dal diritto dell'Unione Europea, il quale tende a garantire -

contenimento della spesa, sono compatibili con il corretto funzionamento delle istituzioni e, date le concrete dinamiche politiche, sono in grado di produrre un miglioramento.

¹¹ In tal senso, di recente, C. FRANCHINI, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in ID. (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, cit., p. 54, il quale afferma che l'ampliamento dell'utilizzazione di moduli convenzionali nello svolgimento dell'attività amministrativa rinvia la sua ragione principale nell'esigenza (perfezionata per effetto degli orientamenti dell'Unione europea), «di esercitare le funzioni pubbliche in modo più efficiente ed efficace, senza i condizionamenti che derivano dalle specifiche regole di gestione dell'attività amministrativa».

¹² A. MASSERA, *I contratti*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004, p. 285. Circa la necessità di un apporto collaborativo di tutti i soggetti (pubblici e privati) coinvolti dallo svolgimento della funzione amministrativa, G. SORRENTINO, *Interesse legittimo e pregiudizialità amministrativa*, Napoli, 2010, p. 41. L'Autore da ultimo citato, in particolare, pone in luce la necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata della funzione amministrativa che delinea «una relazione tra amministrazione e persone che trova nella soddisfazione, promozione e valorizzazione dei bisogni delle seconde il senso profondo dell'agire amministrativo e, dunque, dell'autorità che si manifesta nell'esercizio della funzione» (*op. cit.*, p. 11-12).

¹³ Cfr., sul punto, F. CASUCCI, *Il diritto plurale: pluralismo delle fonti e libera circolazione delle norme giuridiche*, Napoli, 2004, *passim*. In particolare, l'Autore, sottolinea efficacemente che: «Il diritto futuro è un diritto libero dall'ossessione del governo, appartiene agli organismi associativi, alle imprese, ai cittadini, al dialogo instaurato fra loro, è servente rispetto allo sviluppo delle possibilità e delle capacità, è un diritto che muove dal basso, mite, spontaneo e al tempo stesso azzardato. In una sola parola è, e non potrebbe non essere, un diritto plurale, non solo nelle sue fonti, nei modelli, negli interpreti, ma anche e soprattutto dal punto di vista epistemologico» (*op. cit.*, p. 33 ss.). Nell'attuale fase storica importanti trasformazioni interessano le comunità politiche, caratterizzate da una sempre più evidente frammentazione della sovranità, sia verso l'alto nei processi di integrazione sopranazionale, sia verso il basso attraverso il trasferimento di funzioni alle Regioni e agli enti locali (sul principio di sussidiarietà, nelle sue indissolubili dimensioni verticale e orizzontale, v. *infra* par. 1.5). In tale contesto si fa riferimento ad una pluralità di centri di potere, intesi come centri di produzione normativa: v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 291, secondo il quale là dove si dà spazio ad un pluralismo di entità decentrate e autonome che non si esauriscono nello Stato (basti pensare agli enti sovranazionali che dettano norme immediatamente vigenti nello Stato, quali le norme dell'Unione europea) e che legiferano in virtù di un potere proprio, o, comunque, godono di una sfera di autonomia riconosciuta dal potere statale sovrano, si produce un pluralismo di fonti. Peraltro, l'emergere di assetti istituzionali ispirati ad un pluralismo paritario induce la ricerca di una legittimazione nuova del potere ove riferimento essenziale è il modello consensuale che opera immediatamente e direttamente come fonte di legittimazione e consente, altresì, il superamento del conflitto fra valori di pari rango quanto a garanzia costituzionale. In questa prospettiva, le Amministrazioni pubbliche, a differenza del passato, sono chiamate a trovare un'intesa nel loro ambito e con gli altri centri di potere ed a collaborare attivamente con i privati per la realizzazione delle relative iniziative, assumendo anche un ruolo propulsivo. E' questo, tra gli altri, uno dei principi basilari cui s'ispira la riforma della legge generale sul procedimento amministrativo.

come presupposto di un mercato unico concorrenziale- l'apertura dei mercati nazionali e una posizione tendenzialmente paritaria delle parti¹⁴.

Preliminarmente occorre precisare il concetto di pubblica amministrazione e individuare l'ambito soggettivo cui ci si riferisce quando si utilizza l'espressione "contratti della pubblica amministrazione": si tratta di una questione metodologica la cui soluzione assume notevole importanza, poiché ad essa è strettamente collegata la problematica inerente alla capacità di diritto privato dei soggetti pubblici, come si evidenzierà nel prosieguo della trattazione. Le consistenti difficoltà che si riscontrano nel tracciare una definizione di tale concetto hanno indotto ad affermare che si tratterebbe di una nozione a «geometria variabile»¹⁵, da individuare in relazione a ciascuna fattispecie concreta, a seconda della disciplina applicabile in vista degli interessi concretamente perseguiti. Anche nell'ambito comunitario la nozione di soggetto pubblico non è intesa come categoria unitaria, ma sono offerte definizioni diverse, settore per settore, modellate in funzione degli obiettivi sottesi alle normative delle singole materie¹⁶; emerge, però, quale elemento comune delle diverse elaborazioni, il loro carattere non formalistico, dipendente solo dalla natura sostanziale dell'attività svolta e dai poteri esercitati. Le indicazioni comunitarie dirette a recepire una definizione sostanziale e funzionale di pubblica amministrazione sono state colte dal legislatore italiano che le ha trasfuse nelle modifiche apportate alla legge n. 241/1990 [art. 1, comma 1-ter, art. 22, e)]¹⁷, nonché nel Codice dei contratti pubblici (art. 2,

¹⁴ Così, E. PICOZZA, *Attività amministrativa e diritto comunitario*, in *Enc. giur.* Treccani, *Agg.*, III, Roma, 1997, p. 16; sull'argomento, cfr. anche N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., *passim*.

¹⁵ G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»?», in *Diritto amministrativo*, 2003, p. 827; V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 20, evidenziano come tale impostazione non sia in realtà innovativa poiché si ricollega all'insegnamento del Pugliatti (S. PUGLIATTI, *Diritto (Teoria generale) V. – Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, p. 741), il quale agganciava la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato alla natura degli interessi perseguiti: nel diritto privato vengono in rilievo interessi propri, privati riferibili al soggetto agente; nel diritto pubblico, invece, gli interessi rilevanti si riferiscono alla collettività dei consociati e quindi trascendono l'orizzonte specifico del singolo soggetto agente.*

¹⁶ A titolo esemplificativo si possono considerare l'art. 125, co. 1, TFUE (già 103, co. 1, del Tratt. CE) in materia di politica economica e monetaria o le direttive in materia di appalti pubblici (n. 17 e 18 del 2004), senza trascurare il significativo intervento della Corte di Giustizia che ha prescelto un approccio funzionale (tra le altre, Corte Giust., 10 maggio 2001, cause riunite C-223/99 e C-260/99, *Agorà Srl e Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano / Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. e Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano, Ciftat soc. coop. Arl*, in *Raccolta*, 2001, I-3605). Sull'argomento, anche per ampi riferimenti bibliografici, si rinvia a E. CHITI, C. FRANCHINI, M. GNES, M. SAVINO, M. VERONELLI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo. Casi e materiali*, in *Corso di diritto amministrativo* diretto da S. Cassese, vol. 6, Milano, 2005, pp. 1-18 e A. MASSERA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Milano, 2007, pp. 292 e ss.

¹⁷ In ordine all'ampiezza che ha progressivamente assunto la nozione di ente pubblico, emblematica è la previsione dell'art. 1, comma 1-ter della l. n. 241/1990, inserito dalla l. n. 15/2005, ove è previsto che "i

commi 25-33, e art. 32 d. lgs. n. 163/2006)¹⁸. Si può quindi accogliere un'ampia nozione di Pubblica Amministrazione, riferibile a qualunque soggetto che, indipendentemente dalla natura pubblica o privata, è chiamato al perseguimento di interessi definibili come "pubblici" o "generalisti"¹⁹. L'importanza di questa definizione, connotata dalla rilevanza del profilo funzionale, emerge nella misura in cui sottolinea il superamento delle tradizionali impostazioni che identificano i soggetti pubblici sulla base di criteri prevalentemente formali²⁰.

soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1". Secondo D. MEMMO, *L'attività contrattuale della p.a. e i principi di diritto comune nella riforma del procedimento amministrativo a seguito della l. 15 del 2005*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 1177, la norma esprime la consapevolezza di una mutata configurazione soggettiva della stessa p.a., che nella società globalizzata costituisce una galassia composita e variegata, dove il connotato finalistico dell'attività esercitata costituisce il reale elemento di aggregazione.

¹⁸ La nozione di organismo di diritto pubblico è contenuta nell'art. 2, comma 26, del Codice dei contratti pubblici, secondo cui "l'organismo di diritto pubblico è qualsiasi organismo, anche in forma societaria: - istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; - dotato di personalità giuridica; - la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico". Per un'applicazione di tali regole anteriore ai recenti interventi legislativi, v. Cons. Stato, 28 ottobre 1998, n. 1478, in *Foro it.*, 1999, III, c. 178 ss.; Cons. Stato, Ad. Plen., 22 aprile 1999, n. 4, in *Cons. Stato*, 1999, I, p. 557, ove si afferma che i principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione «riguardano allo stesso modo l'attività volta all'emanazione di provvedimenti e quella con cui sorgono o sono gestiti i rapporti giuridici disciplinati dal diritto privato [...] nell'ambito della progressiva osmosi tra le discipline pubblicistiche e quelle privatistiche» e che «si deve ritenere in definitiva che la forma societaria sia neutra ai fini dell'identificazione dell'organismo di diritto pubblico mentre assume rilievo la verifica della struttura e delle attività da questi esercitate».

¹⁹ Così, letteralmente, V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 21.

²⁰ Per tutti, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., p. 185 ss., spec. p. 190, secondo il quale la nozione di ente pubblico è di stretto diritto positivo, con la conseguenza che la natura pubblica di un ente deriverebbe unicamente dalla qualificazione in tal senso operata da un atto normativo.

1.2. *Segue.* Il contratto di diritto pubblico: profili evolutivi.

La connotazione ideologica sottesa alle teorie che imponevano l'edificazione del diritto amministrativo come sistema autonomo e indipendente da quello del diritto privato²¹ è progressivamente venuta a sfumare, in virtù della ridefinizione del rapporto tra Stato e consociati²². Tra l'altro, l'unitarietà dell'ordinamento giuridico²³ esige l'abbandono

²¹ La costruzione del diritto amministrativo ruotò intorno all'idea dello Stato come soggetto "forte" che si autoafferma nello svolgimento dei fenomeni giuridici, in ragione del perseguimento di determinati obiettivi, riferibili ad interessi generali. La ritenuta superiorità del soggetto pubblico rispetto agli altri soggetti dell'ordinamento consentì di delineare il diritto amministrativo come sistema fondato sulla disegualianza fra lo Stato ed i consociati: di qui la configurazione di una vera e propria incompatibilità logica tra oggetto pubblico e contratto, in quanto quest'ultimo rimandava ad una concezione formalmente paritetica dei soggetti. Nell'intento di superare questa impostazione, anche sulla spinta delle influenze culturali di area tedesca, si tratteggiò la figura del c.d. contratto di diritto pubblico, consistente cioè in un «contratto ad oggetto pubblico», da identificarsi con la materia di cui solo l'Amministrazione Pubblica dispone, perché oggetto di potestà amministrativa pubblica: così, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 356 ss. e 426 ss. Si è così ritenuto configurabile un *tertium genus* tra il contratto privatistico e il provvedimento amministrativo unilaterale e si è affermata l'esistenza in materia di un diritto privato speciale, risultante dalla commistione tra le previsioni codicistiche e le numerose deroghe apportate da istituti di origine pubblicistica. Sulla configurabilità del contratto di diritto pubblico, v. P. VIRGA, *Contratto (dir. amm.)*, a) *Teoria generale del contratto di diritto pubblico*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, p. 979 ss., secondo il quale i sostenitori dell'inammissibilità del contratto di diritto pubblico non hanno impostato esattamente il problema che verte esclusivamente sull'ammissibilità di un incontro della volontà della p.a. con quella del privato nell'ambito dell'esercizio di pubbliche potestà. La necessità di delineare uno schema contrattuale diverso da quello disciplinato dal diritto privato sarebbe giustificata, dunque, dalla diversa natura di queste manifestazioni di volontà, con conseguente impossibilità di una loro fusione in un unico atto e, quindi, inammissibilità di un incontro contrattuale fra potestà pubblicistiche e potere dispositivo privato. Il tema è stato rivisitato, con cenni possibilistici, da R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993, p. 545 e 554. Sul contratto di diritto pubblico, v. anche M. GALLO, *Contratto di diritto pubblico*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1957, p. 645 ss.; A. GIAQUINTO, *Contratto amministrativo*, in *Nuovo Digesto italiano*, vol. XVI, Torino, 1938, p. 92 ss., che, tra l'altro, distingueva tra contratto di diritto pubblico e contratto amministrativo: il primo ha ad oggetto cose che non hanno valore di scambio, l'esercizio di una pubblica funzione, un servizio o un'attività esercitata dallo Stato in regime di privativa e la persona pubblica vi partecipa in veste di soggetto dotato di pubbliche potestà e conserva sempre una posizione di superiorità o supremazia rispetto all'altro contraente. Il contratto amministrativo, invece, ha ad oggetto beni aventi valore di scambio e carattere di piena commercialità e l'amministrazione assume la veste di soggetto privato e si sottopone all'osservanza del diritto comune, nonché alle norme che contengono deroghe e temperamenti che costituiscono il c.d. diritto civile speciale.

²² La ricostruzione di un *tertium genus* tra contratto privatistico e provvedimento amministrativo unilaterale è stata sottoposta a revisione, in considerazione della sostanziale impossibilità di delineare una figura di contratto autonoma rispetto a quella privatistica. In tal senso, è stato efficacemente chiarito che l'inesistenza dei contratti di diritto pubblico nell'ordinamento italiano si spiega per l'inconfigurabilità di un contratto disciplinato dal diritto pubblico, in quanto il regime delle obbligazioni è di norma regolato dalla legge privata, mentre solo in taluni casi la "formazione" dell'accordo è disciplinata in modo diverso dalle leggi amministrative ed è oggetto di procedimenti di natura amministrativa: così, F.P. PUGLIESE, *Contratto (V)*, *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.* Treccani, vol. IX, Roma, 1988, p. 14. Nella medesima prospettiva sembra orientato S.A. ROMANO, *Attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 536.

²³ L'unitarietà dell'ordinamento giuridico, quale presupposto logico della negazione di dicotomie fra diritto pubblico e diritto privato (sulle quali cfr. *infra*, spec. note 26 e 27), è elaborazione dottrinale tutt'altro che pacifica in dottrina. Le teorie della pluralità degli ordinamenti, quali applicazioni delle teorie istituzionali del diritto, si riscontrano nella dottrina italiana più risalente. Al riguardo, con diversi punti di vista, SANTI

della rigida distinzione tra diritto pubblico e diritto privato²⁴: gli strumenti offerti da quest'ultimo - tradizionalmente considerati come esclusivi dello stesso - sono utilizzati sempre più di frequente dagli enti pubblici, acquisendo così la fisionomia di strumenti di "diritto comune", svincolati dalla dicotomia diritto privato-diritto pubblico²⁵. S'impone, dunque, una revisione della distinzione tra regole di diritto pubblico e regole di diritto privato: accertata la compatibilità tra il perseguimento dell'interesse pubblico e la disciplina privatistica, la funzionalizzazione dell'attività amministrativa non può essere più invocata in ogni caso quale elemento di discriminazione tra i due settori dell'ordinamento. L'unitarietà dell'ordinamento implica che i suoi principi ispiratori e caratterizzanti sono presenti in ogni sua parte, mentre una netta distinzione tra ordinamento privatistico e pubblicistico finisce con il contrapporre i principi che caratterizzano l'uno e l'altro²⁶: di conseguenza, il carattere unitario del fenomeno sociale esige lo studio dei singoli istituti nei loro aspetti privatistici e

ROMANO, *L'ordinamento giuridico: studi sul concetto, le fonti e il carattere del diritto*, Pisa, 1917, p. 93 ss.; A.E. CAMMARATA, *Il concetto del diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, in ID., *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, 1963, p. 185 ss.; L. PICCARDI, *La pluralità degli ordinamenti giuridici ed il concetto di rinvio*, in AA. VV., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, I, p. 249 ss.; SALV. ROMANO, *Autonomia privata*, Milano, 1957, *passim*; F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 32 ss., e in ID., *Legge – Ordinamento giuridico – Pluralità degli ordinamenti*, Milano, 1985. La dottrina recente, coerentemente con l'attuale assetto normativo costituzionale, tende a escludere l'ipotizzabilità di più ordinamenti (o sotto-ordinamenti), i quali si sostituirebbero o aggiungerebbero a quello statale, per proporre la c.d. teoria dell'unitarietà dell'ordinamento giuridico. In base a questa concezione, si ritiene sussistente un unico ordinamento, composto da una pluralità di fonti, nazionali e sopranazionali, gerarchicamente orientate in base al dettato della Carta fondamentale. In questo senso, per tutti, P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, già in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss., e ora in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. 4 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 159 ss. e spec. p. 188 s., per il quale «[l]a complessità dell'ordinamento nel momento del suo effettivo riscontro, cioè nel momento ermeneutico volto a realizzarsi come ordinamento del caso concreto, non può non risultare unitaria: un insieme di principi e regole individuato dal giudice che, nella totalità del sistema socio-normativo, si accinge doverosamente ad applicare. Sotto questo profilo, che è quello che realmente conta in una scienza giuridica che è scienza pratica, l'ordinamento, per quanto complesso sia, di qualsiasi complessità si caratterizzi, non può che essere uno, anche se risultante da una pluralità di fonti e componenti». Sulla posizione complessa e unitaria dell'ordinamento, di recente, N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 3 ss. Con riguardo al fenomeno sportivo e al suo inquadramento nell'unitario ordinamento, poiché le regole sportive contribuiscono alla realizzazione dei valori espressi nei principi dell'ordinamento *tout court*, E. INDRACCOLO, *Rapporti e tutele nel dilettantismo sportivo*, Napoli, 2008, p. 61 ss., spec. p. 81.

²⁴ M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, cit., spec., 412, che ricostruisce l'evoluzione del diritto privato nel senso di un superamento della dimensione puramente individuale del fenomeno giuridico verso una prospettiva in cui il diritto si pone come insieme delle tecniche normative che presiedono allo svolgimento dell'attività economica: di qui l'affermazione della capacità espansiva del sistema del diritto privato verso l'ambito pubblicistico. Sulla contaminazione tra profili privatistici e pubblicistici, di recente, C. CICERO, *I principi di diritto privato nel contratto pubblico*, in *Riv. notariato*, 2009, 5, p. 1169 ss.

²⁵ In questo senso M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione tra conservazione e stabilità degli effetti*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 428 ss., spec. 432. Sul punto e, in particolare, sulla neutralità degli strumenti di diritto privato, v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, spec. p. 454 ss.

²⁶ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 132 ss.

pubblicistici²⁷. In questa prospettiva si registra una duplice tendenza: da un lato, nel sistema del diritto privato penetrano istanze di socializzazione del mercato, volte a far emergere valori e interessi di rilievo pubblico; dall'altro, vi è l'intervento sempre più massiccio dei pubblici apparati nella dinamica dei fenomeni economici e imprenditoriali²⁸. E' stato così rilevato che tecniche e istituti, nati nel campo del diritto privato, sono utilizzati in quello del diritto pubblico e viceversa, sì che «la distinzione è non più qualitativa ma quantitativa»²⁹. Una testimonianza di tali cambiamenti si rinviene nei rilevanti interventi normativi e giurisprudenziali dell'ultimo decennio: l'affermazione di un modello amministrativo in cui il tradizionale esercizio del potere di imperio coesiste con le forme di amministrazione concordata di cui alla l. n. 241 del 1990, la progressiva riduzione delle aree di irresponsabilità mediante il riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi, la previsione dell'eccezionalità del ricorso a poteri autoritativi³⁰ mettono in discussione la configurabilità di un diritto privato "speciale" applicabile alle Pubbliche Amministrazioni³¹.

²⁷ Così, letteralmente, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 134 ss. Analogamente, ID., *Profili istituzionali del diritto civile*, 2ª ed., 1986, p. 55, ove si evidenzia che nella società attuale diventa arduo, se non impossibile, individuare un interesse privato che sia completamente autonomo, isolato dall'interesse pubblico; ID. e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, p. 70 ss; G. OPPO, *Diritto privato ed interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 25; A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli «accordi» privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1999, p. 39, il quale sottolinea la necessaria ponderazione e la disciplina degli interessi privati presenti nella concreta fattispecie oggetto dell'intervento dell'Amministrazione per il soddisfacimento dell'interesse pubblico. Anche F. SBORDONE, *La «scelta» della legge applicabile al contratto*, Napoli, 2003, p. 142 ss, il quale, con riguardo al diritto internazionale privato, evidenzia che l'interesse dei privati ad individuare la legge applicabile al contratto concorre con il generale interesse, di pertinenza dell'ordinamento, a risolvere nel modo più adeguato un conflitto di leggi.

²⁸ V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 8-9. Sul punto, v. anche V. SCALISI, *Categorie ed istituti del diritto civile – Nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005; V. RICCIUTO, *Regolazione del mercato e «funzionalizzazione» del contratto*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Benedetti*, Napoli, 2008, p. 1611 ss.

²⁹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 136. Sul duplice fenomeno della «civiltizzazione» del diritto amministrativo, mediante situazioni soggettive di controllo di spettanza dei cittadini, e della «amministrativizzazione» del diritto civile, con il riconoscimento sempre maggiore di interessi protetti occasionalmente in quanto mezzi per l'attuazione di interessi superindividuali, ID., *Incidenza della programmazione sulle situazioni soggettive del «privato»*, in *Diritto dell'economia*, 1970, p. 52.

³⁰ Sulla risarcibilità degli interessi legittimi è imprescindibile il riferimento alla nota sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2487. Con riguardo al ricorso eccezionale agli strumenti autoritativi viene in rilievo la disposizione dell'art. 1, comma 1 *bis*, della l. n. 241/1990 (sulla quale v. *infra*, par. 1.3).

³¹ In tal senso, M. GATTI, *Dal diritto privato speciale al tramonto dell'unilateralità nell'evidenza pubblica?* (nota a TAR Piemonte, 14 febbraio 2004, n. 250), in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, 2, p. 308 ss. Diversamente, S. GIACCHETTI, *La nuova via privata al pubblico interesse aperta dall'art. 1, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 2005, n. 15*, cit., p. 124 ss. afferma la configurabilità di un diritto privato che propone di qualificare "di interesse pubblico", quale *tertium genus*, irriducibile sia al diritto privato che al diritto pubblico. Gli interventi legislativi degli ultimi anni (in particolare l'introduzione dei commi 1 *bis* e *ter* all'art. 1 della l. 241/90) testimonierebbero il riconoscimento dell'esistenza di un diritto privato speciale che si manifesta in un'attività che «soggettivamente non è espressione di autonomia privata ma di discrezionalità amministrativa; oggettivamente non attiene a situazioni disponibili;

Tradizionalmente l'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione è stata considerata specularmente inversa a quella autoritativa e funzionale, in considerazione della dipendenza dell'agire *iure gestionis* o *iure imperii* dalla posizione di supremazia in cui operava l'amministrazione. Diversamente, oggi è acquisita la consapevolezza che il fine pubblico può essere realizzato anche attraverso l'attività contrattuale³²: l'area dell'atto amministrativo subisce, così, una significativa contrazione a favore della configurabilità di nuovi moduli di perseguimento dell'interesse pubblico³³. Al contempo, devono considerarsi recessive le fattispecie in cui l'azione *iure privatorum* dell'amministrazione non è disciplinata dal codice civile, ma risulta derogata in considerazione di prevalenti interessi pubblicistici. Non si intende in tal modo affermare una completa fungibilità fra contratto e atto amministrativo e disconoscere la necessità di tener conto delle peculiarità - relative alle specificità e differenze di natura, compiti e funzioni - sottese all'esercizio dell'azione amministrativa. E' evidente l'impossibilità di ridurre *sic et simpliciter* il diritto amministrativo al diritto privato, in considerazione della c.d. funzionalizzazione dell'attività amministrativa, ovvero del permanente vincolo al perseguimento del pubblico interesse³⁴. Piuttosto, si vuole sottolineare la «ritrovata centralità del diritto privato quale nucleo fondante del sistema»³⁵

formalmente, deve esprimersi mediante negozi solenni; *funzionalmente* deve essere posto in essere nel perseguimento di un pubblico interesse che può trascendere quello delle parti; e *strutturalmente* è di regola doppiato da un procedimento amministrativo di evidenza pubblica».

³² Così, V. POLI, *Principi generali e regime giuridico dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni*, in www.giustizia-amministrativa.it

³³ Emblematico in tal senso è il riconoscimento dell'esistenza di «atti amministrativi negoziali»: così, G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986, 84 e ss. e, più di recente, ID., *Argomenti di diritto amministrativo*, 3ª ed., Milano, 2008, p. 136.

³⁴ Al riguardo, F.P. PUGLIESE, *Contratto. V) Contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 1; A. GIAQUINTO, *Contratto amministrativo*, cit., p. 93. In giurisprudenza, v. Cons. Stato, Ad. Plen., ord. 30 marzo 2000, n. 1, punto 8.2.1, in *Foro it.*, 2000, III, c. 365, ove si afferma che «va sempre finalizzata al perseguimento dell'interesse collettivo ogni attività dell'amministrazione senza alcuna eccezione». Sui rapporti tra funzionalizzazione, attività negoziale e principio di legalità, C. FRANCHINI, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 67 ss. e ID., *Diritto pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in G. ALPA, G. CONTE, V. DI GREGORIO, A. FUSARO, U. PERFETTI (a cura di), *La disciplina dell'appalto tra pubblico e privato*, Napoli, 2010, p. 94, secondo cui il fondamento costituzionale dell'azione amministrativa, ovvero l'art. 97 della Costituzione, impone che l'attività amministrativa – autoritativa o meno – sia sempre finalizzata al perseguimento di un interesse pubblico definito puntualmente a livello normativo. In relazione all'attività non autoritativa, si osserva, il principio di legalità assume connotati peculiari: sotto il profilo della legalità formale, la legge non disciplina compiutamente tutte le fasi dell'azione amministrativa, ma si limita ad indicare gli obiettivi da perseguire, lasciando alla pubblica amministrazione la scelta degli strumenti da utilizzare, purché gli stessi siano idonei allo scopo. Sotto il profilo sostanziale, il principio di legalità implica che la pubblica amministrazione provveda al perseguimento degli obiettivi definiti dalla legge sulla base di elementi effettivi e reali, tenendo conto di tutti i fattori che possono incidere sul perfezionamento della scelta finale. In argomento, v. anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, cit., spec. p. 442 ss.

³⁵ Così, V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 22.

che si impone a tutti i soggetti di diritto, pubblici e privati. Non manca chi manifesta disagio su questa tendenza verso il diritto comune e si interroga sull'opportunità dell'ampliamento del ricorso al diritto privato, paventando il rischio di privare di adeguata protezione gli interessi cc.dd. «a soddisfazione necessaria»³⁶. Senonchè, proprio il declino del paradigma fondato sulla ontologica supremazia dell'interesse pubblico induce la riconduzione dell'amministrazione a un operare fondato in prevalenza sui valori del diritto comune³⁷. Compito dell'interprete è dunque l'analisi dell'interazione tra il *corpus* normativo di matrice pubblicistica e il complesso di regole e principi di diritto privato, nelle ipotesi in cui quest'ultimo diventa un riferimento per l'attività svolta dai soggetti pubblici.

³⁶ G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. Pubblico*, 1998, spec. p. 671 ss. e 688 ss.

³⁷ Così, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, cit., p. 412. Circa il superamento, nell'impianto costituzionale, del binomio "potere-soggezione" in favore della relazione "funzione sociale-diritti della persona" nella quale il fine pubblico s'identifica nella realizzazione dei secondi, cfr. G. SORRENTINO, *Interesse legittimo e pregiudizialità amministrativa*, cit., p. 16.

1.3. *Segue. La capacità di diritto privato della Pubblica Amministrazione.*

In passato si discuteva sulla configurabilità di una c.d. capacità di diritto privato degli enti pubblici, in considerazione dei fini pubblici che sono deputati a perseguire per legge e per statuto³⁸. Oggi si ritiene che la pubblica amministrazione goda di una piena capacità giuridica *ex art. 11 c.c.*³⁹. Sul piano della teoria generale, la coincidenza - magistralmente propugnata⁴⁰ - tra la soggettività e la capacità giuridica spettante, come tale, a tutti, persone fisiche o giuridiche, ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, induce a escludere una distinzione tra enti pubblici e privati. Anche la giurisprudenza sembra orientata in questo senso, là dove riconosce la piena capacità degli enti pubblici, in considerazione della loro qualificazione quali soggetti giuridici⁴¹.

³⁸ Sembra optare per l'inconfigurabilità di una vera e propria capacità di diritto privato delle pubbliche amministrazioni in favore del riconoscimento di una più limitata "attitudine" alla imputazione di fattispecie privatistiche, E. PICOZZA, *L'attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, in P. STANZIONE e A. SATURNO (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 134 ss., il quale afferma che tale soluzione si impone se si vuol tenere fede alla prospettiva gradualistica e al ruolo della Costituzione quale *lex fundamentalis* dell'ordinamento giuridico, in quanto la Costituzione italiana non autorizzerebbe il fondamento di una capacità generale di diritto privato delle Pubbliche Amministrazioni, sia essa alternativa o succedanea di quella a diritto amministrativo. Tale soluzione sarebbe suffragata dagli articoli 97 e 98 della Costituzione, dall'art. 11 c.c. e dalla legge 241/90, oltre che dalla sentenza della Corte Costituzionale 204/2004. L'Autore difende, pertanto, il carattere speciale della pubblica amministrazione, sia negli aspetti di diritto sostanziale che processuale, sostenendo che, pur ammessa l'esistenza della categoria giuridica della capacità di diritto privato della P.A. quale capacità generale, «essa non può conformarsi come del tutto indipendente dal modello pubblicistico ma vi resta subordinata, se non altro attraverso l'applicazione di principi di diritto internazionale, europeo, e costituzionale, oltre che ovviamente attraverso l'istituto della riserva di legge».

³⁹ S.A. ROMANO, *Attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 532, secondo il quale nell'ordinamento italiano si deve attribuire allo Stato e, quindi, alle Pubbliche amministrazioni una piena capacità giuridica nel diritto privato, derivante dal riconoscimento dello Stato come persona giuridica. Tale affermazione rinviene il proprio fondamento normativo nella l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E), sull'abolizione del contenzioso amministrativo che, nel sottoporre alla giurisdizione del giudice ordinario la Pubblica Amministrazione per "tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico", consacra il principio dello «Stato di diritto» e, ad un tempo, presuppone la possibilità che lo Stato sia parte in rapporti giuridici di diritto privato, restando così sottoposto al diritto civile ed al suo giudice. Sul riconoscimento di una capacità giuridica generale degli enti pubblici, di recente, S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della Pubblica Amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, p. 25 ss., spec. p. 35 ss. In ordine alla rilevanza dell'art. 11 c.c., F. GALGANO, «Pubblico» e «privato» nella qualificazione della persona giuridica, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, p. 295, il quale, però, ritiene che la norma non assolve la funzione di attribuire alle persone giuridiche pubbliche la capacità di diritto privato, bensì quella di sottoporla ad un regime diverso da quello privatistico.

⁴⁰ Fondamentale al riguardo è il contributo di A. FALZEA, *Capacità II – Teoria generale*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 14. In tal senso, anche l'insegnamento del Giannini il quale osservava come la pubblica amministrazione è un soggetto di diritto e, come tale, è centro di imputazione di diritti e di doveri (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., p. 119 ss., spec. p. 125).

⁴¹ Così, Cons. Stato, 12 marzo 1990, n. 374, in *Cons. Stato*, 1990, I, p. 455, dove, in particolare, si afferma che: «poiché la capacità dell'ente pubblico si ricollega alla qualità di soggetto giuridico, cioè alla potenziale destinatarietà degli effetti giuridici di un ordinamento, da ciò non può che derivare una pienezza di capacità, con la conseguente possibilità da parte dell'ente di far ricorso, in via tendenziale, a tutti i mezzi possibili per

Dunque, poiché l'autonomia negoziale è il precipitato logico giuridico anche dell'iniziativa economica⁴², che compete, come manifestazione di libertà, a qualunque soggetto, non v'è dubbio che afferisca agli organi dell'amministrazione statale e agli enti pubblici funzionali, ai sensi dell'art. 1322 c.c.⁴³. Non è necessaria una norma che autorizzi la pubblica amministrazione all'uso di strumenti tipici del diritto privato, in quanto, al pari di qualunque altro soggetto dell'ordinamento, la pubblica amministrazione gode dell'autonomia privata, ossia del «potere di normazione per la regolazione dei propri interessi»⁴⁴. L'ente pubblico non deve necessariamente ricorrere al proprio potere autoritativo per la realizzazione dei propri fini poiché, prima di tutto, è un ente (inteso come soggetto agente secondo il diritto comune), poi è pubblico⁴⁵.

raggiungere i propri scopi». Analogamente, Cons. Stato, ad. gen., 6 dicembre 2000, n. 5, in *Cons. Stato*, 2001, I, 839: «In base all'autonomia negoziale di cui lo Stato gode come qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento (piena capacità di diritto privato), deve ritenersi ammissibile che la p.a. proceda alla stipulazione di tutti quei contratti (nella specie un mandato senza rappresentanza con soggetti terzi) che siano compatibili con la sua natura, nel rispetto della disciplina dettata in materia dalla normativa sulla contabilità di stato e delle regole comunitarie sia espresse, sia implicite».

⁴² Critico in ordine all'individuazione del fondamento costituzionale dell'autonomia negoziale nel solo art. 41 cost., P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 326 ss., secondo il quale l'autonomia negoziale non s'identifica e non si esaurisce con gli atti d'impresa. In una lettura dell'ordinamento sistematicamente orientata è doveroso rinvenire, volta per volta, sulla base dei concreti interessi coinvolti, un diverso fondamento nella Costituzione o anche nei principi di diritto comunitario, in considerazione del vigente sistema delle fonti, caratterizzato da una gerarchia di norme costituzionali e comunitarie. Ad esempio, gli atti esistenziali rinveniono il proprio referente normativo negli artt. 2, 3, 13 e 32 cost.; gli atti associativi si fondano sugli artt. 2, 3 e 18 cost.; gli atti di famiglia trovano fondamento negli artt. 2, 29 e 30 cost. Pertanto, piuttosto che individuare "il" fondamento dell'autonomia contrattuale, sono da ricercare "i" suoi fondamenti: la loro identificazione offre all'interprete le coordinate cui attingere per esprimere sui concreti atti di autonomia quei giudizi di valore che l'ordinamento gli affida (ID., *o.n.c.*, p. 329).

⁴³ Per il riconoscimento agli enti pubblici, in quanto persone giuridiche, di una piena capacità giuridica di diritto privato, nonché di una piena autonomia privata, intesa in termini di autoregolamentazione della propria sfera giuridica, G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, cit., p. 129-130; analogamente, V. POLI, *Principi generali e regime giuridico dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni*, cit.; D. MEMMO, *L'attività contrattuale della p.a. e i principi di diritto comune nella riforma del procedimento amministrativo a seguito della l. 15 del 2005*, cit., p. 1180 ss. che, nel confermare l'assenza in astratto di una limitazione di carattere generale all'autonomia contrattuale della Pubblica amministrazione, si sofferma sulla libertà di concludere contratti atipici, nonché su quella di determinare il contenuto contrattuale. In giurisprudenza, sul riconoscimento agli enti pubblici della stessa capacità attribuita ai soggetti privati, Cons. Stato, 19 dicembre 1989, n. 1838, in *Riv. trim. app.*, 1990, p. 1065, ove si afferma che: «deve ritenersi che tutte le persone giuridiche, sia private che pubbliche, abbiano la medesima capacità giuridica e che pertanto anche la p. a. sia legittimata a porre in essere contratti»; analogamente, Cons. Stato, 11 maggio 1999, n. 596, in *Urb. App.*, 2000, p. 876; Cons. Stato, 12 marzo 1990, n. 374, cit., p. 455.

⁴⁴ M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 2^a ed., a cura di A. MIRABELLI CENTURIONE, Milano, 2000, p. 500; sull'argomento, in modo più approfondito, ID., *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 58 ss. e 665 ss.

⁴⁵ Sul punto, v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., p. 18 ss. Sull'unitarietà della persona giuridica: S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della Pubblica Amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, cit., p. 35.

In via di principio dovrebbe affermarsi che la capacità negoziale dei soggetti pubblici ha la medesima estensione di quella riconosciuta ai privati. Non va, però, dimenticato che l'azione della Pubblica Amministrazione rinviene il proprio fondamento costituzionale nell'art. 97 Cost. ed è sempre "funzionalizzata" al perseguimento dell'interesse pubblico⁴⁶; anzi, l'ordinamento attribuisce alla pubblica amministrazione una serie di prerogative proprio in vista della realizzazione di quegli interessi. L'amministrazione, al più, procede a una comparazione tra tutti gli interessi coinvolti nell'azione amministrativa e sceglie le modalità attraverso cui procedere al loro contemperamento: in ciò si sostanzia la discrezionalità amministrativa⁴⁷. Il concetto di autonomia negoziale, dunque, se riferito al soggetto pubblico, assumerebbe una prospettiva diversa⁴⁸ rispetto a quella dei soggetti privati⁴⁹. Ma, privata della caratteristica della autodeterminazione degli interessi da

⁴⁶ Sul punto, v., P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione italiana*, 2ª ed., Napoli, 2001, *sub* art. 97. Nel senso indicato nel testo, anche C. FRANCHINI, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 66, per il quale il vincolo di scopo integra un principio dal quale non è possibile fare astrazione, in quanto «l'azione della pubblica amministrazione, trovando il proprio fondamento nell'art. 97 Cost. ed essendo il risultato dell'esercizio di una funzione, è sempre finalizzata al perseguimento di un interesse pubblico definito puntualmente a livello normativo». Analogamente, ID., *Diritto pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 89 ss.; E. PICOZZA, *L'attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, cit., p.137, il quale, in relazione al principio generale del diritto europeo che considera pubbliche o private le attività anche economiche, per la loro obiettiva inerenza agli interessi della collettività, evidenzia come anche l'attività negoziale della P.A. deve rispettare i principi generali: essa deve continuare ad ispirarsi ad un interesse pubblico, che non è più soggettivo e formale, ma oggettivo e contenutistico e pur sempre interesse non egoistico.

⁴⁷ La nozione di discrezionalità amministrativa è stata approfondita principalmente da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 45 ss. In giurisprudenza, si segnalano, fra le pronunce più rilevanti e recenti, Cons. Stato, ad. gen., 17 febbraio 2000, n. 2, in *Foro it.*, 2001, III, p. 348; Cons. Stato, 29 gennaio 2008, n. 233, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 16; Cass. [ord.], sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30059, in *Giust. civ.*, 2009, I, 898.

⁴⁸ V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 87. Cfr. anche R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006, p. 234, il quale sottolinea che il vincolo di scopo condiziona l'estensione dell'autonomia negoziale; nello stesso senso, C. CICERO, *I principi di diritto privato nel contratto pubblico*, cit., p. 1169 ss., che si riferisce ad un'autonomia privata «speciale» e pubblicizzata rispetto a quella tradizionale.

⁴⁹ Questa impostazione sembra presupporre la nozione di autonomia come libertà di autoregolamentazione dei propri interessi, ovvero come potere della volontà, e sottintende il collegamento tra l'autonomia privata e il concetto di iniziativa economica [su questo concetto di autonomia, v., per tutti, E. BETTI, *Autonomia privata*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, I, 1957, p. 1559; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. della 2ª ed., a cura di G. CRIFÒ, con *Introduzione* di G.B. Ferri, Napoli, 1994, p. 43 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Negozio giuridico I) Profili generali*, in *Enc. giur.* Treccani, XX, Roma, 1990, p. 6. Preziose indicazioni si traggono anche dalle pagine di M. GIORGIANNI, *Volontà (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 1043 ss. (ora in ID., *Raccolta di scritti. Itinerari giuridici tra pagine classiche e recenti contributi*, Padova, 1996, p. 330 ss.) e di G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, 2ª ed., Padova, 2004. Critico verso la "usuale" definizione di "autonomia privata", P. PERLINGIERI, *I mobili confini dell'autonomia privata*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 20 ss. (sul punto, v. *infra*, note 53 e 54)]. La dottrina è concorde nel ritenere che la pubblica amministrazione non dispone di autonomia negoziale, ove con quest'ultima si intenda la libertà nelle scelte e nella determinazione dei fini: per tutti, v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 58 ss., per il quale, se l'autonomia privata coincide con l'iniziativa economica, occorre riconoscere che l'ente ne è privo; soluzione diversa deve essere invece accolta se si configura l'autonomia come posizione riconosciuta ai soggetti

realizzare⁵⁰, l'autonomia acquista una valenza strettamente procedimentale, come insieme di tecniche -alternative a quelle di matrice pubblicistico-autoritativa- attraverso le quali il soggetto pubblico può raggiungere gli obiettivi che l'ordinamento gli ha assegnato⁵¹. Ne consegue che è discutibile l'applicazione integrale della teoria generale del contratto ai soggetti che sono tenuti a realizzare interessi etero-determinati: di qui la necessità di esaminare «la reazione che si determina allorché un soggetto istituzionalmente vincolato al perseguimento di interessi pubblici viene a contatto con l'istituto contrattuale, ovvero con lo strumento giuridico che è tradizionalmente preordinato al soddisfacimento di interessi privati, nel senso di essere riferibili alla dimensione idiosincratca dei singoli contraenti»⁵².

Se l'autonomia, però, è intesa come «atto di iniziativa di almeno una delle parti interessate alla negoziazione»⁵³, ovvero si valorizzano i «mobili confini dell'autonomia negoziale»⁵⁴, queste difficoltà possono essere superate. In questa prospettiva, si pone in

dell'ordinamento, in termini di potere di autonormazione per la regolazione dei propri interessi, condizionato dalle norme imperative dell'ordinamento.

⁵⁰ Nonostante restino fermi alcuni aspetti attraverso i quali si manifesta l'autonomia dei soggetti privati (scelta del contraente, determinazione del regolamento negoziale, nonché scelta degli strumenti da utilizzare a fronte di patologie contrattuali).

⁵¹ V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 88.

⁵² V. RICCIUTO e A. NERVI, *op. cit.*, p. 22. Tuttavia, gli Autori sottolineano, allo stesso tempo, come i fenomeni descritti non incidano sulla vitalità del contratto, il quale, anzi, conosce espansioni e sviluppi sempre nuovi, come dimostrato dall'ampliamento della sua utilizzazione da parte dei soggetti pubblici. Si conferma in questa prospettiva la dimensione generale ed astratta dell'istituto contrattuale, idoneo a trascendere l'orizzonte schiettamente privatistico per divenire uno strumento utilizzabile di là dell'ambito dei rapporti interprivati, nonché la sua spiccata vocazione sistematica, nel senso che verso tale istituto «convergono anche gli altri rami della scienza giuridica per attingervi tecniche operative e strumenti concettuali» (*op. cit.*, p. 112 ss.). In senso analogo è orientato C. FRANCHINI, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 67, in quanto afferma i concetti di libertà e autonomia, se riferiti alla p.a., esistono ma sono relativi, perché strettamente collegati al principio di funzionalizzazione dell'attività contrattuale, con riferimento alla vincolatezza del fine: nell'esercizio dell'attività negoziale, dunque, «[f]ermo rimanendo il fine ultimo che è individuato a tutela dell'interesse pubblico, dunque, l'autorità amministrativa viene chiamata a determinare di volta in volta in concreto le modalità della sua realizzazione».

⁵³ Così, P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, già in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 933 ss., ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, cit., p. 59, il quale sottolinea come tale definizione prospetti l'autonomia nel suo minimo e costante denominatore. ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 323. Nello stesso senso, A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa*, cit., p. 27 ss, per il quale «la rilettura costituzionale dell'autonomia negoziale [...] determina la risoluzione dell'atto negoziale in un atto di iniziativa, vale a dire nella messa in evidenza di interessi e nella prospettazione di un programma realizzativo che richiede, per la concreta attuazione, l'intervento dell'ordine giuridico e che consente di offrire piena rappresentanza agli interessi rappresentati, mediante la riconduzione di essi alla causa, in senso tecnico, dell'atto negoziale».

⁵⁴ P. PERLINGIERI, *I mobili confini dell'autonomia privata*, cit., p. 22; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 318, dopo aver precisato che la locuzione di autonomia «negoziale» è quella più idonea a cogliere la vasta gamma delle estrinsecazioni dell'autonomia, definisce tale concetto come «come il potere riconosciuto o attribuito dall'ordinamento al soggetto di diritto, privato o pubblico, di regolare con proprie manifestazioni di volontà interessi privati o pubblici, comunque non necessariamente propri». La definizione «usuale» di autonomia privata è criticata perché espressione del

risalto il ruolo delle fonti eteronome nella regolazione degli interessi anche dei soggetti privati, là dove si rileva che in concreto l'autoregolamento può mancare, poiché l'atto che si propone il raggiungimento di un risultato può trovare regolamento anche in fonti diverse, quali, ad esempio, la legge o la contrattazione collettiva⁵⁵. Esiste, del resto, un quadro articolato e complesso dal quale emerge che la regola negoziale non dipende necessariamente dalla autodeterminazione dei contraenti. Né bisogna trascurare la rilevanza del diritto comunitario che ha inciso sull'autonomia contrattuale non tanto nel senso di "limitarla", quanto di "modularla" in funzione del conseguimento delle finalità indicate⁵⁶. Pertanto, sembra inutile discorrere dell'autonomia negoziale come «autoregolamentazione a tutti i costi»; si tratta piuttosto di un atto di iniziativa, ovvero di una «messa in moto del meccanismo a prescindere dalla possibilità di concorrere alla sua regolamentazione»⁵⁷. Alla luce di siffatta diversa impostazione la problematica relativa all'applicabilità della teoria generale del contratto ai soggetti pubblici viene ridimensionata nella misura in cui la stessa autonomia negoziale e il contratto si configurano quali strumenti di realizzazione di interessi trascendenti la sfera delle parti. In questa direzione deve ritenersi superata, al fine dell'individuazione della reale consistenza del fenomeno dell'autonomia, anche la distinzione tra natura privata o pubblica del soggetto che compie l'atto di regolamentazione dell'interesse: è esplicazione di autonomia anche l'attività di un ente pubblico che decida di

liberismo economico e traduzione in regole giuridiche di rapporti di forza mercantili, là dove si evidenzia il radicale mutamento di siffatta concezione entro la gerarchia costituzionale dei valori, dove la libertà non s'identifica più con l'iniziativa economica (*o.u.c.*, p. 215). Sul superamento del concetto di autonomia "privata", cfr. anche M. GALLI, *Attività contrattuale della Pubblica Amministrazione e difetto di potere rappresentativo*, Napoli, 2003, p. 69 ss., il quale rinviene le tracce di tale evoluzione in alcune disposizioni legislative riguardanti la p.a., quale, ad esempio, l'art. 11 l. n. 241/90 in materia di accordi integrativi o sostitutivi dei provvedimenti amministrativi. L'Autore fa anche riferimento al progetto di riforma dell'art. 1 della medesima legge n. 241/90, confluito oggi nella previsione del comma 1-bis introdotto dalla l. 15/2005. Per l'analisi dell'ultima disposizione citata, v. *infra*, par. 1.4.

⁵⁵ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 323; A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa*, cit., p. 125 ss., spec. 128. Sul punto, cfr. anche L. FRANZESE, *Contratto, negozio e lex mercatoria tra autonomia ed eteronomia*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 771. Sul rapporto tra autonomia ed eteronomia in relazione ad alcuni fenomeni specifici, v., ID., *Autonomia ed eteronomia nel pubblico impiego: riflessioni sui mutamenti in atto nel diritto pubblico italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 665; G. PORCELLI, *La disciplina degli interessi bancari tra autonomia ed eteronomia*, Napoli, 2003.

⁵⁶ Per l'incidenza del diritto dell'Unione Europea sull'attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione, v., *infra*, par. 1.5 e 1.6. Si segnalano sul tema, P. STANZIONE e A. SATURNO, *Pubblica amministrazione tra diritto amministrativo, diritto privato e diritto europeo*, in P. STANZIONE e A. SATURNO (a cura di), *Il Diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 3 ss.; E. PICOZZA, *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, cit., p. 5 ss.; ID., *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, cit., p. 29 ss.

⁵⁷ P. PERLINGIERI, *I mobili confini dell'autonomia privata*, cit., p. 20 ss.

agire (*non iure imperii*, ma) *iure privatorum*. Emerge, quindi, l'angustia della tradizionale definizione dell'autonomia, come potere riconosciuto o attribuito dall'ordinamento giuridico al "privato", in quanto esso spetta a tutti i soggetti giuridici, siano essi privati o pubblici⁵⁸.

Le considerazioni sin qui svolte⁵⁹ confermano che il tema dei contratti della pubblica amministrazione non può oggi essere analizzato alla luce della complessa dicotomia diritto pubblico-diritto privato⁶⁰: si deve prendere atto della diffusione di moduli complessi e dello sviluppo di «un ordine giuridico di non definita e non definibile qualità, posto al centro tra le regole pubblicistiche e quelle privatistiche, che non è il risultato di accorpamenti o di composizioni, ma l'espressione di una manifestazione originale, caratterizzata dalla connessione tra supremazia politica e libertà economica»⁶¹.

⁵⁸ Così, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 316. Analogamente, P. PERLINGIERI e C. DONISI, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Manuale di diritto civile*, 6^a ed., Napoli, 2007, p. 338; M. GALLI, *Attività contrattuale della Pubblica Amministrazione e difetto di potere rappresentativo*, cit., p. 69 ss., il quale analizza il passaggio dall'autonomia privata, quale autonomia dei privati dai pubblici poteri, verso l'autonomia negoziale, quale autonomia tra soggetti in posizione di eguaglianza, anche se pubblici; A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa*, cit., p. 17 ss, spec. nota 15; S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della Pubblica Amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, cit., p. 25 ss., che pone in luce la compatibilità tra funzionalizzazione dell'attività della p.a. e il riconoscimento di una sua capacità generale di diritto privato, rilevando che il problema riguarda, piuttosto, i vincoli pubblicistici che in talune circostanze escludono che il soggetto pubblico sia concretamente legittimato a contrarre, ovvero l'accertamento, di volta in volta, della "misura" dell'autonomia negoziale.

⁵⁹ V. *retro*, spec. par. 1.2.

⁶⁰ Sul punto, N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, p. 145, secondo cui il problema della dicotomia tra pubblico e privato che per molti anni ha rappresentato uno dei punti nodali del nostro ordinamento, deve considerarsi definitivamente superato.

⁶¹ C. FRANCHINI, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 66; ID., *Diritto pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 91 ss. Secondo l'Autore, dunque, l'ambito tradizionale del diritto amministrativo viene abbandonato per passare ad un sistema in cui diritto pubblico e privato si integrano in relazione a concrete manifestazioni dell'attività amministrativa. Anche nell'ordinamento francese si registra una progressiva convergenza tra diritto amministrativo e diritto civile sotto il profilo contrattuale: sul punto, D. TRUCHET, *Droit administratif*, 1^{re} éd., Paris, 2008, p. 59 ss.; N. BOULOUIS, *Regards d'un rapporteur public du côté du droit privé des contrats*, in AA.VV., *Regards croisés droit public-droit privé, dossier*, in *L'actualité juridique de droit administratif*, 2009, n. 17, p. 921; F. CHÉNÉDÉ, *Les emprunts du droit privé au droit public en matière contractuelle*, *ivi*, p. 923 ss., che si interroga sull'influenza che il diritto amministrativo ha esercitato sul diritto civile e pone in luce l'utilità dei riferimenti alla disciplina dei contratti amministrativi in vista di una possibile riforma del diritto civile dei contratti. Nella prospettiva inversa, sull'applicazione sempre maggiore della disciplina del codice civile da parte del giudice amministrativo, v. J. WALINE, *La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif*, in AA.VV. *Études offertes a Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, 2001, p. 965 ss., spec. p. 978 il quale fa riferimento all'applicazione di principi generali che, pur ripresi dal codice civile, trascendono il loro oggetto e si applicano a qualunque contesto. Fa riferimento ad una privatizzazione della teoria generale del contratto amministrativo, dovuta al progressivo allineamento del diritto dei contratti amministrativi sul diritto comune delle obbligazioni, F. BRENÉ, *La théorie du contrat administratif. Evolutions récentes*, in *L'actualité juridique de droit administratif*, 2003 p. 919 ss., spec. p. 922. Sul punto, cfr. anche J. MESTRE, *Vers un élargissement des frontières du contrat de droit privé*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1993, p. 113.

Questa evoluzione segna il passaggio verso la ricostruzione di uno statuto unitario dell'attività amministrativa per contratti nel quale si assiste a una nuova configurazione dei concetti di discrezionalità amministrativa e di autonomia privata. Questi assumono connotati peculiari sia perché le scelte effettuate sono connesse alle finalità che la pubblica amministrazione deve perseguire, sia perché trovano applicazione alcuni principi -quali, ad esempio, quelli di ragionevolezza e proporzionalità- che prescindono dal regime giuridico dei singoli atti, siano essi accordi, contratti o convenzioni, sia, infine, perché va considerata la posizione del privato, destinatario dell'azione amministrativa⁶². In questo senso si afferma che i delineati punti di confluenza tra il privato e il pubblico rendono più corretto discorrere di diritto civile, anziché di diritto privato: è un ritorno alle origini, al diritto dei *cives*, titolari di diritti nei confronti non soltanto degli altri cittadini, ma anche dello Stato e del mercato⁶³.

⁶² C. FRANCHINI, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 67. Più in generale, G. SORRENTINO, *Interesse legittimo e pregiudizialità amministrativa*, cit., p. 11 ss., osserva come l'amministrazione, intesa quale «potere funzionalizzato al servizio delle persone», venga «innervata dai massimi principi di struttura emergenti dal quadro costituzionale (democraticità, uguaglianza, libertà, solidarietà) che «quotidianamente» devono manifestarsi e riflettersi nella sua azione».

⁶³ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 138, il quale giunge alla conseguente conclusione: «[i]l diverso profilo quantitativo degli interessi, la forte presenza d'interessi generali all'interno delle situazioni tradizionalmente individualistiche, il recupero della riservatezza e della privatizzazione di larghi settori, sono il fondamento dell'esigenza sempre più avvertita del diritto civile non antagonista del diritto pubblico, ma aspetto dell'ordinamento nella sua unitarietà funzionale». Nello stesso senso, M. GALLI, *Attività contrattuale della Pubblica Amministrazione e difetto di potere rappresentativo*, cit., p. 69 ss., secondo il quale evidenzia il superamento della tradizionale accezione di autonomia consente di accedere ad una diversa concezione del diritto privato, «inteso non quale diritto che disciplina esclusivamente i rapporti tra privati cittadini, ma come diritto tra uguali»: si manifesta, così, l'opportunità di una definizione del sistema normativo in termini di «diritto civile», operativo anche nei confronti della Pubblica Amministrazione.

1.4. L'art. 1, comma 1-*bis*, della legge n. 241/1990: l'attività non autoritativa secondo le norme del diritto privato.

L'art. 1 della l. n. 241/90, comma 1 *bis* - con una disposizione di portata generale - prevede che: «La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente»⁶⁴.

L'articolo si inquadra nella tendenza verso una diversa concezione dell'attività amministrativa e un sostanziale ripensamento dei suoi modelli operativi, che ha portato a un graduale abbandono dei principi tradizionali caratterizzanti l'intera materia⁶⁵. In questa prospettiva si mette in risalto il superamento della impostazione autoritativa della funzione amministrativa, in favore di una sempre più spiccata cura di tipo consensuale dell'interesse pubblico, conseguente all'affermazione di modelli convenzionali dell'attività amministrativa. Da un altro punto di vista, emerge il carattere innovativo della disposizione nel campo del diritto privato della pubblica amministrazione, nel senso che quest'ultimo, in precedenza, riguardava l'attività di diritto privato della pubblica amministrazione; con la riforma della legge 241/90, invece, il diritto privato entra nei moduli di diritto pubblico dell'agire dell'amministrazione, atteso che il diritto amministrativo introduce le categorie giuridiche del diritto civile anche nel provvedimento, in particolare, quanto alle sue invalidità⁶⁶.

⁶⁴ Il comma 1 *bis* è stato introdotto dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15, recante Modifiche ed integrazioni alla l. 7 agosto 1990 n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa. Sul rilievo della disposizione nell'ambito dell'evoluzione della p.a. e della sua attività in senso "privatistico", D. MEMMO, *L'attività contrattuale della p.a. e i principi di diritto comune nella riforma del procedimento amministrativo a seguito della l. 15 del 2005*, cit., p. 1176, la quale ricorda che la stessa emanazione della l. n. 241/90 ha segnato un punto di svolta nella disciplina dell'attività *iure privatorum* della pubblica amministrazione, al punto che si cominciò ad utilizzare la fortunata espressione di "amministrazione per contratto". Per un'interessante analisi dei diversi disegni riformatori che hanno preceduto l'introduzione del comma 1 *bis*, si rinvia a S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, cit., p. 405 e 417 ss.

⁶⁵ La portata innovativa della disposizione è messa in luce soprattutto dalla dottrina civilistica: tra gli altri, P. STANZIONE e A. SATURNO, *Pubblica amministrazione tra diritto amministrativo, diritto privato e diritto europeo*, cit., p. 20, secondo i quali la riforma del 2005 ha ricondotto alcuni principi cardine dell'agire della pubblica amministrazione nell'ambito di moduli e schemi privatistici; a tal fine, basti pensare agli artt. 1, comma 1 *bis* e 1 *ter*, sull'azione amministrativa "secondo le norme del diritto privato", 21 *sexies* sul recesso, 21 *septies* sulla nullità del provvedimento amministrativo, 21 *octies* e 21 *nonies* sulla sua annullabilità.

⁶⁶ P. STANZIONE e A. SATURNO, *op. cit.*, p. 20. In tal senso sembra orientato anche G. ALPA, *L'attività negoziale della pubblica amministrazione nella nuova disciplina del procedimento amministrativo*, in P. STANZIONE e A. SATURNO (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 75 ss., che reputa irrilevante interrogarsi sulla configurazione del fenomeno quale autentica rivoluzione o completamento, tendenzialmente sistematico, di una disciplina frammentata o, ancora, consolidamento di una prassi già invalsa nell'uso. Si considera, infatti, una circostanza innegabile che la p.a. quando non deve agire *ex auctoritate*, è tenuta a seguire i canoni del diritto

La disposizione del comma 1 *bis*, in particolare la formula “norme di diritto privato”, però, solleva problemi interpretativi di non agevole soluzione: ci si riferisce, in particolare, all’uso dell’espressione “norma” anziché disposizione o regola, essendo la norma il frutto, il precipitato, il risultato della applicazione della disposizione⁶⁷. Di conseguenza, sono stati avanzati dubbi e perplessità circa l’effettiva portata innovativa dell’art. 1, comma 1 *bis*, in particolare per quanto riguarda il suo reale contenuto precettivo⁶⁸. Ci si è chiesti se la disposizione indichi un principio solo tendenziale dell’ordinamento, se abbia valenza di norma programmatica oppure dispositiva⁶⁹. Più in particolare, si discute sulla possibilità di

privato: si aprono, così, «scenari con orizzonti infiniti, dal momento che non siamo in presenza di un’area residuale in quanto questi moduli di natura privatistica sono l’unico modo di agire della P.A. al di fuori dei comportamenti tipizzati previsti per legge che essa assume in via autoritativa».

⁶⁷ Così, G. ALPA, *op. cit.*, p. 76, il quale, schematicamente, osserva: «Norma = disposizione + interpretazione, ci avvertono i teorici del diritto» [Sulla norma quale risultato dell’interpretazione, fondamentale è il contributo di P. PERLINGIERI, *Appunti di “teoria dell’interpretazione”, Lezioni raccolte* a cura di P. Perlingieri, Camerino, 1970, ove si afferma che «ogni scienza è conoscenza e nella conoscenza sta implicita l’interpretazione. La scienza giuridica si muove tra la norma e la vita sicché il giurista, per conoscere la norma e la vita, deve interpretare l’una e l’altra. [...] Ne consegue che l’interpretazione è essenziale per la scienza giuridica al fine di scoprire la razionalità e la coerenza di tutti gli elementi che compongono l’esperienza giuridica» (*op. cit.*, p. 28-29); più di recente, ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., spec. p. 563 ss.]. Forse, sarebbe stato più opportuno fare riferimento - piuttosto che al “diritto privato”, richiamato dall’articolo - al “diritto comune”, come hanno insegnato i maestri del diritto amministrativo e del diritto privato quando si riferivano alle disposizioni dirette a regolare parimenti l’azione pubblica e l’agire dei privati. Tra l’altro, l’espressione “diritto privato” è così lata e dai confini incerti da dare adito a molti dubbi interpretativi: diversamente dall’esperienza francese in cui la distinzione diritto privato/diritto pubblico è netta e persistente, nell’ordinamento italiano è una formula che deve fare i conti con la pluralità delle fonti, dei metodi interpretativi, delle tecniche operazionali che si sono moltiplicate e complicate negli ultimi anni. Alla luce di tali considerazioni, si osserva che, seppur nate per semplificare l’azione amministrativa, per coordinare sistematicamente gli atti della p.a., per “liberalizzare” le modalità di esercizio della funzione pubblica, «queste disposizioni prestano il fianco ad una pluralità di interpretazioni che creano incertezza proprio in quei rapporti che vorrebbero liberare dal giogo dei procedimenti burocratizzati»: G. ALPA, *op. cit.*, p. 76. Già S.A. ROMANO, *Attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 534, affermava come fosse più corretta l’espressione “attività di diritto comune”, anziché quella di “attività di diritto privato”, in riferimento alla Pubblica Amministrazione, sebbene la denominazione usuale fosse il riflesso di una certa concezione dei rapporti tra Stato e diritto comune come diritto dei privati.

⁶⁸ Sul punto, P. CARPENTIERI, *La razionalità complessa dell’azione amministrativa. Note a margine del nuovo comma 1 bis dell’art. 1 della legge 241/90*, in P. STANZIONE E A. SATURNO (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 80 ss., il quale critica la spinta “panprivatistica” dell’agire funzionale della P.A. che negherebbe la «inaggirabilità del tema della specialità del diritto amministrativo». F. MERUSI, *Il diritto privato della P.A. alla luce degli studi di Salvatore Romano*, cit., p. 655, parla di “norma inutile”. Fa riferimento ad una “norma manifesto” che esprime un indirizzo di carattere meramente retorico e che molto probabilmente è priva di conseguenze applicative rilevanti e operative, G.D. COMPORI, *Le novità introdotte relativamente agli atti di diritto privato e agli appalti della Pubblica Amministrazione*, cit., p. 1113. Si sofferma sulle presunte contraddizioni della disposizione M.C. CAVALLARO, *Pubblica amministrazione e diritto privato*, in *Nuove autonomie*, 2005, p. 39 ss.

⁶⁹ Fa riferimento ad un «disagio interpretativo» generato dal comma 1 *bis* dell’art. 1 l. 241/90, ulteriormente acuito dalla difficoltà di attribuire un reale effetto pratico all’applicazione del diritto privato limitatamente agli atti non autoritativi, S. GIACCHETTI, *La nuova via privata al pubblico interesse aperta dall’art. 1, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 2005, n. 15*, cit., p. 118. L’art. 1 l. 241/90, nella sua nuova formulazione, attesterebbe il riconoscimento da parte del legislatore dell’esistenza di un diritto privato speciale, qualificabile come “diritto privato di interesse pubblico” e, contrariamente alla *communis opinio*, è stato introdotto non il diritto privato

considerare la disposizione quale punto di arrivo del processo di privatizzazione di vasti settori del diritto amministrativo e di parziale ricalibratura dell'azione amministrativa secondo moduli di diritto comune, o più propriamente sulla sua idoneità a esprimere una reale inversione di tendenza rispetto all'impostazione tradizionale, secondo la quale il diritto pubblico rappresenta il diritto comune della Amministrazione⁷⁰. Dal punto di vista del suo contenuto letterale la norma avrebbe una portata assai circoscritta, in quanto si limiterebbe a ribadire ciò che costituisce ormai patrimonio comune di conoscenza, in tema di utilizzabilità del diritto privato da parte della pubblica amministrazione. Inoltre, sembrerebbe insuscettibile di incidere significativamente sulle cc.dd. aree di privilegio della pubblica amministrazione nell'applicazione del diritto privato, dal momento che registra - tramite l'inciso "salvo che la legge disponga diversamente" - l'esistenza di deroghe e condizionamenti pubblicistici all'attività di diritto privato, fondati sul riconoscimento della imprescindibilità di adattamenti dettati dalla particolare natura dell'attività e del soggetto che la svolge e destinati, in quanto tali, a influire sulla piena operatività della regola privatistica⁷¹.

nell'attività di diritto pubblico, bensì il principio di discrezionalità amministrativa proprio del diritto pubblico nel nucleo di alcuni strumenti propri dell'attività di diritto privato: «c'è stata così non una (inimmaginabile) privatizzazione del pubblico ma una pubblicizzazione del privato: perché nel diritto privato di pubblico interesse l'*hardware* è apparentemente destinato a rimanere quello stesso del diritto privato tradizionale, ma il *software* è destinato ad essere radicalmente modificato; ed in tal modo viene riconosciuto il principio che l'attività amministrativa, nella sua interezza, da chiunque svolta ed in qualsiasi forma svolta, ha carattere funzionale» (*op. cit.*, p. 126).

⁷⁰ Significativa al riguardo è la Relazione al Senato sul d.d.L. n. 1281, che ha poi portato alla l. n. 15/2005, ove si afferma che l'art. 1, comma 1-*bis* (sia pure in una precedente versione) «esprime un principio tendenziale dell'attuale ordinamento, in favore del vecchio dogma che attribuiva alla pubblica amministrazione, in generale, il dovere di agire mediante poteri di imperio ed attraverso atti unilaterali. [...]». La scelta operata non è soltanto una scelta tecnica, ma è anche una scelta culturale e istituzionale perché tende a sostituire un rapporto paritario tra i cittadini e le amministrazioni, in luogo del vecchio rapporto gerarchico, espressione di una concezione autoritaria e statalistica». Nello stesso senso si è espresso V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa (primo commento alla legge n. 15/2005 recante modifiche ed integrazioni alla legge n. 241/1990)*, in www.astridonline.it Sulla privatizzazione quale sfondo del principio secondo cui l'agire delle Pubbliche Amministrazioni si basa sul diritto privato, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, cit., 408 ss.

⁷¹ La salvezza delle diverse disposizioni di legge mette in luce l'impossibilità di ridurre *sic et simpliciter* il diritto amministrativo al diritto privato: la funzionalizzazione dell'attività amministrativa, infatti, integra un elemento che ne caratterizza l'azione e giustifica le peculiarità delle fattispecie contrattuali in cui è coinvolta la P.A. Il vincolo di scopo dell'attività anche negoziale della p.a. è stata chiaramente evidenziata nella nota distinzione operata da A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa retta dal diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, p. 455 ss., spec. p. 494, tra attività amministrativa di diritto pubblico, retta da norme pubblicistiche, e di diritto privato che, pur disciplinata sul piano formale da norme privatistiche, costituisce sempre, sul piano sostanziale, attività amministrativa proprio in quanto caratterizzata dal necessario perseguimento dell'interesse pubblico. Tale distinzione è stata costantemente riproposta in dottrina: S.A. ROMANO, *Attività di diritto privato*

La lettura non isolata ma sistematica dell'art. 1, comma 1 *bis* - alla luce del complesso di modifiche e integrazioni introdotte dal legislatore alla l. n. 241/90 - consente di accogliere una diversa soluzione e di riconoscere alla riforma una portata innovativa in ordine all'applicazione, in questo contesto, del diritto privato. Infatti, l'art. 1, comma 1 *ter*, circa i soggetti privati preposti all'esercizio di pubbliche funzioni, l'art. 11 sugli accordi integrativi e sostitutivi, l'art. 21 *sexies* sul recesso e gli artt. 21 *septies*, *octies* e *nonies* sulla nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo, nel loro insieme, esprimono un nuovo modo di concepire il ricorso a moduli privatistici⁷². Del pari rilevante è la collocazione della disposizione nell'articolo 1 che reca i principi generali dell'azione amministrativa: in tal senso è stato evidenziato che le aree del c.d. "privilegio" della pubblica amministrazione nell'applicazione del diritto privato - storicamente ricondotte al rispetto del vincolo finalistico- risultano notevolmente circoscritte, posto che, laddove debbano essere mantenute, non sono più aree di ampiezza e confini variabili, nel susseguirsi degli interventi dottrinali e nelle mutevoli interpretazioni dei giudici⁷³.

Il comma 1 *bis* dell'art. 1 è, dunque, suscettibile di produrre quel ridimensionamento dei privilegi tradizionalmente riservati all'amministrazione e chiarisce l'inversione di tendenza rispetto alla impostazione tradizionale. La disposizione assume particolare rilevanza rispetto alle deroghe, elaborate in passato, relative all'operatività della disciplina civilistica. Esse hanno riguardato, da un lato, la pretesa non applicabilità alla Pubblica Amministrazione di alcune previsioni di diritto comune in materia di contratti, quali, ad esempio, l'art. 1337 c.c. sulla responsabilità precontrattuale o l'art. 1341 c.c. sulle clausole vessatorie, in ragione del presunto carattere speciale del potere esercitato dall'Amministrazione nel corso delle trattative. Dall'altro lato, si è registrata la tendenza della giurisprudenza, soprattutto amministrativa, ad apprezzare le vicende oggetto del contendere secondo una logica prettamente pubblicistica e a valorizzare in funzione

della pubblica amministrazione, cit., p. 535-536; O. SEPE, *Contratto (III. - diritto amministrativo)*, b) *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, Vol. IX, Milano, 1961, p. 986.

⁷² P. STANZIONE e A. SATURNO, *Pubblica amministrazione tra diritto amministrativo, diritto privato e diritto europeo*, cit., p. 20. Analogamente, C. FRANCHINI, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 2007, p. 57, secondo il quale l'analisi sistematica della disposizione consente di affermare che il comma 1 *bis* non si riferisce [riprendendo la nota distinzione di Amorth (*op. cit.*, p. 494)] all'attività privata della pubblica amministrazione, bensì all'attività della pubblica amministrazione svolta in forma privata, cioè a quella attività che è funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico e, quindi, assoggettata ai principi e ai controlli propri dell'azione amministrativa.

⁷³ D. MEMMO, *L'attività contrattuale della p.a. e i principi di diritto comune nella riforma del procedimento amministrativo a seguito della l. 15 del 2005*, cit., p. 1175-1176.

integrativa, a fronte degli spazi lasciati vuoti dalle norme, la regola pubblicistica piuttosto che la disciplina di diritto comune, anche allorché il sindacato giurisdizionale riguardi atti non autoritativi. In questa prospettiva, l'espressione "salvo che la legge disponga diversamente", lungi dal costituire una conferma della possibilità di introdurre deroghe ai principi e alle norme del diritto privato, esprime al contrario un forte ridimensionamento del momento pubblicistico, poiché per il futuro dovrebbe essere affidato al solo legislatore e alla sua discrezionalità la previsione -pur sempre ammissibile - di deroghe alle regole del diritto privato⁷⁴.

La categoria degli atti autoritativi sarebbe caratterizzata⁷⁵ per essere espressione dell'esercizio del potere amministrativo; rimarrebbero esclusi, qualificandosi come atti di natura non autoritativa, i contratti, gli atti incidenti su rapporti assoggettati per legge al diritto privato (quali, ad esempio, i rapporti di lavoro con la pubblica amministrazione) e, sebbene l'aspetto sia discusso, gli atti della c.d. evidenza pubblica (soggetti però alla disciplina pubblicistica per espressa previsione di legge). In un'altra accezione, sono espressione di "autorità" quegli atti destinati a incidere in via unilaterale nella altrui sfera giuridica, dovendosi quindi qualificare "non autoritativi" gli atti che producono effetti mediante il consenso del privato⁷⁶. Infine, per altri, gli atti autoritativi sarebbero circoscritti ai soli provvedimenti restrittivi che non presuppongono il previo consenso - nel senso di domanda o istanza - del privato⁷⁷. Senonché, le impostazioni che circoscrivono

⁷⁴ In questi termini si esprime D. MEMMO, *op. cit.*, p. 1176.

⁷⁵ In argomento v., per tutti, G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, p. 71 ss.; ID., *Argomenti di diritto amministrativo*, cit., p. 165 ss. Sul punto, anche S. GIACCHETTI, *La nuova via privata al pubblico interesse aperta dall'art. 1, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 2005, n. 15*, cit., p. 115-116.

⁷⁶ L. IANNOTTA, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. Amm.*, 2006, 2, p. 353 ss. ritiene che la disposizione in esame non riguarda l'attività di diritto privato e i contratti della p.a., bensì il modulo di azione mediante atti amministrativi unilaterali, assoggettabili, dunque, al diritto privato e non direttamente e immediatamente di diritto privato. Fra essi sarebbero ricompresi, ad esempio, gli atti che l'Amministrazione si è impegnata ad emanare a seguito di un accordo con il privato, stipulato in base all'art. 11 della legge n. 241, compreso l'accordo negoziale avente valore di piano attuativo in campo urbanistico o le sanzioni pecuniarie erogate dall'Autorità *antitrust*, mentre ne resterebbero fuori, perché attratti totalmente nel diritto privato gli atti nei quali la P.A. si presenta come mero obbligato ovvero assume obbligazioni e acquista diritti nell'esercizio della capacità di diritto privato. Tale impostazione si ricollega all'insegnamento di un Maestro del diritto amministrativo (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 713) che collega l'autoritatività del provvedimento amministrativo alla sua imperatività, intesa come capacità dell'atto medesimo di produrre la nascita, la modificazione o l'estinzione delle situazioni giuridiche dei soggetti privati indipendentemente dal concorso e dalla collaborazione del soggetto che lo subisce.

⁷⁷ Sembra orientato in questa direzione V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della L. n. 241/90, I parte*, in *www.giustamm.it*. L'Autore, infatti, ritiene che il riferimento all'attività autoritativa va inteso in senso restrittivo per cui solo l'esercizio del potere ablativo esclude l'applicazione del diritto privato. A tal

eccessivamente il concetto di atti non autoritativi non sembrano corrispondere al dato letterale della disposizione, oltre che alla sua *ratio*, in quanto non è possibile desumere dalla stessa – per la genericità delle espressioni utilizzate, quali “atti”, “adozione”, “agisce” - un reale ostacolo alla riferibilità del comma 1 *bis* dell’art. 1 all’intera gamma delle multiformi attività non autoritative delle pubbliche amministrazioni e, quindi, alla sua applicabilità anche alla categoria dei contratti. In ogni caso, la maggiore o minore ampiezza della nozione di atti autoritativi, allo stato attuale della legislazione e degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, poco rileva al fine di stabilire il campo di applicazione del diritto privato, in quanto «ciò che non è ricompreso nelle accezioni più ristrette di atti autoritativi (è la prima condizione per l’assoggettamento alla disciplina pubblicistica) è comunque ricondotto per legge alla disciplina pubblicistica (sicché non si verifica la seconda delle predette condizioni)»⁷⁸, ovvero in ogni caso manca una delle due condizioni per l’applicazione delle norme di diritto privato, di cui all’art. 1, comma 1 *bis*, l. n. 241/90.

Il merito dell’intervento legislativo, dunque, non si rinviene tanto nell’ampliamento del campo di applicazione del diritto privato, bensì nel superamento della presunzione secondo cui, nella disciplina dell’attività amministrativa, il diritto pubblico è la regola e il diritto privato l’eccezione. La codificazione della formula in esame tra i principi generali dell’azione amministrativa riconosce al diritto privato il ruolo di strumento ordinario dell’azione amministrativa e consente la ridefinizione dei rapporti fra diritto pubblico e diritto privato, nel senso di riconoscere a entrambi pari dignità di ruolo. Inoltre, il comma 1 *bis* è idoneo a fugare ogni dubbio in ordine alla capacità generale della pubblica amministrazione: proprio perché l’attività di diritto privato si estende a tutto ciò che non è manifestazione di attività autoritativa, né è altrimenti assoggettato per legge al regime

fine, si richiamano tutti i casi in cui lo strumento autoritativo può essere sostituito da quello negoziale, in virtù del consenso del soggetto privato nella cui sfera l’effetto è destinato a prodursi, come la vendita in luogo dell’espropriazione. La norma, dunque, produrrebbe l’effetto di imporre la prevalenza dello strumento negoziale, ove possibile, in luogo dell’avvio del procedimento autoritativo. La *ratio* della disposizione va pertanto ricercata in tutti quei casi di esercizio dell’azione amministrativa non autoritativa in cui l’esperienza giuridica dell’ultimo secolo ha costruito moduli di azione di diritto pubblico, quali esempio, il procedimento amministrativo di concessione in luogo di un contratto di affitto o di locazione o di uso, il procedimento amministrativo di scelta del contraente negli appalti pubblici in luogo delle trattative negoziali, poiché si tratta di atti che tecnicamente potrebbero avere natura privatistica.

⁷⁸ G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, cit., p. 172 ss, il quale precisa, inoltre, che nessuna delle impostazioni descritte sposta in modo significativo l’area del diritto pubblico rispetto all’area del diritto privato, secondo il criterio dettato dal comma 1 *bis* dell’art. 1. Ciò per la ragione che, anche accedendo ad una nozione ristretta, tutti gli atti che sarebbero estranei alla nozione di atto autoritativo risultano, comunque, assoggettati al regime pubblicistico per specifica disposizione di legge, che di volta in volta stabilisce puntualmente e chiaramente tale assoggettamento.

pubblicistico, è chiaro che la disposizione presuppone la più ampia capacità di diritto privato da parte della Pubblica amministrazione⁷⁹.

⁷⁹ G. GRECO, *o.u.c.*, p. 175. L'Autore osserva come il riconoscimento di tale ampia capacità riproponga la tematica dell'astratta sostituibilità tra strumenti di diritto pubblico e negozi privatistici. Riprendendo la soluzione adottata da Amorth (*op. cit.*, p. 1 ss) si ritiene che la sostituzione sia possibile tutte le volte in cui non sussista un divieto legislativo espresso o comunque desumibile dalla legge e, a tal fine, si pone l'esempio dell'acquisto di cosa futura in luogo di una concessione di costruzione e gestione, ovvero in luogo di un appalto di diritto privato ma con la procedura di evidenza pubblica. L'ipotizzata sostituibilità non implica comunque una completa estromissione dei profili pubblicistici dalla fattispecie, in quanto si dovranno pur sempre osservare le regole sull'evidenza pubblica che, a loro, volta, presuppongono l'osservanza delle regole dell'agire funzionalizzato, a partire dall'obbligo di motivazione. Rispetto a tali affermazioni sembra però potersi osservare che oggi la questione della sostituibilità degli strumenti privatistici con quelli pubblicistici dovrebbe porsi in termini parzialmente diversi, nel senso che, alla luce degli sviluppi anche normativi fin qui registrati, l'uso dello strumento negoziale si impone tutte le volte in cui la pubblica amministrazione non agisce autoritativamente. La conseguenza di tale considerazione è che in tali casi la pubblica amministrazione non ha facoltà di scelta, dovendo in via di principio ricercare il consenso del privato nella cui sfera l'effetto è destinato a prodursi.

1.5. La prospettiva comunitaria sulla c.d. attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione. Analisi di alcuni principi del diritto comunitario: sussidiarietà, uguaglianza, proporzionalità e legittimo affidamento.

L'evoluzione del sistema comunitario, favorendo il processo di integrazione europea, ha inciso anche sui sistemi amministrativi degli Stati membri⁸⁰. In questo senso la pubblica amministrazione è chiamata a operare quale strumento di attuazione dell'ordinamento e degli obiettivi comunitari; i suoi provvedimenti dovranno essere adottati al fine di realizzare gli obiettivi comunitari e attuare le rispettive previsioni, ricorrendo al combinato disposto delle norme nazionali e delle disposizioni comunitarie. In ogni procedimento amministrativo è possibile riscontrare la presenza di principi comunitari, anche e soprattutto nel "giusto procedimento amministrativo" disegnato dalla legge n. 241 del 1990. L'interazione tra il sistema comunitario e sistemi nazionali, tuttavia, presenta delle peculiarità in campo amministrativo che non si riscontrano in quello legislativo o giudiziario. Infatti, mentre i modi di collegamento tra apparati legislativi e tra ordini giudiziari sono ispirati a un modello unico, i sistemi amministrativi comunitario e nazionale sono collegati in modi differenziati, indicati, settore per settore, dalle singole norme di diritto derivato⁸¹.

Rispetto a un recente passato emerge la maggiore complessità del diritto amministrativo che si dispone su più livelli, quello comunitario e quello nazionale, e che risulta dalla loro reciproca influenza. In tal senso si parla di "diritto amministrativo europeo" e di una

⁸⁰ Sull'evoluzione dell'assetto organizzativo comunitario ed i conseguenti riflessi sulla struttura organizzativa delle amministrazioni nazionali, si rinvia a S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 2-3, p. 291 e ss.; ID., *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 5, p. 1135 e ss.; E. CHITI, C. FRANCHINI, M. GNES, M. SAVINO, M. VERONELLI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, cit., *passim*; E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, 2ª ed., Torino, 2004; A. SANDULLI, *La scienza italiana del diritto pubblico e l'integrazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2005, 3-4, pp. 859 e ss. Per uno studio ancora attuale dei caratteri del diritto amministrativo comunitario, M.S. GIANNINI, *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee*, (presentazione di S. Battini), in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 4, p. 979 ss. Sull'importanza della ricostruzione del sistema italo-comunitario delle fonti al fine di una corretta interpretazione ed applicazione di ogni istituto giuridico cfr., per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., *passim*. Sull'attività consensuale della p.a. nel sistema delle regole e dei principi dell'ordinamento italo-comunitario, v. A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa*, cit., spec. p. 74 ss. e M. GALLI, *Attività contrattuale della Pubblica Amministrazione e difetto di potere rappresentativo*, cit., spec. p. 68 ss.

⁸¹ Così, S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, cit., 2004, 5, p. 1135 e ss.

“europeizzazione del diritto amministrativo”⁸². Da questa duplice visione, di un diritto che trascende lo Stato e di una pubblica amministrazione che va oltre l’organizzazione e l’azione statale, discende la realtà del diritto amministrativo comunitario e della pubblica amministrazione comunitaria.

I concetti di pubblica amministrazione comunitaria⁸³ e di azione amministrativa comunitaria implicano un rinvio agli ordinamenti nazionali dei singoli Stati che funzionalizzano la loro organizzazione e la loro azione al raggiungimento degli obiettivi comunitari: la circostanza che ciò avvenga nel rigido rispetto delle disposizioni comunitarie, come accade nel settore degli appalti, è un ulteriore indice di come il diritto comunitario riesca a caratterizzare i diritti nazionali.

Progressivamente si sta sviluppando quel fenomeno che è stato definito “arena pubblica”⁸⁴, caratterizzato dallo sfruttamento dei dislivelli di regolazione e dei differenziali di interessi e da una progressiva convergenza reciproca dei diritti amministrativi nazionali, con una conseguente circolazione degli istituti tra gli ordinamenti e con una possibilità di

⁸² Per una chiarissima ricostruzione del fenomeno si rinvia a J. SCHWARZE, *I principi dello stato di diritto per l'azione amministrativa nella “vecchia” e nella “nuova” Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 6, pp. 1279 e ss. il quale osserva che lo stadio di sviluppo giuridico odierno è caratterizzato dall’influenza reciproca fra i diritti amministrativi nazionali e il diritto amministrativo europeo. In particolare, in origine i diritti amministrativi nazionali hanno funto da padrini per la costruzione di un diritto amministrativo europeo; in una seconda fase, invece, i principi giuridici riconosciuti a livello dell’Unione hanno inciso, a loro volta, sui sistemi giuridici nazionali. Di qui l’influenza reciproca fra diritto amministrativo nazionale ed europeo. Inoltre, la Corte di giustizia, soprattutto tramite le decisioni adottate in via pregiudiziale, ha elaborato i precetti per la trasposizione del diritto dell’Unione da parte degli Stati membri e, in questo modo, ha provocato anche cambiamenti nel diritto nazionale. Un esempio evidente dell’influenza reciproca tra diritto amministrativo nazionale e diritto amministrativo europeo è offerto dal caso *Factortame* (Corte Giust., 19 giugno 1990, C-213/89, *Factortame*, in *Raccolta*, 1990, p. I-2433) in cui si discuteva della portata del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale (britannico). Secondo un principio tradizionale di *common law* non si possono emanare ordinanze cautelari nei confronti della Corona. Tuttavia, la Corte di giustizia aveva deciso che non si potessero applicare i principi giuridici nazionali ove vi si opponesse la necessità di garantire tutela in via cautelare per la salvaguardia di posizioni giuridiche di diritto comunitario e, perciò, dell’efficacia del diritto comunitario (punto 21 della sentenza). Nel frattempo, la possibilità di ottenere, in linea di principio, tutela in via cautelare è stata riconosciuta nel diritto britannico anche in fattispecie meramente nazionali, senza alcuna rilevanza comunitaria.

⁸³ In ordine alla nozione di pubblica amministrazione in ambito comunitario, l’ordinamento europeo non ha delineato una nozione unitaria, offrendo una pluralità di definizioni modellate in funzione di settori e obiettivi diversi, accomunate, però, dal loro carattere non formalistico, dipendente solo dalla natura sostanziale dell’attività svolta e dai poteri esercitati (sul punto, v., *retro*, par. 1.1, spec. nota 16). Al riguardo, si registra il significativo intervento della Corte di Giustizia che ha scelto un approccio funzionale: v., ad esempio, Corte Giust., 10 maggio 2001, cause riunite C-223/99 e C-260/99, *Agorà Srl e Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano / Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. e Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano, Cifrat soc. coop. Arl*, cit.). Sull’argomento, anche per ampi riferimenti bibliografici, si rinvia a E. CHITI, C. FRANCHINI, M. GNES, M. SAVINO, M. VERONELLI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, cit., pp. 1-18; A. MASSERA, *I principi generali*, cit., pp. 292 e ss.; V. RICCIUTO E A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 13 ss e 89 ss.

⁸⁴ S. CASSESE, *La signoria*, cit., pp. 291 e ss.

scelta da parte dei privati degli ordinamenti e delle norme da applicare. Nel sistema italiano, si è imposta, parallelamente a questa evoluzione, la necessità di adeguare la pubblica amministrazione all'ordinamento comunitario, sia per quanto attiene agli aspetti strutturali, sia in relazione a quelli procedurali. Riguardo al primo profilo, si è affermato un pluralismo amministrativo idoneo a sviluppare relazioni immediate tra le istituzioni comunitarie e le autorità amministrative nazionali. Per quanto concerne il profilo procedimentale, l'attività amministrativa si indirizza verso forme diverse da quelle tradizionali, in quanto, nei rapporti con l'Unione europea, hanno acquistato sempre maggiore importanza le fasi preparatorie rispetto a quelle decisorie, laddove già nelle prime è possibile arrivare ad una soluzione concordata. Si sono diffuse tecniche di azione finalizzate al raggiungimento di soluzioni che tengono conto delle diverse esigenze degli interessati. Si è così giunti a delineare dei veri e propri procedimenti amministrativi comunitari i quali, pur tratteggiati da norme interne che tengono conto dei principi nazionali che regolano l'azione amministrativa, devono allinearsi e strutturarsi in modo da assicurare il rispetto dei principi generali dell'ordinamento comunitario.

Dunque, si registrano tendenze di segno opposto che da un lato rafforzano e dall'altro indeboliscono l'amministrazione italiana e la sua attività rispetto a quella comunitaria. In tal senso, si rileva che i processi in atto determinano effetti contrastanti: in alcuni casi favoriscono la rinazionalizzazione dei settori di competenza dell'Unione europea; in altri, invece, agevolano l'integrazione europea e la transnazionalizzazione delle burocrazie nazionali (in quasi tutti i settori del diritto amministrativo italiano, ad esempio, si riscontra la presenza di una componente indotta dal diritto comunitario)⁸⁵.

Il processo evolutivo inerente al rapporto tra l'azione amministrativa degli Stati membri e quella dell'Unione europea ha subito un ulteriore incremento per effetto del principio di sussidiarietà, enunciato dall'art. 5, comma 2, Trattato UE⁸⁶, che non integra un canone valido solo per le fonti normative, ma rileva anche per l'attività di esecuzione della

⁸⁵ C. FRANCHINI, *L'organizzazione amministrativa italiana*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* diretto da M.P. Chiti e G. Greco, cit., p. 868.

⁸⁶ L'art. 5 TUE ha sostituito la corrispondente disposizione che era contenuta nel Trattato CE, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sul quale v. *infra*, nota 93. Sul principio di sussidiarietà quale principio generale informatore dell'ordinamento comunitario, si rinvia all'approfondita analisi svolta da M.C. CICIRIELLO, *La Comunità europea e i suoi principi giuridici*, Napoli, 2004, pp. 152 e ss., spec. pp. 161-169.

legislazione e delle politiche comuni, ovvero per l'organizzazione amministrativa⁸⁷. Si agevola l'utilizzazione delle strutture nazionali come amministrazioni comuni di un ordinamento integrato, configurandosi anche come un principio di diritto amministrativo europeo. In tal modo esso viene ad assumere natura funzionale, in quanto appare strutturato per assicurare una continua evoluzione dell'Unione europea anche sul piano amministrativo⁸⁸. Il principio di sussidiarietà è considerato oggi come un criterio fondamentale per regolare i rapporti sia tra i singoli e gli apparati amministrativi, sia tra i diversi livelli istituzionali dell'amministrazione. In genere, l'accento è posto sulla dimensione verticale di tale principio ma tende a emergere sempre più la sua valenza orizzontale, nel senso di favorire l'assolvimento di funzioni e compiti di rilevanza sociale da parte dei privati, con conseguente valorizzazione delle autonomie private sul versante delle liberalizzazioni, delle privatizzazioni e della "deamministrativizzazione" delle attività private⁸⁹. La sua applicazione orizzontale implica che l'intervento pubblico deve costituire l'eccezione in settori di mercato che non richiedono la ponderazione di pubblici interessi con quelli privati, ma solo la verifica della non incompatibilità dell'interesse privato con quello pubblico. Da questo principio si ricava anche quello di sussidiarietà dei mezzi giuridici, secondo il quale, tra diversi possibili assetti del rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino, ugualmente idonei ad assicurare tutela all'interesse pubblico, deve darsi preferenza a quello meno pervasivo dell'autonomia del privato. Entrambi i principi menzionati trovano oggi il loro fondamento nell'art. 118 della Costituzione che, nel riformato Titolo V, delinea la nozione di sussidiarietà orizzontale da intendere non solo come affidamento ai privati di determinate attività con eliminazione dell'intervento della Pubblica amministrazione, ma anche come riduzione della c.d. sfera pubblica. In tal modo, ferma restando l'attribuzione alla amministrazione pubblica del potere di regolare le attività

⁸⁷ In tal senso sembra orientato J. ZILLER, *La sussidiarietà come principio del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 2, pp. 285 e ss.; analogamente, C. FRANCHINI, *L'organizzazione amministrativa italiana*, cit., p. 869.

⁸⁸ S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 1995, V, pp. 373 e ss.

⁸⁹ Sul punto, A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, p. 126 ss., il quale, però, rileva anche che sono quantitativamente scarsi e poco rilevanti i casi di soppressione di funzioni di "direzione" dell'attività amministrativa, di "deamministrativizzazione" di attività private, nonché quelli in cui viene meno la necessità di acquisire un provvedimento espresso, riconducibili alla c.d. autoamministrazione dei privati (intesa come responsabilizzazione del privato nell'applicare alla propria attività le regole dell'ordinamento).

private, si delinea un nuovo modo di concepire il rapporto tra autorità e libertà in senso più democratico.

L'Unione Europea si caratterizza come una «Comunità giuridica di diritto amministrativo», dotata di un proprio concetto di “pubblica amministrazione” e di proprie fonti di diritto amministrativo generale, primarie e secondarie, e di principi generali di diritto⁹⁰. Occorre mettere in luce i tratti più significativi dell'inarrestabile processo di trasformazione dei diritti amministrativi nazionali, esaminando lo sviluppo e i principi del diritto amministrativo comunitario, il modo in cui essi influenzano i diritti amministrativi nazionali, nonché l'influenza reciproca di tali diritti⁹¹.

L'indagine non può prescindere dall'esame dei principi comunitari concernenti l'azione dei pubblici poteri, in quanto integrano *standards* tipici dello Stato di diritto. Il legislatore italiano ha di recente preso atto della loro rilevanza ai fini di un corretto esercizio dell'attività amministrativa; particolarmente significativa in tal senso è la previsione dell'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, recante «Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi»⁹². Al primo comma si prevede espressamente che: «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano i singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario».

L'ordinamento comunitario è retto da una serie di principi racchiusi nei Trattati istitutivi⁹³ ai quali, successivamente, se ne sono aggiunti altri, elaborati e sviluppati dalla

⁹⁰ Così, E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, cit., p. 5, secondo il quale il diritto amministrativo comunitario non si modella strettamente sui principi degli Stati europei che hanno adottato un sistema di diritto pubblico speciale, cioè un sistema a diritto amministrativo, in quanto lo sviluppo del diritto amministrativo comunitario presenta forti tratti di autonomia e specificità, anche perché ha dovuto mediare tra sistemi a diritto speciale (amministrativo) e sistemi di *common law*.

⁹¹ S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* diretto da M.P. Chiti e G. Greco, cit., pp. 1 e ss., ove si sottolinea la necessità di confrontarsi con modelli storici e teorici diversi da quelli attuali al fine di analizzare il diritto amministrativo comunitario, nonché i suoi rapporti con quelli nazionali, ovvero al fine di mettere in una prospettiva storica lo Stato ed il diritto da esso prodotto, in un momento in cui allo Stato si sovrappone un ordinamento sovrastatale, come quello comunitario.

⁹² L'articolo è stato modificato dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, relativa alle Norme generali sull'azione amministrativa. La novella, tra l'altro, ha apposto la rubrica “Principi generali dell'attività amministrativa”, ed ha incluso, espressamente, anche quelli dell'ordinamento comunitario.

⁹³ Il 1° dicembre 2009 è entrato in vigore il Trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007, che modifica il Trattato sull'Unione europea ed il Trattato che istituisce la Comunità europea. In particolare, l'art. 1, comma 3, del Trattato sull'Unione europea è stato sostituito dal seguente: «L'Unione si fonda sul presente trattato e sul trattato sul funzionamento dell'Unione europea (in appresso denominati “i trattati”). I due trattati hanno

Corte di Giustizia dell'Unione europea. Si è progressivamente formato un ampio corpo di principi, alcuni dei quali (come il dovere di motivazione, di cui all'art. 296 TFUE, già art. 253 TCE, o il divieto di discriminazione, *ex* art. 18 TFUE, già art. 12 TCE) menzionati già nel Trattato CEE; con i Trattati di Maastricht e di Amsterdam sono stati accolti fra il diritto primario ulteriori principi generali del diritto, in precedenza riconosciuti dalla giurisprudenza, tra i quali, ad esempio, quello di proporzionalità (art. 5 TUE, già art. 5 TCE). Gran parte dei principi di diritto amministrativo codificati si rinviene nel diritto secondario, diretto a disciplinare singoli settori del diritto dell'Unione europea. Indubbiamente, però, la maggior parte deriva dall'interpretazione e applicazione operate dalla Corte di Giustizia che, a sua volta, li ha tratti dalle tradizioni comuni agli ordinamenti nazionali, secondo la tecnica della comparazione tra i diversi sistemi nazionali⁹⁴. Questi principi presiedono l'assetto comunitario, regolano i rapporti con i sistemi giuridici degli Stati membri ed hanno costituito anche la base dei diritti conferiti direttamente ai singoli. L'ordinamento comunitario ha progressivamente spostato il proprio centro di azione dalle merci e dal libero scambio nel mercato unico agli individui chiamati a rivestire un ruolo essenziale nell'ordinamento in esame; in questo senso, sin dai primi commenti successivi all'approvazione della l. n. 15 del 2005, diffusa è stata l'impressione che il riferimento ai principi generali dell'ordinamento comunitario avrebbe inciso sul rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione, in senso maggiormente paritario⁹⁵.

lo stesso valore giuridico. L'Unione sostituisce e succede alla Comunità europea». Le disposizioni del Trattato che istituisce la Comunità europea (d'ora in avanti TCE) sono state in parte abrogate, ma, in larga misura, sono confluite nel Trattato sull'Unione Europea (d'ora in avanti TUE) e nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (d'ora in avanti TFUE).

⁹⁴ J. SCHWARZE, *I principi dello stato di diritto per l'azione amministrativa nella "vecchia" e nella "nuova" Unione Europea*, pp. 1279 e ss. L'Autore osserva che i principi generali si annoverano fra le fonti del diritto dell'Unione europea, insieme al diritto scritto primario e secondario. Essi rivestono una particolare importanza nel completamento dei vuoti normativi e come strumento di sussidio interpretativo. Lo sviluppo del diritto amministrativo europeo è dovuto in larga misura alla capacità creatrice della giurisprudenza della Corte di giustizia. Essa ha cominciato con la decisione nel caso *Algera*, Corte Giust., 12 luglio 1957, cause riun. 7/56, 3/57 e 7/57, *Dineke Algera e a. c./Alta Autorità*, in *Raccolta*, 1957, p. 83, in cui la Corte si era trovata, per la prima volta, di fronte ad una questione di diritto amministrativo per la cui soluzione il Trattato non conteneva alcuna previsione. Si trattava della revoca di un atto amministrativo e, per non esporsi ad accuse di denegata giustizia, la Corte di giustizia si era sentita obbligata a risolvere tale questione informandosi alle leggi, alla dottrina ed alla giurisprudenza degli Stati membri.

⁹⁵ Così, F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2ª ed., Milano, 2007, p. 873, il quale, inoltre, osserva che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea inquadra il rapporto giuridico amministrazione-cittadino in una prospettiva invertita rispetto a quella del sistema italiano. Quest'ultimo pone l'amministrazione in una posizione di autoreferenzialità; in quel contesto, invece, il rapporto in questione è costruito sulle pretese del cittadino, secondo una visione antropocentrica in cui l'amministrazione ha un ruolo strumentale nei confronti del singolo e delle sue pretese.

Pertanto, una prima modalità di incidenza dei principi comunitari sul diritto amministrativo nazionale può essere ravvisata nell'accentuazione del profilo paritario del rapporto tra amministrazione e cittadini, di fronte alla quale la figura dell'autorità che ha tradizionalmente caratterizzato la pubblica amministrazione è recessiva⁹⁶. Tale parità, ovviamente, non deve essere intesa come uguaglianza simmetrica di poteri, quanto come assenza di privilegi ingiustificati e come uguale opportunità di avvalersi del complesso di poteri e delle facoltà ascrivibili alle rispettive sfere di autonomie e ai rispettivi ruoli.

Occorre verificare cosa si intende quando si fa riferimento a tali principi, cioè individuare la loro presenza nell'ambito dell'ordinamento comunitario che, per effetto delle sue peculiarità, presenta numerose implicazioni legate al numero, alla natura e alla tipologia degli atti principali e fondamentali che costituiscono quello che è comunemente definito l'*acquis comunitario* (art. 3 TUE), ossia l'intero patrimonio giuridico comunitario esistente⁹⁷.

Limitando l'analisi ad alcuni principi che hanno una significativa incidenza sull'attività della pubblica amministrazione, una particolare rilevanza è assunta da quelli di uguaglianza, *sub specie* di parità di trattamento, di proporzionalità e del legittimo affidamento che assumono, nella struttura del procedimento amministrativo e, quindi, nella composizione dell'atto amministrativo, un ruolo fondamentale in quanto implicano un ampliamento della tutelabilità degli interessi dei privati e stravolgono la tradizionale impostazione che configurava il privato in una posizione di mera subordinazione rispetto alla pubblica amministrazione⁹⁸.

Il principio di uguaglianza integra un vero e proprio cardine nell'applicazione e interpretazione dei Trattati; esso implica la necessaria ragionevolezza delle decisioni e degli atti sui quali queste ultime si fondano⁹⁹, nonché la parità di trattamento¹⁰⁰. Ne costituisce un'applicazione specifica il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, esplicitamente

⁹⁶ B.G. MATTARELLA, *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2006, 4, pp. 909 e ss., secondo cui l'elemento autoritativo non è al centro del diritto amministrativo europeo. Analogamente, S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 1, p. 38.

⁹⁷ Così, F. CARINGELLA, M.T. SEMPREVIVA, *Il procedimento amministrativo. Commento organico alla l. 7 agosto 1990, n. 241*, 6^a ed., Napoli, 2005, p. 18, secondo i quali, con tale espressione si indica «l'insieme delle determinazioni di natura normativa, politica e giurisprudenziale dell'Unione adottate nelle varie fasi dell'integrazione europea e che i nuovi Stati membri sono tenuti ad accettare al momento della loro adesione».

⁹⁸ Per una dettagliata analisi di tali principi, nonché per le numerosissime indicazioni giurisprudenziali in materia si rinvia a A. MASSERA, *I principi generali*, cit., pp. 330 e ss.

⁹⁹ Corte Giust., 19 ottobre 1977, cause riunite C-127/76 e 16/77, in *Raccolta*, 1977, p. 1753.

¹⁰⁰ Corte Giust., 15 gennaio 1986, C-41/84, *Pinna*, in *Raccolta*, 1986, p. 1; Corte Giust., 30 gennaio 1973, C-148/73, coniugi *Louwage c/ commissione*, in *Raccolta*, 1974, p. 81.

fissato dall'art. 18 TFUE (già art. 12 TCE). Da questo principio fondamentale derivano ulteriori obblighi, quali quelli di trasparenza e di pubblicità, sovente applicati nella disciplina di singoli settori (come, ad esempio gli appalti e la concorrenza)¹⁰¹.

Il principio di proporzionalità¹⁰² (art. 5 TUE, ult. comma, già art. 5 TCE) attualmente rappresenta uno dei parametri più significativi che devono orientare l'azione della pubblica amministrazione. La Corte di giustizia ha utilizzato questo principio di derivazione dal diritto nazionale tedesco, integrandolo nel diritto comunitario; veicolato tramite la giurisprudenza comunitaria, è successivamente penetrato anche in quegli ordinamenti nazionali che non lo conoscevano. Emerge così l'interdipendenza tra il diritto amministrativo degli Stati membri e il diritto europeo che caratterizza lo sviluppo giuridico comunitario. Se in un primo tempo la portata e il contenuto del principio di proporzionalità erano individuati in modo piuttosto grossolano, successivamente è stato meglio concretizzato, al punto che anche nel diritto comunitario è stato riconosciuto così come elaborato nel diritto tedesco¹⁰³ secondo le sue tre tipiche articolazioni dell'idoneità, della necessità e della proporzionalità in senso stretto.

L'applicazione del principio di proporzionalità postula che le autorità amministrative devono esercitare la giusta misura del potere in modo da assicurare un'azione idonea e adeguata alle circostanze del fatto, in grado di non alterare il giusto equilibrio tra i valori, gli interessi e le situazioni giuridiche. Tuttavia, nella giurisprudenza italiana, solo di recente il Consiglio di Stato ha chiaramente affermato, quale implicazione del principio di proporzionalità, che la pubblica amministrazione debba adottare la soluzione idonea

¹⁰¹ E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, cit., p. 23. Sui principi di pubblicità e trasparenza, da ultimo, S.S. SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, cit., p. 322 ss.

¹⁰² Fondamentale per il riconoscimento del principio di proporzionalità nel diritto comunitario è la decisione della Corte di giustizia nel caso *Internationale Handelsgesellschaft* del 17 dicembre 1970, c. 11/70, in *Raccolta*, 1970, p. 1125; più di recente, Corte Giust., 13 aprile 2000, C-292/97, *Karlsson*, in *Raccolta*, 2000, p. 2737; Corte Giust., 18 gennaio 2001, C-361/98, *Italia c./Commissione*, in *Raccolta*, 2001, p. I-385; Corte Giust., 16 dicembre 2008, C-213/07, *Michaniki AE*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, p. 807 ss.; Corte Giust., 23 dicembre 2009, C-376/08, *Soc. Serrantoni*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, p. 2781.

¹⁰³ A far data dalla sentenza della Corte di giustizia, 11 luglio 1989, c. 265/87, *Schröder*, in *Raccolta*, 1989, p. 2237 ss., ove, al punto 21, si osserva che: «Il principio di proporzionalità è riconosciuto da una giurisprudenza costante della Corte come parte dei principi generali del diritto comunitario. In forza di tale principio, la legittimità di provvedimenti che impongono oneri finanziari agli operatori è subordinata alla condizione che detti provvedimenti siano idonei e necessari per il conseguimento degli obiettivi legittimamente perseguiti dalla normativa in causa, fermo restando che, qualora si presenti una scelta tra più misure appropriate, è necessario ricorrere alla meno restrittiva, e che gli oneri imposti non devono essere sproporzionati in relazione agli scopi perseguiti».

comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi compresenti. In questa prospettiva, le autorità, comunitarie e nazionali, non possono imporre, con atti normativi o amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino, tutelate dal diritto comunitario, in misura superiore, cioè sproporzionata, a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo, in modo che il provvedimento sia idoneo (cioè adeguato all'obiettivo da perseguire) e necessario (nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace sia disponibile)¹⁰⁴. In effetti, diversamente dall'ordinamento comunitario in cui il principio di proporzionalità ha acquistato subito una forte accentuazione in ordine al rispetto delle posizioni dei soggetti privati a fronte dell'intervento pubblico, mirando a limitare nei soli casi di stretta necessità la loro libertà, nell'ordinamento italiano, almeno in una fase iniziale, è stato inteso come declinazione del principio di ragionevolezza, diretto alla valutazione del provvedimento adottato dalla pubblica amministrazione in sé e per sé, come misura intesa a curare l'interesse pubblico. Solo in un momento successivo, soprattutto in seguito alla rielaborazione ad opera della Corte di Giustizia, il principio di proporzionalità ha assunto in Italia caratteri nuovi e una valenza generale, teso alla limitazione degli effetti sulle posizioni private derivanti dalle misure adottate dalla pubblica amministrazione.

Il principio del legittimo affidamento¹⁰⁵, collegato al principio della certezza dei rapporti giuridici, è molto adoperato per tutelare le aspettative consolidate, maturate da atti e comportamenti dell'amministrazione precedente¹⁰⁶. Di conseguenza, ancora più del principio di proporzionalità, è fortemente caratterizzato in termini di difesa dell'interesse privato, nella misura in cui implica che una situazione di vantaggio, assicurata ad un privato da un atto dell'autorità amministrativa, non può essere successivamente rimossa, salvo indennizzo della posizione acquisita. Il principio tutela la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici ed è necessario che sia decorso un congruo lasso di tempo dal momento del conseguimento della situazione di vantaggio, tale da stabilizzare nel privato la convinzione della spettanza del bene e da incidere sul potere

¹⁰⁴ Cons. Stato, 14 aprile 2006, n. 2087, in *Giur. it.*, 2006, p. 1745.

¹⁰⁵ La Corte di Giustizia, con la sentenza del 3 maggio 1978, c. 112/77, *Topfer c. Commissione*, in *Raccolta*, 1978 p. 1019, ha espressamente affermato che «il principio della tutela del legittimo affidamento fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario»; più di recente, v. Corte Giust., 11 luglio 2002, C-62/00, in *Raccolta*, 2002, p. I-6325; Corte Giust., 15 gennaio 2002, C-179/00, in *Raccolta*, 2002, p. I-501; Corte Giust., 18 gennaio 2001, C-83/99, in *Raccolta*, 2001, p. I-445.

¹⁰⁶ Cfr. Corte Giust., 11 marzo 1987, C-265/85, in *Raccolta*, 1987, p. 1155.

della pubblica amministrazione di “rivedere” il suo operato. La tutela dell’affidamento assurge a fattore di assoluta novità tra i principi dell’azione amministrativa italiana¹⁰⁷ in quanto si assiste a una emblematica ipotesi in cui una tradizionale regola che caratterizzava il diritto amministrativo italiano, quale la perpetuità del potere della pubblica amministrazione, cede in favore di un principio antitetico di origine comunitaria. Quello appena evidenziato è un segnale della sempre maggiore convergenza tra gli ordinamenti amministrativi comunitario e nazionale. In questo senso, il legislatore italiano, con la l. n. 15 del 2005 di riforma della legge generale sul procedimento amministrativo ha introdotto nel nostro ordinamento la disciplina del potere di ritiro dei provvedimenti da parte della pubblica amministrazione in aderenza con quanto postulato dal principio comunitario del legittimo affidamento¹⁰⁸: l’art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990 segna il crollo del dogma dell’interesse pubblico *in re ipsa* in presenza di un’illegittimità, con la conseguenza che l’interesse pubblico non è mai autosufficiente, ma deve essere sempre comparato con quello del privato.

¹⁰⁷ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 876.

¹⁰⁸ In particolare, l’art. 21 *nonies* della l. 241/1990 dispone che la P.A., nel valutare la sussistenza dei presupposti dell’annullamento, deve comparare l’interesse pubblico, il tempo decorso e gli interessi dei destinatari, al fine di stabilire se il primo è così rilevante da giustificare il sacrificio dell’affidamento del privato.

1.6. *Segue. L'incidenza dei principi comunitari sull'attività amministrativa e sui contratti pubblici.*

La rilevanza dei principi generali dell'ordinamento giuridico comunitario è generale e insita nella funzione stessa di "integrazione" del diritto comunitario nell'ambito degli ordinamenti nazionali¹⁰⁹. Ogni qual volta una materia amministrativa sia contestualmente regolata da fonti comunitarie e da fonti nazionali i principi comunitari, in virtù della loro forza precettiva e non solamente programmatica, sono direttamente applicabili nell'ordinamento interno e fungono da parametro per i giudici nazionali che sono tenuti ad attuare il diritto comunitario nell'ambito nazionale. In tal senso, i principi generali di diritto amministrativo, con il loro immediato valore qualificatorio, tendono a formare un sistema comune alle amministrazioni comunitarie e nazionali, quando queste si presentano di volta in volta legate nei loro rapporti di esecuzione, collaborazione, coamministrazione o integrazione decentrata, per cui «il rispetto dei principi generali del diritto comunitario si impone ad ogni autorità nazionale che debba applicare il diritto comunitario»¹¹⁰. In altri casi il parametro appare rafforzato da espresse previsioni delle leggi amministrative italiane che rinviano per la loro applicazione direttamente al diritto comunitario: basti pensare al richiamo operato dall'art. 1, comma 1, della legge n. 241 del 1990 ai principi del diritto comunitario. Questi costituiscono, inoltre, norme di chiusura in grado di svolgere una funzione di riempimento delle lacune normative e di criterio orientativo per l'interprete, a garanzia delle situazioni giuridiche soggettive sostanziali, procedurali e processuali.

¹⁰⁹ La loro efficacia giuridica in senso stretto è più circoscritta, ma non meno importante, fungendo alcuni dei principi da parametro nel rapporto tra fonti comunitarie e fonti nazionali, con particolare riferimento alle direttive e alla loro trasposizione nell'ordinamento giuridico nazionale, mentre altri hanno efficacia precettiva nell'ordinamento nazionale, quando il diritto comunitario abbia attribuito direttamente diritti ed obblighi ai cittadini comunitari: così, E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, cit., pp. 15-16 e 26 che equipara la violazione dei principi alla violazione di legge di cui all'art. 26 del t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 e all'art. 2, legge 6 dicembre 1971, n. 1034; essi, inoltre, costituiscono un parametro rispetto al potere di «disapplicazione» del giudice civile di cui all'art. 5, legge 20 maggio 1865, n. 2248, all. E.

¹¹⁰ Chiarissima in tal senso l'affermazione della Corte di giustizia fin dalla sentenza del 27 settembre 1979, *Eridania*, c. 230/78, in *Raccolta*, 1979, 2749, ripresa successivamente dalla sentenza del 26 aprile 1988, *Hauptzollamt Hamburg-Jonas c. Krucken*, C-316/86, in *Raccolta*, 1988, 2213; più di recente, Corte giust., 20 giugno 2002, *Mulligan*, C-313/99, in *Raccolta*, 2002, I-5719 e 17 settembre 2002, *Baumbast*, C-413/99, in *Raccolta*, 2002, I-7091.

In ordine all'incidenza di questi principi sugli ordinamenti nazionali si può, in primo luogo, osservare che essi assicurano la tenuta complessiva del sistema comunitario, presidiando e garantendo le compatibilità ordinamentali tra il livello sovranazionale e quelli nazionali. In secondo luogo, integrano e arricchiscono il parametro di legalità cui è assoggettata l'amministrazione nel suo modo di essere e di agire nei confronti degli individui e delle collettività di riferimento. In terzo luogo, consentono e favoriscono la circolazione dei modelli e degli istituti giuridici tra i vari ordinamenti, non solo con una direzione che va dal basso verso l'alto o viceversa ma anche in direzione orizzontale, in relazione ai diversi ordinamenti nazionali.

La pervasività della penetrazione dell'ordinamento comunitario nell'ordinamento nazionale, tale da contribuire a ridefinirne le basi portanti, nonché la tendenziale positivizzazione dei principi generali del diritto comunitario rinvencono una testimonianza emblematica della legge n. 241 del 1990, la cui architettura riflette gran parte di essi. Si sono introdotte nell'ordinamento italiano le norme sul giusto procedimento amministrativo che, anche prima delle recenti modifiche introdotte nel 2005, ricalcavano l'impostazione comunitaria circa la corretta disciplina dell'azione di ogni pubblica amministrazione. I successivi interventi di modifica, fra i quali, in particolare, la l. n. 15 del 2005, dimostrano come l'azione amministrativa italiana sia in linea con l'impostazione comunitaria e sostanzialmente un classico esempio di quella convergenza e integrazione tra ordinamenti cui ciascuno Stato membro deve tendere. Peraltro, nel riconoscere la progressiva conformazione del diritto amministrativo italiano a quello comunitario, è valutato con molta cautela e perplessità l'inserimento, nel primo comma dell'art. 1 della l. n. 241 del 1990, del generale richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario¹¹¹. In considerazione della presumibile natura formale del rinvio, nonché della loro intrinseca fluidità, ben evidenziata dall'attività interpretativa della giurisprudenza comunitaria, si dubita della stabilità di questo "nuovo diritto positivo", esposto alle tensioni delle diverse opzioni interpretative. Ne deriva il ruolo determinante della giurisprudenza e della dottrina nazionali nel guidare il diritto amministrativo nella sua funzione di "ponte" tra valori costituzionali e principi generali, da una parte, e la quotidiana azione dell'amministrazione, dall'altra.

¹¹¹ A. MASSERA, *I principi generali*, cit., p. 405.

D'altro canto, il rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino, nel momento in cui acquisisce rilievo comunitario, tende a sfuggire sempre più alla rappresentazione secondo lo schema tradizionale autorità-libertà nel quale è stato a lungo racchiuso. Questo richiede ora di essere inquadrato in una trama di relazioni verso le quali occorre che prevalgano un approccio e una valutazione nuovi, adeguati alla realtà odierna dove concorrono prospettive diversamente legate a esigenze di collaborazione e di competizione, di garanzia e di efficienza¹¹². In questo contesto l'operato del cittadino è riconducibile non più a quello di controparte di un'autorità privilegiata, ma a quello di soggetto al quale le norme assegnano direttamente poteri di iniziativa e di azione; questi ultimi assumono rilevanza per la tutela dei diversi interessi coinvolti, in quanto contribuiscono a svolgere un'azione di controllo e di vigilanza sullo sviluppo di queste relazioni, nell'ambito di un ordinamento conformato a criteri di giustizia sostanziale e di "leale collaborazione orizzontale"¹¹³.

Nella sempre più accentuata contrattualizzazione dell'azione della pubblica amministrazione si intrecciano regole di diritto pubblico, regole di diritto privato e regole di diritto europeo¹¹⁴, con la conseguente esigenza di analizzare i reciproci rapporti, le influenze e i contrasti tra le stesse. E' stato sottolineato¹¹⁵ come il legislatore comunitario abbia constatato la rilevanza che assume, nell'ambito del mercato europeo, il fenomeno della contrattazione pubblica, ossia di soggetti che si rivolgono al mercato, al mondo delle imprese, al fine di ottenere la prestazione di beni o servizi ovvero di affidare la gestione degli stessi. Di qui la necessità di dettare regole idonee a consentire che questo fenomeno si svolga nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti dai Trattati. Rilievo primario assumono le direttive comunitarie, la cui trasposizione nel diritto nazionale favorisce la tendenza a una europeizzazione del diritto amministrativo nazionale. Così, ad esempio, le direttive per il coordinamento delle procedure di appalto hanno condotto a una fondamentale ristrutturazione dei contratti pubblici in quanto obbligano gli Stati membri a emanare determinate discipline procedimentali, tramite le quali dovrebbe essere assicurata

¹¹² Si allude al fenomeno della c.d. «arena pubblica» sul quale v. *retro*, par. 1.5, nel testo e in nota 84.

¹¹³ Così, A. MASSERA, *I principi generali*, cit., p. 408, il quale, inoltre, evidenzia il rinnovato rilievo assunto in questa prospettiva dal principio di buona amministrazione, idoneo ad esprimere una vera e propria norma programmatica con funzione di interpretazione ed integrazione delle disposizioni vigenti.

¹¹⁴ P. STANZIONE e A. SATURNO, *Pubblica amministrazione tra diritto amministrativo, diritto privato e diritto europeo*, cit., 2006, p. 9. Sull'argomento, di particolare rilevanza è anche lo studio di E. PICOZZA, *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, cit., p. 5 ss.

¹¹⁵ V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 15.

la trasparenza, l'obiettività e la tutela giurisdizionale nell'ambito di tali contratti. In particolare, al fine di scongiurare il rischio di elusione dei principi stabiliti nei Trattati e alterazioni nel corretto funzionamento dei meccanismi di mercato, il legislatore comunitario ha predisposto una disciplina che incide sulla formazione della volontà contrattuale della pubblica amministrazione, nel senso di vincolarla alla scelta del contraente secondo criteri e metodi che si ispirano ai principi della libera concorrenza e del libero mercato.

Il fondamento normativo dell'autonomia negoziale della Pubblica Amministrazione¹¹⁶ si rinviene oggi nel testo del nuovo art. 1, comma 1 *bis*, della legge n. 241/1990, come modificato dalla legge n. 15/2005; si tratta di un riconoscimento, sia pure implicito, che costituisce l'effetto di una profonda revisione della concezione dell'*agere* amministrativo, scaturita dall'influenza dei principi dell'ordinamento comunitario. Questi ultimi, infatti, hanno determinato sia la consapevolezza dell'idoneità dello strumento privatistico ad attuare i fondamentali canoni di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, sia il superamento dell'idea del modulo autoritativo quale strumento esclusivo di realizzazione dell'interesse pubblico.

L'influenza del diritto europeo sul diritto privato della pubblica amministrazione emerge ancora più oggi in considerazione della generale cogenza dei principi generali del diritto comunitario (*ex art. 1, comma 1, l. n. 241/1990*), che limita fortemente la possibilità di introdurre benefici e privilegi a favore della pubblica amministrazione. A questo proposito è stato osservato che la proliferazione di soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative indotta, da un lato, dall'avvento dello Stato c.d. leggero ispirato al modello della sussidiarietà orizzontale e, dall'altro, dagli interventi comunitari che hanno introdotto, nelle tutele di settore, la figura del "professionista", senza distinguere tra soggetti pubblici e privati, è stata proprio una delle spinte propulsive più efficaci verso l'adozione definitiva del diritto privato comune a pubblici e privati operatori¹¹⁷. Si deve inoltre considerare che sono estranee al legislatore comunitario preoccupazioni di ordine sistematico, in quanto l'attenzione si incentra sul dato sostanziale dei fenomeni disciplinati; ne deriva il riconoscimento al soggetto pubblico del ruolo di protagonista del mercato, al pari dei

¹¹⁶ V. *retro*, par. 1.4.

¹¹⁷ Così, D. MEMMO, *L'attività contrattuale della p.a. e i principi di diritto comune nella riforma del procedimento amministrativo a seguito della l. 15 del 2005*, cit., p. 1177.

soggetti privati, nonché dell'esigenza di sottoporre la sua attività ad apposite regole, per preservare il funzionamento del sistema di mercato, nonché dei principi che esso richiama¹¹⁸.

L'applicazione di questi ultimi, infatti, postula regole comuni a tutela degli utenti, dei consumatori e della concorrenza. Sotto il primo profilo, l'analisi in materia di diritto privato della pubblica amministrazione pone in luce regole, di matrice europea, in tema di contenzioso a tutela dei servizi, anche attraverso istituti innovativi, quali l'indennizzo automatico e forfettario o il difensore civico. In ordine all'aspetto relativo alla tutela della concorrenza, i principi europei sono risultati spesso incompatibili con le norme speciali che regolano l'azione della pubblica amministrazione: è sufficiente considerare le problematiche relative all'*in house providing*, là dove nell'ordinamento nazionale si propendeva per l'ammissibilità dell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali alle società miste, mentre in quello comunitario, dove le opere e i servizi sono sottoposti al principio della concorrenza, l'affidamento diretto a società miste da parte dell'ente pubblico è sempre apparso tendenzialmente illegittimo, così come si ritiene illegittima la scelta del concessionario che non passi attraverso un confronto concorrenziale. Ancora, dalla generale vincolatività dei principi dell'ordinamento comunitario deriva la necessità di un'interpretazione delle norme relative rapporti tra privato e pubblica amministrazione, in particolare di quelli negoziali, ampliativa delle posizioni dei cittadini, conformemente, tra l'altro, alla naturale posizione paritaria delle parti in ambito contrattuale.

In questa prospettiva, è stato osservato che il contratto, anche se stipulato dalla P.A., integra una fattispecie del tutto privatistica e la fase dell'evidenza pubblica si configura come meramente strumentale al raggiungimento delle finalità economiche e sociali del contratto stesso; in considerazione della trasformazione europea e dell'affermarsi, su scala mondiale, del modello della globalizzazione, il rispetto delle regole amministrative si configura solo come uno strumento e non come un fine, in quanto idoneo ad assicurare un migliore funzionamento delle regole di mercato nei rapporti con la pubblica amministrazione¹¹⁹. Le regole imposte dalla normativa comunitaria (oggi recepite nel Codice dei contratti pubblici), dai Trattati e dalle specifiche direttive, pertanto, hanno

¹¹⁸ V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 14. In senso analogo, C. FRANCHINI, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 53 ss, spec. 58.

¹¹⁹ E. PICOZZA, *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, cit., p. 9.

influito sulle procedure di evidenza pubblica nazionali. Queste ultime, in origine, erano essenzialmente incentrate sull'interesse della pubblica amministrazione, perseguendo il chiaro intento di tutelarlo imponendo una procedura pubblicistica volta ad assicurare all'amministrazione la stipulazione del contratto con il contraente più idoneo e, dunque, il conseguimento della migliore prestazione alle condizioni economicamente più favorevoli. Diversamente, le finalità perseguite dalle norme di evidenza pubblica comunitaria danno rilievo centrale alla tutela e alla valorizzazione della concorrenza - quale principio fondamentale del Trattato - e riguardano essenzialmente il momento della scelta del contraente. La disciplina dettata dalle direttive sugli appalti è strumentale all'attuazione della libertà di circolazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché del principio di non discriminazione e mira ad assicurare la lealtà e la trasparenza della competizione tra le imprese interne degli Stati nazionali. La normativa sull'evidenza pubblica, dunque, non è più finalizzata alla esclusiva tutela dell'interesse pubblico, ma, in considerazione di questa sua nuova dimensione comunitaria, anche dell'interesse degli imprenditori operanti nel mercato e, dunque, dei potenziali contraenti.

I principi fondamentali del diritto comunitario della concorrenza in materia di appalti pubblici sono quelli di non discriminazione, parità di trattamento¹²⁰, trasparenza¹²¹, mutuo riconoscimento e proporzionalità¹²², così come risultano dalla costante tradizione giurisprudenziale della Corte di Giustizia dell'Unione europea¹²³. Tali principi sono ora

¹²⁰ Il principio di parità di trattamento esige che le pubbliche amministrazioni assicurino l'obiettività nella scelta del candidato ed il rispetto, nel corso della procedura, delle regole e dei requisiti inizialmente stabiliti.

¹²¹ Il principio di trasparenza è strettamente legato a quello di non discriminazione, essendo, al pari di quest'ultimo, diretto a garantire condizioni di concorrenza non falsate. Al riguardo, si v. Corte Giust., 6 aprile 2006, C-410/04, *ANAV c. Comune di Bari e AMTAB Servizio SpA*, in *Raccolta*, 2006, p. I-3303, secondo cui il principio di trasparenza non osta ad una disciplina nazionale che consenta ad un ente pubblico l'affidamento *in house* di un proprio servizio, a condizione che sussistano i relativi presupposti (il controllo analogo e la dedizione esclusiva). Nello stesso senso, Cons. Stato, 30 agosto 2006, n. 5072, in *Urbanistica e appalti*, 2006, pp. 1417 e ss. Per una recente applicazione del principio di trasparenza quale parametro di legittimità dell'azione amministrativa, in una fattispecie concernente la rimozione in autotutela di una procedura di gara, v. Cons. Stato, 26 aprile 2005, n. 1885, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, p. 1171.

¹²² Il principio di proporzionalità richiede che le pubbliche amministrazioni adottino provvedimenti necessari ed adeguati in relazione all'obiettivo perseguito, evitando di fissare requisiti professionali o finanziari sproporzionati rispetto all'oggetto del contratto. In dottrina, di recente, sull'incidenza del principio di proporzionalità nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, cfr. S.S. SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, cit., p. 332 ss. Più in generale, sul principio in esame, v. *retro*, par. 1.5, spec. note 102 ss.

¹²³ Così, F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1284 e ss. Analogamente, E. PICOZZA, *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, cit., p. 12, il quale menziona tra i principi generali quelli di legalità, legittimità, trasparenza, pubblicità, affidamento, proporzionalità, *par condicio* e concorrenza, imparzialità nelle procedure di aggiudicazione, giustificazione e motivazione delle decisioni, diritto ad un ricorso serio ed effettivo contro gli esiti delle medesime.

sanciti dall'art. 2 del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (d. lgs. n. 163 del 2006), il quale richiama il rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, nonché di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità¹²⁴.

Un'ultima riflessione si impone con riguardo all'applicabilità dei principi fin qui esaminati anche agli appalti c.d. sottosoglia che, in quanto tali, non rientrano espressamente nella sfera di applicazione della normativa esaminata. Le direttive comunitarie in materia di appalti sono attuative dell'art. 101 TFUE (già art. 81 TCE) e dunque applicative di principi generali che, in quanto tali, rilevano anche per le fattispecie non espressamente contemplate¹²⁵. Per questi motivi la giurisprudenza comunitaria¹²⁶, seguita anche da quella nazionale¹²⁷, ha sottolineato la necessità del rispetto del principio di trasparenza e dei principi fondamentali del Trattato anche per gli appalti inferiori alla soglia c.d. comunitaria¹²⁸. Dunque, l'obbligo della gara pubblica viene in rilievo ogni volta che venga conferita a un soggetto operante nel mercato la possibilità di un'iniziativa economica che possa determinare un vantaggio competitivo; in tal modo si riafferma, in una prospettiva comunitaria, la prevalenza degli aspetti sostanziali di ciascuna fattispecie.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, si può quindi affermare che i principi generali costituiscono delle vere «clausole generali» che la medesima Corte di Giustizia

¹²⁴ La disciplina comunitaria, in tema di appalti, ha per lungo tempo ruotato intorno alla distinzione tra i settori relativi a servizi, lavori e forniture, stabilita dalle direttive 92/50, 93/37 e 93/36, disciplinanti i contratti di importo superiore ad una determinata soglia. Le recenti direttive nn. 17 e 18/2004 hanno operato nel senso dell'unificazione e del coordinamento della disciplina degli appalti nei vari settori. In attuazione della delega conferita al Governo per il recepimento di tali direttive (*ex* art. 25 della legge n. 62/2005), è stato emanato il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Questo codice raccoglie tutte le leggi sui contratti pubblici di lavori, forniture e servizi ed introduce una serie di istituti innovativi, come l'accordo quadro (art. 59), il dialogo competitivo (art. 58) e le aste elettroniche (art. 85).

¹²⁵ V. Comunicazione della Commissione del 1 agosto 2006, in GUCE, 1 agosto 2006, n. 179/02. Sull'ambito applicativo dei principi richiamati dall'art. 2 del Codice dei Contratti pubblici, v. S.S. SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, cit., p. 339 ss.

¹²⁶ Corte Giust., 7 dicembre 2000, C-324/98, *Teleaustria c. Post & Telekom Austria*, in *Urbanistica e appalti*, 2001, n. 5, p. 48 ss.; Corte Giust., 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, in *Riv. it. dir. pubbl. cumunit.*, 2005, 6, pp. 1907 ss.

¹²⁷ Cons. Stato, 15 febbraio 2002, n. 394, in *Cons. Stato*, 2002, I, 348.

¹²⁸ Deve comunque rilevarsi che il d. lgs. n. 6/2007 ha corretto ed integrato l'art. 122 del Codice dei contratti che contiene la disciplina specifica per i contratti di lavori pubblici sottosoglia, ampliando, conformemente agli indirizzi giurisprudenziali sopra esposti, il novero degli atti di gara ai quali deve essere data pubblicità.

utilizza spesso, anche congiuntamente¹²⁹. Essi denotano il passaggio da una concezione positivista del diritto contrassegnato dal formalismo e dalla tassatività nella sua applicazione e interpretazione a una concezione più aperta e pluralistica nella quale assumono fondamentale importanza, da un lato, i c.d. diritti umani, anche a contenuto economico e sociale e, dall'altro, la tendenza a privilegiare per quanto possibile l'aspetto giustizia insito nel diritto medesimo, rispetto alla certezza che era uno dei capisaldi dello Stato di diritto positivo. Il fenomeno della "europeizzazione" del diritto amministrativo, in Italia e negli altri Stati dell'Unione europea, è certo un dato di cui tutti gli studiosi e i pratici hanno dovuto prendere atto: si sottolinea, così, che il diritto europeo, derivato da una comparazione fra i diversi principi di diritto amministrativo degli Stati membri, esercita, a sua volta, un "effetto di ritorno" sul diritto nazionale e porta a un progressivo ravvicinamento degli *standard* del diritto amministrativo in Europa, chiamato per brevità "europeizzazione" del diritto amministrativo»¹³⁰.

Il diritto comunitario incide sui diritti amministrativi nazionali poiché definisce, l'ambito e l'estensione dell'area pubblica, imponendo – anche alla luce del principio di concorrenza – la privatizzazione o comunque il venir meno delle posizioni di privilegio in passato riconosciute a numerose organizzazioni e attività. In secondo luogo, esso costituisce un ordine che si sovrappone a quello statale e "funzionalizza" quello nazionale al perseguimento e alla cura degli interessi pubblici comunitari, in alcuni casi attraverso l'individuazione di principi e modelli procedimentali (basti pensare alla normativa in materia di appalti pubblici), in altri casi mediante la trasformazione dell'amministrazione nazionale in mera esecutrice di quella comunitaria. Infine, con particolare riguardo ai contratti pubblici, esercita una fondamentale azione di armonizzazione procedurale e sostanziale¹³¹: la prima tende a creare delle regole minime comuni di "procedura ad evidenza pubblica" tra gli Stati membri, rappresentate oggi dalla disciplina delle gare aperte, ristrette e negoziate. L'armonizzazione di tipo sostanziale, invece, comporta che la definizione comunitaria di un istituto, di una categoria giuridica o di un principio giuridico, si impone anche rispetto alle diverse elaborazioni contenute nei diritti amministrativi degli

¹²⁹ Ad esempio, Corte Giust., 17 luglio 1997, *Affish*, C-183/95, in *Raccolta*, 1997, p. I-4315, nella quale si valutano contemporaneamente i principi di proporzionalità, uguaglianza, nonché del legittimo affidamento.

¹³⁰ J. SCHWARZE, *I principi dello stato di diritto per l'azione amministrativa nella "vecchia" e nella "nuova" Unione Europea*, p. 1281.

¹³¹ E. PICOZZA, *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, cit., p. 17.

Stati membri. La costruzione di un diritto amministrativo sui due livelli, comunitario e nazionale, comporterà inevitabilmente due effetti: quello di conformazione, in virtù del quale i sistemi nazionali saranno indotti a sviluppare ordinamenti simili a quello superiore, e l'effetto di imitazione¹³², in relazione al quale i sistemi nazionali potranno "trapiantare" nel proprio ordinamento istituti propri di altri diritti amministrativi nazionali¹³³. In tal modo, l'integrazione fra i sistemi nazionali e quello comunitario si rivela come lo strumento che consentirà, tramite la circolazione degli istituti giuridici, una loro progressiva convergenza e, in ultima analisi, l'effettiva riconduzione ad unità.

¹³² S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, cit., p. 10.

¹³³ In questa prospettiva sembra orientato S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, cit., pp. 291 e ss., là dove fa riferimento alla formazione della c.d. «arena pubblica» (v. *retro*, nota 84).

1.7. I contratti della Pubblica Amministrazione: le procedure ad evidenza pubblica. Funzione e struttura. Profili pubblicistici e privatistici.

I contratti in cui è parte la pubblica amministrazione¹³⁴ si caratterizzano per la presenza di un *iter* procedimentale che precede la stipulazione¹³⁵. In via di principio, potrebbe affermarsi che l'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni, in quanto tale, dovrebbe essere disciplinata dal diritto civile. Precise scelte legislative, invece, hanno imposto che tali contratti fossero sottoposti a una disciplina peculiare: si è, così, formato un ampio corpo di regole che assoggettano l'attività contrattuale pubblica alle procedure cc.dd. "ad evidenza pubblica". L'espressione è utilizzata per descrivere il procedimento amministrativo che accompagna la conclusione dei contratti pubblici: la sequenza

¹³⁴ Come già rilevato (*retro*, par. 1.1), il contratto integra lo strumento principale utilizzato dall'Amministrazione nell'ambito dell'attività non autoritativa per la realizzazione di assetti di interessi tra privato e pubblica amministrazione: così, Così, A. DE MAURO, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici tra privati*, Milano, 2000, p. 7, secondo cui il contratto è «lo strumento giuridico che consente ai privati di esercitare il potere di autonomia normativa, creando un programma economico-giuridico modellato secondo le proprie esigenze con esclusivo riferimento ai risultati prefissati». Sul punto, v. *retro* Cap. I e la bibliografia *ivi* citata. Si v. anche R. TOMMASI, *Il nuovo diritto privato della pubblica amministrazione*, Torino, 2004, p. 288 il quale rileva che, a differenza degli accordi *ex art.* 11 l. 241/90, che possono avere ad oggetto anche l'esercizio del potere amministrativo, i contratti stipulati dall'amministrazione non regolano l'interesse pubblico, che ha un proprio spazio al di fuori del negozio (in particolare nelle fasi precedenti la stipula, inerenti la determinazione a contrarre e la procedura di scelta del contraente). In ordine allo sviluppo dell'attività contrattuale della P.A., la dottrina rileva come l'attività amministrativa si sia sempre più accostata al sistema privatistico, con la ricerca di diversificate formule organizzatorie e con l'utilizzo da parte degli enti pubblici tradizionali di strumenti privatistici, cioè basati sul consenso, anziché di strumenti pubblicistici fondati sulla autorità: D. BORTOLOTTI, *Contratti della amministrazione pubblica*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV, Torino, 1989, p. 37 ss.). Di qui anche il progressivo accostamento dell'attività contrattuale alla tradizionale manifestazione di supremazia accordata alla pubblica amministrazione per motivi di interesse pubblico, cioè l'adozione di provvedimenti amministrativi.

¹³⁵ In particolare, si fa riferimento ad una «sequenza procedimentale di atti e provvedimenti, preordinati ad addivenire alla stipulazione di un contratto con un altro soggetto», ovvero atti attraverso i quali l'ente pubblico, contemperando i diversi interessi in gioco, progressivamente addivene alla decisione circa le iniziative da porre in essere per perseguire la missione istituzionale affidatagli rispetto ad una data situazione concreta: V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 115. In ordine alle ragioni sistematiche sottese a questa impostazione, gli Autori sottolineano come il procedimento amministrativo integra lo strumento mediante il quale l'Amministrazione assolve la missione istituzionale affidatale, ovvero la cura degli interessi pubblici che sono individuati in termini generali e astratti, sul piano normativo, e richiedono una continua e progressiva attività di "attualizzazione" nella concretezza della realtà socioeconomica (*op. cit.*, p. 117). Questo schema è considerato particolarmente indicato quando il soddisfacimento dell'interesse pubblico si realizza mediante la stipulazione di un contratto con un soggetto privato e la relativa esecuzione, poiché il procedimento consente di scandire con nettezza le diverse fasi che contraddistinguono la vicenda: l'individuazione dell'interesse pubblico da soddisfare nel concreto, che si traduce nel delineare lo schema di contratto che il soggetto pubblico intende stipulare; la ricerca del contraente che appare meglio attrezzato per realizzare l'obiettivo perseguito e, dunque, per stipulare ed eseguire il contratto; la positiva verifica della corrispondenza tra l'interesse pubblico perseguito "a monte" e la posizione negoziale del contraente prescelto e, quindi, l'aggiudicazione del contratto e l'avvio del conseguente rapporto.

procedimentale - si rileva - è preordinata a dare evidenza esteriore al pubblico interesse sotteso all'operazione contrattuale promossa e avviata dal soggetto pubblico¹³⁶. Le procedure in esame si caratterizzano per la presenza di atti amministrativi mediante i quali l'amministrazione rende note le ragioni di pubblico interesse che giustificano l'intenzione di contrarre, la scelta della controparte e la formazione del consenso¹³⁷. In questa prospettiva si evidenzia anche che le procedure di evidenza pubblica «rappresentano il momento di autentico collegamento tra l'autonomia funzionale e l'autonomia tipicamente contrattuale»¹³⁸, poiché consentono che dall'una si pervenga, all'esito della procedura medesima, all'altra.

Su questa base teorica si sono innestati i vari interventi legislativi sui contratti della pubblica amministrazione. La normativa è alquanto risalente¹³⁹: il suo originario

¹³⁶ V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 119. Per la nozione di evidenza pubblica, si v. anche M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 363 ss.; ID., *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., p. 502, che ne rinveniva le ragioni storiche nella necessità di combattere la piaga delle collusioni tra gli uffici delle amministrazioni e i fornitori, gli appaltatori, i somministratori delle pubbliche amministrazioni. F.P. PUGLIESE, *Contratto, V) Contratti della Pubblica Amministrazione*, cit., p. 2, osserva che quando si parla di contratti delle pubbliche amministrazioni si fa riferimento, in genere, ai contratti ad evidenza pubblica, non perché sono i più importanti, bensì perché sono i più «vistosi», date le complesse procedure escogitate per la loro conclusione: «si tratta in sostanza di una procedura di conclusione negoziale accompagnata da una serie di procedimenti amministrativi di controllo»; questi contratti «sono caratterizzati dall'essere atti negoziali di diritto privato la cui sequenza funzionale è doppiata da una sequenza amministrativa con funzione di evidenziazione dei motivi a fini di controllo».

¹³⁷ V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 122. In particolare, la sequenza procedimentale si articola nelle seguenti fasi: determinazione di contrarre; bando di gara; presentazione delle offerte da parte dei contraenti; valutazione di queste ultime e, all'esito, aggiudicazione a quella ritenuta migliore; eventuale fase di approvazione; stipulazione del contratto. Sul punto, anche D. BORTOLOTTI, *Contratti della amministrazione pubblica*, cit., p. 39; C. MUCIO, *Contratti di diritto privato della pubblica amministrazione* (nota a Cass. 8 maggio 1996, n. 4269), in *Contratti*, 1997, 2, p. 131, la quale osserva che nel corso di questa procedura di stampo pubblicistico, la p.a. si trova in posizione quantomeno di preminenza nei confronti del privato; ad essa, poi, segue l'esecuzione del contratto, viceversa sottoposta alle norme di diritto comune. Esigenze di legalità ed imparzialità in materia contrattuale determinano quindi un complesso procedimento amministrativo, articolato nelle fasi preparatoria (di cui fanno parte deliberazione a contrarre, pareri, scelta del contraente), costitutiva (che comprende aggiudicazione e stipulazione), integrativa dell'efficacia (in cui rientrano approvazioni e controlli) ed esecutiva. Secondo S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I Contratti con la pubblica Amministrazione*, cit., p. 304 ss., i vari passaggi sarebbero caratterizzati da una discrezionalità decrescente: stabilito di concludere un contratto e di adottare una certa procedura di scelta del contraente con un determinato criterio di aggiudicazione (elementi che devono essere tutti contenuti nella determinazione di contrattare, ai sensi dell'art. 11 d. lgs. n. 163/2006), non si tratta più di acquisire e misurare interessi tra loro eterogenei, per operarne una ponderazione, ma solo di «ottimizzare» il perseguimento dell'interesse pubblico all'individuazione del soggetto più idoneo, attraverso una valutazione completa delle offerte disponibili. Di qui la considerazione che «il procedimento di valutazione comparativa, in quanto tale, riveste una funzione esecutiva rispetto alla scelta di interesse pubblico in precedenza effettuata».

¹³⁸ S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della Pubblica Amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, cit., p. 351.

¹³⁹ Il riferimento corre, anzitutto, alla legislazione post-unitaria (in particolare, v. la l. n. 2248/1865, all. F) e, successivamente, alla legge di contabilità di Stato del 1923 (r.d. 18 novembre 1923 n. 2240) e al regolamento di contabilità di Stato del 1924 (r.d. 23 maggio 1924, n. 827).

inserimento nell'ambito della disciplina dei conti pubblici ne evidenziava chiaramente la finalità, ossia regolare l'impiego delle risorse pubbliche¹⁴⁰, attraverso l'imposizione di una procedura pubblicistica capace di assicurare alla Amministrazione il conseguimento della migliore prestazione, alle condizioni economicamente più favorevoli. Il diritto comunitario ha profondamente inciso sulla materia, muovendosi, però, in una prospettiva sensibilmente diversa: il legislatore europeo non è orientato a garantire l'oculata gestione delle risorse pubbliche, bensì a vincolare l'operato dei soggetti pubblici al rispetto delle regole e dei principi in materia di concorrenza e di mercato¹⁴¹. In effetti, la disciplina comunitaria in questo ambito costituisce attuazione, oltre che delle disposizioni che sanciscono la libertà di circolazione delle merci, lavoratori, servizi, capitali e di stabilimento, delle norme dettate dagli artt. 101 ss. TFUE (*ex* artt. 81 e ss. TCE¹⁴²) in tema di tutela e di valorizzazione della concorrenza tra le imprese degli Stati membri. Si persegue l'obiettivo di consentire alle imprese, secondo il principio di *par condicio*, una *chance* di partecipazione alle procedure di gara e, quindi, di stipulazione del relativo contratto. La concorrenza nel settore degli appalti, pertanto, viene tutelata obbligando l'Amministrazione ad adottare una procedura caratterizzata dalla pubblicità e dall'obbligo di valutazione comparativa di tutte le offerte. La ragione di questa necessità risiede nella considerazione secondo cui l'amministrazione non agisce per fini di lucro e non è naturalmente portata a privilegiare, nelle proprie scelte contrattuali, criteri di efficienza, convenienza e quindi, effettiva competitività; vi è, pertanto, il rischio che l'amministrazione agisca facendo prevalere logiche diverse rispetto a quelle che presiedono all'integrazione e all'apertura dei mercati, nonché alla libertà di concorrenza tra imprese¹⁴³.

¹⁴⁰ S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, cit., p. 257 ss., rileva che con l'inserimento nella normativa sulla contabilità di Stato, i procedimenti di evidenza pubblica sono stati previsti come modalità tipica di scelta del contraente, anche se nell'ambito di quella disciplina rispondevano piuttosto alla necessità di controllare l'utilizzazione delle risorse pubbliche, che non all'esigenza di aprire al mercato ed alla concorrenza il settore degli appalti pubblici. Analogamente, ID., *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della Pubblica Amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, cit., p. 352; S.S. SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, cit., p. 290 ss. e O. SEPE, *Contratto (diritto amministrativo)*, cit., p. 986.

¹⁴¹ V., *retro*, par. 1.6.

¹⁴² In seguito alla rinumerazione del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea che sostituisce il Trattato CE, l'art. 81 TCE corrisponde all'attuale art. 101 TFUE. Sul punto, v. *retro*, nota 93.

¹⁴³ Sul punto, v. A. MASSERA, *Contratti con la pubblica Amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. Cassese, Milano, 2006, p. 1390, secondo cui la disciplina di matrice comunitaria si pone, in linea di principio, dalla parte delle imprese, sostanzialmente rovesciando la prospettiva tradizionale che inquadrava la disciplina della materia nella legislazione statale di contabilità. La direzione delle innovazioni rappresentate dalla novella della l. n. 241 del 1990, nonché dalla direttiva comunitaria 2004/18/Ce, è largamente convergente, in quanto un'amministrazione che agisce secondo le norme del diritto privato è un'amministrazione chiamata

Le considerazioni che precedono giustificano i ripetuti interventi del legislatore sulla disciplina dei contratti delle pubbliche amministrazioni, al fine di rinvenire meccanismi di contenimento e controllo della spesa pubblica, nonché per adeguare l'ordinamento nazionale alle sollecitazioni provenienti dal diritto dell'Unione Europea e porre fine alla eccessiva frammentazione della normativa in materia. Negli ultimi anni, a fronte di un quadro normativo estremamente articolato, si è avvertita l'esigenza di procedere a una semplificazione e razionalizzazione: le due direttive europee n. 2004/17/CE (relativa ai contratti che ineriscono a particolari settori, quali acqua, energia, servizi di trasporto e servizi postali) e n. 2004/18/CE (relativa alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, ai settori c.d. ordinari) hanno unificato le procedure finalizzate alla conclusione dei contratti pubblici. Entrambe sono state recepite nell'ordinamento italiano attraverso il Codice dei Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163)¹⁴⁴ che ha segnato la finale ricomposizione di una materia, da tempo unificata da principi comuni¹⁴⁵. Nella disciplina in esame si saldano due diversi obiettivi: assicurare il

dall'ordinamento a confrontarsi con i soggetti privati (in questo caso, essenzialmente, gli operatori economici) muovendo da una posizione di formale equiordinazione, piuttosto che di formale supremazia. Per altro verso, la necessità della costruzione di un assetto economico del comparto degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, sottoposto ai principi fondamentali di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, ha indotto le istituzioni comunitarie ad un massiccio intervento regolatorio, con l'obiettivo di delineare un regime di mercato tendente ad una effettiva concorrenza; a tal fine, è stata introdotta una più puntuale disciplina delle diverse fasi in cui si articolano le procedure contrattuali della p.a., generalizzando l'obbligo delle procedure formalizzate di tipo competitivo, conosciute come procedura della "evidenza pubblica" (*op. cit.*, p. 1391). Nello stesso senso, S.S. SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, cit., p. 294 ss.

¹⁴⁴ L'intervento legislativo si prefigge l'obiettivo di fungere da punto di riferimento per la contrattualistica pubblica; in questa prospettiva, emerge l'indubbio spessore sistematico del Codice, anche alla luce dei collegamenti che esso delinea con il codice civile e con la legge 241/90 in tema di attività amministrativa: V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 18.

¹⁴⁵ Così, R. CARANTA, *Contratti pubblici*, in *Dig. Disc. Pubblicistiche, Agg.*, Torino, 2008, p. 239, che sottolinea come, sotto la spinta del legislatore comunitario, impegnato a sua volta in uno sforzo di razionalizzazione e codificazione di testi normativi disparati, il legislatore italiano ha riconosciuto l'unitarietà formale e sostanziale della materia. L'Autore argomenta dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 401/2007 (Corte Cost., 23 novembre 2007, n. 401, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1787) ove si afferma che: «l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria, sul piano della disciplina del procedimento della scelta del contraente [...] ha determinato il definitivo superamento della cosiddetta concezione contabilistica, che qualificava tale normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse dell'Amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale». Secondo G. ALPA, *Aspetti civilistici del «Codice dei contratti pubblici»*. *Prime note*, in *Economia e diritto del terziario*, 2007, 3, p. 749 ss. p. 767, il Codice conferma la tendenza legislativa a limitare la libertà dei contraenti in ordine alle tipologie contrattuali, al contenuto contrattuale, ai rimedi, alla determinazione del danno. Questa tendenza - osserva l'Autore - è evidente nell'ambito dei contratti pubblici, ove, accanto all'interesse rivolto alla scelta del miglior contraente per la P.A., vi sono altri interessi enunciati sotto forma di "principi", fra i quali domina la tutela della concorrenza e della parità di trattamento dei contraenti. Si giustifica, in quest'ottica, l'introduzione nel settore dei lavori pubblici di molteplici istituti di natura privatistica, poiché «le esigenze del mercato imprimono alle regole non solo elasticità e trasparenza ma

miglior utilizzo possibile del denaro pubblico e garantire l'attuazione dei principi della concorrenza e del mercato. Sotto il profilo funzionale, dunque, le procedure di evidenza pubblica mirano sia alla formazione della volontà dell'amministrazione, sia alla realizzazione degli interessi pubblici di matrice comunitaria e costituzionale¹⁴⁶.

Per quanto attiene alla struttura del procedimento di evidenza pubblica, l'orientamento tradizionale ritiene che si articoli in due procedimenti paralleli: da un lato, un procedimento diretto alla formazione della volontà contrattuale disciplinato, salvo specifiche deroghe, dalle norme di diritto privato e, dall'altro lato, un procedimento amministrativo, che resta al di fuori della procedura negoziale, attraverso il quale l'amministrazione rende note le ragioni di pubblico interesse per le quali intende concludere o ha già concluso quel determinato contratto, nonché i motivi per i quali vuole scegliere o ha già scelto una certa controparte. Si tratterebbe in sostanza di «una procedura di conclusione negoziale accompagnata da una serie di procedimenti amministrativi di

anche modularità nelle forme di intervento del regolatore, sì che diritto privato e diritto pubblico debbono integrarsi» (o.u.c., p. 768).

¹⁴⁶ Tali procedimenti, dunque, combinano le finalità dell'individuazione della migliore offerta reperibile sul mercato e del rispetto della trasparenza nella spesa del denaro pubblico con quella di tutela della concorrenza: per questo, secondo S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, cit., p. 257 ss., si caratterizzano per una marcata funzionalizzazione; analogamente, ID., *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della Pubblica Amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, cit., p. 353 ss. Sotto il profilo della funzionalizzazione dell'attività amministrativa, è stata messa in luce la rilevanza delle procedure ad evidenza pubblica, considerate come le uniche in grado di far emergere l'interesse pubblico al cui perseguimento la pubblica amministrazione è finalisticamente vincolata. In considerazione della tradizionale indifferenza, sul piano civilistico, del fine che muove ciascuno dei contraenti, si è affermato che l'unico modo per garantire l'osservanza dei vincoli che caratterizzano l'azione dell'ente pubblico è quello di ipotizzare l'esistenza di atti amministrativi che precedono la stipulazione del contratto, ossia imporre l'adozione della procedura di evidenza pubblica, che accompagna gran parte dei contratti della pubblica amministrazione: V. LOPILATO, *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, cit., p. 1520. In questa prospettiva, la realizzazione dell'auspicato processo di privatizzazione dei rapporti contrattuali della p.a. non potrebbe comportare una defunzionalizzazione dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, con conseguente compromissione delle esigenze di imparzialità e tutela dei terzi. Bisogna quindi procedere ad una rivisitazione del meccanismo di evidenziazione dell'interesse pubblico: non potrebbero più essere gli atti amministrativi i veicoli attraverso i quali dare rilevanza all'interesse pubblico, ma occorrerebbe immaginare l'impiego di nuove forme di rilevanza di tali interessi che siano di matrice esclusivamente privatistica. A tal fine, conformemente alle più recenti e condivisibili ricostruzioni della causa del contratto quale ragione pratica dell'affare, si potrebbe ritenere che l'interesse pubblico non costituisce un mero motivo giuridicamente irrilevante. L'interesse pubblico ha natura oggettiva ed entra nel congegno causale concorrendo a definire l'assetto concreto degli interessi perseguiti attraverso la stipulazione di quello specifico contratto, con la conseguenza che la "mancanza" o la "violazione" dell'interesse pubblico potrebbe determinare la nullità del contratto stipulato. Tra l'altro, tale riflessione può essere coordinata con le considerazioni in precedenza svolte circa la funzionalizzazione dell'autonomia negoziale (*retro*, par. 1.2) in virtù della quale sembra potersi affermare oggi la compatibilità tra il concetto di autonomia e la sussistenza di un vincolo di scopo: in questo senso, G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, cit., p. 136 ss; C. FRANCHINI, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 67 ss.

controllo»¹⁴⁷. Secondo una diversa lettura, il procedimento di evidenza pubblica costituirebbe un fenomeno unitario diretto a formare la volontà contrattuale della pubblica amministrazione. Si esalta, così, il profilo privatistico del procedimento e l'impostazione tradizionale viene capovolta, nel senso che «non è il contratto che si inserisce (in posizione quasi servente) in un contesto necessariamente pubblicistico, sebbene sono i profili pubblicistici dell'evidenza pubblica che si inseriscono - per disciplina positiva - nel processo di formazione del contratto e, cioè, in un fenomeno che di per sé è sicuramente civilistico»¹⁴⁸. Di là dalla formale qualificazione degli atti dell'evidenza pubblica, i sostenitori di questa teoria escludono si tratti di atti autoritativi, giacché l'assetto complessivo dei rapporti scaturisce dal contratto di diritto privato, ovvero da un atto in cui l'Amministrazione non si presenta in veste di autorità¹⁴⁹. In tal modo si predilige una ricostruzione "unitaria", in quanto il profilo pubblicistico si fonde con quello privatistico, dando vita ad "atti amministrativi ad effetti negoziali". Infine, secondo un terzo

¹⁴⁷ F.P. PUGLIESE, *Contratto, (V) Contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 2, il quale, più precisamente, qualifica i contratti ad evidenza pubblica come «atti negoziali di diritto privato la cui sequenza funzionale è doppiata da una sequenza amministrativa con funzione di evidenziazione dei motivi a fini di controllo». Analogamente, D. BORTOLOTTI, *Contratti della amministrazione pubblica*, cit., p. 38; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 363 ss.

¹⁴⁸ G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, cit., p. 133, il quale critica la tesi tradizionale poiché ritiene che non sia affatto vero che gli atti del procedimento amministrativo restano al di fuori della formazione della volontà contrattuale dell'Amministrazione. L'Autore giunge ugualmente alla conclusione dell'inquadramento pubblicistico degli atti dell'evidenza pubblica, ma solo ed esclusivamente sulla base dell'univocità in tal senso della normativa vigente. In particolare, critica le ragioni storiche dell'inquadramento pubblicistico dei vari istituti dell'evidenza pubblica: il presupposto fondamentale su cui si fondava la tesi tradizionale era la presunzione della natura pubblicistica degli atti della p.a., correlata ad una sua limitata capacità di diritto privato. Mutato, però, il quadro interpretativo di fondo in ordine alla capacità della pubblica amministrazione, tale premessa non può più essere accolta: il riconoscimento, almeno tendenziale, di una piena capacità giuridica di diritto privato agli enti pubblici, anche alla luce dell'introduzione del comma 1 bis dell'art. 1 della l. n. 241/90, fa venir meno le presunzioni del carattere pubblicistico degli atti che precedono la stipulazione del contratto; di conseguenza, la natura pubblicistica degli atti dell'evidenza pubblica può discendere solo ed esclusivamente dal diritto positivo.

¹⁴⁹ In tal senso, si osserva che la natura contrattuale dell'atto-fonte del rapporto si ripercuote sulla posizione esercitata dall'Amministrazione; l'intera fattispecie, pertanto, riguarda ontologicamente non una potestà amministrativa, bensì la posizione di autonomia privata dell'Amministrazione, intesa, quest'ultima, come autoregolamentazione della propria sfera giuridica. Sul punto, G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*³, cit., p. 169, secondo il quale la preordinazione degli atti della c.d. evidenza pubblica alla stipula di un contratto di diritto privato esclude la loro configurazione quali atti espressione di potere amministrativo in senso tecnico. Diversa, però, è la posizione di una parte della giurisprudenza amministrativa: Cons. Stato, 27 ottobre 1998, n. 1478, cit., c. 178 ss., ove si afferma che «la disciplina pubblicistica delle gare di appalto, sancendo l'attribuzione di poteri pubblici, conferisce natura oggettivamente autoritativa agli atti della procedura di evidenza. Ne deriva che, proprio in virtù di limiti procedurali e vincoli funzionali che derivano dalla regolamentazione pubblicistica, l'attività di scelta del terzo contraente non è più espressione di autonomia negoziale, ma espressione di attività amministrativa pubblica, a fronte della quale si stagliano posizioni soggettive di interesse legittimo».

orientamento¹⁵⁰, solo parzialmente diverso da quella appena esposto, l'attività contrattuale della pubblica amministrazione è retta dal principio di legalità, che la vincola al perseguimento del pubblico interesse ed è, in quanto tale, espressione di un potere amministrativo e non di autonomia negoziale. La presenza di questo vincolo posto dalla legge induce a escludere che l'amministrazione agisca, al momento della stipulazione di contratti di diritto privato, nell'esercizio di un potere di autonomia contrattuale, intendendo quest'ultima come comprensiva della libertà di valutazione degli interessi e del modo di soddisfarli. L'orientamento in esame giunge, pertanto, a ritenere che la pubblica amministrazione, anche quando impiega moduli convenzionali, agisce nell'esercizio di un potere amministrativo, sia pure non autoritativo, che si estrinseca nell'emanazione di un atto amministrativo di adesione al contratto.

¹⁵⁰ In tal senso, V. LOPILATO, *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, cit., p. 1521, al quale si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

CAPITOLO II

Capitolo II

Il contratto, il tempo e il rischio delle sopravvenienze. La conservazione dell'equilibrio contrattuale nella disciplina dei contratti della Pubblica Amministrazione.

Sommario: 2.1. Contratto e tempo. Le sopravvenienze contrattuali. Delimitazioni del campo di indagine: sopravvenienze e invalidità contrattuale. - 2.2. *Segue.* Attività contrattuale, sopravvenienze e allocazione del rischio. L'alea normale quale limite alla rilevanza delle sopravvenienze. Alea tipica e alea convenzionale. Cenni. - 2.3. *Segue.* Contratti di durata e rapporti a lungo termine. La teoria dei contratti relazionali. L'autonomia della fase esecutiva del rapporto contrattuale. - 2.4. Le sopravvenienze codificate e le sopravvenienze atipiche. I diversi rimedi per la gestione delle sopravvenienze contrattuali: rimedi legali e convenzionali, eliminatori e manutentivi. - 2.5. L'adeguamento del contratto in corso di esecuzione. L'art. 1372 c.c. e la regola *pacta sunt servanda*. Interpretazione e applicazione in termini assoluti. Superamento di tale impostazione. La clausola *rebus sic stantibus*. Apparente conflitto e sostanziale compatibilità. L'operatività della clausola *rebus sic stantibus* nei contratti conclusi dalla Pubblica amministrazione. - 2.6. *Segue.* Adeguamento, equilibrio e giustizia contrattuale. *Lex mercatoria* e principi *Unidroit* come mezzi di interpretazione e integrazione del diritto nazionale. Il ruolo della dottrina e della giurisprudenza. La congruità dello scambio contrattuale come risultato di una evoluzione del sistema. - 2.7. *Segue.* Adeguamento e intervento giudiziale sul contenuto contrattuale. - 2.8. *Segue.* Conservazione e adeguamento nei contratti della Pubblica Amministrazione.

2.1. Contratto e tempo. Le sopravvenienze contrattuali. Delimitazioni del campo di indagine: sopravvenienze e invalidità contrattuale.

Nello scarto temporale tra il sorgere del rapporto e la sua esecuzione si possono verificare circostanze che incidono sull'attuazione degli interessi dei contraenti, secondo la loro programmazione iniziale¹⁵¹; si prospetta, quindi, l'esigenza di predisporre gli strumenti

¹⁵¹ La maggior parte dei contratti in cui è coinvolta la pubblica amministrazione - anche in considerazione dell'*iter* procedimentale che li caratterizza - presenta una notevole estensione temporale [per l'inquadramento nella sistematica civilistica del tempo quale "modo di essere del fatto", cfr., F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 9^a ed. rist. 1989, p. 111; più di recente, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 606, che sottolinea l'incidenza determinante della «modalità cronologica» sulla struttura del fatto. Per R. TOMMASINI, *Revisione, I. Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, p. 106, il fenomeno giuridico è caratterizzato da un continuo susseguirsi di fatti e vicende che non possono non avere specifica incidenza su altri fatti e vicende che già hanno trovato un assetto o una sistemazione mediante adeguate soluzioni giuridiche]. E' sufficiente considerare che tra i contratti della p.a. quello di gran lunga più rilevante è il contratto di appalto, al quale, infatti, è dedicata parte rilevante degli studi in materia di contratti ad evidenza pubblica. Tra l'altro, l'appalto pubblico ha un ambito applicativo più ampio rispetto al contratto delineato dal codice civile. Per espreso dettato legislativo, infatti, il termine appalto pubblico designa «i contratti a titolo oneroso, [...] aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi [...]» (art. 3, comma 6, Codice dei contratti pubblici). La dottrina ritiene che l'assimilazione -sotto l'etichetta di "appalto pubblico"- di tutti i

per ripristinare la situazione antecedente, mediante lo scioglimento del rapporto, ovvero per conservare il contratto, pur adeguandone il contenuto alle nuove circostanze.

Emerge la particolare rilevanza del tempo che si pone quale criterio di valutazione delle vicende giuridiche, con particolare riguardo allo svolgimento dei rapporti contrattuali¹⁵². Le disposizioni sulle obbligazioni e i contratti in generale contemplano diverse ipotesi in cui viene in rilievo l'intervallo temporale tra la conclusione del contratto e la sua esecuzione; esse rivelano la consapevolezza del legislatore in ordine alla sua rilevanza quale elemento che può caratterizzare il contratto (si consideri, ad esempio, la disciplina della risoluzione per impossibilità sopravvenuta o per eccessiva onerosità). In questa

fenomeni contrattuali attraverso i quali il soggetto pubblico si procura delle utilità rivolgendosi al mercato testimonia come le esigenze di semplificazione e di razionalizzazione siano prevalse sul rispetto del rigore terminologico proprio della nostra tradizione giuridica: così, V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 31. Sui rapporti tra appalto pubblico e privato, v., di recente, V. DI GREGORIO, *Appalto privato e appalto pubblico: punti di contatto e differenze alla luce della nuova disciplina introdotta dal Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in G. ALPA, G. CONTE, V. DI GREGORIO, A. FUSARO, U. PERFETTI (a cura di), *La disciplina dell'appalto tra pubblico e privato*, cit., p. 135 ss. Più in generale, il contratto di appalto è stato qualificato, sotto il profilo dell'esecuzione, quale "contratto ad esecuzione prolungata" [D. RUBINO, *L'appalto*, 4^a ed., con note di E. Moscati, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, 4^a ed., VII, t. 3, Torino, 1980, p. 295; C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, 2^a ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, vol. XXIV, t. 2, Milano, 1977, p. 14; M. RUBINO-SAMMARTANO, *Appalti di opere e contratti di servizi (in diritto privato)*, Padova, 1996, p. 15]: di regola, infatti, è prevista l'esecuzione di un'opera o di un servizio a tempo differito e, sino a che esso non sia stato compiuto, l'appaltatore non avrà adempiuto alla propria obbligazione. Sulla centralità del contratto di appalto e la sua definizione quale "contratto madre", idoneo a comprendere una grande varietà di sottospecie, dotate tutte della potenzialità di staccarsi da esso, v. D. RUBINO, *o.u.c.*, p. 21. F. MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, in G. IUDICA (a cura di), *Appalto pubblico e privato. Problemi e giurisprudenza attuali*, Padova, 1997, p. 135, si riferisce all'appalto come tipo contrattuale che probabilmente meglio di ogni altro raffigura lo scambio in divenire, offrendo così un banco di prova idoneo per l'esame delle regole che l'ordinamento predispone in vista della modificazione dei contratti in corso di esecuzione; su questi aspetti, v. anche V. FRANCESCHELLI, *L'appalto come contratto a struttura elastica*, in *Contratti*, 1994, n. 4, p. 385.

¹⁵² Cfr. G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, pp. 143 ss., nonché *ivi*, 1944, I, p. 18 ss., ora in ID., *Scritti giuridici*, III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992, p. 200 ss., spec. p. 209 ss., il quale esamina i diversi aspetti che l'elemento «tempo» può presentare negli atti e nei rapporti giuridici, ponendo in rilievo la sua incidenza sulla causa dell'atto, mediante il collegamento tra il tempo e «l'interesse di cui (della cui soddisfazione) l'atto è strumento». V. anche, E. RUSSO, *Termine (dir. civ.)*, in *Enc. giur.* Treccani, 1994, I, Roma, p. 1, secondo il quale ogni fenomeno giuridico ha rilievo poiché riferibile ad un tempo determinato; A. NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Europa e Diritto privato*, 2001, p. 843 ss., il quale ha rilevato che: «ogni contratto come ogni fatto dell'uomo nasce storicamente condizionato e il mutamento delle "circostanze rilevanti", nelle quali è stato concepito come regola capace di proiettarsi nel futuro, può rivelarne l'inerità e mostrare invece l'essenziale dipendenza della regola da quelle circostanze presenti al momento della sua adozione o al più dagli sviluppi che se ne potevano prevedere». Sulla rilevanza del tempo, con particolare riguardo alla fase esecutiva del contratto, nella più recente dottrina, M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto, Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, *passim*; G. IUDICA, *Sorpresa geologica e revisione del contratto*, in G. ALPA, G. CONTE, V. DI GREGORIO, A. FUSARO, U. PERFETTI (a cura di), *La disciplina dell'appalto tra pubblico e privato*, cit., p. 11 ss. Il tema ha suscitato anche l'interesse della dottrina francese: tra gli altri, C. WITZ, *Force obligatoire et durée du contrat*, in AA.VV., *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats* diretto da P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Paris, 2003, p. 175 ss.; A.S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, Paris, 2005, p. 5 ss.; F. BUJOLI, *La durée du contrat*, Thèse, Nice, 2007.

prospettiva - si osserva¹⁵³ - il prolungamento del vincolo contrattuale nel tempo comporta la considerazione della durata quale elemento fondamentale del rapporto tra le parti e, di conseguenza, tra le prestazioni, in quanto strumentale alla tutela del sinallagma, al punto da poter considerare il tempo come mezzo che concorre alla perfetta realizzazione degli interessi dei contraenti¹⁵⁴.

Laddove l'esecuzione non è destinata a esaurirsi *uno actu*, il contratto è più sensibile all'influenza di fattori esterni, di variabili incerte, idonee a influire sull'operazione programmata e incidere sul contratto o sulla perseguibilità degli interessi in esso dedotti. E' agevole comprendere che i rischi di mutamento delle circostanze, tali da creare una divaricazione tra il regolamento contrattuale, statico, e la realtà, dinamica, saranno tanto maggiori quanto più esteso sarà il lasso temporale tra la conclusione e l'esecuzione del contratto¹⁵⁵. Si delinea, così, il concetto di sopravvenienza contrattuale, la quale comprende i fattori successivi alla conclusione del contratto che mutano il contesto in cui il contratto deve essere attuato e impediscono o rendono più difficile la sua esecuzione¹⁵⁶.

¹⁵³ Così, F. MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, cit., p. 84.

¹⁵⁴ G. OPPO, *I contratti di durata*, cit., p. 200 ss., spec. p. 209 ss e 248 ss. In questa prospettiva, si deve osservare che in tutti i rapporti contrattuali può essere individuata una componente temporale che si pone fra la conclusione e la completa esecuzione del contratto, ma solo in alcuni casi il tempo si qualifica come elemento che caratterizza la funzione del contratto, nel senso di concorrere a realizzare l'interesse delle parti nella misura in cui le modalità temporali pattuite siano rispettate. Sul punto, v. anche F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 90 ss.; G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006, p. 19 ss., per il quale, pur essendo inevitabile che nei negozi destinati a protrarsi nel tempo vi sia una connessione tra l'interesse delle parti ed il tempo, l'intensità di questo collegamento varia da fattispecie a fattispecie, così che solo in alcune ipotesi può dirsi che questo fattore è oggetto dell'interesse negoziale. Così, ad esempio, nei contratti ad esecuzione periodica il tempo concorre a determinare la causa del contratto e a definire l'interesse, anch'esso duraturo, dei contraenti. In altri casi, invece, l'influenza del tempo sul rapporto contrattuale non dipende da una scelta dei contraenti, ma da una necessità; ciò accade, ad esempio, nel caso della *locatio operis*, nella quale una parte si obbliga ad eseguire una prestazione di risultato per il cui raggiungimento è indispensabile l'esercizio di un'attività per un certo lasso di tempo: qui il fattore temporale individua semplicemente il momento in cui o entro cui deve essere eseguita una prestazione ed è esterno all'interesse dei contraenti. Nonostante le accennate differenze, l'Autore esclude che la questione delle sopravvenienze debba essere risolta diversamente nelle due categorie di contratti: sia nei contratti di durata in senso stretto (dove il tempo si pone come elemento che qualifica la categoria), sia in quelli che sono "necessariamente" destinati a vivere per un lungo periodo, il tempo è elemento in grado di alterare i termini dell'equilibrio contrattuale, di impedirne la perfetta attuazione e, conseguentemente, di frustrare le attese delle parti (*op. cit.*, p. 24).

¹⁵⁵ Così, F.P. TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003, p. 7. Analogamente, nell'ordinamento francese, J.L. AUBERT e E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, 11^e éd., Paris, 2004, p. 310.

¹⁵⁶ In questo senso, tra gli altri, G. AMORE, *Appalto e claim*, Padova, 2007, p. 19 ss, che include nel concetto di sopravvenienza ogni mutamento dello stato di fatto o di diritto sussistente in sede di stipula e capace di turbare il normale svolgimento del contratto, prima che quest'ultimo abbia avuto piena attuazione.

La tematica è ampia e idonea a comprendere problemi e questioni che fanno capo a istituti e figure giuridiche di carattere eterogeneo: anzitutto, le sopravvenienze contrattuali integrano un fenomeno diverso dalla invalidità del contratto. Quest'ultima investe l'atto e non può che riguardare situazioni esistenti al momento della stipulazione contrattuale, salve alcune ipotesi residuali, come l'invalidità sopravvenuta del contratto per effetto di leggi retroattive. Le sopravvenienze, invece, riguardano l'attuazione del rapporto contrattuale: si tratta di mutamenti attinenti all'andamento del mercato, ad accadimenti naturali, a sopravvenuti interessi delle parti oppure a nuovi interventi legislativi¹⁵⁷. Nel nostro ordinamento si devono distinguere le invalidità riferite al momento genetico dell'accordo e gli squilibri derivanti dallo svolgimento del rapporto contrattuale¹⁵⁸. La nullità, la annullabilità, la rescissione si collegano tutte alla analisi delle circostanze esistenti al momento della conclusione dell'accordo; gli squilibri funzionali, che si verificano nello svolgimento del rapporto contrattuale, rendono operativi altri rimedi, quali la risoluzione del contratto o il recesso per giusta causa. Gli eventi che si verificano durante lo svolgimento del rapporto non possono condurre ad una dichiarazione di nullità del contratto, ma determinano l'attivazione del complesso rimediale previsto per gli squilibri funzionali del rapporto contrattuale.

Nella nozione di sopravvenienza contrattuale, inoltre, non si iscrivono tutti i fatti che sopravvengono al contratto, ma soltanto i fatti oggettivi che non sono imputabili all'attività

¹⁵⁷ G. AMORE, *op. cit.*, p. 19 ss., fa riferimento a «fattori che non comportano l'invalidità del contratto ma ne denunciano la sopravvenuta inattualità del contenuto». In un senso analogo sembra orientato anche E. MINERVINI, *Errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 924 ss., il quale rileva come esula dall'errore rilevante ai fini dell'annullamento del contratto il c.d. errore di previsione, inteso quale falsa rappresentazione di eventi futuri; quest'ultimo, osserva l'Autore, deve essere risolto utilizzando le discusse nozioni di presupposizione e sopravvenienza (*op. cit.*, p. 928), dimostrando, dunque, di tener ben distinte le problematiche inerenti l'invalidità da quelle relative alla sopravvenienze.

¹⁵⁸ Al riguardo, si prospetta la distinzione tra lesione iniziale e sopravvenuta, ovvero tra squilibrio genetico e funzionale tra le prestazioni: nel primo caso vengono in rilievo le problematiche relative al sindacato sulla onerosità del contratto e, quindi, all'incidenza diretta sull'autonomia contrattuale mediante l'individuazione dei suoi limiti; la lesione successiva, invece, afferisce agli eventi sopravvenuti non contemplati nel dettato contrattuale e pone in luce la problematica relativa all'integrazione della volontà delle parti, finalizzata a porre rimedio all'alterazione dell'equilibrio contrattuale originariamente pattuito. Nel prosieguo della trattazione l'indagine sarà limitata all'analisi della lesione successiva, originata dal verificarsi di sopravvenienze contrattuali. In ordine alle problematiche inerenti lo squilibrio genetico tra le prestazioni, si rinvia all'abbondante letteratura esistente: per tutti, cfr. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, già in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 335 ss., ora in ID. (a cura di), *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, cit., p. 443 ss.

delle parti¹⁵⁹. In materia di contratti della pubblica amministrazione, tuttavia, questa conclusione non può essere accolta, almeno non integralmente, là dove si consideri che normalmente le circostanze sopravvenute conseguono ad una nuova manifestazione di volontà del medesimo contraente pubblico¹⁶⁰.

Di fronte a siffatte evenienze, occorre stabilire precisi limiti entro i quali sia consentito alle parti invocare la perturbativa sopravvenuta come causa di liberazione dal vincolo o, eventualmente, come elemento che legittima una revisione del regolamento originariamente pattuito¹⁶¹. Si deve pertanto valutare quale rilevanza hanno, ai fini della caducazione o del mantenimento del rapporto contrattuale, quei fattori che sopravvengono rispetto al momento della conclusione del contratto e alterano in modo significativo l'equilibrio economico preso in considerazione e cristallizzato al momento della stipulazione contrattuale¹⁶².

¹⁵⁹ Non potrà così considerarsi una sopravvenienza l'inadempimento del contratto. Sul punto, G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 10, secondo il quale l'estraneità delle circostanze che alterano l'originario programma contrattuale alla sfera di controllo dei contraenti esclude ogni giudizio in termini di imputabilità. Emerge, dunque, la distinzione tra l'ambito proprio del rischio contrattuale e quello della responsabilità.

¹⁶⁰ Secondo T. GALLETTO, *Clausola rebus sic stantibus*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., XXX, Torino, 1988, p. 396, infatti, «la assoluta *estraneità* che deve sussistere fra il verificarsi della sopravvenienza e la sfera giuridica soggetta al controllo delle parti, in questo particolare settore contrattuale [quello dei contratti ad oggetto pubblico] non è operante, posto che normalmente le circostanze incompatibili con l'adempimento sono frutto di una (nuova) manifestazione di volontà da parte del contraente pubblico. Sotto tale aspetto, pertanto, la peculiarità dei contratti ad oggetto pubblico emerge con evidenza».

¹⁶¹ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 38 ss., rileva che la scelta del contratto di lungo periodo determina una particolare incidenza normativa della durata del contratto, tale da far avvertire l'esigenza di isolare un nucleo di regole e principi che assolvano a diverse finalità: in passato, quella di costruire una disciplina della cessazione del vincolo contrattuale che, nei rapporti di lungo termine, fosse affrancata dall'idea del mutamento delle circostanze di fatto quale evento estintivo delle obbligazioni e fosse invece legata al concetto di risolubilità del contratto. Una volta codificata la regola della risolubilità del vincolo, è emersa l'esigenza di rinvenire strumenti giuridici per garantire il mantenimento in vita del rapporto contrattuale per il tempo stabilito, nel rispetto dell'interesse espresso dai contraenti al momento della conclusione del contratto. Sui limiti di rilevanza delle variazioni nel contratto di appalto, cfr. P. VIRGADAMO, *Variazioni in corso d'opera nel contratto di appalto e rinegoziazione delle condizioni contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2008, 1, II, p. 11 ss.

¹⁶² Tra le questioni operative sollevate dal fenomeno delle sopravvenienze contrattuali occorre, anzitutto, stabilire se sia ancora dovuta la controprestazione nei casi in cui sopravvenga una situazione di fatto, non considerata dalle parti al momento della stipulazione del contratto, tale da impedire ad uno dei contraenti di conseguire il risultato prefissato. E' possibile che la circostanza sopravvenuta, non prevista al momento della stipulazione del contratto e non dedotta come condizione risolutiva nella stipulazione contrattuale, integri un rischio da accollare integralmente alla parte in concreto svantaggiata. In alternativa, la sopravvenienza può integrare un fattore che incide sull'equilibrio contrattuale, al punto da comportare la risoluzione o la revisione del regolamento contrattuale.

2.2. *Segue. Attività contrattuale, sopravvenienze e allocazione del rischio. L'alea normale quale limite alla rilevanza delle sopravvenienze. Alea tipica e alea convenzionale. Cenni.*

Il tema delle sopravvenienze contrattuali impone di affrontare alcune questioni relative alla gestione del rischio contrattuale¹⁶³ e alla individuazione dei criteri della sua distribuzione tra le parti. L'esigenza di controllare l'incidenza delle sopravvenienze è avvertita non solo nel mercato interno, ma anche in quello internazionale, soprattutto a causa dell'instabilità politica ed economica che ha di recente assunto notevoli dimensioni e ha condizionato in molti casi le operazioni di scambio concluse tra *partners* eterogenei¹⁶⁴.

Uno strumento generale di ripartizione e allocazione del rischio si rinviene nell'art. 1467, comma 2, c.c., che esclude la rilevanza del sopravvenuto squilibrio economico, dovuto ad avvenimenti straordinari e imprevedibili, se rientra nell'alea normale del contratto. Al fine di delimitare il possibile ambito di rilevanza delle sopravvenienze, si rende necessaria l'individuazione dei confini di questo criterio legale di ripartizione del rischio contrattuale¹⁶⁵: secondo la definizione contenuta nella Relazione al codice civile,

¹⁶³ Con l'espressione rischio contrattuale ci si riferisce alle possibili divergenze tra il regolamento contrattuale e la realtà esterna. G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 10, definisce il rischio contrattuale come la «conseguenza economica di un evento incerto»: conseguenza che l'iniziativa dei contraenti non giunga a buon fine per sopravvenuta impossibilità e che l'attuazione del progetto economico incorporato nel contratto diventi particolarmente onerosa per una delle parti, in modo tale che nell'area del rischio rientrano tanto le ipotesi di impossibilità sopravvenuta, quanto quelle di eccessiva onerosità sopravvenuta. La configurazione del rischio quale conseguenza economica di un evento incerto è mutuata da V. SALANDRA, *Dell'assicurazione. Art. 1861-1932*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966, p. 235 ss. ed è stata ripresa da numerosi Autori, tra i quali, da M. MANTELLO, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Napoli, 2003, p. 9. In ordine all'inquadramento delle sopravvenienze e dell'istituto della revisione nell'ambito delle problematiche inerenti l'allocazione del rischio contrattuale, P. GALLO, *Revisione del contratto*, in *Dig. Disc. Priv.*, XVII, Torino, 1988, p. 437 ss.

¹⁶⁴ Sull'emersione sovranazionale del fenomeno delle sopravvenienze, C. VACCÀ (a cura di), *Il conflitto del Golfo e i contratti di impresa. Esecuzione, adattamento e risoluzione in uno scenario di crisi*, Milano, 1992, p. 1 ss.; F.P. TRAISCI, *Sopravenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, cit., *passim*. Con particolare riguardo allo sviluppo delle clausole di rinegoziazione, V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, p. 14 ss., al quale si rinvia per le numerose indicazioni bibliografiche, anche straniere. In ordine alla disciplina delle sopravvenienze come elaborata nell'ambito del commercio internazionale una particolare rilevanza hanno assunto i Principi *Unidroit* nonché quelli elaborati dalla Commissione Lando (per la cui analisi, v. *infra*, par. 2.6 e 3.2).

¹⁶⁵ Sulla qualificazione dell'alea normale del contratto, rilevante ai fini della risoluzione per eccessiva onerosità, come rischio puramente economico, V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, p. 443 ss. In tal senso, essa si distingue dal rischio di un contratto aleatorio che è invece inteso come “rischio giuridico-economico”: giuridico nel senso che la prestazione in sé e per sé (a prescindere dal suo costo o valore economico) dipende dal corso degli eventi; economico perché relativo al costo della prestazione dovuta o al valore o all'utilità della prestazione attesa. La connotazione del concetto di alea normale del contratto in termini economici integra un dato che unifica varie concezioni

l'alea normale del contratto integra «il rischio che il contratto comporta a causa delle sue peculiarità: rischio al quale ciascuna parte si sottopone concludendo il contratto»¹⁶⁶.

Non ogni turbamento intervenuto nella fase esecutiva del contratto implica, per ciò solo, una necessaria reazione da parte dell'ordinamento¹⁶⁷: ciò accade allorché l'alterazione

dottrinali: così, A. GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, p. 442, secondo il quale le diverse impostazioni sviluppatesi intorno al concetto di alea normale del contratto sono unificate dalla individuazione di un carattere economico che riguarda «l'incertezza, per effetto del differimento, del vantaggio o danno economico che le parti reciprocamente potranno trarre dal convenuto assetto di interessi». In passato, T. ASCARELLI, *Aleatorietà e contratti di borsa*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1958, I, p. 435 ss., affermava che l'espressione alea normale allude al rischio economico definito in funzione dei diversi eventi che possono influire sul contratto concretamente concluso (*op. cit.*, p. 448). S. POLIDORI, *Aleatorietà e commutatività nell'appalto*, in P. PERLINGIERI e S. POLIDORI (a cura di), *Domenico Rubino, II. Singole fattispecie negoziali*, Napoli, 2009, p. 777 ss., ha di recente messo in luce che già Domenico Rubino, nella seconda edizione de *L'appalto* (D. RUBINO, *L'appalto*, 2^a ed., in *Tratt. dir. civ. italiano* diretto da Vassalli, VII, t. 3, Torino, 1951, p. 129 ss.), aveva esaminato compiutamente la distinzione tra aleatorietà e alea economica, qualificando come contratti aleatori in senso proprio solo quelli nei quali, al momento di conclusione del contratto, è incerto se sarà dovuta la prestazione di una delle parti o quale ne sarà l'entità obiettiva (intendendo per entità obiettiva la natura e la quantità dell'oggetto della prestazione e non il suo valore economico). Diversamente, l'art. 1467 c.c., mediante il richiamo all'alea normale del contratto, farebbe riferimento a un concetto di alea in senso meramente economico, in virtù della quale il valore obiettivo, o il costo effettivo di una delle prestazioni può risultare inferiore al valore della controprestazione: «il rapporto corre qui non fra l'entità obiettiva delle due prestazioni, ma fra il loro valore economico» (*op. cit.*, p. 130). Polidori sottolinea la fondamentale intuizione, nient'affatto scontata all'epoca, secondo la quale il rischio di concludere un affare in perdita rispetto alle aspettative -l'alea economica- è propria di ogni contratto e di regola non dà luogo ad una reazione dell'ordinamento in favore del contraente che ne rimane colpito, potendo divenire rilevante solo in virtù di apposite norme e nei loro limiti, ovvero la rescissione nei contratti ad esecuzione istantanea e la risoluzione per eccessiva onerosità in quelli di durata (S. POLIDORI, *Aleatorietà e commutatività nell'appalto*, cit., p. 788 ss.). Sul concetto di alea normale, v. anche, G. ALPA, *Rischio contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1148 ss.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, rist. 1975, p. 7 ss.; ID., *Ratio legis dell'art. 1467, risoluzione eccessiva onerosità, alea normale del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, II, 1, p. 5; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 191 ss.; A. BOSELLI, *Alea*, in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino, 1957, p. 475 ss.; E. GABRIELLI, *Alea*, in *Enc. Giur.* Treccani, Roma, 2000, p. 4 ss.; R. NICOLÒ, *Alea*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 1025 ss.

¹⁶⁶ Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale, n. 245. Nella relazione al codice (n. 665) si spiega anche che l'adozione di una rigida valutazione obiettiva del concetto di eccessiva onerosità «esclude il pericolo di eccessi» in quanto essa «non opera quando non è superata l'alea normale del contratto (art. 1467, secondo comma)». Secondo M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 394, l'intenzione dei redattori del codice era di adottare il principio rigoroso secondo il quale, con la sola eccezione del caso di sopravvenienza dell'imprevedibile, il debitore è tenuto fino al limite dell'impossibilità. Per F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 260, il concetto di alea normale «in concreto, implica un giudizio di ragionevolezza, dal punto di vista commerciale (per quanto riguarda l'analisi del rapporto tra le prestazioni) e perciò di normalità, per rimanere fedeli all'espressione codicistica, che, a sua volta, presuppone l'inquadramento del contratto nell'ambito del particolare settore di mercato e nello specifico frangente economico».

¹⁶⁷ Così, G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 12. La dottrina evidenzia come ogni rischio che incide sul contratto è idoneo a produrre un'alterazione della causa contrattuale. Infatti, anche se l'alea è un momento marginale o eventuale del contratto, è pur sempre un elemento che concorre a determinare l'interesse concretamente perseguito, incidendo sulla causa concreta del contratto. In tal senso, ad esempio, V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, p. 113, il quale ritiene che l'ordinamento assoggetta i contratti ad un «controllo di funzionalità», inteso a reagire, con appropriati rimedi, alle ipotesi in cui si verificano circostanze che impediscono al contratto di realizzare (convenientemente) l'operazione economica con esso perseguita, perché – in forza di quelle circostanze – gli

dell'equilibrio tra le prestazioni supera un determinato limite, oltre il quale non si può pretendere che il contraente svantaggiato esegua la prestazione nei termini originariamente pattuiti¹⁶⁸. Si tratta di stabilire se un contratto, la cui economia sia stata sconvolta da accadimenti non prevedibili, debba continuare o meno a produrre i suoi effetti e fino a che punto il contraente danneggiato dalle sopravvenienze debba considerarsi vincolato alle originarie pattuizioni e sopportare il rischio del futuro¹⁶⁹.

Si rileva che, ai sensi dell'art. 1467 c.c., integra un onere delle parti prevedere che il decorso del tempo può determinare un mutamento favorevole o sfavorevole delle originarie condizioni contrattuali ed è accollato al singolo contraente il rischio che avrebbe potuto - e, quindi, dovuto - prevedere, in applicazione di un criterio di autoresponsabilità¹⁷⁰.

effetti che il contratto dovrebbe produrre non corrispondono alle ragionevoli aspettative e ai progetti concordemente formulati dalle parti nelle loro scelte di autonomia privata. Analogamente, A. BOSELLI, *Alea*, cit., p. 468 ss., il quale, dopo aver messo in luce che il trattamento giuridico degli effetti del rischio dipende dal suo grado di incidenza sulla causa del contratto, ritiene sussistente in ciascun negozio una zona di "immunità" e "tolleranza" - l'alea normale- entro la quale gli effetti del rischio possono dirsi compatibili con la causa, in quanto non pervengono ancora ad alterarla. Pertanto, il concetto di alea normale è assunto dal legislatore per denotare una relazione di convenienza e compatibilità fra un rischio estraneo allo scambio contrattuale e la causa tipica del contratto stesso, là dove quella dell'alea propriamente detta riposa sopra una relazione che è di necessità (*op. cit.*, p. 476). In giurisprudenza, sul punto, Cass., 15 dicembre 1984, n. 6574, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, p. 1706, con nota di E. GABRIELLI, *Tipo negoziale, prevedibilità dell'evento e qualità della parte nella distribuzione del rischio contrattuale*. In senso parzialmente diverso, R. NICOLÒ, *Alea*, cit., p. 1025, secondo il quale l'alea esiste sempre al momento in cui si perfeziona il contratto, non potendosi mai escludere che vicende economiche sopravvenute alterino la situazione di equilibrio stabilita dalle parti, ma essa non si inserisce nel contenuto del contratto, sì da qualificarne la funzione, rimanendo ad esso estrinseca, per quanto di fatto connessa con lo svolgimento esecutivo del rapporto contrattuale (*op. cit.*, p. 1026).

¹⁶⁸ Sulle ragioni sottese all'idea che il rischio delle sopravvenienze resti a carico della parte svantaggiata, ove non raggiunga la consistenza indicata dall'art. 1467 c.c., G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, in *Digesto civ.*, *Agg.*, t. II, Torino, 2003, p. 1200 ss. e ID., *La rinegoziazione*, in *Contr. impr.*, Saggi 2/2002, p. 774 ss., L'Autore sottolinea che da tempo il contratto rappresenta il punto di equilibrio delle opposte tendenze dei contraenti, ognuno dei quali giunge all'accordo concedendo all'altro il minimo e raggiungendo il massimo utile che la trattativa ha consentito. In tale ottica, il rischio delle sopravvenienze, al di fuori dei limiti di rilevanza che la legge gli assegna, «costituisce una semplice conseguenza dell'accordo stesso, perché grava su ognuno dei contraenti l'alea che l'affare da lui concluso non si riveli, in definitiva, così proficuo come sperava» (*op. cit.*, p. 1205), essendo onere delle parti appunto di regolare con il contratto la ripartizione del rischio stesso (sul punto, si v. anche, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 192; E. GABRIELLI, *Alea*, cit., p. 4 ss.; F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, pp. 216-217 e 374 ss.; R. NICOLÒ, *Alea*, cit., p. 1027). La giurisprudenza (Cass., 17 luglio 2003, n. 11200, in *Rep. Foro it.*, 2003, *Contratto in genere*, n. 584), in riferimento ad un contratto di finanziamento in valuta estera, ha ricondotto l'oscillazione del cambio nell'alea normale, chiarendo che: «L'alea normale di un contratto, che, a norma del 2° comma dell'art. 1467 c.c., non legittima la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, comprende anche le oscillazioni di valore delle prestazioni originate dalle regolari e normali fluttuazioni del mercato».

¹⁶⁹ Cfr. G. ALPA, *Rischio contrattuale*, cit., p. 1148, per il quale le regole che presiedono a siffatte decisioni rispondono a criteri di giustizia sostanziale nei rapporti tra le parti e sono dirette a garantire un razionale andamento dell'intero sistema delle operazioni economiche, ponendosi, in questo senso, quali regole di buon funzionamento del mercato.

¹⁷⁰ In tal senso, tra gli altri, G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 13. Cfr. M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 352, afferma

Allo stesso tempo, però, non bisogna necessariamente concludere per l'irrelevanza di tutte le sopravvenienze che non assumano la consistenza che la legge prende in esame per intervenire sul contratto e non siano state oggetto di patto¹⁷¹. Tale ultima conclusione si fonderebbe sull'assunto che l'interpretazione *a contrariis* dell'art. 1467 c.c. imponga di ritenere irrilevante ogni sopravvenienza che non sia imprevedibile e straordinaria.

l'esistenza di un indiscutibile principio di "sopportazione del rischio di gestione", in conseguenza del quale il singolo contraente non può addossare ad altri il rischio di errori di previsione nei calcoli sulla economicità della gestione e sullo stato del mercato. In tal senso si esprime anche la giurisprudenza allorché nega, ad esempio, l'annullamento del contratto in caso di errore sulla convenienza economica del contratto (Trib. Ravenna 17 novembre 1989, *Arch. civ.*, 1990, p. 618. Sulla irrilevanza dell'errore sul valore della prestazione e sulla convenienza economica del contratto, per l'assenza della essenzialità, E. MINERVINI, *Errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede contrattuale*, cit., p. 924 ss.; l'opinione è stata ribadita dal medesimo Autore anche di recente, in materia di patto di famiglia: N. DI MAURO, E. MINERVINI, V. VERDICCHIO, *Il patto di famiglia. Commentario alla Legge 14 febbraio 2006, n. 55* a cura di E. MINERVINI, Milano, 2006, p. 136-137) o quando indica che la sproporzione tra i valori delle prestazioni sia causa di annullamento solo se determinata da violenza (Cass., 10 marzo 1994, n. 2325, in *Rep. Foro it.*, 1994, *Contratto in genere*, n. 453: «La sproporzione del valore economico delle prestazioni che hanno formato oggetto di un rapporto di scambio acquista rilevanza, ai fini dell'annullamento del contratto, ai sensi dell'art. 1438 c.c., solo se lo squilibrio a danno di un contraente sia l'effetto di una coartazione della sua volontà determinata dalla minaccia dell'altro contraente di far valere un diritto per conseguire un risultato diverso ed esorbitante da quello che avrebbe potuto conseguire con l'esercizio di tale diritto»), confermando come non esista un principio di necessaria equivalenza economica tra le prestazioni (*ex multis*, M. BESSONE, *op. cit.*, p. 359 e C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3. *Il contratto*, 2ª ed., Milano, 2000, p. 490 e 591). Anche di recente, la Suprema Corte ha affermato che: «Nei contratti a prestazioni corrispettive, ad esecuzione continuata, periodica o differita, ciascuna parte assume su di sé il rischio degli eventi che alterino il valore economico delle rispettive prestazioni, entro i limiti rientranti nell'alea normale e che ciascun contraente, alla stregua della dovuta diligenza, avrebbe dovuto tener presenti al momento della stipulazione; ne consegue che non assume rilievo la sopravvenienza di circostanze prevedibili che rendano comunque eccessivamente gravoso l'adempimento della prestazione, vertendosi in tal caso non già in tema di alterazione dell'economia contrattuale, bensì d'inadempimento: così, Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Contratto in genere*, n. 583 e in *Giur. it.*, 2008, p. 326. In materia di appalto, v. Cass., 23 novembre 1999, n. 12989, in *Rep. Foro it.*, 1999, *Appalto*, n. 33, ove si precisa che presupposto per il diritto dell'appaltatore all'equo compenso, ai sensi dell'art. 1664, comma 2, c.c. è non solo la mancata previsione nel contratto d'appalto delle difficoltà di esecuzione dell'opera, ma anche la loro imprevedibilità al momento della stipulazione, sulla base della diligenza media richiesta dall'attività esercitata. La disposizione in esame, infatti, costituisce una specificazione del principio di cui all'art. 1467, comma 2, c.c., in virtù del quale ciascuna parte assume il rischio degli eventi che alterino il valore economico delle rispettive prestazioni, entro i limiti rientranti nell'alea normale del contratto, nel cui ambito, con riferimento all'appalto, vanno ricondotti gli eventi indicati dal 2° comma dell'art. 1664, ove non siano stati imprevedibili secondo l'accennata diligenza. Il parametro della imprevedibilità, valutato da un punto di vista oggettivo, è considerato da P. VIRGADAMO, *Variazioni in corso d'opera nel contratto di appalto e rinegoziazione delle condizioni contrattuali*, cit., p. 11 ss., quale criterio di individuazione del limite minimo dell'ambito applicativo della disciplina codicistica delle variazioni in corso d'opera; le modificazioni prevedibili, relative a particolari secondari apportati al progetto, invece, non costituiscono delle variazioni in senso tecnico. In effetti, secondo l'Autore, per definire una variazione imprevedibile, con conseguente assoggettamento alla disciplina delle variazioni in corso d'opera, deve rilevarsi una sua "apprezzabile entità": la variazione, cioè, deve costituire un *quid novi* rispetto all'originario disegno concordato.

¹⁷¹ G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, cit., p. 1206, il quale evidenzia come nella prospettiva tradizionale ogni evento non considerato tra le regole dell'accordo rappresenterebbe un rischio assunto, o comunque da sopportare, per il semplice fatto che non è stato oggetto di determinazione e, dunque, di valutazione economica che ne accollasse gli effetti alla parte diversa da quella in concreto svantaggiata dal corso degli eventi.

L'affermazione, però, non appare giustificata, in quanto la disposizione non consente di inferire una serie di regole valide per le circostanze diverse da quelle menzionate, né di sancirne l'irrilevanza. L'art. 1467 c.c., infatti, è dettato per individuare le ipotesi in cui il contratto è divenuto eccessivamente oneroso ai soli fini della risoluzione del contratto, ma non consente altre e diverse valutazioni, per le quali si tratta, semmai, di verificare quale diversa disciplina risulti applicabile¹⁷².

La misura della rilevanza delle circostanze sopravvenute - che consente di delimitare la normale alea contrattuale - deve essere verificata alla luce del contratto effettivamente stipulato tra le parti¹⁷³. Al fine di determinare il soggetto a carico del quale vanno allocati i rischi delle sopravvenienze si possono utilizzare diversi indici, quali, ad esempio, il tipo contrattuale prescelto e lo specifico contenuto elaborato dai contraenti. Il primo parametro induce il riferimento a un'alea contrattuale "tipica"¹⁷⁴ e pone in luce come l'adozione di determinati modelli contrattuali consenta di definire le conseguenze che fanno carico a ciascuno dei contraenti, ossia il rischio economico, non prevedibile, né esplicitamente assunto, che il contratto comporta in virtù delle proprie caratteristiche¹⁷⁵. Il secondo

¹⁷² In tal senso, M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 48-51 e 394 ss.

¹⁷³ E. GABRIELLI, *Alea*, cit., p. 4.

¹⁷⁴ O. CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale. Contributo a una revisione della dottrina dell'eccessiva onerosità*, Milano, 1979, p. 182 parla di "alea convenzionale implicita". Per R. NICOLÒ, *Alea*, cit., p. 1026, questo rischio sussiste sempre in presenza di un'apprezzabile soluzione di continuità tra il sorgere del rapporto contrattuale e la sua attuazione, ma può essere modesto o invece assumere una certa rilevanza a seconda del tipo contrattuale prescelto (ciò accade, ad esempio, nell'appalto). Il margine di rischio accollato ai singoli contraenti, pertanto, non è definibile *a priori* con criteri astratti, essendo necessaria una valutazione concreta - rimessa al prudente apprezzamento del giudice - sulla incidenza dei fattori implicanti un rischio economico connessi allo specifico contratto. Per V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, cit., p. 1024, l'alea dipende in primo luogo dal tipo contrattuale, poiché ogni tipo di contratto incorpora un diverso piano di ripartizione dei rischi fra i contraenti. Così, ad esempio, in materia di contratto di appalto e, in particolare, in tema di variazioni in corso d'opera, v. P. VIRGADAMO, *Variazioni in corso d'opera nel contratto di appalto e rinegoziazione delle condizioni contrattuali*, cit., p. 11 ss., il quale delinea un limite minimo entro il quale non parlarsi correttamente di «variazioni», costituito dalle modificazioni cc.dd. «prevedibili» (relative a particolari secondari, la cui opportunità si rende palese solo nel corso dell'esecuzione) ed un limite massimo, oltre il quale non può più configurarsi una variazione ai sensi degli art. 1659-1661 c.c., costituito dai c.d. «lavori extracontrattuali» (casi in cui le modifiche concordate tra le parti siano tali da realizzare, per la loro radicale difformità rispetto al progetto originario, la stipula di un nuovo contratto). Su quest'ultimo aspetto, v. anche R. DAMONTE, *Le varianti nell'appalto di lavori pubblici*, in G. MUSOLINO (diretto da), *L'appalto pubblico e privato*, II, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, 2002, p. 71 ss.

¹⁷⁵ L'individuazione del tipo contrattuale consente, secondo G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 17, di valutare l'alea compatibile con la causa di quel contratto e stabilire entro quale misura il rischio negoziale sia addossabile a ciascuno dei contraenti; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 3, partendo dal dato in base al quale il tipo contrattuale incorpora un piano di distribuzione del rischio, afferma che la scelta del tipo è ricerca del mezzo adatto a ridurre l'entità del rischio da sopportare. Per G. ALPA, *Rischio contrattuale*, cit., p. 1150 «con la scelta del tipo si pre-giudica, già *ab origine*, il piano di distribuzione dei rischi tra le parti». Contrario all'affermazione secondo

criterio, invece, concerne l'eventuale ripartizione convenzionale del rischio¹⁷⁶. Le parti, in effetti, possono risolvere preventivamente la problematica relativa all'individuazione del soggetto che deve sopportare le conseguenze dei mutamenti delle condizioni contrattuali, mediante apposite clausole che assolvono la funzione di ampliare o limitare il rischio delle sopravvenienze a carico di ciascuno dei contraenti¹⁷⁷. Le questioni poste da tali clausole attengono alla configurabilità e ai limiti della libertà delle parti circa la loro elaborazione,

cui la scelta del tipo contrattuale integra un parametro di allocazione del rischio, è F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., p. 33 ss., il quale ritiene inopportuno parlare di allocazione convenzionale del rischio mediante la scelta del tipo negoziale, in considerazione del frequente ricorso a schemi contrattuali atipici: con maggior realismo, sarebbe corretto parlare di allocazione giudiziale del rischio contrattuale, attraverso l'opera di qualificazione e di tipizzazione dell'interprete (*op. cit.*, p. 34). Analogamente, E. GABRIELLI, *Alea*, cit., 2000, p. 4, secondo cui solamente in relazione al "contratto in concreto" può giudicarsi quale sia l'alea normale.

¹⁷⁶ In tal senso pare quindi esatta l'osservazione secondo cui la tutela dell'interesse di un contraente si risolve nell'accollo di un obbligo o di un rischio all'altro contraente, che ne accetta il peso solo nella misura in cui ne ricava un corrispettivo, sicché il contratto è «insieme di questo reciproco accollo di rischi ed obblighi, l'equilibrio di essi ed una correlativa distribuzione dei costi»: M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 272-273. La giurisprudenza avalla tale ricostruzione, laddove ammette che anche per i contratti cosiddetti commutativi le parti ben possono prefigurarsi la possibilità di sopravvenienze, che possono incidere sull'equilibrio delle prestazioni, ed «assumerne, reciprocamente o unilateralmente, il rischio, modificando in tal modo lo schema tipico del contratto commutativo e rendendolo per tale aspetto aleatorio, con l'effetto di escludere, nel caso di verifica di tali sopravvenienze, l'applicabilità dei meccanismi riequilibratori previsti dall'ordinaria disciplina del contratto (art. 1467 e 1664 c.c.)»: Cass., 26 gennaio 1993, n. 948, *Giust. civ.*, 1993, I, p. 3021 con nota di M. COSTANZA, *Minimo garantito o rinuncia alla revisione prezzi?* (Nella fattispecie la Suprema Corte ha ritenuto che un contratto intervenuto tra l'amministrazione delle finanze ed un'impresa, avente ad oggetto la pubblicità, distribuzione e vendita di biglietti delle lotterie nazionali, fosse aleatorio e ha quindi escluso l'applicabilità dell'art. 1664, 1° comma, c.c., dato che tale contratto prevedeva l'obbligo per l'impresa di garantire all'amministrazione un incasso corrispondente ad un minimo di biglietti venduti ed il pagamento di un minimo di massa premi).

¹⁷⁷ Esempi di tale clausole sono quelle di indicizzazione o revisione del corrispettivo. In giurisprudenza, v. Trib. Torino, 15 ottobre 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 135, in *Foro it.*, 1998, I, 616, con nota di F. MACARIO; in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, II, 447, con nota di R. MANGANO, *Prestiti in Ecu e risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*. Nella pronuncia, in particolare, l'alterazione del cambio lira/ecu è stata ritenuta un evento rientrante, per espressa e comune previsione negoziale, nell'alea normale del contratto, così come costruito e voluto dagli stipulanti nell'estrinsecazione della loro privata autonomia; ne è conseguita l'esclusione della disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta e della riduzione della prestazione dovuta ad equità che non si applica ai contratti aleatori per volontà delle parti, in cui apposite clausole introducono elementi di rischio idonei ad ingenerare squilibrio nel rapporto tra costi e benefici contrattuali. Più in generale, assumono rilievo le clausole di rinegoziazione, di *force majeure*, ovvero di *hardship*. Sul punto, v. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 258 ss., spec. 259 e 260, che, distinguendo tra alea normale e convenzionale, rileva che la mera predisposizione di clausole di adeguamento (nella maggior parte dei casi rappresentata dall'indicizzazione del valore della prestazione) non è sufficiente a eliminare la rilevanza dell'alea "normalmente" correlata a contratti di un certo tipo: la coesistenza della disciplina legale e del sistema convenzionale di allocazione di una parte del rischio non influisce, in via diretta, sulla valutazione dell'alea normale, il cui limite si colloca pertanto in un certo punto, indipendentemente dall'esistenza delle clausole, la presenza di una clausola di adeguamento potrà comportare un ulteriore onere interpretativo in relazione alla sua formulazione ed alla sua operatività in concreto (*o.n.c.*, p. 260, n. 51). Per l'analisi delle clausole di rinegoziazione e delle relative problematiche v., *infra* cap. III.

nonché alla efficacia riconosciuta a queste pattuizioni¹⁷⁸. Diversamente, in assenza di un'indicazione pattizia, è necessario integrare la volontà dei contraenti: l'ordinamento deve intervenire tramite regole suppletive, tali da garantire che i costi della sopravvenienza siano distribuiti in modo conforme agli obiettivi perseguiti dall'ordinamento¹⁷⁹.

Alla luce delle precedenti considerazioni, emerge che l'alea normale, idonea a escludere l'operatività dei rimedi risolutivi e conservativi, rappresenta «l'incertezza economica del risultato economico dell'affare concluso» e integra la soglia entro la quale i rischi legati al futuro restano sempre e comunque in capo a ciascun contraente che, pertanto, se ne fa carico¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Tra gli altri, M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in AA.VV. *Inadempimento, adattamento e arbitrato. Patologie del contratto e rimedi* (contributi raccolti da U. DRAETTA e C. VACCÀ), Milano, 1992, p. 311 ss, la quale rileva come gli strumenti di gestione convenzionale delle sopravvenienze pongono il problema della disponibilità da parte dei privati dell'alea del contratto. Considerando il contratto come mezzo di espressione della libertà dei soggetti, non si dubita della possibilità di introdurre clausole che diminuiscano o aumentino l'alea tipica del contratto, le quali, al più, ove superino i limiti di elasticità del tipo contrattuale, potrebbero determinare una diversa qualificazione giuridica dell'operazione economica. Ma – si rileva – l'astratta legittimità di tali clausole non vale ai fini della determinazione dei margini di liceità delle clausole di amministrazione convenzionale delle sopravvenienze.

¹⁷⁹ Così, F.P. TRASCÌ, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, cit., p. 9, il quale sottolinea il ruolo fondamentale assunto, in questo ambito, dalla volontà delle parti, in quanto il problema della ripartizione del rischio della sopravvenienza si pone, in via di principio, solo in assenza di una manifestazione di volontà in proposito. In ordine agli obiettivi perseguiti dall'ordinamento in base ai quali procedere alla ripartizione del rischio tra le parti, l'Autore ritiene rilevanti, tra gli altri, l'equilibrio tra le parti, l'equità, o l'obiettivo della efficienza economica. In tal senso, anche P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, p. 209, secondo il quale in assenza di diverse indicazioni dei contraenti, l'efficienza economica integra indubbiamente uno dei criteri più importanti mediante i quali allocare i maggiori oneri. Secondo G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, cit., p. 1206, in tale ambito alla buona fede viene assegnata la funzione decisiva di fungere da criterio di valutazione del caso concreto, in relazione a quello che è il normale comportamento del contraente medio in situazioni analoghe (*id quod plerumque accidit*), giacché il mero riferimento a determinazioni astratte potrebbe risultare incongruo perché non tiene conto delle scelte operate dalle parti; così, anche R. NICOLÒ, *Alea*, cit., p. 1026 ss.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 337-342.

¹⁸⁰ Così, G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 18-19, il quale distingue tra il concetto di alea normale e quelli di straordinarietà, imprevedibilità o eccessiva onerosità della prestazione: il primo integra il criterio che consente di valutare in che termini la straordinarietà e l'imprevedibilità sono rilevanti per l'ordinamento, così come, rispetto alla nozione di eccessiva onerosità, individua il livello oltre il quale l'aggravio di costo della prestazione diventa incompatibile con la funzione del contratto. Secondo E. GABRIELLI, *Alea*, cit., p. 5, l'alea normale del contratto segna, in definitiva, la misura entro la quale è possibile sopportare delle alterazioni della funzione contrattuale, senza alterare il punto di equilibrio tra le rispettive prestazioni, fissato nella causa concreta del contratto: l'alea normale, quindi, è una nozione più circoscritta rispetto al rischio contrattuale, individuando la distribuzione del rischio all'interno di ogni singolo contratto. G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, cit., p. 1207 conclude nel senso che le sopravvenienze inidonee a determinare lo scioglimento del rapporto non restano necessariamente a carico del soggetto dalle stesse danneggiato, poiché l'accertamento circa il trasferimento del rischio economico sulla controparte è subordinato alla concreta valutazione dell'accordo. L'Autore, inoltre, evidenzia come, in base all'analisi economica del diritto, è possibile distinguere tra rischi prevedibili ed imprevedibili: i primi, in assenza di diversa previsione, dovrebbero rimanere a carico della parte che può prevenirli con il minor costo; ove invece si tratti di circostanze imprevedibili, questa regola non può funzionare: in tal caso la

2.3. *Segue. Contratti di durata e rapporti a lungo termine. La teoria dei contratti relazionali. L'autonomia della fase esecutiva del rapporto contrattuale.*

Le riflessioni sulle sopravvenienze e sul rischio contrattuale riguardano una determinata fenomenologia contrattuale, che, seppur ampia, presenta come comuni denominatori il protrarsi del vincolo obbligatorio nel tempo e la natura complessa del rapporto. L'estensione temporale rende il contratto esposto in maggior misura a fattori esterni perturbatori, mentre la complessità della relazione esclude che il rapporto si esaurisca in un contratto isolato o occasionale e, di frequente, la finalità perseguita implica la realizzazione di un risultato non altrimenti conseguibile se non attraverso un'operazione complessa. Ciò presuppone il più delle volte una serie di contratti finalizzati al raggiungimento di un obiettivo economico di portata generale, con conseguente incidenza dell'evento sopravvenuto sull'intera operazione economica programmata.

Il riferimento immediato è costituito dalla categoria – di matrice dottrinale – dei contratti (*rectius*, rapporti) di durata¹⁸¹. La diversità degli interessi dei contraenti che

rinegoziazione del contratto, appare più ragionevole rispetto ad un comportamento di mera passività (rassegnarsi alla sopravvenienza o chiedere lo scioglimento del vincolo).

¹⁸¹ L'autonomia concettuale della categoria dei contratti di durata è stata a lungo discussa dalla dottrina. Imprescindibile è il rinvio a G. OPPO, *I contratti di durata*, cit., p. 200 ss., il quale, nell'ambito di una indagine sui rapporti contrattuali collegati alla organizzazione della attività economica imprenditoriale, si interroga sulla esistenza di tale categoria contrattuale, nonché sulla possibilità di individuare regole e principi che operano con particolare o esclusivo riferimento a questa realtà. In ordine all'espressione "contratti di durata", l'Autore osserva che la sua fortuna è dovuta «più alla concisione che alla proprietà della formula» (*op. cit.*, p. 203), poiché, in senso proprio non è il contratto, ma il rapporto ad essere di durata; pur non escludendo che la caratteristica della durata possa attenersi anche alla formazione del contratto, si sottolinea la sua peculiare attinenza all'esecuzione del contratto, così che la durata «non attiene al negozio come fonte del rapporto ma al rapporto come effetto del negozio» (*op. cit.*, p. 203-204). D. RUBINO, *L'appalto*, cit., p. 295, suggerisce l'individuazione di una terza categoria intermedia, nella tradizionale bipartizione in obbligazioni ad esecuzione istantanea e obbligazioni di durata: i contratti «ad esecuzione prolungata»; sul punto, v. anche M. PENNASILICO, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta dell'appalto tra scioglimento del rapporto e revisione del prezzo*, in P. PERLINGIERI e S. POLIDORI (a cura di), *Domenico Rubino, II. Singole fattispecie negoziali*, cit., p. 831; O. CAGNASSO, *Rilevanza del tempo e disciplina delle sopravvenienze nell'appalto*, *ivi*, p. 864. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, Tomo II, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, 2^a ed., Torino, 2006, p. 1860, qualifica la categoria dei contratti di durata come un *genus*, ma precisa che i rapporti nascenti da tali contratti sono suscettibili, a loro volta, di ulteriori specificazioni in funzione dell'assetto di interessi concretamente risultante dal contratto: tra le specie più significative vi è quella dei «contratti a lungo termine, ampiamente metabolizzati tanto nel gergo dei giuristi tedeschi come *langfristige Verträge*, quanto in area di *common law* come *long term contracts*». Nell'ordinamento francese, con riguardo alla rilevanza del fattore temporale, viene in rilievo la distinzione tra *contrats à exécution instantanée* e *contrats successifs*, sulla quale, tra gli altri, v. J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 2004, p. 2163; L. AYNÈS, *L'imprévision en droit privé*, in *Revue de jurisprudence commerciale*, 2005, p. 399, che ritiene opportuno inquadrare la questione della rilevanza delle sopravvenienze idonee ad alterare l'economia del contratto, ovvero dell'*imprévision*, non nella teoria dell'obbligazione, bensì in quella dei contratti di durata.

predispongono una relazione contrattuale a lungo termine rispetto a quanti stipulano un contratto istantaneo si manifesta là dove si consideri che i primi esprimono direttamente nel contratto la pianificazione della loro attività economica¹⁸².

Questa tipologia di rapporti potrebbe confluire in un nuovo modello teorico di contratti - di derivazione nord-americana - definiti *relational contracts* ovvero contratti relazionali¹⁸³. Il progressivo sviluppo dei contratti a lungo termine - si sottolinea¹⁸⁴-

¹⁸² Così, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 57, il quale rileva l'emersione di una diversa e più ampia concezione del contratto rispetto a quella tradizionalmente adottata nello studio dei rapporti patrimoniali tra privati, ove il contratto è essenzialmente finalizzato al trasferimento reciproco della ricchezza. Diversamente, in un mercato che tende a realizzare non solo lo scambio dei beni ma prevalentemente la circolazione di servizi, la struttura tradizionale del contratto traslativo integra solo una parte delle transazioni tra gli operatori, i quali spesso optano per strutture giuridiche negoziali che consentono la pianificazione dell'attività d'impresa per la realizzazione di un risultato di interesse comune.

¹⁸³ Secondo F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit., p. 1863: «[D]all'esame di questa realtà contrattuale, che mette bene in luce il nesso fra contratto e tempo (della sua esecuzione) ovvero la duplice prospettiva, sincronica e diacronica, del diritto dei contratti, è breve il passo verso la dottrina, di matrice nordamericana e di stampo sociologico dei *relational contracts*, con il superamento della visione atomistica dello scambio». La figura del contratto relazionale, indicata come alternativa al contratto di scambio istantaneo, si è affermata negli Stati Uniti circa venti anni fa. Una corrente di pensiero nord-americana ha elaborato un modello teorico di contratto che, sulla base della osservazione empirica, da un lato, della realtà microeconomica e, dall'altro, della negoziazione invalsa fra gli operatori di determinate aree del mercato, fosse maggiormente aderente alle modalità di svolgimento dei rapporti sociali tra gli individui di una collettività rispetto allo schema contrattuale tradizionale, quello dello scambio istantaneo. Sugli sviluppi di questa teoria, cfr. ID., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., spec. p. 54 ss., anche per le ampie indicazioni bibliografiche sugli esponenti più significativi della ricostruzione teorica del contratto come modello relazionale, tra i quali, si citano gli studi di I.R. MACNEIL, *The new social contract*, Yale University Press, New Haven, 1980; ID., *Relational contract: What we do and we do not know*, in *Wisconsin Law Review*, 1985, Vol. 3 pp.483-525; nonché S. MACAULEY, *Non contractual relations in Business: A Preliminary Study*, in *American Sociological Review*, 1963, Vol. 28, n. 1, p. 55-67; ID., *An empirical view of Contract*, in *Wisconsin Law Review*, 1985, vol. 5, p. 465-482. Il rapporto nascente dal contratto relazionale non presenta unicamente la caratteristica temporale della lunga durata; quest'ultima, infatti, integra il presupposto per conferire al contratto una rilevanza sociale particolare. Dal punto di vista giuridico, il contratto si pone all'origine di una relazione continuativa tra i contraenti che non può non essere governata da regole, di fonte convenzionale o legale, volte ad assicurare la realizzabilità del risultato finale. La proposta qualificazione di tali rapporti quali "contratti relazionali" evidenzerebbe i due caratteri già indicati nel testo: a) "relazione" che lega il contratto con il tempo (lungo) di esecuzione del rapporto, rendendolo più sensibile all'influenza di fattori esterni; b) relazione che si instaura tra le parti nei rapporti complessi e continuativi, ponendo in primo piano il valore giuridico della solidarietà tra i contraenti i quali si trovano legati da un vincolo più affine a quello instaurato dai contratti associativi che non dai contratti di scambio: così, V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro Amministrativo - TAR*, 2006, p. 1913. Poiché gli elementi caratteristici delineati si riscontrano in molti rapporti contrattuali, i sostenitori della categoria dei contratti relazionali giustificano l'elaborazione di un *genus*, di una tipologia contrattuale diversa da quella dello scambio isolato, che invece corrisponderebbe al modello di contratto oggetto delle tradizionali elaborazioni giuridiche.

¹⁸⁴ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 58: «Nell'approccio al contratto non più soltanto come strumento giuridico dello scambio economico, finalizzato alla massimizzazione dell'utilità del singolo operatore, bensì anche come fenomeno associativo inteso al conseguimento di un risultato (o scopo) comune, si ripresenta il rapporto tra atto e attività, dove il primo termine fotografa la vicenda contrattuale *stricto sensu* intesa, mentre il secondo è strettamente legato al fenomeno associativo. E non si può negare che l'atto risulti difficilmente isolabile dall'attività, di modo che s'impone, di fatto, una valutazione globale dell'attuazione, dell'impegno assunto (cioè, l'attività) e della sua origine pattizia (cioè, l'atto)».

manifesta il passaggio da una logica di puro scambio a una logica di tipo associativo, finalizzata al conseguimento di uno scopo comune. Questa evoluzione consente di cogliere la distinzione tra le c.d. *discrete transactions* (operazioni isolate che comprendono in genere contratti ad efficacia istantanea ed esauriscono i loro effetti nell'ambito della singola operazione) e i c.d. *relational contracts*, caratterizzati dalla continuità della relazione contrattuale. Questa caratteristica rende i *partners* contrattuali relativamente insostituibili, l'oggetto «non ha la prerogativa della necessaria determinazione specifica *a priori* ovvero della completezza» e la programmazione dell'esecuzione del contratto non è dettagliata¹⁸⁵. In questo contesto i soggetti del mercato non sono soltanto operatori economici che si incontrano occasionalmente per dare luogo a scambi commerciali, ma anche operatori legati da vincoli stabili e ben radicati, che condizionano la stessa esistenza economica dell'impresa¹⁸⁶.

Su questo sfondo si pone, quindi, il concetto di contratto relazionale nel quale l'interesse fondamentale delle parti è di perseguire i vantaggi reciproci della cooperazione nello svolgimento dell'affare, non già la scommessa sull'andamento futuro o la preoccupazione delle variazioni del mercato e delle influenze sul costo di beni e servizi. La continuità della relazione pone in luce il valore della solidarietà tra i contraenti, che si manifesta nella disponibilità a fare affidamento su altri soggetti e che rende il rapporto

¹⁸⁵ F. MACARIO, *o.n.c.*, p. 59.

¹⁸⁶ F. MACARIO, *o.n.c.*, p. 56: questa considerazione rappresenta la logica conseguenza della concezione del contratto come strumento attraverso il quale si realizza una spontanea collaborazione tra gli operatori economici. In questa prospettiva, il contratto non è più (soltanto) il luogo ideale di composizione dei conflitti economici che caratterizzano il mercato, nel presupposto che il mercato e l'attività economica preesistano al contratto e siano indipendenti dalle vicende che lo riguardano. Al contrario, rappresenta il modo stesso in cui l'impresa organizza la sua attività economica, sicché potrebbe dirsi che contribuisce a creare il mercato. L'ordinamento, dunque, assume un ruolo essenziale, in quanto deve operare un controllo costante in sede di attuazione e realizzazione degli interessi: sul punto, v. R. TOMMASINI, *Dalle logiche di revisione del rapporto alle più articolate forme di gestione delle sopravvenienze*, in ID. (a cura di), *Soppravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003, spec. p. 16 ss., il quale colloca l'istituto della revisione del contratto nelle più attuali evoluzioni della fenomenologia giuridica che configurano il «controllo del sistema» come un momento essenziale. Sulla rilevanza della prospettiva collaborativa tra le parti del rapporto, nell'ambito di più ampia ricostruzione del potere di controllo nei rapporti patrimoniali, v. anche M. IMBRENDA, *Controllo e rendiconto nelle situazioni patrimoniali*, Napoli, 2001, spec. p. 128 ss, la quale, sintetizzando i risultati dell'analisi svolta su diverse fattispecie, fra le quali il mandato, evidenzia che il controllo assume una spiccata valenza nelle fattispecie contrattuali caratterizzate dalla «cooperazione» tra soggetti, tendente alla realizzazione di uno scopo comune; allo stesso tempo, però, si rileva che tali fattispecie si collocano entro lo schema dello scambio e, quindi, la realizzazione dello scopo comune va intesa in senso «atecnico», come evento o circostanza suscettibile di soddisfare contestualmente interessi che restano ontologicamente confliggenti.

affine al modello dei contratti associativi, piuttosto che ai contratti di scambio¹⁸⁷. L'immediata conseguenza di tale impostazione è la flessibilità del regolamento contrattuale, con particolare riguardo alle modalità della sua esecuzione¹⁸⁸. Collaborazione e solidarietà tra le parti, quali caratteristiche dei rapporti relazionali, rendono “malleabile” il contratto, al fine di consentirne l'adeguamento al mutare della realtà circostante e favorire, così, la completa realizzazione dell'interesse comune dei contraenti. Proprio tali considerazioni hanno suscitato critiche¹⁸⁹ e scetticismo¹⁹⁰: molte resistenze sono legate al timore di

¹⁸⁷ Le considerazioni esposte – si osserva – non devono essere interpretate nel senso che in materia di contratti a lungo termine la solidarietà tra le parti escluda il contenzioso: si vuole semplicemente evidenziare che in tale ambito il regolamento predisposto dalle parti offre la base per il riassetto delle condizioni contrattuali nelle ipotesi in cui, per inadempimento o altra causa, le prestazioni non vengano regolarmente eseguite. Per tali riflessioni v. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 60 e p. 223 ss. La dottrina francese, pur senza riferimenti diretti alla teoria del contratto relazionale, parla di contratti caratterizzati da una «*sorte d'affectio contractus*»: F. TERRÉ, P. SIMLER e Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 3^e éd., Paris, 2005, p. 247; Y. PICOD, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, in *Juris classeur périodique, La Semaine Juridique, éd. générale*, 1988, I.3318, n° 8.

¹⁸⁸ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 32 ss., analizzando il settore della produzione e distribuzione delle materie prime e delle fonti di produzione di energia, sottolinea come evidenti ragioni di ordine economico (connesse all'entità degli investimenti necessari e al lungo periodo in cui si prevede il loro recupero) inducono le parti a programmarne la fornitura in un arco temporale più o meno lungo. Dal punto di vista negoziale, si rende pertanto necessaria l'adozione di schemi flessibili, idonei a far fronte alle pressoché inevitabili modificazioni dell'assetto economico originariamente pattuito, cagionate dalle fluttuazioni del mercato o, più semplicemente, dalle evoluzioni imprevedute di ordine politico-economico. L'aleatorietà connessa al decorso del tempo, infatti, può incidere sul livello dei prezzi delle materie prime, sulla disponibilità del bene oggetto del contratto, cioè la sua reperibilità sul mercato; ancora, la sempre più rapida evoluzione della tecnica costituisce un'incognita ineliminabile, al pari dell'alea inerente alle fluttuazioni del mercato, almeno quanto ad effetti dirompenti sull'equilibrio economico del contratto. Sulla necessaria flessibilità dei contratti come testimonianza di una “trasformazione” e non di una rivoluzione del diritto dei contratti, cfr. C. THIEBERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur le transformation du droit des contrats*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997, p. 359 ss.

¹⁸⁹ Con specifico riferimento all'ordinamento italiano, avversa tale impostazione M. BARCELLONA, *Appunti a proposito dell'obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e Diritto privato*, 2003, pp. 472 ss., il quale afferma che la conservazione del contratto attraverso la rideterminazione del suo contenuto in funzione delle circostanze sopravvenute non offre affatto sicure garanzie di attuazione dei principi di solidarietà e cooperazione che si vorrebbero perseguire. In presenza di mutamenti sopravvenuti il contraente in posizione di forza cercherà di appropriarsi dell'intero *surplus* dell'operazione; tale inconveniente potrebbe essere risolto esclusivamente sanzionando il comportamento sleale del contraente con l'intervento sostitutivo del giudice. L'Autore pertanto ritiene che la teoria del *relational contract* sia un mero espediente per proclamare un obbligo di rinegoziazione il cui unico senso consiste nell'approdo all'adeguamento giudiziale del contratto: si tratterebbe, dunque, di una “mera impalcatura ideologica” rivolta a legittimare, attraverso il riferimento a valori (fra i quali la solidarietà) un intervento del giudice che ha natura solo funzionale; per altro verso, a causa di questa sua natura ideologica, la dottrina del *relational contract* non definisce adeguatamente le condizioni in base alle quali si giustifica tale intervento. Critico nei confronti della teoria è anche C. D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, in R. TOMMASINI (a cura di), *Sopravenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, cit., p. 529 ss.; ID., *Integrazione ed esecuzione dei contratti: in particolare le regole generali dell'equità e della buona fede nell'adeguamento e nella rinegoziazione dei contratti di durata*, Relazione n. 6837 tenuta nell'incontro di studio (n. 539) del Consiglio superiore della magistratura svolto a Roma il 12-14 luglio 2001, *Questioni attuali in materia di contratto*, in *www.csm.it*, <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/6837.pdf>, p. 9 ss.

un'erosione dei principi classici del diritto dei contratti e soprattutto di uno snaturamento dello strumento contrattuale. Si nega l'autonomia concettuale e operativa di tale categoria e, sebbene si condivida l'esigenza di un adeguamento del contratto alle circostanze sopravvenute, si contesta l'apertura a un generalizzato intervento giudiziale, implicito nel riconoscimento di un principio generale di conservazione del contratto¹⁹¹, sotteso alla teoria in esame.

Di là dall'accoglimento o meno di un'autonoma categoria contrattuale, le esigenze sottese a tale ricostruzione si sono progressivamente affermate nell'ordinamento interno e internazionale, al punto da rendere necessaria la rivisitazione di alcuni "dogmi" tradizionali caratterizzanti il fenomeno contrattuale¹⁹². Tra l'altro, l'estensione temporale del rapporto unitamente alla sua complessità devono indurre l'interprete ad assegnare alla fase esecutiva una sua autonomia rispetto alla fase di conclusione dell'accordo¹⁹³; in tal modo, si consente alle parti di godere di quei margini di flessibilità indispensabili per porre rimedio, mediante l'adeguamento, alla inevitabile incompletezza¹⁹⁴ economica dei rapporti destinati a protrarsi

¹⁹⁰ G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 27, rinviene il limite della teoria dei *relational contracts* nella realtà degli scambi e delle contrattazioni e, in particolare, nel conflitto di interessi che precede la stipulazione e che permane latente anche in sede di esecuzione. In caso di alterazione dell'equilibrio negoziale, dunque, il contraente che si trova nella posizione di vantaggio cercherà di mantenere il più possibile quel plusvalore che la sopravvenienza gli ha procurato; pertanto, l'affermazione di una naturale e reciproca cooperazione tra le parti nei contratti di lungo periodo rappresenta più un ideale che un dato reale. L'Autore, tuttavia, riconoscendo che l'atteggiamento antagonista dei contraenti, nell'esecuzione del contratto, è pregiudizievole per gli interessi di cui sono portatori, conclude nel senso che la collaborazione e la solidarietà tra le parti integrano un dovere che è imposto dall'ordinamento a presidio degli interessi sottesi al contratto e che si traduce in specifiche regole di condotta a carico dei contraenti. Di qui, il fondamentale rilievo assunto dalla buona fede, ritenuta idonea a generare un obbligo di adeguamento ogniqualvolta, a causa del sopravvenire di gravi ed imprevedibili circostanze, la realizzazione dell'affare venga messa a repentaglio. Sulla buona fede quale strumento integrativo del regolamento contrattuale, v. *infra* Cap. III.

¹⁹¹ Per l'analisi dell'ambito applicativo del principio di conservazione, secondo diverse prospettive, v., *infra*, par. 2.8.

¹⁹² Ad esempio, rileva il tema della intangibilità eteronoma del contenuto contrattuale, in ordine alla quale si deve prendere atto del superamento delle impostazioni tradizionali, o, quantomeno, della tendenza ad ampliare gli ambiti applicativi dell'intervento giudiziale sul contratto. Per l'approfondimento della problematica, v., *infra*, par. 2.7.

¹⁹³ Così, M. TIMOTEO, *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 620, che sottolinea l'emersione dell'esigenza di ridefinire i rapporti tra conclusione ed esecuzione del contratto: in particolare, la complessità del rapporto e l'estensione temporale della sua esecuzione inducono ad affermare l'autonomia di tale fase, ponendo in rilievo la questione dell'adeguamento e della rinegoziazione.

¹⁹⁴ Sul contratto incompleto, di recente, D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2008, 3, p. 509 ss.; E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto di appalto privato*, in G. ALPA, G. CONTE, V. DI GREGORIO, A. FUSARO, U. PERFETTI (a cura di), *La disciplina dell'appalto tra pubblico e privato*, cit., p. 185 ss. Lo sviluppo del pensiero giuseconomico in materia, è stato approfondito da G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000, spec. p. 67 ss.; A. FICI, *Contratto incompleto, Digesto disc. civ.*, Agg., t. I, Torino, 2007, p. 412 ss.; ID., *Il contratto "incompleto"*, Torino, 2005, p. 11 ss, il quale sottolinea che, dal

nel tempo. Sotto quest'ultimo profilo, la mancata considerazione della possibile incidenza di variabili esterne sul contratto - è stato correttamente sottolineato - determina un effetto economico di instabilità contrattuale, in quanto «la sopravvenienza indurrà le parti a riconsiderare il vantaggio economico e, quindi, i costi e i benefici nell'alternativa adempimento-inadempimento»¹⁹⁵. Si giustifica, così, la configurabilità dello strumento della rimodulazione degli accordi, in via sia convenzionale che giudiziale, e la sua operatività nella fase esecutiva del rapporto.

Si deve pertanto accogliere positivamente lo sforzo di sistemazione volto a ricostruire e disciplinare unitariamente le problematiche inerenti i contratti a lungo termine¹⁹⁶, in considerazione delle evidenti diversità che concernono la gestione del rischio delle sopravvenienze in questi contratti rispetto alle questioni relative ai contratti di scambio istantaneo, nonché della disarticolata e per certi aspetti assente disciplina legislativa.

punto di vista economico, tutti i contratti sono incompleti, alla luce della «fisiologica incapacità dei contratti (e dei contraenti) di tenere conto di ogni modificazione di circostanze successiva alla loro conclusione» (*op. cit.*, p. 33). In senso critico sulla categoria dei contratti incompleti, v. da M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, cit., p. 467 ss.

¹⁹⁵ D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, cit., p. 519, che, pertanto, definisce l'incompletezza economica come «la mancata previsione di flessibilità ed adattabilità dell'accordo ad agenti non controllabili dalle parti». In tal modo, si delinea chiaramente la distinzione tra incompletezza giuridica ed economica: la prima si configura nelle ipotesi in cui il contenuto contrattuale presenta, necessariamente o deliberatamente, delle lacune e pone un problema di potenziale indeterminatezza o sola determinabilità dell'oggetto (*op. cit.*, p. 7 ss. e p. 14). Diversamente, in considerazione dell'impraticabilità di un'allocazione preventiva di tutti i rischi connessi alla esecuzione del contratto, il concetto di incompletezza economica fa riferimento «ad un oggetto del contratto che esiste, ma non è più adeguato per cause non dipendenti dalle parti» (*op. cit.*, p. 24). Si rileva, inoltre, come questa distinzione evita la confusione tra contratto completo che però prevede una possibile rinegoziazione di alcuni elementi (clausole di *hardship*) e contratto carente di alcuni elementi, ma con riserva di successiva determinazione convenzionale (clausole *open*), là dove nella prima ipotesi, a differenza della seconda, «l'accordo c'è ed è completo, ma viene introdotta una riserva di flessibilità» (*op. cit.*, p. 33). Sui rischi di una possibile confusione di piani, v. anche M. D'AMBROSIO, *Completezza del contratto*, in P. PERLINGIERI e S. POLIDORI (a cura di), *Domenico Rubino, II. Singole fattispecie negoziali*, cit., spec. p. 376. Sull'argomento, v. anche E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto di appalto privato*, cit., p. 189.

¹⁹⁶ Secondo F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit., p. 1863, l'innegabile collegamento tra contratto e tempo della sua esecuzione consente di esaminare i contratti di durata, relativamente alle implicazioni giuridiche «alla luce della prospettiva economica dell'integrazione verticale, secondo le categorie di natura socio-economica dei contratti relazionali e dei contratti c.d. "incompleti"». Nell'ordinamento francese, sul punto, cfr. J.B. AUBY, T. KIRAT, F. MARTY, L. VIDAL, *Le contenu et la portée économiques des règles de droit. Application à la répartition des risques dans les contrats administratifs*, Paris, 2003, spec. p. 28 ss.; T. KIRAT, *L'allocation des risques dans les contrats: de l'économie des contrats «incomplets» à la pratique des contrats administratifs*, in *Revue internationale de Droit Économique*, 2003, pp. 11. ss.; H. BOUTHINON-DUMAS, *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision*, in *Revue internationale de Droit Économique*, 1 luglio 2001, n. 3, pp. 339 ss.

2.4. Le sopravvenienze codificate e le sopravvenienze atipiche. I diversi rimedi per la gestione delle sopravvenienze contrattuali: rimedi legali e convenzionali, eliminatori e manutentivi.

L'analisi delle sopravvenienze perturbative postula la distinzione tra due profili: il primo riguarda la determinazione della regola della distribuzione del rischio (*l'an* della rilevanza della circostanza)¹⁹⁷ e il secondo riguarda la determinazione del tipo di tutela apprestata (*il quomodo* della rilevanza)¹⁹⁸. Laddove si ritenga rilevante l'evento sopravvenuto, occorre valutare quale strumento utilizzare fra quelli possibili, poiché i rimedi di gestione delle sopravvenienze contrattuali possono essere legali, convenzionali o di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale e sono in grado di determinare la caducazione del contratto o la sua conservazione. Con riguardo a quest'ultimo profilo, si presenta l'ineliminabile intreccio tra soluzioni estintive e manutentive del vincolo contrattuale: le prime pongono nel nulla il rapporto contrattuale, in modo da caducarne vigenza ed effetti; le seconde, al contrario, consentono di apportare al contratto dei correttivi, al fine di eliminare gli effetti negativi delle sopravvenienze. In particolare, gli strumenti diretti a garantire la prosecuzione

¹⁹⁷ In ordine all'*an* della rilevanza, T. GALLETTO, *Clausola rebus sic stantibus*, cit., p. 389, ritiene che sopravvenienze rilevanti ai fini della normativa sull'eccessiva onerosità sono quelle che alterano la sostanza del rapporto tanto da non renderlo più riconducibile all'assetto economico prefigurato e alla relativa distribuzione del rischio.

¹⁹⁸ Sul punto, v. T. MAUCERI, *Soppravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Europa e diritto privato*, 2007, p. 1098, il quale, riprendendo la distinzione già fatta da Belfiore (A. BELFIORE, *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1307 ss., spec. p. 1326), ritiene necessario distinguere tra le sopravvenienze che producono una mera alterazione del prezzo di mercato delle prestazioni, il cui contenuto permanga immutato, e quelle che incidono, prima ancora che sulla misura dei valori scambiati, sul contenuto stesso delle prestazioni. Vengono, così, in rilievo le sopravvenienze che incidono sul contratto in quanto «meccanismo di legittimazione di un mero scambio di valori» (ossia quale fonte di un peculiare assetto quantitativo del patrimonio) e le alterazioni del contratto in quanto «modello di organizzazione dell'attività» (ossia quale fonte di una peculiare conformazione qualitativa del patrimonio): tali sopravvenienze sono spesso designate con le espressioni variazioni «quantitative» e «qualitative». Secondo l'Autore, esse sono oggetto di gruppi distinti di norme (le prime sono disciplinate, ad esempio, negli artt. 1467, 1468, 1664, co. 1, c.c., mentre per le seconde assumono rilevanza gli artt. 1463 e 1464 nonché, con riferimento alle discipline specifiche, le disposizioni, degli artt. 1623, 1660, 1664, co. 2, c.c.) e risultano diversamente disciplinate sotto il profilo sia delle condizioni di rilevanza della sopravvenienza che del tipo di rimedio adottato. Con riguardo al primo aspetto - si afferma (*op. cit.*, p. 1100 ss.) - le variazioni quantitative, diversamente da quelle qualitative, sono prese in considerazione dall'ordinamento solo se superano una certa soglia e se sono causate da eventi straordinari ed imprevedibili (si considerino, a titolo di confronto, l'art. 1467 c.c. rispetto agli artt. 1463 e 1464 c.c.). Per quanto attiene al profilo delle tecniche di rilevanza delle sopravvenienze, in caso di variazioni qualitative, l'ordinamento accoppia il rimedio della revisione a quello dello scioglimento del contratto (con riferimento all'inattuabilità del programma negoziale v. gli artt. 963, 1464, 1584, 1622, 1623, 1660, 1896, 1897, 1926 c.c.; circa l'inattuabilità originaria, v., tra gli altri, gli artt. 1484 e 1492 c.c.), mentre per le variazioni quantitative il rimedio della revisione non è mai concesso ad un contraente al quale già spetti il diritto di chiedere la risoluzione.

del rapporto si inseriscono nell'ambito del principio di conservazione del contratto¹⁹⁹ e pongono problemi applicativi significativi nell'ipotesi in cui non ci sia accordo delle parti sulla revisione del contratto.

Vengono in rilievo, fra gli altri, gli istituti della risoluzione per impossibilità e per eccessiva onerosità sopravvenute²⁰⁰, della rinegoziazione²⁰¹ e della presupposizione²⁰². Le differenze che condizionano la loro operatività e i loro effetti consentono l'individuazione di diverse tipologie di sopravvenienze²⁰³. La prima comprende le circostanze che rendono impossibile, sul piano naturalistico o giuridico, l'esecuzione del contratto, cioè incidono, in modo oggettivo e assoluto, sulla possibilità di eseguire una o entrambe le prestazioni contrattuali. Tali sopravvenienze sono regolate, ove ne ricorrano i presupposti, dalla disciplina dell'impossibilità sopravvenuta. La seconda tipologia presenta una maggiore complessità e concerne le circostanze in cui le prestazioni sono ancora possibili, ma l'equilibrio economico tra le medesime è stato travolto dal verificarsi di eventi che hanno reso particolarmente difficile ed eccessivamente onerosa l'una delle due prestazioni rispetto all'altra e, di conseguenza, hanno inciso sul rapporto sinallagmatico originariamente stabilito dalle parti²⁰⁴. Si tratta di avvenimenti che alterano in maniera significativa l'equilibrio definito dai contraenti al momento della stipulazione del contratto, nonostante

¹⁹⁹ Per approfondimenti sul punto, v. *infra*, par. 2.8.

²⁰⁰ Per l'analisi di tali istituti, in considerazione della impossibilità di soffermarsi in questa sede sulla abbondante letteratura in materia, si rinvia a G. SCALFI, *Risoluzione del contratto (diritto civile)*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1991, XXVII, p. 12 ss.; M. TAMPONI, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit., p. 1793 ss.; E. GABRIELLI, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in ID. (a cura di), *I contratti in generale*, cit., p. 1809 ss. ed *ivi* ulteriore bibliografia.

²⁰¹ Per i riferimenti bibliografici in materia di rinegoziazione v., *infra*, cap. III.

²⁰² In considerazione della impossibilità di dar conto dell'ampio dibattito dottrinale cui ha dato luogo la teoria della presupposizione, si rende necessario il rinvio alle trattazioni che hanno per oggetto questa problematica. Cfr., per tutti, M. BESSONE e A. D'ANGELO, *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, XXXV, p. 326 ss.; M. BESSONE, *Presupposizione, «causa» tipica del negozio, economia del contratto (e l'equivoco delle formule sulla pretesa «irrelevanza» dei «motivi»)* (Nota a App. Milano, 9 giugno 1978), in *Riv. dir. comm.*, 1979, II, p. 146 ss.; V. PIETROBON, *Presupposizione (diritto civile)*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1991, XXIV, p. 1 ss.

²⁰³ Si tratta di una suddivisione delle varie tipologie di sopravvenienze che, tuttavia, assume una rilevanza meramente descrittiva. Per tale distinzione, F. CARINGELLA e G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile, 3. Il contratto*, 2ª ed., Milano, 2008, p. 968.

²⁰⁴ L'eccessiva onerosità della prestazione può essere diretta o indiretta: nel primo caso aumentano in misura notevole i costi necessari per la realizzazione della prestazione (ad esempio, aumento della pressione fiscale o del costo del lavoro); dunque, per eseguire la prestazione è necessario affrontare costi notevolmente superiori a quelli inizialmente previsti ed in relazione ai quali appariva adeguata una controprestazione che successivamente non risulta più remunerativa. Diversamente, l'eccessiva onerosità è indiretta quando la prestazione diventa eccessivamente onerosa non in sé, ma in rapporto alla perdita di valore economico della controprestazione; in tal caso la controprestazione perde di valore e diventa non più remunerativa (si parla in tali ipotesi anche di svilimento della controprestazione e l'esempio classico è quello della svalutazione monetaria).

non precludano l'esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto. Tali situazioni possono essere fronteggiate con la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità, ovvero con la rinegoziazione. La terza tipologia di sopravvenienze - non espressamente disciplinate nel nostro ordinamento - riguarda le ipotesi nelle quali le parti hanno stipulato un contratto in considerazione e in funzione di un determinato presupposto, anche se non lo hanno esplicitato nel regolamento contrattuale²⁰⁵. Nelle more tra la conclusione del contratto e la sua compiuta esecuzione, può accadere che la circostanza presupposta venga meno, ovvero, se futura, non si verifichi o si verifichi in modo significativamente diverso da come era stato considerato dalle parti al momento della stipulazione contrattuale²⁰⁶.

Un segno della sensibilità dell'ordinamento verso il fenomeno delle sopravvenienze si rinviene nella codificazione del 1942, che ha introdotto un rimedio innovativo rispetto all'ordinamento previgente: la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta²⁰⁷. A

²⁰⁵ La presupposizione viene pertanto definita come «una circostanza esterna che, senza essere prevista quale condizione del contratto, ne costituisce un presupposto oggettivo e assume un'importanza determinante ai fini della conservazione del vincolo contrattuale»: C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3, Il contratto*, cit., p. 463, il quale, tra l'altro, rileva che l'istituto affonda le sue radici fino al diritto intermedio ed è legato, in epoca moderna, a Windsheid (*Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850), il quale riteneva che una supposizione relativa a circostanze influenti sul contratto la quale ha assunto un ruolo determinante nella decisione di concludere l'affare, va intesa come una limitazione della volontà dichiarata: limitazione inespressa e tuttavia rilevante giuridicamente, da considerare come un'autentica "condizione non sviluppata". Questa impostazione risente dell'allora imperante "dogma della volontà", con la conseguenza che la presupposizione assume un'impronta marcatamente soggettivista, in stretta coerenza con le premesse dogmatiche ad essa sottostanti. La stessa subì sin dall'inizio penetranti critiche, in quanto si ritenne, da un lato, che subordinare la validità del contratto ad un'indagine sulle motivazioni soggettive dei contraenti avrebbe pregiudicato l'esigenza di sicurezza dei traffici commerciali, a cui è informato il principio di tutela dell'affidamento altrui e, dall'altro lato, che le interne volizioni inesprese dei contraenti si identificassero con i motivi, per definizioni irrilevanti. La definizione della presupposizione come condizione non svolta è stata pertanto aversata soprattutto in considerazione della circostanza che la condizione è un elemento accidentale del contratto, mentre la presupposizione rileva come elemento necessario per integrare la fattispecie contrattuale, e, in particolare il suo contenuto. Sul punto, tra gli altri, M. COSTANZA, *Dalla causa alla presupposizione*, in *Giust. civ.*, 1988, II, p. 291; G. CICCIO, *Presupposizione e nullità del contratto*, in *Contratti*, 1993, p. 643 ss. Cfr. più di recente, R. PENNAZIO, *La presupposizione tra sopravvenienza ed equilibrio contrattuale*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 2006, p. 673 ss.

²⁰⁶ La Cassazione ha al riguardo affermato che: «Nel contratto in cui sia ravvisabile una presupposizione e cioè un'obiettiva situazione di fatto che i contraenti, pur non facendone menzione, abbiano sottinteso o tenuto presente come premessa implicita del consenso, indipendente dalla loro volontà, ove la situazione presupposta difetti già al momento della conclusione del negozio, si verifica un'ipotesi di nullità del contratto, risolvendosi detto difetto in una mancanza di causa; ove la situazione presupposta venga successivamente meno nella fase esecutiva del contratto concluso, si verifica una risolvibilità dello stesso per fatto non imputabile alle parti»: Cass., 8 agosto 1995, n. 8689, in *Contratti*, 1995, p. 578. Analogamente, fra le altre, Cass., 17 maggio 1976, n. 1738, in *Giust. civ.*, 1977, I, 1, c. 2242; Cass., 21 novembre 1983, n. 6933, in *Foro it.*, 1984, I, 1, c. 456; Cass., 11 agosto 1990, n. 8200, in *Rep. Foro it.*, 1990, *Contratto in genere*, n. 260; Cass., 5 gennaio 1995, n. 191, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, p. 34.

²⁰⁷ Sul fondamento dell'istituto, tra gli altri, R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Tomo II, Torino, 2004, p. 698, secondo i quali si deve tener presente che il legislatore, con gli artt. 1467 ss., «non protegge un contraente, ma un debitore»: con gli articoli citati sono stati fissati il

differenza di altri ordinamenti, il legislatore italiano ha adottato una soluzione “netta”²⁰⁸, sia pure in termini di rimedio ablativo²⁰⁹, mitigato dal temperamento offerto dalla *reductio ad aequitatem* del contratto, ove la parte convenuta voglia evitare la risoluzione. In realtà, dalla lettura del codice civile sembrerebbe che la disciplina legislativa, in generale, sia orientata verso la soluzione delle questioni relative allo scioglimento del vincolo: basti pensare, a titolo esemplificativo, alla disciplina degli effetti dell’avveramento della condizione risolutiva (art. 1360, comma 2, c.c.), del recesso (art. 1373, comma 2 c.c.), della risoluzione per inadempimento (art. 1458 c.c.), dell’impossibilità sopravvenuta nei contratti con effetti traslativi o costitutivi di diritti reali (art. 1465, comma 2, c.c.), dell’eccessiva onerosità (art. 1467 c.c.).

In molte ipotesi, però, i rimedi di carattere estintivo si rivelano inadeguati per tutelare efficacemente gli interessi perseguiti dai contraenti: la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, per un verso, conduce alla caducazione degli effetti contrattuali (art. 1467, comma 1, c.c.) e, per l’altro, attribuisce soltanto alla parte non onerata, convenuta in giudizio con l’azione di risoluzione, la facoltà di ridurre equamente le condizioni contrattuali (art. 1467, comma 3, c.c.). La caducazione del contratto risulta sovente penalizzante per la parte non pregiudicata dalla sopravvenienza, la quale potrebbe avere interesse alla conservazione del contratto²¹⁰: ad esempio, nei contratti destinati, per la

contenuto e i limiti dell’obbligazione da contratto, dando rilevanza non solo al contenuto, ma anche al valore economico della prestazione. In particolare, il legislatore ha distribuito il rischio concernente le variazioni del valore della prestazione dovuta tenendo conto della loro entità, dell’eventuale previsione fatta dalle parti, nonché della prevedibilità della variazione stessa. Il legislatore, così, ha bilanciato gli interessi privati delle parti, compiendo una distribuzione dei rischi in modo “equo” «integrando una bilancia di prestazioni, individuate dalle parti secondo il loro contenuto, con una bilancia delle prestazioni, misurate secondo il loro valore».

²⁰⁸ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit., p. 1853.

²⁰⁹ L’espressione è utilizzata da V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, cit., p. 1041 ss.

²¹⁰ In questo senso, tra gli altri, F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, p. 24 ss.; P. GALLO, *Revisione del contratto*, cit., p. 440, il quale, al fine di evidenziare l’insufficienza del rimedio risolutorio, considera diverse conseguenze negative: le perdite che subirebbe il promittente pari alle spese sostenute, agli investimenti effettuati e al mancato guadagno; la possibilità che la caducazione del contratto si rifletta negativamente su altri eventuali rapporti contrattuali instaurati in vista dell’esecuzione del contratto principale, quale, ad esempio, un contratto di fornitura stipulato per la realizzazione dell’opera promessa; l’insorgenza delle obbligazioni di natura restitutoria necessarie per regolare i rapporti tra le parti, nonché per compensare in qualche modo la parte che abbia compiuto attività utili. M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, cit., p. 311 ss, sottolinea l’opportunità di creare rimedi alternativi alla risoluzione del contratto, in quanto quest’ultima, pone i contraenti di fronte alla necessità di ricercare di nuovo sul mercato i beni o i servizi oggetto del disciolto contratto. Il che si risolve il più delle volte in un risultato poco conveniente soprattutto per il contraente creditore della prestazione in natura, sul quale

propria struttura, a realizzare operazioni di lunga durata, esigenze di ragionevolezza e di efficienza economica suggeriscono l'adozione, in luogo dello strumento ablativo, di un mezzo manutentivo, volto cioè a preservare gli effetti contrattuali (come già avviene, ad esempio, in materia di appalto secondo la norma dell'art. 1664 c.c.²¹¹ o in materia di affitto in base all'art. 1623 c.c.). E' così agevole comprendere che il verificarsi di una circostanza sopravvenuta idonea ad alterare l'equilibrio contrattuale impone di privilegiare, ove possibile, interventi di carattere conservativo, che passano attraverso la rinegoziazione oppure, in mancanza di accordo tra le parti, attraverso l'intervento giudiziale, volto a valutare la rilevanza del fattore sopravvenuto e a modificare equamente la stipulazione contrattuale.

Le considerazioni sopra evidenziate pongono in luce l'incompletezza del dato normativo, sia dal punto di vista dell'assenza di riferimenti espliciti a figure di sopravvenienza rilevante, quali, ad esempio lo svilimento della controprestazione e la presupposizione²¹², sia sotto il profilo della mancata previsione di rimedi contrattuali – diversi da quelli già compiutamente elaborati - a fronte di questioni che possono manifestarsi soprattutto in relazione sulle sopravvenienze non codificate. In tal senso, è stato rilevato²¹³ che nell'impianto e nelle disposizioni dei codici civili, di solito, non figurano

vengono a gravare i costi delle nuove transazioni, che non vengono in alcun modo recuperati. Analogamente, S. POLIDORI, *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 3, p. 712 ss.

²¹¹ Sulla natura speciale dell'art. 1664 c.c. (piuttosto che eccezionale) rispetto alla disciplina generale, v. S. POLIDORI, *o.n.c.*, p. 712 ss., il quale rileva che la differenza emerge soprattutto in ordine al rimedio apprestato, là dove quello della revisione risulta più adeguato ad una composizione razionale degli interessi dei contraenti, in quanto preordinato alla conservazione e al riequilibrio del rapporto, piuttosto che al suo scioglimento. Analogamente, ricostruendo il pensiero di Rubino, M. PENNASILICO, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta dell'appalto tra scioglimento del rapporto e revisione del prezzo*, cit., p. 833; O. CAGNASSO, *Rilevanza del tempo e disciplina delle sopravvenienze nell'appalto*, cit., p. 865. Nello stesso senso, G. MUSOLINO, *Appalto e sopravvenienza*, in *Riv. trim. app.*, 2009, 4, p. 773. Diversamente, G. IUDICA, *Sorpresa geologica e revisione del contratto*, cit., p. 12 ss., che, sulla base del dato positivo, propende per la natura eccezionale della disposizione codicistica, che ne esclude qualsiasi interpretazione analogica.

²¹² V., *retro*, n. 202 e 205.

²¹³ Secondo F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, in E. GABRIELLI, *I contratti in generale*, cit., p. 1852, la gestione del rischio contrattuale non può essere affidata interamente alle semplificazioni operate, di norma in termini di diritto positivo, dal legislatore, tanto più quando l'opera di semplificazione è affidata alle strutture rigide dei codici che si affidano a presupposti normativi eterogenei. L'Autore, a titolo esemplificativo, pone a raffronto le risposte offerte dagli ordinamenti francese, italiano e tedesco. Nel primo si registra il silenzio tanto del legislatore, quanto della dottrina e della giurisprudenza, con la conseguente irrilevanza della *imprévision* nei rapporti di diritto civile e, quindi, l'inammissibilità di qualsiasi forma di tutela contrattuale, tendente all'adeguamento, alla revisione, ma anche alla risoluzione dei contratti inficiati da squilibri sopravvenuti (*op. cit.*, p. 1853). Il legislatore italiano ha introdotto il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità, sia pure con il temperamento dell'offerta di modificare equamente le condizioni del contratto, di cui all'art. 1467, co. 3, c.c. Infine, nell'ordinamento tedesco, ci si è affidati all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale dell'idea di adeguamento del contratto (ossia *Vertragsanpassung*), con le figure della

espressioni quali “adeguamento” o “rinegoziazione”, benché si discorra, nella prassi mercantile e nel linguaggio comune del diritto applicato, di adeguamento, adattamento, revisione e, più di recente, di rinegoziazione del contratto in corso di esecuzione. D'altronde, se il codice civile italiano non menziona espressamente la sopravvenienza generica, né individua degli strumenti “conservativi” di applicazione generalizzata per la disciplina del fenomeno, il sistema, complessivamente considerato, può fornire all'interprete un valido aiuto²¹⁴.

Molteplici disposizioni consentono la ricostruzione, in termini generali, di un interesse dell'ordinamento alla manutenzione del contratto piuttosto che allo scioglimento del vincolo²¹⁵. In questa direzione sembrano orientate le previsioni degli artt. 1432 c.c., sul mantenimento del contratto annullabile per errore e poi rettificato, 1450 c.c., sulla riconduzione ad equità del contratto rescindibile, a seguito dell'offerta di modificazione delle condizioni squilibrate, 1464 c.c., che sancisce il diritto di ridurre la prestazione in termini corrispondenti alla controprestazione divenuta parzialmente impossibile, nonché 1467, comma 3, c.c. relativo alla modifica delle condizioni contrattuali, idonea a ricondurre ad equità il rapporto in caso di eccessiva onerosità. Allo stesso modo, nella disciplina dei contratti tipici si rinvencono una molteplicità di disposizioni (si pensi, a titolo esemplificativo, alle previsioni sulle variazioni dell'opera nel contratto di appalto, di cui agli

presupposizione (la *Voraussetzung* coniata nella metà del XIX secolo da Bernard Windscheid) e poi della versione sempre più sofisticata della *Geschäftsgrundlage*, matrici di un rimedio correttivo di natura giudiziale, ottenibile in via prioritaria rispetto all'alternativa risolutoria ossia estintiva, sulla base della *Generalklausel* di rinvio alla buona fede espressa dal § 242 BGB. Per quanto concerne l'ordinamento francese e l'evoluzione registratasi sull'istituto della *imprévision* v. *infra* cap. III.

²¹⁴ Così, R. SACCO E G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 723, i quali si soffermano sulla rilevanza della equità, ai sensi dell'art. 1374 c.c. Per approfondimenti sull'equità quale strumento di conservazione del contratto, v. *infra* cap. III.

²¹⁵ F. MACARIO, *Razionalità limitata e tecniche normative nella gestione del rischio contrattuale: nuove prospettive per la correzione dello squilibrio*, in *www.dottrina.finanze.it*, p. 6-7 (*Rivista della Scuola Superiore dell'economia e delle finanze*, 2005, 3, p. 199 ss.), secondo il quale i dati normativi esistenti già soltanto nel codice civile mostrano l'interesse dell'ordinamento per la manutenzione del contratto, quale soluzione preferibile rispetto alla “vanificazione” del vincolo. V., anche, ID., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 16 ss. ove si ribadisce che nel nostro ordinamento v'è un principio, seppur mai espresso, in virtù del quale la modificazione del rapporto in corso di esecuzione costituisce la soluzione preferenziale offerta dall'ordinamento ai conflitti insorti tra i contraenti; questa considerazione muove dal riconoscimento dell'esistenza di un interesse, meritevole di tutela, alla prosecuzione del contratto. Le parti disporrebbero, quindi, dei mezzi giuridici per eliminare o ridurre il rischio di paralisi dello sviluppo del rapporto e del conseguente scioglimento del vincolo contrattuale, anteponendo all'interesse alla risoluzione quello al mantenimento del contratto modificato, in modo da rendere possibile, e soprattutto equa, la prosecuzione del rapporto per il tempo necessario a raggiungere il risultato contrattuale.

artt. 1659-1661 c.c.), accomunate dalla medesima *ratio*²¹⁶: adeguare o modificare il regolamento contrattuale al fine di consentire che si producano gli effetti dell'atto di autonomia originariamente voluti²¹⁷.

Di qui, l'esigenza di delineare e ordinare in modo sistematico le tecniche offerte dall'ordinamento per garantire stabilità ai rapporti contrattuali, mediante la individuazione di regole cui far capo per gestire il rischio delle sopravvenienze, con particolare riguardo all'applicazione del rimedio della revisione al di fuori delle circoscritte ipotesi nelle quali è espressamente previsto²¹⁸.

²¹⁶ V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, cit., p. 1044 parla di "macro-ratio". Sulla *ratio* complessiva del sistema delle variazioni dell'opera nel contratto di appalto e sulle finalità cui si ispirano, rispettivamente, gli artt. 1659, 1600 e 1661 c.c., cfr. C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., p. 171; F. MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, cit., spec. p. 151 ss., il quale ravvisa nella disciplina del contratto di appalto diverse regole che garantiscono al rapporto, nel contempo, la flessibilità funzionale all'attuazione del programma concordato e consentono ai contraenti il controllo del sinallagma durante l'esecuzione (*o.u.c.*, p. 136).

²¹⁷ Si considerino, ad esempio, le previsioni che predispongono un'alternativa giuridica alla vanificazione degli effetti del contratto, quali gli artt. 1474 e 1657 c.c. sulla determinazione del prezzo nella vendita e nell'appalto, ovvero l'art. 1492 c.c. che disciplina la scelta attribuita al compratore di chiedere la riduzione del prezzo invece della risoluzione del contratto di vendita. Altre disposizioni fissano presupposti e modalità della modificazione delle condizioni contrattuali per consentire la prosecuzione della esecuzione del rapporto contrattuale: talvolta con indicazioni di natura quantitativa più o meno precise (si pensi alla disciplina delle variazioni del progetto nell'appalto ordinate dal committente *ex art.* 1661 c.c., oppure all'onerosità o difficoltà dell'esecuzione dell'opera appaltata *ex art.* 1664 c.c.); altre volte con rinvio a criteri, quali la proporzionalità e/o l'equità della determinazione, affidata al giudice in mancanza di accordo fra le parti (artt. 1660 c.c. e 1664, comma 2). Sulla valorizzazione dell'esigenza di conservazione in virtù dell'art. 1664 c.c., D. RUBINO, *L'appalto*⁴, cit., p. 700; i presupposti del pensiero di questo Maestro sono stati di recente ricostruiti da M. PENNASILICO, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta dell'appalto tra scioglimento del rapporto e revisione del prezzo*, cit., p. 836 ss., il quale rileva come questa valorizzazione si «mostra premonitrice del ruolo centrale che il principio di conservazione rivestirà nella decifrazione del nuovo diritto dei contratti e, in particolare, delle problematiche attinenti alle sopravvenienze e all'adeguamento nei contratti a lungo termine» (*op. cit.*, p. 859). Sulla disciplina delle variazioni nel contratto di appalto v. G. BISCONTINI, A. DI AMATO e C. FRANCHINI, *Codice degli appalti pubblici e privati annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2002, p. 1332 ss.; C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., p. 171 ss.; G. MUSOLINO, *Le variazioni dell'opera nell'appalto privato*, in ID. (diretto da), *L'appalto pubblico e privato*, II, cit., p. 45 ss.; D. RUBINO e G. IUDICA, *Dell'appalto. Art. 1655-1677*, in *Commentario del codice civile* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1992, p. 234 ss.; E. RUSSO e C. CRIACO, *L'appalto privato*, in *Giurisprudenza critica*, collana diretta da P. Cendon, Torino, 2005, p. 213 ss.

²¹⁸ In questo senso, tra gli altri, E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004, p. 159 ss.

2.5. L'adeguamento del contratto in corso di esecuzione. L'art. 1372 c.c. e la regola *pacta sunt servanda*. Interpretazione e applicazione in termini assoluti. Superamento di tale impostazione. La clausola *rebus sic stantibus*. Apparente conflitto e sostanziale compatibilità. L'operatività della clausola *rebus sic stantibus* nei contratti conclusi dalla Pubblica amministrazione.

L'eterogeneità delle vicende giuridiche suscettibili di essere ricondotte al fenomeno dell'adeguamento²¹⁹ del contratto induce l'adozione di una nozione molto ampia, tale da comprendere le modifiche dei termini originari dell'accordo alle nuove situazioni affermatesi nel corso della sua esecuzione²²⁰.

Il tentativo di delimitare il campo di indagine è alquanto problematico in considerazione della varietà di fenomeni connessi all'esecuzione dei contratti e, in particolare di quelli inerenti l'adeguamento²²¹; basti pensare alle possibili fonti –

²¹⁹ L'uso di diverse espressioni, quali “adeguamento”, “adattamento”, “revisione”, “rinegoziazione” o “controllo delle sopravvenienze”, non incide sull'unitarietà del fenomeno da analizzare, che consiste nel valutare le possibili modifiche dell'originario programma negoziale rispetto alle circostanze sopravvenute, in funzione della conservazione dell'originario equilibrio contrattuale. Per questa precisazione, tra gli altri, C. D'ARRIGO, *Integrazione ed esecuzione dei contratti: in particolare le regole generali dell'equità e della buona fede nell'adeguamento e nella rinegoziazione dei contratti di durata*, cit., p. 1 ss. Analogamente, con riferimento agli strumenti predisposti dal legislatore, F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, p. 188, il quale osserva che gli stessi nelle disposizioni legislative sono indicati con formule diverse (rinegoziazione, aumento, revisione, riduzione ad equità, ecc.), ma, sul piano funzionale sono ricondotti ad unità dal fine ultimo della revisione del rapporto; ID., *Contratto giusto*, in *Enc. Giur.* Treccani, *Agg.*, Torino, 2007, p. 385.

²²⁰ Sull'adeguamento del contratto come vicenda attinente la fase dinamica del contratto, si veda, tra gli altri, F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, cit., p. 194 ss. Cfr., inoltre, C. VACCÀ (a cura di), *Il conflitto del Golfo e i contratti di impresa*, cit., p. 1 e p. 9, ove si afferma che la necessità di rivedere, durante l'adempimento, il contenuto delle obbligazioni delle parti, può porsi per una molteplicità di ragioni: taluni elementi del rapporto possono non essere specificati al momento della conclusione dell'accordo, oppure possono sopravvenire elementi al verificarsi dei quali le parti si sono impegnate a rinegoziare o, ancora, è possibile che emergano particolari circostanze connesse con fatti ignoti al momento della stipulazione, che rendano più onerosa una delle prestazioni. Analogamente, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 11, secondo il quale: «discorrendo di adeguamento del contratto ci si riferisce alle vicende giuridiche modificative del rapporto che intervengono successivamente alla conclusione». Per una più ampia riflessione sul principio di adeguamento, cfr. A. DE MAURO, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici tra privati*, cit., *passim*, per la disamina delle numerose ipotesi normative riconducibili al principio in esame.

²²¹ Al riguardo, la dottrina sottolinea il carattere imprescindibile dell'inquadramento nel più ampio contesto socio-economico ai fini dell'esame di ciascun fenomeno giuridico, e dell'adeguamento del contratto in particolare, il quale manifesta la sua tipicità innanzitutto dal punto di vista economico. Il confronto tra le esigenze economiche degli operatori del mercato e le regole e i principi dell'ordinamento giuridico è pertanto inevitabile: l'inserimento della disciplina del contratto nel “mondo degli affari” si riflette sull'inquadramento dell'operazione nell'ambito delle categorie giuridiche, ovvero delle regole e i principi che ne sono a fondamento. Così, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 12 ss. pone in luce la necessità di individuare la realtà contrattuale cui ci si vuole riferire e, in particolare, «il fenomeno economico sul quale si innesta la riflessione giuridica»; ID., *Adeguamento e rinegoziazione*, in E. GABRIELLI (a

convenzionali o legali – di questo istituto. Al fine di riordinare le regole sull’adeguamento del contratto in corso di esecuzione è necessario, in via preliminare, districarsi fra l’apparente contraddizione espressa dai broccardi latini *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus*²²². Questi ultimi esprimono, rispettivamente, l’esigenza di certezza dei traffici giuridici, alla quale si collega l’affidamento delle parti sul regolare adempimento del contratto, e la sua idoneità a soddisfare gli interessi perseguiti dai contraenti.

L’art. 1372 c.c. traduce positivamente la regola *pacta sunt servanda* ed esprime la tendenziale insensibilità del vincolo contrattuale alle sopravvenienze. I princípi di libertà e autonomia contrattuale, posti dagli articoli 1321 e 1322 c.c., rinvergono nell’art. 1372 c.c. lo strumento che «consente di assicurare ai contraenti vincolati dalla “legge del contratto” il conseguimento dell’assetto di interessi che forma oggetto dell’accordo raggiunto»²²³. Questa disposizione, là dove prevede che il contratto ha forza di legge tra le parti, codifica l’efficacia vincolante del contratto e consente la sua esecuzione per iniziativa anche di uno solo dei contraenti: si conferisce, così, stabilità e certezza all’assetto di interessi voluto dalle parti. La rigida applicazione della regola *pacta sunt servanda*, però, comporta che il rischio contrattuale grava interamente sulla parte pregiudicata dalla sopravvenienza, nel senso che il contraente sarà tenuto in ogni caso a tener fede all’impegno assunto o a risarcire i danni conseguenti l’inadempimento²²⁴.

Diversamente, l’esigenza di procedere ad una revisione dei contratti di durata, in modo da conservare l’efficienza venuta meno per il verificarsi di un mutamento delle circostanze originarie, rinviene il proprio fondamento nella clausola *rebus sic stantibus*²²⁵,

cura di), *I contratti in generale*, cit., p. 1854, sottolinea il valore nel discorso tecnico-giuridico di metodologie di indagine tendenti ad attribuire rilievo a considerazioni di natura socio-economica. Per queste considerazioni, già in passato, G. SANTINI, *Il commercio: saggio di economia del diritto*, Bologna, 1979, p. 14, secondo il quale: «[l]’adozione da parte di operatori economici di un modello organizzativo o contrattuale piuttosto di un altro, la frequenza e l’entità di certe opzioni operative, giuridicamente rilevanti sia nel contesto aziendale, sia nell’aspetto macroeconomico, non sono infatti senza significato (né per l’economista, né per il giurista)».

²²² F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit., p. 1853.

²²³ T. GALLETTO, *Clausola rebus sic stantibus*, cit., p. 388. Sull’analisi della formula “il contratto ha forza di legge tra le parti”, nonché dell’attuale significato della norma, v. G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, p. 7 ss.

²²⁴ P. GALLO, *Revisione del contratto*, cit., p. 437, rileva come, in tal modo, il rischio grava completamente sul promittente, ovvero su chi ha assunto l’impegno di realizzare l’opera o di effettuare il servizio.

²²⁵ La clausola *rebus sic stantibus* ha antiche radici ed ha goduto, nella storia, di una considerazione variabile. In ordine al profilo storico cfr. T. GALLETTO, *Clausola rebus sic stantibus*, cit., p. 384 ss., R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 695, i quali ricordano che la clausola in esame ha avuto favore con i glossatori e dopo essi, fino ai giusnaturalisti inclusi; successivamente la scuola storica la ha ripudiata. Gli Autori sottolineano che le regole dettate dal legislatore del 1942 potrebbero far rimpiangere la dottrina che credeva nella *clausola rebus sic stantibus*, presa in tutta la sua ampiezza, ma «non possiamo vituperare, per la loro

intesa come «condizionalità dei vincoli consensuali alla persistenza di quel determinato stato di fatto esistente al momento della costituzione del vincolo»²²⁶, e, in particolare, alla permanenza della situazione esistente al momento in cui sono sorte le obbligazioni per tutto il tempo della loro esecuzione. Il suo recepimento nei diversi ordinamenti è stato soltanto parziale: in quello italiano, il legislatore del 1942 – diversamente dal codice del 1865, pienamente incentrato sulla regola *pacta sunt servanda*²²⁷ – ha previsto la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione²²⁸, nonché la possibilità di revisione del contratto e la rilevanza di sopravvenute difficoltà di esecuzione in ipotesi specifiche e ben determinate²²⁹.

imprevidenza i redattori del nostro codice, che regolarono i contratti a lungo e molto lungo termine solo nell'area della somministrazione e dei servizi: l'importanza delle sopravvenienze diverse dall'eccessiva onerosità è stata percepita, con nettezza e consapevolezza crescente, solo nella seconda metà del XX secolo» (*op. cit.*, p. 723). V. anche G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 1 ss., che delinea l'alterna fortuna, dal punto di vista storico, del principio in esame; analogamente, P. GALLO, *Revisione del contratto*, cit., p. 432 ss.

²²⁶ Così, testualmente, M. ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1938, p. 310. Tra i primi studi sull'argomento, cfr. G. OSTI, *La così detta clausola "rebus sic stantibus", nel suo sviluppo storico*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1912, p. 1 ss.; ID., *Clausola «rebus sic stantibus»*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, III, p. 353 ss. T. GALLETTO, *Clausola rebus sic stantibus*, cit., p. 383 ss.

²²⁷ Anche in questo contesto, una parte della dottrina auspicava, *de iure condendo*, la generalizzazione del rimedio della revisione del contratto in ogni caso di mutamento delle circostanze contrattuali, salvo che le parti disponessero diversamente, in quanto si configurava la revisione come «il modo migliore per ristabilire l'equilibrio turbato tra le prestazioni», che rispondeva a «considerazioni di logica ed equità giuridica»: M. ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale* cit., p. 368 ss.

²²⁸ Nella Relazione al Re del Ministro Guardasigilli al c.c. del 16 marzo del 1942 n. 665 si afferma, infatti, che il codice civile, mediante l'art. 1467 c.c., ha introdotto «in modo espresso ed in via generale il principio della implicita soggezione dei contratti con prestazioni corrispettive alla clausola *rebus sic stantibus*, sulle tracce del diritto comune e, quindi, in collegamento con una tradizione prettamente italiana». Anche la dottrina ritiene che i rimedi previsti dagli artt. 1467 ss. c.c. diano attuazione alla c.d. *clausola rebus sic stantibus*: v., sul punto, G.B. FERRI, *Dalla Clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 54 ss. e, nella recente manualistica, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 14ª ed., Napoli, 2009, p. 941, secondo cui deve ritenersi presente in ogni programma contrattuale la clausola in esame, in base alla quale l'efficacia del contratto per il futuro è subordinata al fatto che le posizioni contrattuali di partenza non si modificano. In ordine all'istituto della presupposizione e al suo collegamento con la clausola *rebus sic stantibus*, deve osservarsi che nella dottrina italiana gli studi in tema di presupposizione risultano intimamente legati alla teoria delle sopravvenienze. Così, si è ritenuto che tra gli elementi negoziali rilevassero gli stati di fatto presupposti dalle parti e, quindi, che ad ogni contratto fosse apposta una clausola *rebus sic stantibus*. Tra le cause di scioglimento del contratto, pertanto, vi sarebbe il venire meno di quello stato di fatto che necessariamente fu presupposto dalle parti: il mancato verificarsi del fatto presupposto muta gli equilibri contrattuali e determina una distribuzione del rischio contrattuale difforme da quella prevista e voluta dalle parti, con conseguente possibilità di risolvere il rapporto.

²²⁹ Più in generale, la clausola in esame ha trovato applicazione anche in materia di accordi tra privati e pubblica amministrazione. L'art. 11 della legge n. 241/90, ha infatti, riconosciuto alla p.a. il potere di concludere accordi con gli interessati, al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale (accordi c.d. procedurali), ovvero in sostituzione di questo (accordi c.d. sostitutivi). A tali accordi si applicano, salva diversa previsione, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti (art. 11, comma 2). Il comma 4 dell'art. 11 stabilisce che l'amministrazione può recedere unilateralmente dall'accordo, per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, salvo l'obbligo di indennizzo in relazione agli eventuali

Tale clausola è richiamata per giustificare le modificazioni dei rapporti contrattuali in relazione a fatti e circostanze nuove e per temperare quanto espresso dal broccardo *pacta sunt servanda*. La questione consiste nel valutare se un principio che dà rilevanza alle sopravvenienze negoziali e che (rievocando la clausola *rebus sic stantibus*) anima figure quali l'eccessiva onerosità sopravvenuta e la presupposizione possa convivere con le esigenze di vincolatività degli accordi che stanno alla base della regola *pacta sunt servanda*²³⁰.

L'art. 1372 c.c., nel disporre che il contratto ha forza di legge tra le parti, sancisce che i contraenti devono rispettarlo allo stesso modo con cui sono tenuti a osservare la legge²³¹, ma, al contempo, chiarisce che le parti sono vincolate solo nella "misura"²³² stabilita dalla legge, nella parte in cui la medesima disposizione prevede che il contratto può essere sciolto per le cause ammesse dalla legge. Tra le previsioni che indicano la misura della vincolatività ed intangibilità del contratto un particolare rilievo assume l'art. 1467 c.c., ove si prevede che le circostanze idonee ad alterare il sinallagma funzionale del contratto ne legittimano lo scioglimento o la revisione²³³. In considerazione del fatto che alla base dell'art. 1372 c.c. vi è

pregiudizi subiti dal privato e salvo, ovviamente, l'obbligo della motivazione. Tale previsione consente di affermare che gli accordi in esame sono caratterizzati dalla clausola *rebus sic stantibus* in relazione alle situazioni di fatto rilevanti per l'interesse pubblico, di là dal dibattito sulla natura pubblicistica o privatistica dell'istituto e, conseguentemente, dalla qualificazione del recesso ivi previsto come diritto di recesso in senso tecnico di natura privatistica, ovvero come potere pubblicistico di revoca per sopravvenuti motivi di interesse pubblico. Su questo dibattito, cfr., per tutti, il recente contributo, G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*³, cit., p. 145 ss.; ID., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano* diretto da F.G. Scoca, F.A. Roversi Monaco e G. Morbidelli, Torino, 2003, *passim*.

²³⁰ G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 7. Sul punto, v. anche R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto*, cit., p. 108, secondo il quale l'istituto della revisione è espressione dell'esigenza di «conciliare la forza obbligatoria di un atto con l'adattamento delle sue conseguenze alle situazioni della realtà sfuggite alla previsione delle parti o manifestatesi nella fase della realizzazione dei suoi effetti».

²³¹ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti*, II, t. 1, Padova, 2004, p. 537.

²³² Così, G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 7. C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti. Art. 1467-1469. Codice civile. Commentario* Schlesinger, Milano, 1995, p. 235, rileva che la portata concreta assunta dal principio *pacta sunt servanda* nel nostro ordinamento si desume da due espressioni, contenute nell'art. 1372 c.c., secondo cui "il contratto ha forza di legge" e "il contratto può essere sciolto per mutuo consenso o per le cause ammesse dalla legge". Sul punto, si afferma la valenza antitetica delle due espressioni nel senso che l'una contraddice all'altra; inoltre, si sottolinea il diverso significato assunto dalla stessa parola "legge": nel primo caso essa sta ad indicare (metaforicamente) una efficacia assolutamente indissolubile del contratto, la persistenza assoluta del vincolo contrattuale; nel secondo, invece, indica la fonte regolatrice della intensità del vincolo, prevedendo la possibile indicazione delle cause o delle fattispecie nelle quali l'intensità del vincolo viene a caducarsi.

²³³ G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 8, il quale osserva, inoltre, che il raffronto tra l'art. 1372 c.c. e l'art. 1467 c.c. pone in luce che la regola secondo cui il "contratto ha forza di legge", interpretato letteralmente, riguarda essenzialmente i contratti di scambio puntuale, ad esecuzione istantanea; per i contratti ad esecuzione protratta nel tempo, invece, la sua applicazione vale nei termini in cui sia compatibile con la causa e la funzione che questi perseguono. In tal senso, C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 237, secondo cui nei rapporti che si svolgono

un'esigenza di stabilità e certezza del rapporto negoziale, «solo in apparenza il principio *pacta sunt servanda* può entrare in conflitto con la regola che attribuisce rilievo alle circostanze che modificano l'equilibrio contrattuale e con l'altro principio della “revisione contrattuale”»²³⁴. Anzi, è possibile affermare che i rimedi della risoluzione e della revisione non incidono sul carattere vincolante del contratto; al contrario, eliminano un assetto contrattuale diverso da quello originariamente voluto dai contraenti e confermano il principio sancito dall'art. 1372 c.c.²³⁵. Difatti, gli avvenimenti che determinano uno squilibrio contrattuale, tale da superare l'alea normale del contratto, implicano una trasformazione dell'economia dell'affare, in modo che l'esecuzione delle prestazioni originariamente previste comporterebbe l'attuazione di un contratto sostanzialmente diverso da quello originariamente stipulato²³⁶. In questa circostanza, l'esclusiva applicazione dell'art. 1372 c.c. equivarrebbe a violazione della vincolatività “sostanziale” del contratto, mentre la revisione negoziale alla luce della mutata realtà consente la realizzazione dell'originario programma economico e, dunque, la sua funzione concreta²³⁷. D'altro canto, anche nel codice civile è possibile rinvenire ipotesi nelle quali il legislatore ha disciplinato il concorso tra la regola *pacta sunt servanda* e la clausola *rebus sic stantibus*: si fa riferimento, in particolare, alla previsione dell'art. 1664 c.c., dettato in materia di appalto, ove il legislatore, in luogo di una costante indissolubilità del vincolo e immutabilità del contratto, ha introdotto una controllata relatività e variabilità del contenuto dell'accordo, evitando che uno dei presupposti dell'appalto, costituito dalla gestione dell'appaltatore a proprio rischio, si risolva in un iniquo pregiudizio per il medesimo²³⁸. Più in generale, se è vero che nel

nel tempo, in particolare in quelli di durata prolungata, l'efficacia vincolante del contratto non può essere identica a quella dei contratti ad esecuzione immediata; questa «contrapposizione, o meglio l'applicabilità (o adattabilità) solo in quanto compatibile della regola dettata per i contratti ad esecuzione immediata, anche ai rapporti di durata, emerge dunque dallo stesso art. 1372 c.c. “rivisitato” con attenzione».

²³⁴ G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 8.

²³⁵ Sulla risoluzione del conflitto tra i principi *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus*, in considerazione della indiscussa rilevanza tanto dell'interesse alla conservazione del contratto quanto dell'interesse allo scioglimento del vincolo e della generalità delle figure risolutorie, B. MARUCCI, *Risoluzione per inadempimento dei contratti non corrispettivi*, Napoli, 2000, p. 169 ss.

²³⁶ In questo senso, tra gli altri, T. GALLETTO, *Clausola rebus sic stantibus*, cit., p. 387.

²³⁷ G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 9.

²³⁸ Così, letteralmente, G. AMORE, *Appalto e claim*, cit., p. 18, che riprende le considerazioni già espresse da F. MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, cit., p. 164, secondo il quale, in materia di appalto, «l'interesse dell'ordinamento non è tanto nel senso dell'invariabilità delle condizioni del contratto (posto che l'appalto costituisce il tipo contrattuale in cui l'oggetto è, di fatto, maggiormente suscettibile di variazioni), quanto nel senso del rispetto dell'equilibrio dello scambio originariamente concordato nelle diverse ipotesi di variazione delle condizioni»; nello stesso senso, G. IUDICA, *Sorpresa geologica e revisione del contratto*, cit., p. 11 ss. In ordine a questi aspetti, M. PENNASILICO, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta dell'appalto tra scioglimento del rapporto e*

nostro ordinamento vige la regola espressa dall'art. 1372 c.c., è pur vero che la disposizione non può essere letta in modo isolato dal contesto ordinamentale, ma deve essere integrata anche con le disposizioni che esprimono principi e perseguono finalità di segno diverso, quali la correttezza e la buona fede nelle trattative, nell'esecuzione e nell'interpretazione del contratto²³⁹. Nel caso in esame, quindi, viene in rilievo non un vero e proprio conflitto quanto un concorso che può risolversi attraverso il bilanciamento, da condurre alla luce dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza²⁴⁰. In questo senso si può pertanto affermare che il contratto ha sì forza di legge, ma sempre nei limiti della ragionevolezza.

revisione del prezzo, cit., p. 858, ha messo in luce che il distacco critico di Rubino (espresso in D. RUBINO, *L'appalto*, 2^a ed., cit., p. 387) dalla consueta qualificazione dell'art. 1664 c.c. come eccezione al principio di invariabilità del prezzo abbia aperto il varco alle riflessioni della dottrina più recente, la quale, nel conflitto tra i principi *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus*, trova nella revisione del contratto di appalto una soluzione innovativa, che denota la capacità dell'ordinamento di adeguarsi alle peculiarità delle singole fattispecie. Sulla costruzione dell'appalto quale contratto con innate caratteristiche di elasticità che lo rendono unico nel sistema dei contratti tipici, caratterizzati da una struttura essenzialmente rigida, V. FRANCESCHELLI, *L'appalto come contratto a struttura elastica*, cit., p. 385. Su tali aspetti, v. anche S. POLIDORI, *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, cit., p. 710 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, cit., p. 52, il quale manifesta l'impressione che la forza di legge del contratto trovi smentite via via più numerose e rilevanti. In relazione alle variazioni nel contratto di appalto (artt. 1659 ss. c.c.), la compatibilità tra i due principi emerge anche dalle considerazioni di P. VIRGADAMO, *Variazioni in corso d'opera nel contratto di appalto e rinegoziazione delle condizioni contrattuali*, cit., p. 11 ss.: si ravvisa, nella materia, un generale principio di invariabilità dell'opera appaltata teso a tutelare il committente a ricevere l'opera così come progettata, evitando variazioni che potrebbero farne lievitare il costo. Allo stesso tempo, in considerazione della eccessiva rigidità del sistema che sarebbe derivata da un'incondizionata applicazione di questo principio, si evidenzia che il legislatore ha posto alcune eccezioni, rappresentate dagli artt. 1659-1661 c.c., che disciplinano le variazioni in corso d'opera. Sull'esistenza di un generale principio di invariabilità dell'opera o del servizio appaltati, volto a tutelare il committente da possibili variazioni apportate dall'appaltatore per aumentare il costo dell'opera, cfr. G. MUSOLINO, *Le variazioni dell'opera nell'appalto privato*, cit., p. 45 ss.; analoghe considerazioni sono svolte, in relazione all'appalto pubblico, da R. DAMONTE, *Le varianti nell'appalto di lavori pubblici*, cit., p. 59, che, anzi, rinviene nella disciplina pubblicistica un rafforzamento di questo principio. Sul collegamento tra il principio di invariabilità dell'opera appaltata e l'art. 1372 c.c., v. A. CATRICALÀ, P. DUBOLINO, E. ROMAGNOLI e I. ROMAGNOLI (a cura di), *Libro IV. Delle obbligazioni, T. VII (artt. 1615-1702)*, in C. RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, Milano, 2005, p. 4816, ove si precisa che la frequente necessità di apportare cambiamenti al progetto originario ha indotto il legislatore a tratteggiare una disciplina che conferisce al contratto di appalto una capacità di adattamento che lo rende peculiare e costituisce un'eccezione al principio di cui all'art. 1372 c.c.

²³⁹ In altri termini, posto che il principio *pacta sunt servanda* non può essere interpretato in contrasto con la regola della buona fede, sarebbe incongruo concludere che il contratto debba essere eseguito anche laddove sia chiaro che la sua esecuzione pregiudicherebbe in modo iniquo l'interesse di una delle due parti: così, F. CARINGELLA e G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 973. In tal senso si esprime anche la giurisprudenza, là dove, in tema di contratto autonomo di garanzia, ha affermato che l'assunzione da parte del garante dell'impegno di effettuare il pagamento a semplice richiesta del beneficiario della garanzia comporta la rinuncia ad opporre le eccezioni inerenti al rapporto principale, ivi comprese quelle relative all'invalidità del contratto da cui tale rapporto deriva, con il duplice limite dell'esecuzione fraudolenta o abusiva, a fronte della quale il garante può opporre l'*exceptio doli*, e del caso in cui le predette eccezioni siano fondate sulla nullità del contratto presupposto per contrarietà a norme imperative o per illiceità della sua causa, tendendo altrimenti il primo contratto ad assicurare il risultato che l'ordinamento vieta: v. da ultimo, Cass., 14 dicembre 2007, n. 26262, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Fideiussione e mandato di credito*, n. 25; Cass., 17 marzo 2006, n. 5997, in *Foro it.*, 2007, I, 1582). Per approfondimenti sulla clausola generale della buona fede, v. *infra*, par. 3.8.

²⁴⁰ Sulla distinzione tra tali criteri, v. *infra*, par. 2.6, spec. nota 280.

Nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati, la riscontrata compatibilità tra contratto e oggetto pubblico e la sostanziale riconduzione in schemi privatistici delle diverse forme di esercizio consensuale del potere amministrativo²⁴¹ non impediscono l'operatività di regole particolari, in considerazione della permanente funzionalizzazione dell'attività della p.a. al perseguimento del pubblico interesse. La necessaria attenuazione della vincolatività nei contratti in cui è coinvolta la Pubblica Amministrazione induce la constatazione della «connaturale soggezione dei contratti ad oggetto pubblico alla clausola *rebus sic stantibus*, intesa quale implicito riferimento a una situazione di fatto esistente al momento della stipulazione del contratto, il cui venir meno abilita i contraenti a valersi del rimedio risolutorio»²⁴². In questo senso si è espressa anche la giurisprudenza amministrativa che, in diverse occasioni, ha escluso l'applicazione della regola *pacta sunt servanda* e ritenuto che alcuni vincoli convenzionali fossero assunti dalla pubblica amministrazione *rebus sic stantibus*. Nel settore delle convenzioni urbanistiche²⁴³, in particolare in materia di convenzioni di lottizzazione²⁴⁴, si è affermato che la pubblica amministrazione ha la facoltà,

²⁴¹ Sul punto, v. *retro*, cap. I.

²⁴² T. GALLETTO, *Clausola rebus sic stantibus*, cit., p. 396. Con l'espressione contratti ad oggetto pubblico l'Autore si riferisce a quei contratti che si collegano a provvedimenti amministrativi di cui costituiscono un completamento necessario (quali, ad esempio, le concessioni contratto), ovvero pongono in essere un'alternativa di realizzazione (ad esempio, le convenzioni urbanistiche). Sulla «necessaria compresenza di una clausola *rebus sic stantibus* quale limite irrinunciabile» alla negoziabilità del potere pubblico, v. anche A. RALLO, *Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi di provvedimenti*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, p. 313 ss.

²⁴³ Le convenzioni urbanistiche, con una certa approssimazione, possono definirsi quali accordi che la pubblica amministrazione stipula con un soggetto privato allo scopo di disciplinare le modalità di urbanizzazione di una determinata area territoriale: V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica Amministrazione*, cit., p. 52 ss. Per uno studio più dettagliato si rinvia a F. PARENTE, *I moduli consensuali di pianificazione del territorio e la tutela degli interessi differenziati*, Napoli, 2006, *passim*, anche per le numerose indicazioni bibliografiche. In particolare, per l'Autore (*op. cit.*, p. 77) la locuzione «convenzione urbanistica» rinvia ad una variegata categoria di accordi tra il potere amministrativo di pianificazione e i privati interessati, inseriti in procedure di natura amministrativa, che tendono a determinare con modalità «negoziata» la disciplina conformativa di beni immobili a rilevanza urbanistica.

²⁴⁴ Tali convenzioni sono strumenti di natura negoziale che si inseriscono nell'ambito di un procedimento amministrativo, concludendosi con l'approvazione di un piano di lottizzazione e con l'emissione dei provvedimenti amministrativi riguardanti lo *ius aedificandi* del privato. In giurisprudenza, da ultimo, v. Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1477, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 680, ove si afferma che: «Le convenzioni di lottizzazione costituiscono strumenti di attuazione del piano regolatore generale, rivestono carattere negoziale e, in particolare, di accordi sostitutivi del provvedimento»; Cass., Sez. un., 7 febbraio 2002, n. 1763, in *Rep. Foro it.*, 2002, *Edilizia e urbanistica*, n. 241; Cass., 6 aprile 1983, n. 2443, in *Riv. Giur. dell'edilizia*, 1983, I, p. 383 ss; Cass., Sez. Un., 19 aprile 1984, n. 2567, *ibidem*, 1984, I, p. 448. Secondo F. PARENTE, *I moduli consensuali di pianificazione del territorio e la tutela degli interessi differenziati*, cit., p. 77 n. 93, le convenzioni di lottizzazione integrano «il modello» delle convenzioni urbanistiche: in particolare, l'obiettivo dell'urbanizzazione del territorio è perseguito mediante piani di lottizzazione che codificano la disciplina urbanistica in attuazione degli strumenti di pianificazione generale nel cui ambito i privati cedono gratuitamente al comune le aree destinate alle opere di urbanizzazione, assumono oneri alternativi di *facere* o di *dare* e realizzano le opere stesse oppure ne pagano il costo all'amministrazione. L'Autore, in generale, ritiene plausibile riconoscere natura

a fronte di sopravvenute esigenze pubbliche, ovvero nel riesaminare i criteri di valutazione dell'assetto urbanistico del territorio, di sciogliersi dai vincoli contrattuali²⁴⁵; l'amministrazione, potrebbe, ad esempio, revocare i provvedimenti di approvazione del piano di lottizzazione oppure approvare strumenti urbanistici sopraordinati che modificano o escludano la realizzazione delle opere previste nel piano di lottizzazione²⁴⁶.

contrattuale alle convenzioni urbanistiche, per il valore pregnante “dell'accordo delle parti” nella connotazione della struttura fisionomica del contratto (art. 1325, n. 1, c.c.) e del carattere patrimoniale della prestazione (art. 1174 c.c.), che non lasciano spazio alla creazione di figure intermedie tra il contratto e il provvedimento amministrativo o alla supposizione di un'autonoma categoria di contratto di diritto pubblico, distinta dalle tipologie contrattuali regolate dal codice civile (*op. cit.*, p. 82-83). Sulla natura contrattuale delle convenzioni urbanistiche, in giurisprudenza, v. Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio 1993, n. 14, in *Foro amm.*, 1993, I, p. 989, con nota di B. SARGENTI, *Sulla natura giuridica delle convenzioni urbanistiche*. Sulla natura delle convenzioni di lottizzazione, in dottrina, si rinvia ai contributi specifici di A. GIOVANNIELLO, *La controversa natura giuridica delle convenzioni di lottizzazione*, in *Appalti urbanistica edilizia*, 1996, 1081. A. SANDULLI, *Le convenzioni di lottizzazione: natura e tutela* (Nota a C. Stato, sez. IV, 19 dicembre 1994, n. 1046), in *Giornale dir. amm.*, 1995, p. 416 ss.

²⁴⁵ In particolare, è stato sostenuto che il sinallagma negoziale derivante dalla convenzione è assunto dalla p.a. con riferimento all'assetto del territorio esistente all'atto della stipula della convenzione, e che quindi l'esercizio dei poteri pubblicistici consente all'amministrazione di incidere sul contenuto della situazione soggettiva spettante al privato: Cass., Sez. un., 19 aprile 1984, n. 2567, cit.; Cass., Sez. un., 25 luglio 1994, n. 6941, in *Rep. Foro it.*, 1994, *Edilizia e urbanistica*, n. 211; Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1477, cit. In alcuni casi, gli effetti della sopravvenienza impeditivi del rispetto da parte della p.a. del contenuto delle obbligazioni assunte sono stati ricostruiti in termini di difetto funzionale sopravvenuto della causa, con conseguente possibilità per il privato di ottenere la risoluzione del contratto: Cass., 30 gennaio 1985, n. 580, in *Riv. giur. dell'edilizia*, 1985, I, p. 426 ss. In una diversa prospettiva, però, assume rilevanza una recente pronuncia del Consiglio di Stato in cui si è affermato che «Le convenzioni di lottizzazione non possono essere modificate unilateralmente dall'amministrazione, che può invece adottare una variante al piano regolatore generale che renda impossibile l'attuazione del piano di lottizzazione concordato nei termini e con le modalità originariamente definite»: Cons. Stato, sez. IV, 7 luglio 2008, n. 3356, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 2037 (analogamente, in passato, con riguardo alle convenzioni urbanistiche, Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio 1993, n. 14, cit., ove si è deciso: «Le convenzioni urbanistiche hanno natura contrattuale: di conseguenza, deve ritenersi non consentita la modifica autoritativa di obblighi determinati anche con il consenso del privato, con la sola eccezione delle variazioni introdotte in sede di emanazione di un nuovo strumento urbanistico generale, implicando quest'ultimo la revisione generale dell'intero assetto urbanistico del territorio comunale»). In dottrina, cfr., per tutti, F. PARENTE, *I moduli consensuali di pianificazione del territorio e la tutela degli interessi differenziati*, cit., p. 72 ss., secondo cui, in materia di convenzioni urbanistiche, il potere di recesso unilaterale del contraente pubblico trova fondamento in un principio giurisprudenziale consolidato: il riconoscimento della natura contrattuale delle convenzioni non esclude che la p.a. mantenga la potestà di regolamentare l'assetto del territorio in funzione degli interessi prevalenti.

²⁴⁶ In questo modo, secondo T. GALLETTO, *Clausola rebus sic stantibus*, cit., p. 396, emerge anche la peculiarità che connota l'applicazione della clausola in esame nei contratti ad oggetto pubblico, ovvero la sua operatività anche se il verificarsi della sopravvenienza è imputabile alla sfera giuridica soggetta al controllo di una delle parti e, in particolare, del contraente pubblico (sul punto, v. *retro*, nota 160).

2.6. *Segue. Adeguamento, equilibrio e giustizia contrattuale. Lex mercatoria e principi Unidroit come mezzi di interpretazione e integrazione del diritto nazionale. Il ruolo della dottrina e della giurisprudenza. La congruità dello scambio contrattuale come risultato di una evoluzione del sistema.*

L'adeguamento o la revisione del contratto garantiscono il perdurare dell'equilibrio contrattuale nel tempo²⁴⁷. La finalità delle regole predisposte dagli ordinamenti più sensibili all'esigenza di conservazione del contratto risponde, così, al tentativo di ottenere il riallineamento delle prestazioni corrispettive²⁴⁸: una sorta di "riequilibrio", tale da consentire alle parti di proseguire l'esecuzione del rapporto nel rispetto della base economica dello scambio originariamente accettata da entrambi i contraenti²⁴⁹.

²⁴⁷ P. GALLO, *Revisione del contratto*, cit., p. 439, il quale precisa, però, che bisogna far riferimento non tanto all'equilibrio tra le prestazioni in astratto, ma, piuttosto, a quello fissato dalle parti; ciò in quanto le parti sono libere di fissare il rapporto tra le reciproche prestazioni, con il solo limite costituito dalla lesione enorme. R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto*, cit., p. 128, dopo aver sottolineato che bisogna considerare pur sempre l'assetto di interessi prospettato e regolato dai contraenti, esclude che l'equivalenza tra le prestazioni sia un valore essenziale per il sistema, almeno fin tanto che l'alterazione della corrispettività non attinga forme inaccettabili, dinanzi alle quali l'ordinamento consente al soggetto leso la possibilità di agire per paralizzare gli effetti dell'atto. Nello stesso senso, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti*, cit., p. 597 ss., il quale osserva che, di regola, è irrilevante lo squilibrio economico originario tra le prestazioni. Nella fase di formazione domina, infatti, il principio dell'autonomia contrattuale, e ciascuno è libero di contrattare a condizioni a sé svantaggiose o vantaggiose per la controparte. L'esigenza di proporzionalità che emerge dalle norme in tema di risoluzione «è legislativamente valutata come esigenza di ristabilire l'equilibrio corrispondente all'originaria previsione delle parti. Su quelle norme non è lecito fondare una più generale regola, che imponga di uniformare le ragioni contrattuali dello scambio a oggettivi criteri di equivalenza tra le prestazioni». Sulla nozione e la rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto francese, cfr. L. GRYNBAUM, *Le contrat contingent. L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, Paris, 2004, pp. 25 ss. In materia di appalti pubblici, si afferma che la rinegoziazione tende al ripristino dell'equilibrio economico-giuridico esistente al momento dell'aggiudicazione: così, V. LOPILATO, *Questioni attuali sul contratto. Approfondimenti tematici e giurisprudenza annotata*, Milano, 2004, p. 231. M. PENNASILICO, *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 4, p. 1084. In giurisprudenza, circa l'esigenza di garantire l'equilibrio alterato per effetto di sopravvenienze, in particolare mediante l'istituto della revisione dei prezzi, v. Cons. Stato, 19 giugno 2009, n. 4079, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, p. 1508 ss.; Cons. Stato, 9 giugno 2008, n. 2786, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratti pubblici*, n. 1318, che però, fanno riferimento ad un'esigenza tutelata soltanto in via mediata, là dove l'interesse primario tutelato è quello dell'amministrazione di evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo, tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto.

²⁴⁸ Sulla novità del concetto di congruità dello scambio contrattuale, F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 919 ss., il quale evidenzia la differenza tra il contratto di cui si discute oggi, alla luce delle esperienze sia legislative sia giurisprudenziali, e quello di cui si parlava anni fa, poiché nella storia recente si è registrata l'evoluzione dalle concezioni soggettivistiche, basate sul dogma della volontà, alle concezioni oggettivistiche, basate sulla congruità dello scambio contrattuale.

²⁴⁹ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 17. Nella medesima direzione, R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto*, cit., p. 111, secondo il quale esigenze di giustizia sostanziale impongono il rispetto del principio di corrispettività: in particolare, se le variazioni dei prezzi incidono nella fase di esecuzione del rapporto sulla equivalenza tra le prestazioni, come configurata dalle parti, il rimedio della revisione giova a ripartire tra i contraenti rischi di non preventivate variazioni dei costi.

Nel dibattito attuale, a fronte di una logica liberista che afferma l'autonomia della volontà e il primato del mercato, reputa irrilevante lo squilibrio contrattuale e non tollera alcuna etero-integrazione sul contenuto del contratto²⁵⁰, si è sviluppata una prospettiva più sensibile al reale dispiegarsi dei rapporti tra autonomia privata e intervento pubblico, orientata a rivendicare controlli più incisivi da parte dell'ordinamento, sia nella fase di formazione dell'accordo che nel corso della sua evoluzione²⁵¹. Nella prospettiva tradizionale, si è affermato il principio della tendenziale irrilevanza dello squilibrio contrattuale, in considerazione sia dell'autonomia contrattuale delle parti, ritenute insindacabilmente libere di regolare i termini economici e giuridici dello scambio, sia dei pochi spazi che l'ordinamento lascia a un sindacato su questo profilo²⁵². Progressivamente, però, si è sviluppata una diversa consapevolezza verso il tema della giustizia contrattuale²⁵³: in particolare, l'emersione dell'equilibrio contrattuale come valore da tutelare rappresenta lo sviluppo di spunti già contenuti nell'impianto codicistico e vivificati dalla prospettiva costituzionale comunitaria²⁵⁴. E' sempre più avvertita la necessità di garantire l'equilibrio

²⁵⁰ Si tratta prevalentemente dell'analisi economica del diritto, sulla quale, per un quadro di sintesi, si v. R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., I, Torino, 1987, p. 309.

²⁵¹ Sui rapporti tra libertà e giustizia contrattuale cfr., tra gli altri, G. ALPA, *I Principi generali*, 2ª ed., in G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di Diritto privato*, Milano, 2006, p. 442 ss., che manifesta scetticismo verso il dispiegarsi della autonomia contrattuale totalmente esente da controlli; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, già in *Rass. dir. civ.*, 2000, 3, ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, cit., p. 423.

²⁵² In questa prospettiva, si accoglie un concetto assai esteso di autonomia privata, non suscettibile di etero integrazioni giustificate da programmi di giustizia contrattuale (così, P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, c. 231) e si esclude che la realizzazione e la conservazione dell'equilibrio contrattuale sia un fine primario dell'ordinamento (R. NICOLÒ, *Alea*, cit., p. 1026). In argomento, di recente, G.M. FENU, *L'integrazione del contratto*, Roma, 2007, p. 197 ss., il quale, interrogandosi circa la possibilità che l'equità si possa spingere ad un controllo dell'equilibrio tra le prestazioni, manifesta la sua propensione verso la tendenza che ritiene prevalente il rispetto della volontà dei contraenti, in quanto, soprattutto nel campo dell'equità, si attribuirebbe al giudice un potere decisorio svincolato da regole ben definite che potrebbe condurre a risultati non prevedibili e ad un'amministrazione della giustizia non uniforme, ma legata al sentire individuale del giudice.

²⁵³ Già F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 165, considerava il principio di equivalenza come fondamento degli istituti della rescissione e della risoluzione per eccessiva onerosità e interpretava gli interventi esterni sul contratto come ispirati dall'intento di controbilanciare una sostanziale disparità di potere contrattuale, quale testimonianza che l'ordinamento non si accontenta che il contratto realizzi un qualsiasi assetto di interessi, ma intende realizzare un assetto equo. Sul tema della giustizia contrattuale, v., *infra* par. 2.6.

²⁵⁴ P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 443 ss.; ID., *Equilibrio delle posizioni contrattuali e autonomia privata, Sintesi di un Convegno*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, cit., p. 466 ss.; B. MARUCCI, *Equilibrio contrattuale: un principio nella continuità*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 239. Sull'evoluzione degli atteggiamenti dottrinali, dalla tendenziale irrilevanza dell'equilibrio contrattuale alla sua emersione quale principio di etica giuridica che assume un ruolo di primaria importanza nella ricostruzione degli istituti giuridici, v. F. VOLPE, *Contratto giusto*, cit., p. 384 ss.; ID., *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, cit., p. 7 ss., al quale si rinvia anche per le abbondanti indicazioni sulla letteratura in

sostanziale nei contratti, tale da assicurare un'equa distribuzione di diritti ed obblighi tra le parti, nonché un rapporto di giusta proporzione quantitativa tra le prestazioni²⁵⁵. Tale principio rileva tanto nella fase di formazione del contratto, quanto in quella di svolgimento del rapporto²⁵⁶. A quest'ultimo riguardo, si deve osservare che nel diritto italiano, lo squilibrio originario fra le prestazioni contrattuali assume tradizionalmente rilievo solo in

tema di giustizia contrattuale. L'autore sottolinea che la recente storia del diritto dei contratti rivela lo sforzo del legislatore, nazionale e comunitario, proteso a superare antichi tabù concernenti l'adeguatezza dello scambio contrattuale e ad attuare programmi di giustizia distributiva e, allo stesso tempo, pone in luce la difficoltà di una ricostruzione unitaria del tema dello squilibrio contrattuale e la conseguente necessità di una sua razionalizzazione. In realtà, l'emersione dell'equilibrio quale valore da garantire si colloca nella moderna evoluzione della teoria generale del diritto dei contratti, nella quale si è passati dall'astratto concetto di parte del contratto, come accolta dal legislatore del 1942 (su cui v., per tutti, G. OSTI, *Contratto*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1959, p. 475 ss.), a una visione che s'incentra sulla consapevolezza della sostanziale disuguaglianza tra "soggetto forte" e "soggetto debole" [si pensi al concetto di consumatore, su cui, fra gli altri, V. ZENOVICH, *Consumatore (tutela del)*, in *Enc. giur.* Treccani, VIII, 2000, p. 1 ss.; P. MENGOZZI, *La nozione di consumatore, la direttiva CEE 93/13 ed il diritto italiano*, in *Contr. impr./Eur.*, 2002, p. 54 ss.; F. ASTONE, *Art. 1469-bis, 2° comma. Ambito di applicazione soggettiva. La nozione di «consumatore» e «professionista»*, in G. ALPA e S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Cod. civ. Commentario* diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2003, p. 162 ss.; A.M. AZZARO, *Tutela del «consumatore» e regolazione del mercato*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 237 ss.; A. BARCA, *Brevi note in ordine alla nozione di consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 367 ss.; F. BOCCHINI, *Nozione di consumatore e modelli economici*, in ID. (a cura di), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, I, *Gli scambi*, Torino, 2003, p. 25 ss.; R. CALVO, *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico ed il sonno della ragione*, in *Contr. impr./Europa*, 2003, p. 715 ss.; E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, p. 1149 ss.; E. GABRIELLI, *Il consumatore e il professionista*, in E. GABRIELLI ed E. MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, 3, t. 1, Torino, 2005, p. 5 ss.]. In quest'ottica, il presupposto logico che fondava l'incompatibilità tra oggetto pubblico e contratto, ovvero la concezione formalmente paritetica dei soggetti in ambito privatistico pare oggi superata, in base a un'interpretazione sistematica del complesso assetto ordinamentale.

²⁵⁵ In tal modo, si valorizza una visione dell'equilibrio contrattuale che va oltre una prospettiva meramente economica [sulla quale, cfr. R. ROLLI, *Le attuali prospettive di "oggettivizzazione dello scambio": verso la rilevanza della "congruità dello scambio contrattuale"?*, in *Contr. impr.*, 2001, p. 611 ss., che si sofferma sulla progressiva affermazione nell'ordinamento giuridico della rilevanza del profilo della congruità dello scambio contrattuale; sul punto, v., già, R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 310 ss.], là dove il medesimo concetto di equilibrio, inteso in senso normativo, evidenzia la connessione tra l'equilibrio giuridico fra le prestazioni e la loro congruità economica: così, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 443 ss.; ID., *Equilibrio delle posizioni contrattuali e autonomia privata*, cit., p. 466 ss., il quale ritiene che il profilo normativo si traduca in una valutazione economica; B. MARUCCI, *Equilibrio contrattuale: un principio nella continuità*, cit., p. 224 ss. Nello stesso senso sembra orientato anche V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, 2ª ed., Torino, 2005, p. 37 ss, spec. p. 40, che sottolinea l'evanescenza del confine tra squilibrio normativo ed economico. Sulla tendenza dell'ordinamento alla oggettivizzazione dello scambio contrattuale, cfr. anche F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, cit., p. 923; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, cit., p. 10 ss.

²⁵⁶ Il rilievo dello squilibrio originario implica, a maggior ragione, la rilevanza di quello sopravvenuto che, a differenza del primo, non è sicuramente voluto, in quanto deriva da circostanze non conosciute al momento della stipulazione e, nella maggior parte dei casi, nemmeno prevedibili. La distinzione tra squilibrio originario e sopravvenuto rinvia al concetto di sinallagma contrattuale, inteso come rapporto di interdipendenza tra le prestazioni reciproche delle parti. Lo stesso integra la causa del contratto (c.d. sinallagma genetico), ma è destinato a realizzarsi nella fase di esecuzione del contratto (c.d. sinallagma funzionale) poiché soltanto allora lo scambio previsto nel contratto si attua in concreto. Così, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti*, cit., p. 560. Analogamente, G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p.31 e, *ivi*, ulteriore bibliografia.

una serie di situazioni fortemente tipizzate, che muovono dalla rescissione per lesione *ultra dimidium* con approfittamento dell'altrui stato di bisogno (art. 1447 c.c.), ai contratti con il consumatore, predisposti dal professionista in contrasto con la buona fede e tali da determinare «un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto» (art. 33 Cod. consumo), ai contratti di subfornitura nelle attività produttive con abuso di dipendenza economica, che provoca «un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi» (art. 9, legge 18 giugno 1998, n. 192), e, infine, al contratto usurario, che prevede «vantaggi sproporzionati a danno di chi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria» (art. 1, legge 7 marzo 1996, n. 108)²⁵⁷. Analogamente, per quanto concerne lo squilibrio sopravvenuto, si è soliti fare riferimento alla risoluzione per eccessiva onerosità (art. 1467 ss.)²⁵⁸.

L'equilibrio, inoltre, può essere riferito, oltre che agli elementi oggettivi del contratto, anche alle persone dei contraenti, quando si ravvisi una disparità delle posizioni contrattuali, tali da esporre una parte agli abusi di quella che si trova in una situazione di maggiore forza contrattuale²⁵⁹.

²⁵⁷ Il legislatore, nell'ambito della tendenza evolutiva diretta a garantire la giustizia del singolo affare sembra, dunque, ispirato da una sostanziale preoccupazione per una giustizia concreta, volta a favorire la corrispettività tra le prestazioni (in argomento, con particolare riguardo all'ordinamento francese, L. CADIET, *Une justice contractuelle, l'autre*, in AA.VV., *Études offertes a Jacques Ghestin*, cit., pp. 177 ss.; P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, 3^e ed., Paris, 2007, p. 343 ss e 371 ss.). Alcuni autori vorrebbero un più incisivo utilizzo dello strumento equitativo (F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 345). Secondo G.M. FENU, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 211, una simile prospettiva è attualmente una mera aspirazione, non avendo ancora trovato un risvolto pratico per la sfiducia verso lo strumento equitativo e, ancor di più, perché la struttura del diritto civile, nei suoi istituti fondanti, sembra limitare la possibilità di un'ingerenza al fine di controllare l'equilibrio del contratto e la sua "giustizia" oltre i casi espressamente previsti; la presenza di istituti quali la rescissione per lesione e per eccessiva onerosità, induce ad escludere che si possa parlare di un potere generale del giudice di integrazione del contratto secondo equità. In senso analogo, nel diritto francese alcuni autori presumono che il contratto liberamente accettato dalle parti sia giusto; pertanto, se uno dei contraenti è leso dal contratto, deve poter reclamare giustizia «*mais il ne dispose pas d'un moyen général à cette fin: seulement de moyens particuliers, limits par leur histoire, et variables selon la forme sous laquelle se présente la lésion*»: J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, cit., p. 2049).

²⁵⁸ La giurisprudenza è tendenzialmente orientata nel senso di individuare nella tutela dell'equilibrio del contratto la *ratio* della disciplina della eccessiva onerosità sopravvenuta: in tal senso, Cass. 9 ottobre 1989, n. 4023, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, p. 944, Cass., 11 novembre 1986, n. 6584, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2177. In dottrina, per l'analisi della normativa significativa della rilevanza dello squilibrio tra le prestazioni, v. R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, cit., p. 309 ss. e, più di recente, ID., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003, *passim*.

²⁵⁹ La disparità di forza contrattuale fra le parti, tipica di alcune categorie di contratti, ha dato luogo al proliferare di normazione di settore. Emblematico è il rapporto tra professionista e consumatore, in relazione al quale il concetto di equilibrio ha avuto espresso riconoscimento con la normativa c.d. consumeristica che rinviene una sistemazione organica nel Codice del consumo (d. lgs. 206/2005). Per l'analisi della normativa, da ultimo, E. CAPOBIANCO e G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e con la giurisprudenza*, Napoli, 2009. Cfr., anche P. STANZIONE e G. SCIANCALEPORE (a cura di), *Commentario al Codice*

L'analisi della tematica dell'equilibrio contrattuale non può essere condotta esclusivamente sulla base del diritto interno, ma implica anche un riferimento ai principi e alle regole elaborate in ambito transnazionale²⁶⁰. Si sta oggi formando un «diritto uniforme spontaneo»²⁶¹, la «nuova *lex mercatoria*»²⁶², quale diritto non statale che origina dalla società

del consumo. Inquadramento sistematico e prassi applicativa, Milano, 2006; G. VETTORI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, 2007. In ordine ai rapporti tra imprenditori, rileva la l. n. 192 del 1998 recante disposizioni in materia di subfornitura e, in particolare, l'art. 9, che sanziona con la nullità i patti dai quali emerge l'abuso di dipendenza economica. Sul punto cfr. F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002, *passim*; ID., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 639 ss., spec. p. 647 ss. G. AGRIFOGLIO, *Abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti d'impresa (B 2 b)*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 1333 ss.; E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, terzo contratto*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 120 ss.; R. CATALANO, *Note sull'art. 9 l. 18 gennaio 1998 n. 192: l'ambito del divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Dir. e giur.*, 2007, p. 343 ss.; P. FABBIO, *Osservazioni sull'ambito d'applicazione del divieto di abuso di dipendenza economica e sul controllo contenutistico delle condizioni generali di contratto tra imprese* (Nota a Trib. Trieste, ord. 21 settembre 2006), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 902 ss. Per un'analisi dettagliata delle diverse applicazioni della giustizia del contratto in rapporto alle situazioni soggettive tutelate, v. F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, cit., p. 98 ss.

²⁶⁰ Per un'analisi completa, F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, *passim*, ove si evidenzia che la realtà oggi muta rapidamente nel tempo, ma si rende sempre più uniforme nello spazio. Le valutazioni degli attuali profili di disciplina del contratto si devono perciò svolgere in una prospettiva più ampia, avendo come punto di riferimento il contratto internazionale: «è necessario avere riguardo allo sviluppo del diritto che tende a regolare il villaggio globale, il mercato globale, perché quello sarà in futuro il punto di riferimento» (*op. cit.*, p. 56). In questa prospettiva - secondo l'Autore - la globalizzazione modificherà profondamente le premesse normative e concettuali poste alla base delle dottrine correnti sul contratto e l'autonomia privata. Analogamente, R. TOMMASINI, *Dalle logiche di revisione del rapporto alle più articolate forme di gestione delle sopravvenienze*, cit., p. 20, secondo il quale le suggestioni provenienti dalle regole uniformi inducono a ricercare nuove interpretazioni di regole del sistema nelle quali devono riflettersi i principi che vanno emergendo nei sistemi sovranazionali. La sensibilità degli operatori del diritto deve orientarsi verso una più adeguata interpretazione delle regole generali, come quelle contenute negli artt. 1371, 1374, 1362 ss., 1175, 1375 c.c., al fine di verificare la possibilità di rinvenire gli strumenti per una migliore e più efficiente garanzia delle parti nella gestione del rapporto contrattuale, in quell'ottica di equilibrio e conservazione verso cui il sistema dei contratti sembra ormai orientato.

²⁶¹ Così, F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., p. 60 ss., che fa riferimento ad un «ordinamento giuridico, separato dagli ordinamenti statuali e dotato, al pari di questi, del carattere di ordinamento originario, quale espressione della *business community* o *societas mercantile*»; in tal modo, gli usi del commercio internazionale vengono assunti quali usi normativi, fonti di diritto oggettivo, non statale bensì sovranazionale: «un diritto oggettivo della *societas mercatorum*, della comunità internazionale degli operatori economici». V. anche, ID., *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 509 ss. Da tempo, la giurisprudenza di legittimità evidenzia che le vicende economiche relative ad operatori non soggetti al medesimo ordinamento giuridico sono disciplinate dalla *lex mercatoria*, come insieme di regole osservate con cognizione di coerenza dai medesimi operatori: Cass., 8 febbraio 1982, n. 722, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2285, in *Riv. Dir. Int. priv. proc.*, 1982, p. 829 con nota di A. GIARDINA, *Arbitrato transnazionale e lex mercatoria di fronte alla corte di cassazione*, (*op. cit.*, p. 754 ss). Parere favorevole sulla introduzione della *lex mercatoria* nell'ordinamento statale è stato espresso anche dalla giurisprudenza di legittimità francese, che ha ritenuto non viziato da nullità il lodo conclusivo di un arbitrato internazionale pronunciato secondo le regole della *lex mercatoria* (*Cour de Cassation*, 22 ottobre 1991, in *Dir. Comm. Internaz.*, 1992, p. 214 ss., con nota di U. DRAETTA, *La giurisprudenza francese conferma il carattere di «regole di diritto» delle norme della lex mercatoria*).

²⁶² F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., p. 56 ss., il quale sottolinea l'origine colta dell'espressione che allude alla rinascita, nell'epoca moderna, di un diritto universale, quale fu quello dei mercanti dell'epoca intermedia. Sulla rilevanza della *lex mercatoria*, v., anche, F. MARRELLA, *Lex mercatoria e Principi Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale*, in *Contr. impr./Eur.*, 2000, 1, p.

globale²⁶³. Con tale espressione si allude a un diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, che assolve la funzione di superare la discontinuità giuridica provocata dalla divisione dei mercati in una pluralità di Stati²⁶⁴.

In linea con questi sviluppi, grande rilevanza hanno assunto i Principi *Unidroit* dei contratti commerciali internazionali²⁶⁵: l'effettività di queste regole è attestata, in particolare,

29 ss., secondo il quale la *lex mercatoria* non è solo una vicenda del passato ma è la chiave di comprensione di una realtà originale che deve essere attentamente analizzata.

²⁶³ Sulla globalizzazione, v., per tutti, la definizione di P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto e scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, c. 151 ss., secondo il quale «globalizzazione significa deterritorializzazione; di conseguenza, significa anche primato dell'economia a tutto detrimento della politica; di più, significa eclisse dello Stato e della sua espressione più speculare: la sovranità». Questa nozione consente di comprendere con precisione il rapporto tra globalizzazione e diritto; diversamente dal passato, dove il legame tra diritto e volontà politica aveva quasi i caratteri della necessità, attualmente la capacità di imperio delle forze economiche impone altre fonti di produzione. In questa prospettiva, il diritto della globalizzazione ha come finalità di delineare strumenti efficaci e d'immediata utilità per gli operatori economici: «Qui non è la validità che domina, bensì il suo contrario, cioè l'effettività», laddove per effettività si intende che uno strumento è così congeniale agli interessi degli operatori economici che essi lo utilizzano ripetutamente perché ha in sé una forza, una capacità persuasiva, che lo rende meritevole di osservanza e, quindi, di vita durevole.

²⁶⁴ In altre parole, i protagonisti della vita economica, insoddisfatti della normazione degli Stati diventano produttori di diritto, col risultato che, accanto al diritto dei singoli Stati o delle comunità sopranazionali, prende forma un diritto, che trova la sua genesi in seno alla prassi, creato dai privati per tutelare i propri interessi, e che conta sulla adesione formalmente spontanea degli *homines oeconomici* e non sulla coazione statale. Sul punto, P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto e scienza giuridica*, cit., c. 151 ss., secondo cui nell'attuale contesto giovano regole e principi quali segni d'una giuridicità che rifiuta «l'ossificazione mediante la codificazione»; il nucleo fondamentale del diritto globalizzato, ovvero i contratti che rappresentano il supporto giuridico del mercato, necessitano di principi ordinanti e non di ingessature normative.

²⁶⁵ Si tratta di un corpo unitario di regole - ispirate ad una grande flessibilità e funzionali ai continui mutamenti economici e tecnologici ai quali è sottoposto il mondo della contrattazione - in cui sono stati riuniti principi generali del diritto dei contratti e pratiche contrattuali internazionalmente diffuse. I *Principles of International Commercial Contracts* sono stati pubblicati dall'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato (*Unidroit*) nel 1994 e riformulati a distanza di un decennio, nel 2004, dopo aver avuto riscontro di positiva accoglienza ed anche di una certa effettività in varie sedi applicative (dalla prassi commerciale, al contenzioso arbitrale, sino alle nuove codificazioni): così, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit., p. 1892. Elaborati da una compagine di giuristi portatori di diverse culture e tradizioni giuridiche, i Principi costituiscono un corpo di regole valide per i contratti commerciali internazionali. L'interesse per l'attività svolta dalla Commissione *Unidroit* è confermato dalla copiosa letteratura in materia: tra gli altri, G. DE NOVA, *Unidroit principles of international commercial contracts*, in *Contratti*, 1994, p. 501; ID., *I Principi Unidroit come guida nella stipula dei contratti internazionali*, in *Contratti*, 1995, p. 5; A. DI MAJO, *I Principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, in *Contr. impr./Eur.*, 1996, p. 287 ss.; G. ALPA, *Prime note di raffronto tra i Principi dell'Unidroit ed il sistema contrattuale italiano*, in *Contr. impr./Eur.*, 1996, p. 316 ss.; M.J. BONELL, *I Principi Unidroit. Un approccio moderno al diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 231 ss.; ID., *I principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: origini, natura e finalità*, in *Dir. comm. internazionale*, 1995, p. 3 ss.; ID., *I principi Unidroit 2004: una nuova edizione dei principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, in *Dir. comm. internaz.*, 2004, p. 535 ss.; G.B. FERRI, *Il ruolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli usi nei Principi dell'Unidroit*, in *Contr. impr./Eur.*, 1996, p. 825 ss. Accanto a questa compilazione si rivela opportuno il riferimento anche ai Principi di diritto europeo dei contratti, elaborati dalla Commissione europea dei contratti presieduta da Ole Lando [l'edizione italiana di questi Principi è curata da C. CASTRONOVO (a cura di), *Principi di Diritto Europeo dei Contratti*, Parte I e II, Milano, 2001. V. anche, G. ALPA, *I Principles of European Contract law predisposti dalla Commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 483 ss.; per la versione francese dei Principi, v. G. ROUHETTE, *Principes du droit européen du contrat*, Paris, 2003], nonché al

dal crescente numero di lodi arbitrali internazionali che fanno riferimento ai Principi, assumendoli come accreditata fonte di cognizione della *lex mercatoria*²⁶⁶.

Quanto alla loro rilevanza negli ordinamenti nazionali, si pone il problema di individuarne il concreto ambito applicativo, come, del resto, accade in relazione a tutte le espressioni di *soft law*²⁶⁷, atteso che ne è esclusa la forza vincolante²⁶⁸. I Principi hanno

Code Européen des contrats, redatto dall'Accademia dei giusprivatisti europei sotto il coordinamento del Prof. Giuseppe Gandolfi (sul quale, G.B. FERRI, *Il Code Européen des Contrats*, in *Contr. impr./Eur.*, 2002, p. 27 ss.). E' stato evidenziato che tali compilazioni si iscrivono in un grande movimento di codificazioni private che sembrano voler recuperare, al diritto civile, l'originario carattere estrastatuale, che aveva sempre mantenuto fino a quando le grandi codificazioni illuministiche hanno avevano organizzato la materia dei rapporti tra i privati, che si trasforma continuamente e che può difficilmente restare imprigionata in un apparato di norme e principi costruito per durare nel tempo (G.B. FERRI, *op. cit.*, p. 27).

²⁶⁶ Nel senso che i Principi sono "espressione" o "fonte di cognizione" della nuova *lex mercatoria*, F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., p. 64 ss.; G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 77 ss., il quale esclude che la funzione dei Principi possa essere limitata a quella di fungere da "guida" cui gli operatori economici possono ispirarsi nella stipulazione dei contratti internazionali, essendo gli stessi anche espressione della nuova "*lex mercatoria*"; E.M. PIERAZZI, *La giustizia del contratto*, in *Contr. impr.*, 2005, 2, p. 647. Sull'esigenza di armonizzazione tra gli ordinamenti statuali, al fine di individuare un diritto uniforme, quale *ratio* dell'elaborazione dei Principi *Unidroit*, v. V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 33, secondo il quale i Principi sono espressione delle esigenze maturate nel commercio internazionale e consentono di considerare non più utopistico il progetto di armonizzazione del diritto commerciale internazionale; F. MARRELLA, *Lex mercatoria e Principi Unidroit* cit., p. 29, sottolinea che l'Istituto è sorto con lo scopo di perseguire l'unificazione "convenzionale" interstatale del diritto, ma ha svolto, paradossalmente, un'opera di "unificazione scientifica" di un diritto del commercio a vocazione universale mai tentata fino ad oggi.

²⁶⁷ In un'accezione molto generale, il termine *soft law* comprende una diversificata tipologia di atti e strumenti il cui tratto comune è costituito dal carattere non vincolante, benché ad essi vengano riconosciuti alcuni effetti, fra i quali, in particolare, l'idoneità ad orientare i comportamenti dei loro destinatari. Si tratta di un insieme di tecniche e strumenti di regolazione della società, alternativi alle istituzionali fonti di produzione del diritto, che sono spesso avvertite come indagate; le tecniche e le regole di "diritto attenuato" sono, pertanto, espressione di uno spontaneo processo di reazione alle difficoltà che le tradizionali fonti di produzione normativa (*hard law*) incontrano, in special modo nei settori legati allo svolgimento di attività di natura economica. Su questo concetto, di recente, E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008; A. SOMMA, *Soft law sed law - Diritto morbido e neocorporativismo nella costruzione dell'Europa dei mercati e nella distruzione dell'Europa dei diritti*, in *Riv. critica dir. privato*, 2008, 437. In ordine al successo della *soft law* come esempio importante del cambiamento dalla forma alla sostanza nel nuovo diritto privato europeo, cfr. M.W. HESSELINK, *La nuova cultura giuridica europea*, a cura di G. RESTA, traduzione di E.C. Zaccaria; prefazione di G. Resta e V. Zeno-Zencovich, Napoli, 2005, p. 91 ss.

²⁶⁸ Sulla portata dei Principi nell'ordinamento interno, quest'orientamento è espresso, tra gli altri, da G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, cit., p. 1205, che ritiene pacifica la loro configurazione quali progetti indicativi di valori ritenuti importanti, ma privi di forza vincolante al di fuori della scelta dei contraenti di regolare i loro rapporti in base ad essi. G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 83 ss., invece, rileva che la vera questione non è stabilire se la *lex mercatoria* sia direttamente applicabile anche dai giudici nazionali; quel che interessa è valutare l'incidenza dei principi accolti dal diritto della "*societas mercantile*" quale diritto diffuso. In questa prospettiva si osserva che la giurisprudenza afferma il principio della permeabilità del nostro ordinamento agli istituti diffusi a livello internazionale (così, Trib. Milano, 9 ottobre 1986, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1987, II, p. 333, al fine di affermare l'ammissibilità nel nostro ordinamento del contratto autonomo di garanzia; nello stesso senso, Cass., 1 ottobre 1987, n. 7341, in *Foro it.*, 1988, c. 103 ss.). Si ritiene, pertanto, che l'*hardship* e il connesso obbligo di rinegoziazione «non sono più il portato di una semplice prassi generalizzata nelle contrattazioni transnazionali», ma «rappresentano regole obiettive, generalmente accolte dall' "ordinamento internazionale",

assunto una crescente importanza ai fini dell'armonizzazione della disciplina dei rapporti del commercio internazionale: di là dalle ipotesi in cui sono richiamati dalle parti per disciplinare il contratto²⁶⁹, essi costituiscono delle importanti linee guida anche negli ordinamenti dei singoli Stati, svolgendo una “funzione persuasiva” nei confronti dei legislatori nazionali. Inoltre, hanno costituito un punto di riferimento per le decisioni di numerose Corti arbitrali internazionali che, nel decidere le controversie loro affidate, si sono ispirate ad essi, in mancanza di altre fonti²⁷⁰. Si registra, in questa prospettiva, la crescente importanza dei Principi che assolvono la funzione di ordinare le linee di sviluppo del diritto comunitario, orientare l'attività del legislatore e dei giudici nazionali e, infine, creare una tappa verso una possibile codificazione europea del diritto dei contratti²⁷¹. Se è vero, quindi, che i Principi sono espressione della *lex mercatoria*, la giurisprudenza potrà

da quel sistema, cioè, da cui l'ordinamento interno si lascia “permeare” e “completare”» (*op. cit.*, p. 85-86). In senso parzialmente diverso, sembra orientato, F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., p. 74 ss., secondo il quale alla mediazione politica degli interessi in gioco, propria del diritto legislativamente creato dagli Stati, viene oggi sostituita la mediazione culturale dei giuristi. E sebbene la “Nuova *lex mercatoria*” - quale diritto unilateralmente creato dalla classe imprenditoriale - potrebbe meritare il giudizio di diritto non democratico, bensì tecnocratico, è anche vero che la procedura democratica non è l'unica idonea a produrre legittimità. A tal fine, infatti, rileva anche l'*opinio iuris atque necessitatis*, come forma di consenso diffuso, o *volonté générale*, che si traduce in fonte del diritto senza passare attraverso le procedure della rappresentanza politica. E, diversamente da quanto accaduto nell'Europa continentale, in cui l'elaborazione del concetto di Stato di diritto ha indotto ad affermare che il diritto, per essere tale, deve promanare da assemblee legislative elette a suffragio universale, nei paesi di *common law* si celebra il *rule of law* pur ammettendo che il diritto è prevalentemente prodotto da fonti non legislative, quali la consuetudine e il *judge made law*. In questa prospettiva -afferma Galgano (*op. cit.*, p. 75-76)- la *lex mercatoria* è fonte di diritto perché integra un *usus* (cioè una pratica costante dei traffici sul mercato globale), assistito dalla *opinio iuris*, ossia perché le camere arbitrali internazionali lo applicano nella convinzione che esso debba essere applicato, siccome sistema di regole giuridiche, proprie della *business community*, e perché le leggi e i giudici degli Stati le riconoscono questa attitudine regolatrice.

²⁶⁹ Il Preambolo dei Principi prevede che essi «enunciano regole generali in materia di contratti commerciali internazionali. I Principi si applicano quando le parti hanno convenuto che il loro contratto sia da essi disciplinato. I Principi possono applicarsi quando le parti abbiano convenuto che il loro contratto sia regolato dai “principi generali del diritto”, dalla “*lex mercatoria*” o simili. I Principi possono applicarsi quando le parti non hanno scelto il diritto applicabile al loro contratto. I Principi possono essere utilizzati per l'interpretazione o l'integrazione degli strumenti di diritto internazionale uniforme. I Principi possono essere utilizzati per l'interpretazione e l'integrazione del diritto nazionale applicabile. I Principi possono servire come modello per i legislatori nazionali ed internazionali».

²⁷⁰ Sul punto, in particolare, F. MARRELLA, *Lex mercatoria e Principi Unidroit*, cit., p. 29. Lo studio dell'Autore s'incanta sull'individuazione dei modelli applicativi dei Principi, attraverso gli spunti offerti dalla giurisprudenza arbitrale sulle applicazioni pratiche dei principi medesimi (sia nel quadro dell'arbitrato amministrato dalla CCI, che nel quadro di altri arbitrati), poiché ritiene che uno studio sui Principi Unidroit che si possa definire scientifico non può prescindere dalle manifestazioni reali del fenomeno che ci si propone di esaminare.

²⁷¹ M.J. BONELL, *Il diritto europeo dei contratti e gli sviluppi del diritto contrattuale a livello internazionale, in Europa e diritto privato*, 2007, 3, p. 599, sulla importanza dei Principi Unidroit che, nonostante la loro natura di strumento di *soft law*, offrono un contributo sostanziale allo sviluppo del diritto internazionale dei contratti, anche in considerazione del ruolo che progressivamente essi stanno assumendo in sede contenziosa, in quanto richiamati negli atti difensivi, nonché nelle decisioni dei giudici e degli arbitri.

tenerne conto nella soluzione di controversie in materia di contratti, purché, naturalmente, non siano in conflitto con regole e principi fondamentali dell'ordinamento interno²⁷². Di qui, l'emersione del ruolo essenziale dell'attività ermeneutica esercitata dalla dottrina e dalla giurisprudenza nella loro interpretazione e applicazione²⁷³. I principi *Unidroit* sono ispirati, in generale, al principio del *favor contractus*²⁷⁴, così da far prevalere l'esigenza di

²⁷² In questo senso, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità*, cit., p. 458; nella medesima prospettiva, M. IMBRENDA, *Il leasing*, in M. IMBRENDA e F. CARIMINI, *Leasing e lease back*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del notariato* diretto da P. Perlingieri, IV.20, Napoli, 2008, p. 26 e nt. 81, secondo la quale le prassi ispirate alla *lex mercatoria* trovano un limite inderogabile nei principi accolti dall'ordinamento interno, primo fra tutti la proporzionalità.

²⁷³ La dottrina si è anche soffermata sulla distinzione tra i Principi dei contratti commerciali internazionali redatti dall'*Unidroit*, i Principi di diritto europeo dei contratti ed il *Code européen des contrats*. V., tra gli altri, F. P. TRASCIA, *Sopravenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, cit., p. 26 ss., il quale attribuendo ai tre modelli una forza meramente persuasiva, ne sottolinea la potenzialità al fine di una rielaborazione delle regole vigenti nei singoli ordinamenti nella creazione di un equilibrato corpo di regole che rappresenti una «sintesi tra tradizione ed innovazione» (*op. cit.*, p. 30). Allo stesso tempo, l'Autore rileva che i Principi *Unidroit* hanno «l'obiettivo di colmare una lacuna particolarmente evidente del diritto del commercio internazionale, costituita dall'assenza di regole uniformi relativamente alla disciplina generale dei contratti, rimanendo così volutamente una raccolta di usi del commercio internazionale, che si è affiancata al diritto vigente senza pretesa di sostituirlo, ma eventualmente di migliorarlo attraverso la proposta di un modello alternativo che, pur essendo «*prive di valeur juridique contraignante*» [così, D. MAZEAUD, *A propos du droit virtuel des contrats: réflexions sur les principes d'Unidroit et de la Commission Lando*, Paris, 2000, pp. 205 ss. secondo il quale si tratterebbe della «*mode virtuelle qui a envahi le monde des contrats*»], offra una scelta alla parti contraenti alla stregua di «*lex contractus*», ovvero di «*a modern formulation of a Lex Mercatoria*» (*op. cit.*, p. 26-27). Gli altri due codici (Principi di diritto europeo dei contratti ed il *Code européen des contrats*), invece, sono il frutto di iniziative volte alla «preparazione di un «Codice comune europeo di diritto privato» che in una prospettiva *de iure condendo* possano rappresentare le basi di un diritto uniforme europeo in materia di contratti, sostituendosi in tale prospettiva alle singole normative nazionali» (*op. cit.*, p. 27). In senso diverso, F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., p. 75, secondo il quale non possono porsi sullo stesso piano i Principi *Unidroit* e i vari progetti di codice civile europeo: «[Q]uesti ultimi sono prospettazioni di un futuro auspicato; i primi sono, all'opposto, diritto vigente. Lo loro effettività è data [...] dai tanti lodi arbitrali che, dovendo applicare la *lex mercatoria*, hanno fatto riferimento ai Principi *Unidroit*, quale loro riconosciuta fonte di cognizione (fermo restando che la loro fonte di produzione è la consuetudine)»; analogamente, ID., *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, cit., p. 919: «Il testo Lando è un progetto. Non costituiscono, invece, un progetto l'insieme dei principi formati da *Unidroit*, i quali compongono solo la fonte di cognizione di un diritto dei contratti che ha, come fonte di produzione, la *lex mercatoria*, gli usi del commercio, verificati dalla giurisprudenza arbitrale internazionale».

²⁷⁴ Così, V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 35, secondo cui, tra i valori fondamentali cui si ispirano i principi, quello di conservazione ha un ruolo fondamentale; G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 71 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 22, osserva che l'esperienza della contrattazione internazionale conferma che l'adeguamento costituisce soluzione preferibile e prioritaria rispetto alla cessazione del rapporto e che «quest'idea è avvertita come una sorta di principio di portata sovranazionale che, dall'ambito della *lex mercatoria*, transita nei diversi sistemi ed ordinamenti in forza di regole giuridiche universalmente riconosciute quali quelle della buona fede nell'adempimento delle obbligazioni assunte, dell'equità come criterio di determinazione suppletiva e/o integrativa dell'equilibrio contrattuale, della repressione dell'abuso del diritto». Analogamente, F. CARINGELLA e G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*², cit., p. 962, ove si rileva che tanto nei principi *Unidroit*, quanto in quelli elaborati dalla commissione Lando, l'esigenza di assicurare la manutenzione del contratto (anziché l'annullamento o risoluzione) prevale sulla tendenza (propria della tradizione di *civil law*) ad azzerare l'operazione pur di salvare il principio di «rispetto» del contratto. Nello stesso senso, L. AYNES, *L'imprévision en droit privé*, cit., 2005, p. 399 ss.

conservazione del contratto, assicurando la congruità dello scambio, rispetto all'opposta tendenza verso lo scioglimento del vincolo contrattuale²⁷⁵. In particolare, gli articoli relativi alla *gross disparity* (art. 3.10) e all'*hardship* (artt. 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3), attribuiscono peculiare rilievo al tema della congruità delle prestazioni²⁷⁶. Tali figure ricorrono quando in un contratto si verifica, rispettivamente, una sproporzione originaria o sopravvenuta tra le prestazioni: nel primo caso il contratto o una sua clausola attribuisce a una parte un vantaggio eccessivo sull'altra²⁷⁷; nell'altro, invece, lo squilibrio fra le prestazioni contrattuali è provocato da eventi successivi alla sua stipulazione, il cui rischio non sia stato assunto dalla parte svantaggiata²⁷⁸. Per queste eventualità i Principi prevedono sia l'annullamento e l'obbligo di rinegoziazione del contratto, sia la possibilità che il giudice intervenga direttamente sul contratto al fine di ristabilire la proporzione tra le prestazioni, così rendendo giusto lo scambio²⁷⁹.

²⁷⁵ F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., p. 65 ss, osserva che le regole di diritto che compongono la *lex mercatoria* sono, per alcuni aspetti, il frutto della generalizzazione di principi vigenti in alcuni sistemi statuali, in ragione della loro conformità agli usi del commercio internazionale; in altri casi, invece, la regola è del tutto originale, priva di riscontro nei sistemi nazionali. In quest'ultimo senso, ad esempio, rilevano le figure della *Gross disparity* (art. 3.10) e dell'*Hardship* (artt. 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3), che portano a conseguenze estreme, in precedenza sconosciute a tutti i diritti nazionali (sconosciute, quanto meno, al tempo della prima apparizione dei Principi Unidroit), quel criterio di equità contrattuale che la Nuova *lex mercatoria* ha ereditato dall'antica.

²⁷⁶ Rileva F. GALGANO, *o.n.c.*, p. 74, la *Gross Disparity* o l'*Hardship*, quali figure proprie della Nuova *lex mercatoria*, realizzano in modo compiuto quella congruità dello scambio contrattuale, o equità del contratto, verso la quale i diritti nazionali dell'Occidente tendono in modo ancora incerto e frammentario. Questi istituti dimostrano come la *lex mercatoria* venga applicata dopo avere ricevuto il filtro culturale dell'*Unidroit*, che la rimodella secondo consolidati principi di civiltà giuridica, nella ricerca del giusto punto di equilibrio fra gli opposti interessi in gioco, fra le ragioni dell'impresa e le esigenze di protezione del contraente debole.

²⁷⁷ La previsione dell'art. 3.10 dei Principi *Unidroit* 2004, repressiva dell'Eccessivo squilibrio (*Gross Disparity*) stabilisce che: «Una parte può annullare il contratto o una sua singola clausola se, al momento della sua conclusione, il contratto o la clausola attribuivano ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio eccessivo. [...] Su richiesta della parte che ha diritto all'annullamento il giudice può adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio. Il giudice può adattare il contratto o le sue clausole anche a richiesta della controparte alla quale sia stato inviato l'avviso di annullamento, purché tale parte ne informi l'altra prontamente dopo aver ricevuto l'avviso e prima che quest'ultima abbia agito facendovi affidamento». Secondo F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 189 ss., spec. p. 205, i Principi Unidroit disciplinano l'istituto della *gross disparity* nella ricerca del punto di equilibrio tra gli opposti interessi in gioco, fra le ragioni dell'impresa e le esigenze di protezione del contraente debole. Sulle implicazioni della disciplina della *Gross disparity*, v., M. TIMOTEO, *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principi UNIDROIT*, in *Contr. impr./Eur.*, 1997, p. 141 ss; F. VOLPE, *I Principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1999, p. 40 ss.

²⁷⁸ Per approfondimenti sull'*hardship*, v. anche *infra*, par. 3.2.

²⁷⁹ In considerazione della forte resistenza che si registra circa l'ammissione di un potere del giudice di modificare le pattuizioni contrattuali determinate dalle parti non stupisce che, di fronte alla esplicita previsione nei Principi Unidroit di un intervento correttivo del contratto da parte del giudice, taluno ha affermato che «l'intervento del giudice volto a "riscrivere" il contratto in luogo delle parti denuncia l'inesorabile tramonto della "*sanctity of contract*"» (G. ALPA, *I Principles of European Contract law predisposti*

Valori come l'equilibrio e la giustizia penetrano, pertanto, nell'esperienza contrattuale - mediante il combinato operare dei principi di proporzionalità, solidarietà e ragionevolezza - e impongono l'individuazione di idonei rimedi, per fronteggiare uno squilibrio eccessivo tra le situazioni giuridiche coinvolte, non riconducibile, cioè, a una giustificazione razionale²⁸⁰. Il principio di proporzionalità²⁸¹, in particolare, attua anche principi e valori di

dalla Commissione Lando, cit., p. 497), pronosticando il venir meno dell'idea del contratto come autoregolazione, mentre altri, contrari all'affermarsi del diritto giudiziario, hanno paventato una regressione dell'idea democratica (M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 305, il quale ritiene che il corpo giudiziario non è in grado di esibire una legittimazione democratica e, quindi, la progressiva e generalizzata sostituzione della *voluntas legis* con la *voluntas iudicis* non può che rappresentare una regressione dell'idea democratica. Sul punto, v. anche, ID., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, cit., p. 467 ss., ove si evidenzia che il vero senso del riconoscimento di un obbligo di rinegoziazione consiste nell'approdo all'adeguamento giudiziale del contratto).

²⁸⁰ Cfr. P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, cit., p. 560 ss; ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 443 ss. L'Autore precisa che proporzionalità e ragionevolezza sono parametri di valutazione non sovrapponibili: la sfera di operatività del primo è costituita dal collegamento tra elementi di raffronto omogenei, comparabili e quantificabili; viceversa, il collegamento tra elementi disomogenei, non comparabili, che coinvolgono interessi non quantificabili, ad esempio non patrimoniali, rende necessario un bilanciamento, che non si traduce sul piano della quantità, ma esige una valutazione qualitativa. In queste ipotesi entrano in funzione il principio della ragionevolezza e quello di adeguatezza (*op. cit.*, p. 448). La proporzionalità, invece, configura un parametro ulteriore e successivo rispetto a quello di ragionevolezza (intesa come astratta giustificabilità), una diversa modalità di valutare l'interesse patrimoniale, ovvero la misura della sua protezione giuridica, in comparazione e bilanciamento con quella di altri interessi (*op. cit.*, p. 449). Cfr. M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti della p.a. tra conservazione e stabilità degli effetti*, cit., p. 453, spec., n. 87 nonché da S. POLIDORI, *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, cit., p. 691 ss. Sul rapporto tra i parametri di proporzionalità, ragionevolezza e adeguatezza v. anche F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, cit., p. 183 ss. Nella manualistica, cfr. P. PERLINGIERI e M. IMBRENDA, *Autonomia contrattuale, proporzionalità e ragionevolezza*, in P. PERLINGIERI (a cura di) *Manuale di diritto civile*, cit., p. 348 ss. Nell'ordinamento francese, v., sul rilievo di questi criteri, Y. LEQUETTE, *Bilan de solidarismes contractuels*, in *Études de Droit privé, Mélanges offerts a Paul Didier*, Paris, 2008, pp. 247 ss.

²⁸¹ In proposito, cfr. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 443 ss.; ID., *Nuovi profili del contratto*, cit., p. 545 ss.; R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., *passim*; B. MARUCCI, *Equilibrio contrattuale: un principio nella continuità*, cit., p. 235 ss.; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, cit., p. 183 ss.; S. POLIDORI, *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, cit., p. 686 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti*, cit., p. 597 ss, trae conferma della vigenza del principio di proporzionalità dalla disciplina della risoluzione e, in particolare, dall'art. 1464 c.c. Sull'operatività del principio di proporzionalità in materia negoziale, in particolare in tema di *leasing*, cfr. anche, M. IMBRENDA, *Il leasing*, cit., p. 104 ss., secondo la quale il contemperamento della libertà dei contenuti dell'autonomia con la loro meritevolezza presuppone il criterio della proporzionalità, quale limite all'intreccio di relazioni nel quale si sostanzia il *leasing* e al connesso regime allocativo dei rischi e delle responsabilità, degli oneri e dei vantaggi. Quindi, è «all'operazione nella sua interezza che occorre rapportare gli strumenti di tutela assiologicamente orientati in tal senso» (*op. cit.*, p. 105). Anche nell'ordinamento francese ci si interroga sulla esistenza del principio di proporzionalità nel diritto privato: in tal senso è significativo che il "Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V", abbia organizzato un convegno (20 marzo 1998) sul tema "Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?", i cui atti si leggono in *Les Petites Affiches. La Loi*, 30 settembre 1998, n. 117 (*numéro spécial*), ove si svolgono diverse riflessioni, che spaziano dalla disciplina generale dei contratti alle regole dei settori più spiccatamente commerciali (come il diritto della concorrenza, delle procedure concorsuali, delle società), da cui si evincono perplessità non tanto sull'esistenza del principio, quanto sulla sua concreta utilizzazione in giurisprudenza. Una parte della dottrina francese tenta di rompere gli antichi schemi legati alla regola *pacta sunt servanda*, facendo leva sulla esigenza di affermare nel diritto dei

rilevanza costituzionale²⁸² ed è destinato a incidere profondamente sulla moderna concezione del contratto che, in tal modo, si allontana definitivamente dalla tradizionale interpretazione volontaristica della regola *pacta sunt servanda*²⁸³.

In relazione all'attività amministrativa, come già evidenziato nel capitolo precedente²⁸⁴, il principio di proporzionalità, espressamente richiamato dall'art. 2 del Codice dei Contratti pubblici, opera come criterio di buona amministrazione e impone che l'azione amministrativa sia necessaria e importi il minor sacrificio possibile al cittadino e, più in generale, a qualunque suo destinatario²⁸⁵.

contratti, attraverso un *bouleversement* dell'adeguamento giudiziale del contratto, una nuova equivalenza delle prestazioni nei contratti di scambio legata a criteri di proporzionalità e ragionevolezza: S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Paris, 2000, spec. p. 326. Nella prospettiva sin qui esaminata, dunque, il principio di proporzionalità costituisce un idoneo strumento per correggere gli squilibri contrattuali. Altra dottrina ha tuttavia proposto soluzioni diverse. Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004 (rist.), *passim*, il quale ha ritenuto di utilizzare il principio di buona fede; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 235 ss., ha invece posto l'attenzione sull'utilizzo del criterio equitativo.

²⁸² P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 450, constata che nel sistema dell'ordinamento vigente «il principio di proporzionalità, espresso in chiave quantitativa, non soltanto è compatibile, ma è altresì presente nel nostro sistema costituzionale»: A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa*, cit., p. 244: «Sul piano dei principi costituzionali, la necessità della congruità del programma di attuazione prospettato con gli interessi messi in evidenza nell'atto negoziale acquista maggiore consistenza alla luce della pluralità di fondamenti dell'autonomia negoziale [...] e del suo riconoscimento condizionato all'attuazione dei valori dell'ordinamento e, dunque, anche dalla programmazione di un equilibrato regolamento attuativo degli interessi messi in evidenza, soprattutto là dove il peculiare profilo funzionale richiede una tutela più intensa». La giurisprudenza italiana ha ripetutamente affermato che la proporzionalità, intesa in una più generale accezione di adeguatezza, costituisce il precetto più importante dell'art. 3 cost.: Corte cost., 15 aprile 1993, n. 163, in *Giur. cost.*, 1993, p. 1189, ove si afferma che il principio di eguaglianza pone al giudice di costituzionalità l'esigenza di verificare che non sussista la violazione, tra gli altri, del criterio di «proporzionalità del trattamento giuridico previsto rispetto alla classificazione operata dal legislatore, tenendo conto del fine obiettivo insito nella disciplina normativa considerata: proporzionalità che va esaminata in relazione agli effetti prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita»; v. altresì Corte Cost., 23 novembre 1993, n. 409, *ivi*, p. 3398 ss.; Corte Cost., 25 novembre 1993, n. 417, *ivi*, p. 3447 ss. Cfr. anche, Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2929, che ha consentito la riduzione d'ufficio della penale eccessiva, considerando l'art. 1384 c.c. come norma imperativa ed espressione di un principio di proporzionalità di rilevanza costituzionale. Secondo A. RICCIO, *È, dunque, venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 95 ss., la giurisprudenza, finalizzando il meccanismo della riduzione della penale al principio di solidarietà costituzionale, ha fatto venir meno «il dogma dell'intangibilità del contratto» (*ivi*, p. 103).

²⁸³ P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 443 ss.; la questione è stata successivamente ripresa in ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 379 ss.

²⁸⁴ Sulla derivazione comunitaria del principio in esame e le modalità di incidenza dello stesso sulla disciplina dei contratti pubblici, v. *retro*, par. 1.5 e 1.6.

²⁸⁵ Così, G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., p. 249. V. anche P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 459, che sottolinea la rilevanza del principio di proporzionalità come criterio di buona amministrazione, applicabile anche in assenza di regole *ad hoc* e da coordinare con altri principi sistematicamente collegati. Il principio, inoltre, costituisce «uno di quei momenti di rilevanza assiologica che contribuiscono a recuperare coerenza ed efficienza al sistema giuridico e corretta competitività concorrenziale al mercato, nel giusto equilibrio tra libertà e solidarietà, tra libertà e meritevolezza dei contenuti».

Nel rapporto tra diritti e obblighi, la proporzionalità vale non a imporre una equivalenza delle prestazioni, bensì a vietare una sproporzione eccessiva e ingiustificata²⁸⁶ e ad orientare il regolamento di interessi in termini di congruità²⁸⁷. In questa prospettiva, il fenomeno dell'adeguamento nei contratti di durata interviene non per garantire l'equivalenza tra le prestazioni (che potrebbero essere geneticamente sproporzionate), ma per assicurare che l'originaria proporzione tra le stesse (quale che fosse al momento della stipulazione del contratto) non venga significativamente alterata da circostanze non previste e sopravvenute²⁸⁸.

²⁸⁶ Minoritaria è la dottrina secondo la quale l'ordinamento imporrebbe un controllo sull'equivalenza delle prestazioni (cfr. R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, cit., p. 309 ss.). L'opinione di gran lunga prevalente nega rilievo a qualsiasi ipotesi di mancata equivalenza delle prestazioni sinallagmatiche, se il divario non raggiunge proporzioni eccessive. Cfr. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 454; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, cit., p. 386 ss. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 146 s.; R. ROLLI, *Le attuali prospettive di "oggettivizzazione dello scambio"*, cit., p. 611 ss; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, cit., p. 184.

²⁸⁷ Cfr., A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa*, cit., p. 231 ss., sulla congruità negli atti negoziali amministrativi, che osserva: «l'intervento dell'ordinamento appare dettato non dalla necessità di garantire un inesistente principio di equivalenza o di adeguatezza delle prestazioni, ma dalla difesa delle condizioni che consentono all'autonomia negoziale di realizzare la funzione ad essa attribuita dall'ordinamento, vale a dire la prospettazione di un regolamento rispondente agli interessi messi in evidenza nell'atto». Analogamente, F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, cit., p. 88 ss., spec. 94, il quale esclude l'utilizzo del principio di proporzionalità per affermare una incondizionata ricerca di equivalenza ed equilibrio tra le prestazioni nel contratto, poiché il concetto di proporzionalità non coincide con la nozione di "equilibrio" che implica l'armonica distribuzione degli interessi delle parti. Secondo l'Autore, la proporzionalità mira a realizzare un rapporto di "congruità" tra il contenuto dell'accordo e il complesso d'interessi che quel regolamento negoziale mira a tutelare, al fine di garantire un'adeguata considerazione di questi ultimi.

²⁸⁸ C. D'ARRIGO, *Integrazione ed esecuzione dei contratti: in particolare le regole generali dell'equità e della buona fede nell'adeguamento e nella rinegoziazione dei contratti di durata*, cit. Cfr. anche P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., 441 ss., il quale, constatata l'inadeguatezza dei rimedi della rescissione e della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, individua la conseguenza normale del principio di proporzionalità nella riduzione delle prestazioni ad equità, *rectius* a proporzione. L'Autore, tuttavia, riconosce che in tal modo non si esauriscono i mezzi predisposti dall'ordinamento per riequilibrare l'assetto regolamentare del contratto, in quanto sono configurabili altri istituti, quali, ad esempio, l'inefficacia relativa rilevabile d'ufficio, la nullità della clausola squilibrante o la conservazione del contratto. In questa prospettiva, S. POLIDORI, *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, cit., p. 715, profila la possibilità di valorizzare al massimo, attraverso un'interpretazione funzionale dell'art. 1664 c.c., la protezione del contraente dalle conseguenze negative dell'alterazione del sinallagma dovuta all'incidenza del fattore temporale: in tal modo si dilatano le potenzialità di adeguamento del rapporto rispetto rimedio caducatorio di cui all'art. 1467 c.c., ritenuto scarsamente in linea con il principio di proporzionalità. Analogamente, M. IMBRENDA, *Il leasing*, cit., p. 118, la quale, in materia di *leasing*, valorizza la strumentalità dei criteri di adattamento alla proporzionalità del regolamento ed evidenzia che la congruità del regolamento è strettamente connessa alla esperibilità, da parte dell'utilizzatore, dei diversi meccanismi di adattamento. *Contra*, nel senso che l'operatività del principio di adeguamento del contratto implichi l'accoglimento del principio di proporzionalità, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 146, il quale, però, diversamente dalla dottrina favorevole all'introduzione di questo principio nel nostro ordinamento, sembra identificare proporzionalità ed equivalenza tra le prestazioni contrattuali. Al riguardo, si sostiene che: «le disposizioni normative che consentono il riequilibrio patrimoniale fra le prestazioni non esprimono un correlativo principio, di

A fronte della chiusura tradizionalmente manifestata in relazione alla congruità del contratto, la giurisprudenza esprime oggi un diverso orientamento, là dove fa espresso riferimento alla tendenza verso un «riequilibrio sostanziale all'interno del contratto»²⁸⁹, un «normale controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata»²⁹⁰, o un «principio fondamentale dell'ordinamento, ossia quello per cui tra le rispettive prestazioni delle parti deve sempre esistere un rapporto di proporzionalità»²⁹¹, individuando le ragioni di queste valutazioni nell'influenza esercitata dalla normativa comunitaria oppure nei precetti costituzionali, primo fra tutti il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 cost.

L'esigenza di tutelare l'equilibrio contrattuale non è estranea ai contratti della pubblica Amministrazione, in quanto le ragioni della loro specificità²⁹² non garantiscono la predisposizione o, comunque, la persistenza di una regolamentazione equilibrata degli interessi privati. Un regolamento idoneo all'attuazione dell'interesse pubblico, ma non rispondente a una corretta funzionalizzazione degli interessi privati rappresentati nel contratto, o non più tale per effetto di circostanze sopravvenute, integra un "momento patologico" dell'attività amministrativa contrattuale²⁹³. Così, nel presupposto che il principio di congruità si fonda sul riconoscimento, per alcune categorie negoziali, dell'esigenza di «rispondenza del programma agli interessi regolati in ragione della specifica funzione dell'atto»²⁹⁴, che può essere realizzata solo con un regolamento congruo, si

equivalenza o di proporzionalità, che presiede la disciplina del contratto dal punto di vista della struttura. Il nesso fra adeguamento del contratto ed equità si può cogliere pertanto nella soluzione delle controversie, dove l'equità o analoghi concetti (quali, ad esempio, la proporzionalità) costituiscono criteri di decisione per il giudice» (*op. cit.*, p. 146-147).

²⁸⁹ Trib. Palermo, 7 marzo 2000, in *Corr. giur.*, 2000, p. 879 ss, con nota di G. GIOIA, *La disciplina degli interessi usurari: una soluzione che fa discutere*.

²⁹⁰ Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, cit.

²⁹¹ Trib. Padova, 19 febbraio 1999, in *Questione giustizia*, 1999, n. 2, p. 357 ss. Nella decisione, relativa alla legge n. 108/96, si afferma, inoltre, che l'alterazione del rapporto di proporzionalità tra le prestazioni, al di là di determinati limiti elastici, «è permanentemente vietata perché idonea a ledere gli stessi principi della libera iniziativa economica (art. 41 Cost.) Il principio, poi, è di ordine pubblico e per la sua tutela ed effettività il legislatore ha predisposto un articolato sistema di sanzioni sostanziali (civili e penali) e processuali (nullità rilevabile d'ufficio)».

²⁹² Quali, in sintesi, la posizione istituzionale rivestita da uno dei contraenti, l'accentuata procedimentalizzazione dell'*iter* formativo del contratto, nonché i poteri e le prerogative riconosciute alla pubblica amministrazione nel corso del rapporto.

²⁹³ Così, A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa*, cit., p. 231 ss., che si sofferma sulla rilevanza costituzionale del principio di congruità e sulla sua applicazione agli accordi amministrativi. Secondo l'Autore, precisamente, se un modesto "sacrificio" imposto al privato sembra ricadere nel momento fisiologico dell'attività amministrativa consensuale, la presenza di sacrifici ulteriori, non richiesti dalla legge, e la predisposizione di un regolamento che miri esclusivamente all'attuazione dell'interesse pubblico integra un momento patologico e presenta una regolamentazione non congrua degli interessi privati.

²⁹⁴ A. FEDERICO, *op. cit.*, p. 245.

osserva che tale fondamento, con riferimento agli atti negoziali della pubblica amministrazione, si rafforza ulteriormente: in caso di regolamento non congruo, «è la funzione dell'atto negoziale che perde il suo significato perché l'interesse pubblico si realizza soltanto mediante un'equilibrata disciplina degli interessi privati»²⁹⁵.

Con le considerazioni appena svolte non si intende affatto affermare una evoluzione dalla supremazia tradizionalmente riconosciuta alla p.a. a una sua "soggezione" rispetto agli interessi del privato contraente, nel senso che, a fronte delle esigenze di riequilibrio contrattuale, l'interesse pubblico potrebbe o, addirittura, dovrebbe essere sacrificato. Piuttosto, la cura concreta degli interessi pubblici comporta la «messa in evidenza del profilo funzionale privato e la successiva prospettazione di un particolare assetto degli interessi dei privati»²⁹⁶: l'Amministrazione è tenuta ad organizzare questi interessi in modo da attuare i valori sui quali si fonda l'ordinamento giuridico. Il soddisfacimento dell'interesse pubblico richiede necessariamente la ponderazione e la disciplina degli interessi privati presenti nella concreta fattispecie; si afferma, così, che l'interesse pubblico e quello privato «non possono non essere presenti in ogni attività giuridicamente rilevante»²⁹⁷. In questa prospettiva, la predisposizione o il mantenimento di una regolamentazione non congrua si traduce, in definitiva, nella cura non adeguata dell'interesse pubblico.

²⁹⁵ A.FEDERICO, *op. cit.*, p. 245 ss., il quale, con riferimento agli atti negoziali di esercizio del potere discrezionale, pone in evidenza che la loro giustificazione consiste nella individuazione di un equilibrato assetto degli interessi dei privati funzionalizzato all'interesse pubblico e precisa che «il fondamento del principio di congruità si rafforza in considerazione dello specifico profilo funzionale dei negozi sostitutivi ed integrativi che non consente una regolamentazione che attui l'interesse pubblico imponendo al privato delle prestazioni non conseguibili mediante il ricorso al modello unilaterale dell'agire amministrativo, ovvero realizzando una funzionalizzazione tale da svilire gli interessi privati». In questa prospettiva, si ritiene che l'amministrazione procedente «non può trarre alcun vantaggio dalla posizione istituzionale che riveste, ma deve procedere alla realizzazione dell'interesse pubblico senza imporre ai privati una regolamentazione esorbitante rispetto a quella riconducibile al normale esercizio del potere discrezionale» (*op. cit.*, p. 246).

²⁹⁶ Così, A. FEDERICO, *op. cit.*, p. 39. In altre parole, il peculiare interesse affidato alla Pubblica Amministrazione presenta una sostanziale inettitudine a formare oggetto di una diretta e immediata realizzazione da parte dell'Amministrazione procedente ed esige la preventiva determinazione e l'indicazione di un programma di realizzazione degli interessi privati coinvolti dall'azione amministrativa. Sul punto, v. anche G. SORRENTINO, *Interesse legittimo e pregiudizialità amministrativa*, cit., p. 11 ss., il quale, in particolare, configura il procedimento come luogo di elezione per la migliore sintesi degli interessi da soddisfare, nel cui ambito viene in rilievo la «funzione di mediazione per la ricerca del giusto equilibrio tra principio autoritativo e principio democratico, secondo modelli di azione elastici, adattabili alle diversificate esigenze della realtà quotidiana».

²⁹⁷ P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, cit., p. 58 ss.

2.7. *Segue. Adeguamento e intervento giudiziale sul contenuto contrattuale.*

La tematica dell'equilibrio contrattuale è strettamente connessa alla questione degli interventi eteronomi sul contenuto del contratto. Il riconoscimento dell'equilibrio quale valore da tutelare, infatti, tende a preservare un assetto di rapporti equi e, in definitiva, a garantire un contratto giusto²⁹⁸; di conseguenza postula la predisposizione di strumenti, non solo di tipo legale o convenzionale, ma anche giudiziale, in grado di porre rimedio alle sue eventuali alterazioni.

L'impostazione "classica" muoveva dalla concezione liberale di autonomia privata e dall'ideale della signoria della volontà²⁹⁹: si riteneva, quindi, che il contratto non potesse che essere frutto della volontà dei privati. Di qui l'affermazione dell'intangibilità eteronoma del contenuto contrattuale, che precludeva ogni intervento sostitutivo da parte del giudice³⁰⁰.

Il venir meno del "dogma della volontà"³⁰¹ ha determinato il superamento dell'idea di inespugnabilità di quella che è stata definita la «cittadella dell'autonomia negoziale»³⁰²,

²⁹⁸ Così, G. MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pag. 257.

²⁹⁹ Sul punto v. *retro*, par. 1.3., spec. nota 49.

³⁰⁰ Il dogma dell'intangibilità dell'autonomia privata ha giustificato il tradizionale disinteresse per l'equilibrio fra le prestazioni; l'impostazione tradizionale considerava l'autonomia come garante di giustizia, secondo la celebre formula, "*Qui dit contractuel dit justé*" (la paternità dell'espressione risale a Foillé, citato in J. GHESTIN, C. JAMIN e M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, in *Traité de droit civil* diretto da J. GHESTIN, 3^e éd., Paris, 2001, p. 20). Il sindacato giudiziale, pertanto, avrebbe implicato una verifica da parte dei giudici circa l'effettiva rilevanza della sopravvenienza, ovvero la sua idoneità ad alterare in modo significativo l'equilibrio del contratto: valutazione estremamente soggettiva ed opinabile che sarebbe andata ben oltre l'interpretazione del contratto. In secondo luogo, l'ammissione di un intervento del giudice, non solo ablativo ma anche conservativo, avrebbe implicato la possibilità di una sostituzione alle parti nelle valutazioni di convenienza alle stesse riservate.

³⁰¹ V., *retro*, par. 1.3, spec. note 53 e 54. Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 319 ss. e 322 ss., secondo il quale voler mantenere fermo il primato della volontà significa attestarsi su posizioni ormai superate perché, da una visione unitaria del sistema, risulta chiaro che il dogma dell'autonomia privata, intesa come autoregolamentazione, sia venuto meno per lasciare spazio ad una concezione di autonomia intesa come mero atto di iniziativa; ID., *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, cit., p. 55 ss., ove si afferma che l'autonomia contrattuale perde il suo *status* di valore in sé, in considerazione del fatto che la soddisfazione delle preferenze individuali deve cedere di fronte agli interessi superiori individuati dall'ordinamento. Sul punto, cfr. anche B. MARUCCI, *Equilibrio contrattuale: un principio nella continuità*, cit., p. 214 ss., secondo la quale il dogma della volontà, quale espressione di una forza individuale, si è sempre più affievolito per lasciare spazio ad una concezione dell'autonomia privata che si muove all'interno di un disegno più vasto di socialità; ID., *Risoluzione per inadempimento nei contratti non corrispettivi*, cit., p. 171.

³⁰² Il riferimento è alla nota sentenza della Cassazione nella quale è stata sancita la possibilità per il giudice di rilevare d'ufficio l'eccessività della penale contrattuale e procedere alla sua riduzione secondo equità: Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, cit. Fra i numerosi commenti a questa pronuncia, si rinvia a R. CALVO, *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 297 ss., spec. p. 324 ss. e a G. BONILINI, *Sulla legittimazione attiva alla riduzione della penale*, in *Contratti*, 2000, p. 121 ss. L'orientamento è stato ribadito da Cass., 23 maggio 2003, n. 8188, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 553 ss., con nota di R. PALASCIANO, *La riducibilità «ex officio» della penale tra equità delle sanzioni e principio della domanda e*

nonché della possibilità di prescindere *sic et simpliciter* dall'intervento del giudice³⁰³. Si assiste così alla progressiva erosione del dogma dell'intangibilità del contratto e alla affermazione del concetto di giustizia contrattuale³⁰⁴.

Sotto questo profilo, si registrano con sempre maggiore frequenza ipotesi, normative o di origine giurisprudenziale, nelle quali si accorda al giudice il potere di intervenire sulla stipulazione contrattuale, al fine di apportarvi le modifiche necessarie per neutralizzare gli effetti di una sopravvenienza, ovvero per riequilibrare una pattuizione iniqua. Assume rilievo il ruolo sempre più incisivo riconosciuto in sede di emanazione della sentenza *ex art.* 2932 c.c.³⁰⁵, in tema di offerta di riduzione ad equità del contratto nella risoluzione per

poi confermato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte: Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1534, con nota critica di A. DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*; in *Danno e resp.*, 2006, p. 412 ss., con note di C. MEDICI, *Controllo sulla penale «manifestamente eccessiva» ed equilibrio degli scambi contrattuali* e di A. RICCIO, *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata* (p. 424 ss.); in *Foro it.*, 2006, c. 106, con nota di A. PALMIERI, *Supervisione sistematica delle clausole penali: riequilibrio (coatto ed unidirezionale) a scapito dell'efficienza?*. Da ultimo, sulla riducibilità d'ufficio della penale, subordinata all'allegazione e alla prova della parte interessata in ordine alle circostanze rilevanti per la valutazione dell'eccessività della penale, v. Cass., 28 marzo 2008, n. 8071, *Dir. e giur.*, 2008, p. 385 ss., con nota di R. RASCIO, *Riducibilità d'ufficio della penale ed onere di allegazione*.

³⁰³ L'ottimismo che ispirava la visione liberista è entrato in crisi, nel momento in cui ci si è resi conto che il corretto esercizio della libertà contrattuale presuppone un mercato che, aperto al libero scambio, sappia garantire ad entrambe le parti che pervengano alla contrattazione le medesime opportunità. In assenza di questa condizione, l'autonomia privata da sola non è in grado di assicurare un'effettiva giustizia contrattuale, e pertanto necessita di interventi eteronomi per la sua realizzazione.

³⁰⁴ La finalità di tutela che permea il concetto di giustizia contrattuale giustifica l'erosione del tradizionale modo di intendere l'autonomia dei contraenti, come sfera sostanzialmente intangibile. Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, cit., p. 376 n. 364, secondo il quale «il dibattito intorno all'autonomia negoziale ed ai suoi limiti è da tempo incentrato sulla ricerca di un equilibrio tra “libertà” e “giustizia” contrattuali». Analogamente, F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, cit., p. 509 ss., secondo il quale: «Libertà contrattuale e giustizia del contratto sono i termini di un dilemma: se la libertà di contrarre e di determinare i contenuti del contratto debba essere difesa fino al punto di accettare che il contratto possa risultare ingiusto, ossia economicamente incongruo, con squilibrio fra le prestazioni corrispettive, o se in nome della giustizia del contratto si debbano, all'opposto, accettare limitazioni della libertà contrattuale». Cfr., sulla giustizia contrattuale, P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, cit., c. 229 ss.; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, cit., *passim*; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21 ss.; D. RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001, *passim*; E.M. PIERAZZI, *La giustizia del contratto*, cit., p. 647 ss.; M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 501 ss. Per una sintesi dei rapporti tra equilibrio e giustizia contrattuali, v. A. DI MAJO, *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto. Premesse di carattere generale*, relazione n. 7382, tenuta nell'incontro di studio del Consiglio Superiore della Magistratura, *Squilibrio contrattuale e strumenti di tutela*, Roma, 22-24 aprile 2002, in *www.csm.it*. L'Autore segnala l'evoluzione dalle dottrine c.d. liberiste a quelle più moderne: alla luce della prima impostazione, il corretto esercizio dell'autonomia contrattuale avrebbe garantito un risultato “giusto”, secondo la nota espressione «*qui dit contractuel, dit juste*»; oggi, invece, la dottrina ritiene che la giustizia contrattuale sia un valore aggiunto, ossia un plus valore normativo, rispetto al valore espresso dall'autonomia privata. Pertanto, per assicurare la giustizia non si confida più nell'autonomia dei contraenti, ma si invocano interventi eteronomi. Cfr., con riguardo all'ordinamento francese, L. CADIET, *Une justice contractuelle, l'autre*, cit., pp.177 ss.

³⁰⁵ Si è così passati da sentenze a tenore delle quali non è consentito al giudice adeguare le prestazioni, contrapponendo un assetto di interessi ispirato all'equità contrattuale a quello prospettato dai contraenti a

eccessiva onerosità sopravvenuta³⁰⁶, in tema di riduzione della penale manifestamente eccessiva³⁰⁷, o in materia di *leasing*³⁰⁸. Dal punto di vista legislativo, il sindacato giudiziale sulle valutazioni negoziali è stato configurato, ad esempio, nella disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, in particolare nell'art. 7, che dimostra come la volontà contrattuale, manifestata abusivamente, sia sindacabile anche d'ufficio e in via

decisioni in cui si ammette l'intervento del giudice in funzione correttiva dell'originario regolamento negoziale. Nel primo senso, v. Trib. Milano, 9 gennaio 1997, in *Riv. Arbitrato*, 1999, p. 67, con nota di critica di F. CRISCUOLO, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni da parte dell'arbitro (o del giudice) di equità*. Nella sentenza, in particolare, si esclude che il giudice possa adeguare le prestazioni previste da un preliminare, là dove una di esse sia divenuta onerosa al punto da alterare l'originario equilibrio. Nel senso dell'ammissibilità dell'intervento giudiziale, Cfr. Cass., 2 luglio 2003, n. 10454, in *Rep. Foro it.*, 2003, *Contratto in genere*, n. 486, ove si afferma che, con riguardo ad un contratto preliminare di vendita di immobile che risulti affetto da vizi che incidano solo sul suo valore o su secondarie modalità di godimento, il giudice, con la sentenza emessa ex art. 2932 c.c., può, con un intervento riequilibrativo delle contrapposte prestazioni, fissare un prezzo inferiore a quello pattuito con il preliminare. Infatti, secondo i giudici, la disposizione codicistica non contiene alcuna prescrizione, né espressa, né tacita, di necessaria ripetizione nella sentenza costitutiva dello stesso contenuto precettivo stabilito con il preliminare, poiché detta sentenza deve essere finalizzata soltanto alla produzione di effetti sostanzialmente conformi a quelli voluti e predisposti dalle parti. Già in passato la Suprema Corte aveva ammesso l'intervento integrativo del giudice nella determinazione dell'entità della modifica idonea a ricondurre ad equità il contratto divenuto eccessivamente oneroso; in particolare, aveva enunciato il seguente principio: «Ove il promittente compratore convenuto in giudizio per la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità offra di modificare equamente le condizioni del contratto, chiedendo in via subordinata che l'equo corrispettivo (nella specie, il residuo prezzo da versare alla stipula del definitivo) sia determinato giudizialmente, il giudice, se ritiene che l'offerta fatta sia inidonea a modificare equamente il contratto, deve provvedere alla determinazione dell'equo corrispettivo» (Cass., 18 luglio 1989, n. 3347, in *Foro it.*, 1990, I, c. 564, con nota di F. MACARIO, *Eccessiva onerosità, riconduzione ad equità e poteri del giudice*).

³⁰⁶ Cass., 8 settembre 1998, n. 8857, in *Rep. Foro it.*, 1998, *Contratto in genere*, n. 528, in ordine al tipo di indagine che deve effettuare il giudice per verificare l'idoneità dell'offerta (ex art. 1467 c.c., ultimo comma) ad eliminare lo squilibrio economico delle prestazioni, da condurre secondo criteri estimativi oggettivi di carattere tecnico e non meri criteri equitativi. V. anche, Cass., 11 gennaio 1992, n. 247, in *Corr. giur.*, 1992, p. 662, con nota di A. DI MAJO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e reductio ad aequitatem*, in cui si afferma che l'offerta di riduzione ad equità deve tendere ad eliminare riduttivamente la "eccessività" della sproporzione, così da ricondurre il rapporto sinallagmatico entro l'alea normale e non deve essere tale da ristabilire esattamente l'equilibrio tra le rispettive posizioni esistenti al momento della stipulazione; ne consegue che il giudice potrà valutare l'offerta di modifica equa «se riporta il contratto in una dimensione sinallagmatica tale che, se fosse sussistita al momento della stipulazione, la parte onerata non avrebbe avuto diritto di domandarne la risoluzione».

³⁰⁷ Cass., sez. I, 24 settembre 1999, n. 10511, cit., poi confermata da Cass., 13 settembre 2005, n. 18128, cit. Per ulteriori riferimenti si veda F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, cit., p. 925 che ha efficacemente definito la prima pronuncia come un «piccolo trattato di storia del contratto, di storia recente del contratto, dell'evoluzione del contratto dalle concezioni soggettivistiche, basate sul dogma della volontà, alle concezioni attuali, oggettivistiche, basate sulla congruità dello scambio contrattuale».

³⁰⁸ V., ad esempio, Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3081, con nota di G. LENER, *Leasing, collegamento negoziale ed azione diretta dell'utilizzatore*. Cfr. per ampi riferimenti, M. IMBRENDA, *Il leasing*, cit., p. 131, ove si evidenzia che, in materia di *leasing*, il riassetto della situazione patrimoniale delle parti deve essere orientato al canone della proporzionalità e che anche la giurisprudenza, fermo restando il potere di autonomia delle parti che si esplica attraverso la clausola penale e secondo una pattuizione che può comprendere la trattenuta delle rate versate, riconosce il potere del giudice di ridurre equamente, ai sensi dell'art. 1384 c.c., ed anche d'ufficio la prestazione assunta, anche in caso di manifesta eccessività della penale, ovvero tenuto conto dell'entità dell'adempimento della obbligazione principale (Cass., 28 agosto 2007, n. 18195, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Contratto in genere*, n. 370).

sostitutiva³⁰⁹. Nell'ambito del commercio internazionale, i Principi Unidroit, in particolare gli articoli relativi alla *gross disparity* (3.10) e all'*hardship* (6.2.1, 6.2.2, 6.2.3), manifestano una particolare sensibilità alle istanze di giustizia sostanziale: in presenza, rispettivamente, di una sproporzione originaria o sopravvenuta tra le prestazioni è prevista, tra l'altro, la possibilità che il giudice intervenga direttamente sul contratto al fine di ristabilire la proporzione tra le prestazioni, così rendendo giusto lo scambio³¹⁰.

L'analisi sin qui condotta consente di cogliere il progressivo abbandono delle posizioni sulla intangibilità del contenuto del contratto e di individuare un crescente favore nei confronti di un intervento giudiziale³¹¹. Si avverte, nella dinamica dei contratti destinati a svolgere i propri effetti per un lungo periodo di tempo, la tendenza a delineare un nuovo sistema: quello degli strumenti di gestione del rischio dei rapporti contrattuali in corso di esecuzione orientati a garantirne la conservazione, in una prospettiva collaborativa tra le

³⁰⁹ L'art. 7 del d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, al primo comma, prevede che: "L'accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardato pagamento, è nullo se, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ad ogni altra circostanza, risulti gravemente iniquo in danno del creditore". Il terzo comma, poi, dispone che: "Il giudice, anche d'ufficio, dichiara la nullità dell'accordo e, avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1, applica i termini legali ovvero riconduce ad equità il contenuto dell'accordo medesimo". In giurisprudenza, sull'applicazione di queste previsioni, v. T.A.R. Lazio, sez. III, 22 dicembre 2007, n. 12229, in *Ragisan*, 2009, fasc. 297, p. 108; Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2006, n. 43, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2006, p. 530; T.A.R. Lombardia, sez. Brescia, 26 ottobre 2006, n. 1349, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Contratti della p.a.*, n. 822. Tra i contributi specifici sul tema, cfr. G. SALVI, «Accordo gravemente iniquo» e «riconduzione ad equità» dell'art. 7 d. lg. n. 231 del 2002, in *Contr. impr.*, 2006, p. 166 ss; S. MONTICELLI, *Considerazioni sui poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 215 ss; E. MINERVINI, *La nullità per grave iniquità dell'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento*, in *Dir. banc.*, 2003, p. 189 ss.

³¹⁰ F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., p. 64 ss., spec. 70; ID., *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, cit., p. 509, secondo il quale il giudice impone la sua determinazione alle parti e comprime la loro libertà contrattuale che, anche se considerata un valore fondamentale dall'art. 1.1 dei Principi, è pur sempre libertà condizionata al rispetto di altri valori, quali la buona fede e la correttezza nel commercio internazionale, alla cui violazione la *lex mercatoria* reagisce con la sostituzione autoritativa del contratto equo al contratto voluto dalle parti. L'Autore evidenzia che il potere del giudice di intervenire autonomamente sul contratto già concluso tra le parti, che inizialmente ha suscitato scalpore in Italia, ha trovato solenne consacrazione nei Principi *Unidroit* cui va riconosciuto il merito, tra gli altri, di aver anticipato una regola generale, in omaggio alla giustizia dello scambio, che va ora trovando recezione nelle legislazioni nazionali. E. M. PIERAZZI, *La giustizia del contratto*, cit., p. 647 ss. rileva che la tendenza, emersa nel nostro ordinamento, circa la progressiva limitazione dell'autonomia delle parti, si delinea in più estesa misura in ambito internazionale nel quale, a fronte di una clausola o di un intero contratto iniquo, il giudice ha il potere-dovere di intervenire per ristabilire l'equilibrio tra le prestazioni, a nulla rilevando che il predetto intervento implichi una imposizione autoritativa della previsione giudiziale-arbitrale all'interno del regolamento contrattuale. In tal modo, secondo l'Autrice - per mezzo degli istituti della *Gross disparity* e dell'*hardship* è attribuito, nella codificazione dei Principi *Unidroit*, un ruolo di primo piano ai criteri di correttezza e buona fede, che orientano il giudice nella modificazione e nell'adattamento del contratto predisposto dalle parti (3.10, comma 2). V. anche F. VOLPE, *I Principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale*, cit., p. 40 ss.

³¹¹ M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, cit., p. 501 ss.

parti ovvero mediante l'intervento giudiziale³¹². Tuttavia, deve ribadirsi che si tratta soltanto di una tendenza e che, *de iure condito*, un intervento correttivo da parte del giudice può essere ammesso soltanto se un'esplicita norma di legge lo preveda³¹³, ovvero se si tratta di scambi internazionali, regolati dai Principi *Unidroit* che costituiscono una qualificata fonte di cognizione dalla nuova *lex mercatoria*. In effetti, sebbene si registri un aumento delle ipotesi normative che prevedono un simile intervento e non sia possibile ignorare l'esistenza di pronunce quali quelle sopra citate, sono ancora forti le resistenze all'ammissione del potere

³¹² Per alcune riflessioni, dal punto di vista giuridico ed economico, sugli ampi scenari che si aprono sulla modificabilità del contenuto contrattuale per intervento giudiziale o per accordi tra i contraenti come conseguenza della acquisita consapevolezza della necessaria incompletezza (economica) dei contratti di durata, v. D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, cit., spec. p. 524 ss., ove si esamina il problema dell'incompletezza contrattuale, al fine di elaborare tecniche di tutela compatibili con l'ordinamento e si esclude che l'esecuzione del contratto nel tempo possa essere governata da regole, convenzionali o legali, idonee a precludere *ex ante* qualsiasi spazio al successivo intervento del giudice, garantendo una sorta di impenetrabilità del contratto dall'esterno anche nel caso in cui le circostanze siano mutate al punto da rendere inattuabile il risultato pattuito. Cfr. anche F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit., 1857 ss., secondo cui non ci può nascondere dietro il rispetto formale dei ruoli tradizionalmente rivestiti dalle parti e dal giudice ed ignorare l'esigenza di giustizia sostanziale dei contraenti in occasione dello squilibrio provocato dalle sopravvenienze, senza neanche tentare di confrontarsi le peculiarità dei contratti di durata e con la esigenza - manifestata soprattutto nella prassi - relativa alla presenza e operatività di rimedi correttivi. Si impone, invece, la valorizzazione dell'aspetto funzionale della disciplina dei rimedi contrattuali, considerando, tra l'altro, che già le regole dettate dal codice civile indicano che la disciplina dello scioglimento dei contratti di durata è spesso bilanciata da meccanismi tendenti all'adeguamento, revisione e correzione dell'assetto di interessi in vista della prosecuzione del contratto. Allo stesso tempo, però, si avverte che «[i]l nesso strettissimo e privilegiato, in un certo senso, fra sopravvenienze ed autonomia delle parti nella gestione del rischio contrattuale, così come la considerazione del contratto, nel contesto in esame, in termini di "rapporto" impongono - al legislatore, anzitutto, e al giudice, in seconda battuta - di dosare con attenzione gli interventi di natura eteronoma, rispettando la volontà dei contraenti e quindi il programma contrattuale» (*op. cit.*, p. 1858). Sul punto, v. anche V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, cit., p. 1042, che evidenzia come nella disciplina codicistica l'interesse alla stabilità del contratto è tutelato mediante formulazioni che rendono più complessa la risoluzione rispetto a quanto potrebbe sembrare, alla luce, ad esempio, dell'art. 1455 c.c. (non scarsa importanza dell'inadempimento) e fa riferimento, sempre in via esemplificativa, agli artt. 1564 c.c. (in tema di somministrazione) e 1668, co. 2, c.c. (in tema di appalto).

³¹³ Parte della dottrina, in particolare, mette in guardia dalla tendenza ad espandere il potere dei giudici, osservando che «la creatività dell'interpretazione supera la distinzione tra legislazione e giurisdizione, e arreca un *vulnus* mortale all'autonomia del diritto, e perciò alla sua differenziazione soprattutto dall'etica e dalla politica»: M. BARCELLONA, *Interpretazione e legittimazione del diritto*, in *Europa e diritto privato*, 1999, p. 1097 ss., spec. p. 1101. Cfr. anche ID., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, cit., p. 467 ss., spec. 473, ove si critica la teoria dei *relational contracts* - considerata come un espediente per proclamare un obbligo rinegoziativo- nonché la possibilità dell'adeguamento giudiziale del contratto. Sulla "giustizia contrattuale" quale un mero "principio ispiratore" per il riequilibrio del contratto, v. F. BOSETTI, *Lo "squilibrio contrattuale" ed i recenti strumenti di tutela del contraente debole. Contributo minimo per uno studio dei lineamenti generali del sistema*, Relazione n. 8398, tenuta nell'incontro di studio n. 728 del Consiglio Superiore della Magistratura, *Squilibrio contrattuale e strumenti di tutela. profili sistematici ed operativi*, del 9 ottobre 2002, in www.csm.it, secondo il quale: «Inseguire, con eccessive speranze, miraggi di "panequilibrio materiale" tra i contraenti [...] significa dimenticare che il sistema può garantire, al più, un semplice avvicinamento (attraverso, per esempio, obblighi di informazione, controllo anche contenutistico del contratto, etc.) alla "parità delle armi" tra le parti contraenti, ma non certo l'effettività di una contenuta "differenza di potenziale" tra gli assetti di interessi dati alle parti per il tramite del contratto».

del giudice di modificare le pattuizioni contrattuali determinate dalle parti³¹⁴: la vicenda sulla riducibilità d'ufficio della penale appare emblematica al riguardo, esprimendo le oscillazioni della giurisprudenza della Corte di Cassazione, almeno sino all'intervento delle Sezioni Unite³¹⁵.

³¹⁴ Oltre la dottrina citata nella nota precedente, cfr. P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, cit., c. 230, secondo il quale l'esigenza di certezza delle negoziazioni non consente di legittimare contestazioni che potrebbero minare l'affidabilità dei patti e la fiducia negli accordi; più di recente, G.M. FENU, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 197 ss., interrogandosi circa la possibilità che l'equità si possa spingere ad un controllo dell'equilibrio tra le prestazioni, sembra negare che il giudice abbia un potere, collegato alla presenza dell'equità tra le stesse fonti di integrazione, di modificare d'imperio le condizioni del contratto, anche se ciò venga fatto allo scopo di assicurare la giustizia sostanziale della transazione, ovvero di introdurre rettifiche che a lui sembrano più eque. Tra l'altro, consentire al giudice un controllo sull'equilibrio contrattuale implicherebbe conseguenze devastanti: una valutazione di conformità a giustizia svolta non utilizzando come parametro valori e standard economici espressi dal mercato, ma un ideale modello di equilibrio contrattuale giusto sarebbe intuitiva, precaria e non controllabile né in senso di impugnazione, né in senso sociale e politico. Si consentirebbe ad un contraente pentito di liberarsi facilmente dal vincolo contrattuale senza sottostare ai filtri rappresentati dai diversi rimedi predisposti dall'ordinamento. Nell'ordinamento francese si rinvia a F. TERRÉ, P. SIMLER e Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, cit., n. 465, p. 467, ove si ricorda come la possibilità di modifiche giudiziali del contenuto del contratto va ammessa, in via principio, nei casi in cui "*le législateur leur donne expresément le pouvoir*"; al contempo, però, sembra che gli Autori auspichino un ampliamento dei poteri di intervento giudiziale per fronteggiare il problema dell'*imprévision contractuelle* (sul quale v. *infra*, par. 3.12).

³¹⁵ In senso favorevole alla rilevanza d'ufficio si sono espresse Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, cit.; Cass., 23 maggio 2003, n. 8188, cit. e Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, cit.; in senso contrario, invece, Cass., 30 maggio 2003, n. 8813, in *Rep. Foro it.*, 2003, *Contratto in genere*, n. 445; Cass., 4 aprile 2003, n. 5324, *ivi*, *Contratto in genere*, n. 447; Cass., 19 aprile 2002, n. 5691, *Rep. Foro it.*, 2002, *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 80; Cass., 5 agosto 2002, n. 11710, in *Contratti*, 2003, p. 336 ss., con nota di n. F.M. ANDREANI, *Riduzione della penale e valutazione dell'interesse del creditore*, e Cass., 27 ottobre 2000, n. 14172, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2924

2.8 *Segue.* Conservazione e adeguamento nei contratti della Pubblica Amministrazione.

L'adeguamento del contratto in corso di esecuzione assicura la conservazione della operazione economica, sotto il profilo della realizzabilità degli interessi concretamente perseguiti dai contraenti³¹⁶. Si manifesta, in tal modo, la sua idoneità a fronteggiare le circostanze che minacciano la prosecuzione del rapporto contrattuale; ciò ne consente la configurazione quale strumento di cui l'ordinamento generalmente si avvale per garantire la stabilità e il mantenimento del contratto nella costante ottica del temperamento dei contrapposti interessi negoziali³¹⁷. In questo senso, è possibile affermare che l'interesse alla conservazione del rapporto contrattuale integra il fondamento assiologico del fenomeno dell'adeguamento³¹⁸.

³¹⁶ Interessanti, sotto questo punto di vista, sono le osservazioni di G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 29 ss., il quale inquadra la problematica nella più ampia prospettiva del fenomeno causale, o meglio, nell'esigenza di attuare la causa concreta del contratto, là dove evidenzia il collegamento tra equilibrio economico, conservazione e adeguamento del contratto allo scopo di consentire, nel rispetto delle scelte dei contraenti, l'attuazione della "causa concreta" del contratto, che, a sua volta, è essa stessa criterio di adeguamento negoziale ogni volta che, al verificarsi di circostanze che ne alterano l'essenza, si pone il problema di decidere della sopravvivenza o meno del contratto. Sulla conservazione del contratto come conservazione della causa, che integra il fondamento della intera operazione economica, v. efficacemente, M. PENNASILICO, *La regola ermeneutica di conservazione nei «Principi di diritto europeo dei contratti»*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 286. Sulla nozione di causa concreta, in dottrina, v. per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, cit., p. 454; in giurisprudenza, per l'espresso accoglimento di questa teoria, di recente, Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 564, con nota di F. ROSSI, *La teoria della causa concreta e il suo esplicito riconoscimento da parte della suprema corte*, da ultimo, Cass., 7 ottobre 2008, n. 24769, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratto in genere*, n. 456.

³¹⁷ G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 34. V.M. CÈSARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., spec. p. 58 ss. In questo senso una parte della dottrina auspica la generalizzazione del rimedio revisorio: fra gli altri, R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto*, cit., p. 114 ss., C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 245; critico, invece, è G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, cit., p. 1200 ss. Per approfondimenti sul punto, cfr., A. DE MAURO, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici tra privati*, cit., p. 133 ss.

³¹⁸ Così, C. D'ARRIGO, *Integrazione ed esecuzione dei contratti: in particolare le regole generali dell'equità e della buona fede nell'adeguamento e nella rinegoziazione dei contratti di durata*, cit., secondo il quale nei contratti di lunga durata è necessario scindere l'interesse alla conservazione del rapporto e l'interesse alle modalità della sua esecuzione: il primo aspetto acquisisce particolare importanza come espressione di un reciproco impegno delle parti ad assicurare il risultato voluto e promesso. La disciplina dell'adeguamento si fonda, dunque, sull'esigenza di tutelare l'interesse, contrattualmente protetto, alla prosecuzione nel rapporto, considerato pozione rispetto all'interesse all'inalterabilità delle condizioni economiche dello scambio. Si tratta, in sostanza, di offrire tutela ad un interesse configurato dai contraenti, al quale le stesse si sono reciprocamente vincolate. Si esclude, così, ogni aporia tra vincolatività del contratto ed adeguamento, posto che il secondo opera in funzione della conservazione del vincolo, sia pure modificato nella misura in cui l'accordo originario è stato reso inadeguato dalle sopravvenienze. Cfr., M. PENNASILICO, *La regola ermeneutica di conservazione nei «Principi di diritto europeo dei contratti»*, cit., p. 268, ove si configura la conservazione come una regola interpretativa «universalmente ricevuta, [è] espressione di un principio "generale" di conservazione dei "valori giuridici", "immanente" ai vari ordinamenti» e viene pertanto definito «criterio "assiologico"» di conservazione (*op. cit.*, p. 281).

Il principio di conservazione è espresso dal codice civile nell'art. 1367 c.c. fra le regole di interpretazione del contratto, ove si consente al giudice di determinare se la regola predisposta dai contraenti possa produrre un effetto utile. In ordine alla sua operatività in materia negoziale, l'orientamento prevalente ne afferma l'applicazione non soltanto sul piano ermeneutico, ma anche su quello sostanziale; il principio di conservazione si iscrive, pertanto, nella più ampia logica del mantenimento dell'atto giuridico, nella misura in cui questo sia in grado di produrre effetti³¹⁹.

La regola è enunciata espressamente anche nei Principi *Unidroit* dei contratti commerciali internazionali³²⁰, nei principi di diritto europeo dei contratti³²¹, nonché nel *code*

³¹⁹ In tal senso, M. PENNASILICO, *L'operatività del principio di conservazione in materia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 702 ss., il quale critica le posizioni restrittive sul principio di conservazione, ispirate ad una concezione prettamente volontaristica del negozio giuridico. La sua configurabilità quale principio "sostanziale" ne conferma, invece, l'idoneità ad assicurare il superamento della ambiguità e oscurità dell'enunciato, nonché l'efficacia del regolamento contrattuale. Si delinea, così, una sorta di autonomia logica della "conservazione" dal presupposto originario della ambiguità del testo negoziale, al punto da poter operare come strumento di integrazione equitativa dell'assetto di interessi. Al riguardo, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, cit., p. 436 ss., il quale ritiene che il principio di conservazione sia un principio generale; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 132, spec. n. 102, esclude ogni dubbio circa la portata generale della finalità cui assolve la formulazione del canone ermeneutico sancito in termini espliciti nell'art. 1367 c.c.; G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 53 ss., che definisce la conservazione come «principio fondamentale del nostro ordinamento giuridico» che ha «portata generale e *multiforme*»; analogamente, B. MARUCCI, *Risoluzione per inadempimento dei contratti non corrispettivi*, cit., p. 169 ss., la quale aggiunge che questo principio fondamentale su cui poggia l'ordinamento è espressione anche di una tendenza legislativa e giurisprudenziale e risponde ad un'esigenza di economia dei mezzi giuridici e ad una presunzione di serietà di propositi in colui che emette una dichiarazione di volontà. Ma -si precisa- l'intenzione del legislatore è di conservare il contratto «nella misura in cui sia ancora realizzabile lo scopo perseguito dalle parti» (*op. cit.*, p. 181). Pertanto, il principio di conservazione non è un valore fine a sé, ma va sempre subordinato alla concreta attuazione degli interessi perseguiti dalle parti. Cauti è l'atteggiamento di C. GRASSETTI, *Conservazione (principio di)*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, p. 173 ss., secondo il quale il principio di conservazione riguarderebbe solo l'area della interpretazione del contratto e non potrebbe costituire il fondamento di una categoria unitaria. La medesima conclusione sembra emergere anche dalle osservazioni di L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in *Il codice civile. Commentario Schlesinger*, Milano, 1991, p. 298, n. 22, secondo la quale la tendenza del legislatore a garantire la conservazione dell'iniziativa negoziale è limitata ad una serie di ipotesi specifiche e non omogenee, inidonee a rappresentare il fondamento di un principio generale. In giurisprudenza, da segnalare l'atteggiamento particolarmente restrittivo espresso di recente dalla Suprema Corte, volto a negare che l'art. 1367 c.c. esprima un principio generale anche in tema d'interpretazione. Si è così affermato che: «il criterio ermeneutico espresso dall'art. 1367 c.c., postulando che il giudice non abbia potuto identificare chiaramente l'intento delle parti attraverso l'utilizzazione degli altri criteri previsti dalle precedenti disposizioni (artt. 1362 ss. c.c.), ha carattere integrativo e sussidiario rispetto a questi ultimi: pertanto, qualora gli stessi abbiano consentito di individuare adeguatamente il significato e la portata del contratto, il criterio in esame non può trovare applicazione, neppure in funzione della conservazione del negozio, non potendo tale finalità essere conseguita attraverso un'interpretazione sostitutiva della volontà delle parti, ma dovendo in tal caso dichiararsi, ove ne ricorrano gli estremi, la nullità del contratto» (Cass., 30 marzo 2007, n. 7972, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Contratto in genere*, n. 445).

³²⁰ L'art. 4.5 Principi Unidroit 2004 prevede che: «Le clausole di un contratto devono essere interpretate nel senso in cui tutte possano avere qualche effetto anziché in quello in cui talune non ne avrebbero alcuno». Cfr.

*européen des contrats*³²², i quali, sebbene privi di efficacia vincolante, costituiscono delle importanti linee guida per i legislatori nazionali, in quanto enunciano principi ampiamente condivisi³²³.

Del resto, l'esigenza di salvaguardare gli effetti utili³²⁴ del regolamento negoziale si riflette anche in altre disposizioni del codice civile: basti pensare, ad esempio, alla disciplina della nullità parziale di cui all'art. 1419 c.c., intesa dalla giurisprudenza nel senso che l'estensione della nullità all'intero contratto costituirebbe l'eccezione³²⁵. Nell'ottica della conservazione "sostanziale" del rapporto si pongono anche l'inserzione automatica di clausole (art. 1339 c.c.), la conversione del negozio nullo (art. 1424 c.c.), il mantenimento del contratto rettificato (art. 1432 c.c.), la convalida del negozio annullabile (art. 1444 c.c.), la modificazione del contratto rescindibile o risolubile per eccessiva onerosità (art. 1450 e 1467, comma 3, c.c.), l'impossibilità sopravvenuta parziale (art. 1464 c.c.). Si tratta di ipotesi che confortano la conclusione secondo la quale l'ordinamento tende, ove possibile, a privilegiare la modificazione e del contratto.

Si constata, così, come il sistema italiano sia orientato verso un generale *favor contractus*,³²⁶ che manifesta la propensione al mantenimento del contratto, piuttosto che al

per la versione italiana dei Principi Unidroit, M.J. BONELL (a cura di), *Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, Roma, 2004, p. 133.

³²¹ L'art. 5:106 dei Principi di diritto europeo dei contratti dispone: «Le clausole del contratto devono essere interpretate nel senso in cui esse sono lecite ed efficaci». Cfr. C. CASTRONOVO, *Principi di Diritto Europeo dei Contratti*, cit., p. 330.

³²² L'art. 40, comma 2, del *Code Européen des contrats* dispone: «Dans le doute, le contrat ou les clauses séparées doivent être interprétés dans un sens qui leur confère quelque effet plutôt que dans un sens qui les empêcherait d'en produire» (*Code Européen des contrats*, Livre premier, 1, in www.accademiagiurprivatistieuropei.it).

³²³ Cfr. G.B. FERRI, *Il Code Européen des Contrats*, cit., p. 27 ss.

³²⁴ In ordine alla dibattuta questione circa la opportunità di attribuire al principio di conservazione il significato di assicurare che l'atto produca "qualche effetto" oppure "il massimo effetto utile", si rinvia a M. PENNASILICO, *La regola ermeneutica di conservazione nei «Principi di diritto europeo di contratti»*, cit., p. 280 ss., il quale, opportunamente, ritiene che la soluzione vada ricercata in concreto e, quindi, che il principio di conservazione vada inteso come «migliore effetto possibile riguardo al caso concreto». Per una sintesi della questione, v. anche C. M. BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, cit., p. 437 ss.

³²⁵ Orientamento costante in giurisprudenza, ove si afferma che: «l'estensione all'intero contratto della nullità delle singole clausole o del singolo patto, secondo la previsione dell'art. 1419 c.c., ha carattere eccezionale perché deroga al principio generale di conservazione del contratto e può essere dichiarata dal giudice solo in presenza di un'eccezione della parte che vi abbia interesse perché senza quella clausola non avrebbe stipulato il contratto» (Cass., 3 febbraio 1995, n. 1306, in *Mass. Foro it.*, 1995). cfr., inoltre, Cass. civ., 13 giugno 2008, n. 16017, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratto in genere*, n. 467; Cass. civ., 16 dicembre 2005, n. 27732, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Contratto in genere*, n. 557; Cass., 27 gennaio 2003, n. 1189, in *Rep. Foro it.*, 2003, *Contratto in genere*, n. 513; Cons. stato, 22 dicembre 1998, n. 1847, in *Foro amm.*, 1998, p. 3065; Cass., 13 novembre 1997, n. 11248, in *Mass. Foro it.*, 1997; Cass., 29 maggio 1995, n. 6036, in *Rep. Foro it.*, 1995, *Contratto in genere*, n. 426.

³²⁶ G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 57 al quale si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche. Anche M. TIMOTEO, *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale*, cit., p. 622 ss., sottolinea che attraverso l'istituto

suo scioglimento. In questa prospettiva, l'adeguamento del contratto integra il riflesso dell'interesse alla prosecuzione del rapporto, nell'ottica di salvaguardia dell'equilibrio negoziale e della realizzazione degli interessi delle parti³²⁷, in quanto evita che i contraenti debbano reperire altrove beni e servizi sostitutivi. Diversamente dallo scioglimento del contratto che comporta dispersione di ricchezza e determina un vuoto difficilmente colmabile con i consueti rimedi restitutori, la conservazione del rapporto, mediante la revisione, consente l'efficiente soddisfazione del programma negoziale.

Il riconoscimento della generale tendenza alla stabilità e conservazione dei contratti non è estraneo al fenomeno delle negoziazioni della Pubblica amministrazione³²⁸. In ambito pubblicistico queste esigenze si impongono anche in considerazione del superiore interesse dell'Amministrazione al conseguimento del bene o servizio, nonché della constatazione che le difficoltà del privato, a fronte di circostanze sopravvenute, potrebbero tradursi in un danno per la collettività. Inoltre, il principio di conservazione è strettamente connesso al principio di economicità, che rientra nel novero dei principi generali dell'attività amministrativa, ai sensi dell'art. 1 della l. n. 241/90 sul procedimento amministrativo,

dell'adeguamento, il principio di conservazione si estende alla fase esecutiva del contratto esprimendosi al livello dinamico, come principio di gestione del contratto in corso di esecuzione. Così, secondo la ricostruzione già proposta da F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 132 ss., il principio di conservazione diviene strumento di attuazione del rapporto che opera attraverso l'adattamento del contratto alle circostanze e che tutela l'interesse delle parti di un rapporto di lunga durata alla prosecuzione del medesimo.

³²⁷ G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 59, considera il rimedio della revisione in piena sintonia con il sistema giuridico che «privilegia il mantenimento del contratto, prevedendo strumenti di riequilibrio del rapporto e confermando che la salvaguardia del sinallagma funzionale non postula la realizzazione dello scambio negoziale negli esatti termini iniziali». Su quest'ultimo punto, v. anche F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., p. 377.

³²⁸ Così, M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti della Pubblica Amministrazione tra conservazione e stabilità degli effetti*, cit., p. 461, il quale osserva che l'applicazione dei principi di stabilità e di conservazione degli effetti, sempre più ampia nell'ordinamento italo-comunitario, e la propensione a mantenere in vita il rapporto, come dimostra il *favor contractus* che pervade il diritto uniforme dei commerci internazionali e le compilazioni di principi di diritto europeo dei contratti, sono indici sintomatici di una tendenza generale, che inerisce anche al complessivo fenomeno delle negoziazioni della p.a. Sulla conservazione del provvedimento amministrativo, v. F. CARINGELLA e M.T. SEMPREVIVA, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 295 ss., secondo i quali l'immanenza di detto principio all'ordinamento giuspubblicistico risulta avvalorata dall'espresso richiamo dell'art. 1 della L. 241/1990 alle norme di diritto privato quale fonte integrativa di regolamentazione dell'attività della P.A. Gli Autori indicano diversi istituti quali espressioni del principio di conservazione: conferma, convalida, ratifica, ecc. Un rilievo particolare è però attribuito alla previsione dell'art. 21 *octies* della L. 241/90, introdotto dalla L. 15/2005, che prevede la "regola conservativa del raggiungimento dello scopo", ovvero consente la conservazione dell'atto illegittimo per vizi di forma là dove risulti egualmente perseguito, a mezzo dello stesso, in modo efficace l'interesse pubblico. Sul punto, v. anche F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 113 ss. e 1163 ss.

nonché dell'art. 2 del d.lgs n. 163/2006 in materia di contratti pubblici³²⁹. Del resto, gli istituti delle varianti in corso di esecuzione e della revisione dei prezzi nei contratti pubblici testimoniano l'incidenza del principio in esame in tale ambito, nonché la consapevolezza del legislatore circa la necessità di garantire la stabilità dei rapporti negoziali in cui è coinvolta la Pubblica Amministrazione³³⁰.

In giurisprudenza, non sono mancate decisioni nelle quali è stata negata l'applicazione della regola ermeneutica di conservazione ai contratti della pubblica amministrazione, là dove ciò debba avvenire «in deroga ad altri e più pregnanti valori costituzionalmente garantiti, quali quelli del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa»³³¹. Tuttavia, questa affermazione è stata correttamente criticata, in considerazione del necessario bilanciamento tra i principi e della loro possibile applicazione contestuale³³². In ambito pubblicistico il principio di conservazione deve essere armonizzato con la natura dell'attività amministrativa, ossia con le esigenze di interesse pubblico che la medesima attività sottende: si impone la valutazione di adeguatezza, congruità e proporzionalità dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, senza dimenticare che l'interesse

³²⁹ Secondo Cass., 9 maggio 2003, n. 7073, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2387 ss.: «E' indubbio che la pubblica amministrazione debba sempre e comunque ispirare la sua azione al criterio della massima economicità di gestione, e che i contratti con cui essa è ammessa alla libera scelta dell'altra parte del rapporto, vengano di regola conclusi con procedure complesse, volte ad assicurare la pattuizione più vantaggiosa e l'esecuzione nelle condizioni di migliore sicurezza ed economicità».

³³⁰ Sul punto, v. F. TEDESCHINI e P. LAZZARA, *Le varianti in corso di esecuzione*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, cit., p. 880. Le varianti in corso di esecuzione e l'adeguamento dei prezzi sono disciplinati dal Codice dei contratti pubblici di cui al d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e, in particolare, dagli artt. 132 e 133. Per approfondimenti, *infra*, par. 3.7.

³³¹ Corte dei Conti, 11 dicembre 1996, n. 171, in *Cons. Stato*, 1997, II, p. 458 ss. spec. p. 461, ove si afferma che «Il confine tra una interpretazione conservativa del contratto ed un sostanziale mutamento del suo oggetto [...] crea notevoli difficoltà con riferimento alle procedure dell'evidenza pubblica ed al principio della tendenziale indisponibilità dell'oggetto del contratto da parte delle Amministrazioni pubbliche». *Contra*, per l'inammissibilità dell'applicazione dei principi del buon andamento e dell'imparzialità che trascuri del tutto il principio di conservazione degli atti, *Cons. Stato*, 28 marzo 2007, n. 1441, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Giustizia amministrativa*, n. 1083, secondo il quale: «Eccede i limiti del controllo giurisdizionale la decisione del giudice di legittimità di annullare in radice la procedura, sulla base di una sua percezione della regola del «buon andamento e della imparzialità dell'amministrazione» che trascura del tutto il principio di conservazione degli atti in una situazione nella quale nessuno dei partecipanti alla gara è stato in concreto leso sotto il profilo della massima partecipazione, del rispetto delle regole della concorrenza e della par condicio dei concorrenti, dell'affidamento degli stessi».

³³² M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti della Pubblica Amministrazione tra conservazione e stabilità degli effetti*, cit., p. 440. Sull'operatività del principio di conservazione in materia di contratti pubblici ed atti amministrativi, in giurisprudenza, *Cons. Stato*, 21 gennaio 2002, n. 340, in *Giur. it.*, 2002, p. 619 ss.; *Cons. Stato*, 7 giugno 2004, n. 3617, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, p. 1649; T.A.R. Piemonte, 17 marzo 2006, n. 1484, in *Raginsan*, 2006, fasc. 271, 201; *Cons. Stato*, 26 settembre 2007, n. 2866, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratti pubblici*, n. 1181; *Cons. Stato*, 23 giugno 2008, n. 3106, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratti pubblici*, n. 482.

pubblico e quello privato «come non possono essere fisiologicamente in conflitto, così non possono non essere presenti in ogni attività giuridicamente rilevante»³³³.

Nel valorizzare il collegamento tra il principio di conservazione e il canone della buona fede, si ritiene, inoltre, che l'operatività di tale clausola generale faccia sorgere in capo alla pubblica amministrazione «ulteriori obblighi di prestazione», rispetto a quelli espressamente previsti. In tal senso, il soggetto pubblico deve tenere tutti i comportamenti che risultino necessari per l'attuazione del programma contrattuale, esercitare i poteri discrezionali in modo da tutelare l'interesse del privato e agire anche in funzione conservativa dell'utilità del medesimo, mediante l'esecuzione di prestazioni non dedotte in contratto, ma indispensabili per la concreta attuazione del regolamento negoziale³³⁴. L'esigenza di conservazione e stabilità degli effetti non viene superata dalla espressa previsione del diritto della stazione appaltante di recedere in qualunque tempo dal contratto, previo pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite, ai sensi dell'art. 134 del Codice dei contratti pubblici³³⁵. Si osserva³³⁶, infatti, che il recesso non sarebbe mai

³³³ P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, cit., p. 58 ss.; M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti della Pubblica Amministrazione tra conservazione e stabilità degli effetti*, cit., p. 441; A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa*, cit., p. 39 ss. e 245. In giurisprudenza, Cons. Stato, 16 aprile 1998, n. 515, in *Riv. giur. dell'edilizia*, 1998, I, p. 957 ss., ove si afferma che nella valutazione dell'interesse generale la P.A. non può ignorare l'interesse del privato, né prescindere dalla sua valutazione.

³³⁴ A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa*, cit., p. 219, secondo il quale «l'affermazione dell'operatività della buona fede nell'ambito del procedimento amministrativo contribuisce all'edificazione di una Pubblica Amministrazione efficiente e rispettosa dei diritti delle persone». M. PENNASILICO, *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione ed esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 1081; ID., *L'interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione tra conservazione e stabilità degli effetti*, cit., p. 456. In giurisprudenza, si segnala, nella prospettiva della connessione tra conservazione e buona fede nell'ambito dei rapporti di concessione, Cons. Stato, 9 febbraio 1982, n. 70, in *Foro amm.*, 1982, I, p. 215 ss., ove si sottolinea la rilevanza dell'esigenza di conservazione «anche alla luce di quei fondamentali canoni di buona fede, correttezza e cooperazione, che devono intendersi validi nello svolgimento dei rapporti di concessione come nella esecuzione di un qualunque tipo di rapporto contrattuale»; in relazione alla fattispecie sottoposta al suo esame, il Consiglio di Stato ha affermato: «La decadenza di una concessione non può essere pronunciata se non quando consti [...] che l'irregolarità del servizio sia riferibile ad uno specifico fatto d'inadempimento imputabile al concessionario medesimo, con la conseguenza che, ove l'elemento della responsabilità soggettiva venga a mancare, l'amministrazione è tenuta a provvedere in altro modo alla tutela dell'interesse pubblico affidato alle sue cure, in quanto secondo lo schema legale assume preminente rilievo l'esigenza di conservazione del rapporto concessorio». Per la valorizzazione della buona fede e della correttezza che impongono all'Amministrazione di rendere possibile, anche indipendentemente da specifici obblighi contrattuali, l'adempimento della prestazione da parte dell'appaltatore secondo le condizioni, i tempi e i modi che si presentano, v. Arb. Roma, 4 luglio 2005, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Opere pubbliche*, n. 231.

³³⁵ In materia di recesso rileva anche l'art. 11, comma 4, l. n. 241/90 il quale, in tema di accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento, dispone: «Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato». Sul potere di recesso dell'Amministrazione

effettivamente *ad nutum*, poiché la pubblica amministrazione sarebbe pur sempre soggetta all'obbligo di motivazione, alla luce della legge 241/90, con conseguente configurabilità di un sindacato sul corretto uso del potere discrezionale attribuito alla p.a. Inoltre, l'esercizio del recesso è condizionato dal rispetto di alcuni limiti, quali l'esistenza di esigenze pubbliche sopravvenute³³⁷, la corresponsione al privato di un indennizzo e, sebbene non si tratti di un'opinione unanimemente condivisa, dell'obbligo di rinegoziazione³³⁸.

contraente, v. A. RALLO, *Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi di provvedimenti*, cit., p. 311 ss.; A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa*, cit., p. 148 ss e 246 ss.; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., p. 239 ss. cfr. anche, F. PARENTE, *I moduli consensuali di pianificazione del territorio e la tutela degli interessi differenziati*, cit., p. 72 ss., p. 116.

³³⁶ M. PENNASILICO, *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione ed esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 1082.

³³⁷ In dottrina si esclude che il recesso attribuito alla Pubblica amministrazione integri una forma di *ius poenitendi*, ovvero consenta all'Amministrazione di valutare nuovamente la medesima situazione concreta già oggetto di ponderazione. Così, in relazione al recesso previsto dall'art. 11 della l. 241/90 in materia di accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento, A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa*, cit., p. 247. Analogamente, G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., p. 248, il quale esclude che l'esercizio del recesso possa essere espressione «di uno *ius poenitendi* e, dunque, di una diversa valutazione dell'interesse pubblico a circostanze immutate, perché sul punto l'amministrazione si è definitivamente vincolata, consumando ogni potere in proposito».

³³⁸ Con la conseguenza che la Pubblica amministrazione non potrebbe recedere dal contratto senza aver prima verificato la sussistenza delle condizioni e la concreta possibilità di modificare l'assetto contrattuale. Per l'approfondimento della problematica si rinvia al Cap. III, dedicato specificamente all'esame della rinegoziazione, di fonte legale e convenzionale, nei contratti pubblici.

CAPITOLO III

Capitolo III

La rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica.

Sommario: 3.1. Procedure ad evidenza pubblica e rimedi conservativi. La separazione tra il procedimento di formazione del contratto e lo svolgimento del rapporto contrattuale. La possibile connotazione conflittuale dell'esecuzione dei contratti pubblici: necessità di una collaborazione tra i contraenti nella fase esecutiva. – 3.2. La rinegoziazione delle condizioni contrattuali nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica. Origini e sviluppo della rinegoziazione in ambito internazionale. La progressiva diffusione dell'istituto nell'ordinamento italiano. La rinegoziazione come strumento di pianificazione dei conflitti e come modalità di tutela dell'interesse pubblico. – 3.3. La rinegoziazione negli orientamenti della giurisprudenza amministrativa. A) Il divieto di rinegoziazione dei contratti ad evidenza pubblica: i limiti alla capacità della pubblica amministrazione; natura inderogabile ed imperativa della normativa sulla evidenza pubblica; violazione delle regole di concorrenza e *par condicio* tra i partecipanti alle gare pubbliche; illegittimità della rinegoziazione e patologie negoziali. – 3.4. *Segue*. Gli orientamenti favorevoli alla rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica. B) La rinegoziazione nelle procedure negoziate e il rispetto delle regole concorrenziali. C) La rinegoziazione in presenza di fattori sopravvenuti; differenze rispetto alle altre fattispecie esaminate dalla giurisprudenza. Necessità della previa indicazione della revisione nel bando di gara. – 3.5. La rinegoziazione dei contratti ad evidenza pubblica nella dialettica tra autonomia negoziale e tutela degli interessi pubblici. L'impossibilità di accedere a soluzioni univoche. Necessità di una valutazione in concreto circa l'effetto sortito dalla negoziazione sull'assetto complessivo della gara. La delimitazione dell'ambito applicativo dell'istituto: presupposti e limiti. Le sopravvenienze: la distinzione tra modifiche anteriori e successive alla stipula del contratto. – 3.6. *Segue*. Il ripristino dell'equilibrio contrattuale originario alterato dalla sopravvenienza. La previsione di una clausola di rinegoziazione quale ulteriore condizione di validità. Perplexità. – 3.7. Le fonti legali della rinegoziazione: la disciplina generale e dei singoli contratti. Interventi legislativi settoriali in materia di rinegoziazione. Le fonti convenzionali della rinegoziazione: le clausole di rinegoziazione. Contenuto generico e specifico delle clausole. – 3.8. *Segue*. Il ruolo della buona fede: nuovi profili dell'integrazione contrattuale. L'integrazione quale strumento di gestione delle sopravvenienze contrattuali. La disciplina del codice civile (art. 1374 c.c.): buona fede ed equità. – 3.9. Obbligo di rinegoziazione e tutela contro l'inadempimento. Questioni di giurisdizione. – 3.10. *Segue*. Le ipotesi di inadempimento. Gli strumenti di tutela. I poteri integrativi del giudice: configurabilità e limiti. – 3.11. Profili di diritto comparato: la gestione delle sopravvenienze contrattuali nel diritto francese. La teoria de l'*imprévision* nei *contrats administratifs*. – 3.12. *Segue*. L'applicazione della teoria dell'*imprévision* nel diritto privato. Le difficoltà di trasposizione dell'istituto nel diritto civile: revisione e intangibilità del contratto.

3.1. Procedure ad evidenza pubblica e rimedi conservativi. La separazione tra il procedimento di formazione del contratto e lo svolgimento del rapporto contrattuale. La possibile connotazione conflittuale dell'esecuzione dei contratti pubblici: necessità di una collaborazione tra i contraenti nella fase esecutiva.

L'individuazione di strumenti conservativi per far fronte all'esigenza di adeguare il contratto alle sopravvenienze manifesta una maggiore complessità nelle ipotesi in cui parte contraente sia un'amministrazione pubblica, rispetto a quanto accade in ambito giusprivatistico. In quest'ultimo contesto, non si dubita della facoltà delle parti di incidere

di comune accordo sull'assetto di interessi precedentemente determinato; l'analisi, pertanto, si incentra sulla possibilità di individuare obblighi comportamentali a carico dei contraenti, aventi ad oggetto l'adeguamento dell'originario programma negoziale alle circostanze sopravvenute³³⁹. Diversamente, i soggetti pubblici sono tenuti al rispetto delle procedure concorsuali nella scelta della controparte, secondo gli schemi dell'evidenza pubblica; ciò impone la necessità di verificare proprio la legittimità di una autonoma fase di negoziazione che si sovrapponga o si affianchi all' *iter* procedurale pubblicistico³⁴⁰.

L'esame della questione presuppone una breve riflessione sulla distinzione - nell'ambito di tali procedure - tra il momento c.d. pubblicistico, rappresentato dal procedimento di formazione del contratto, e quello c.d. privatistico, identificato dallo svolgimento successivo del rapporto negoziale. La consapevolezza circa l'autonomia di quest'ultima fase e della sua soggezione alle regole civilistiche integra un'acquisizione relativamente recente. In passato si enfatizzava il momento pubblicistico, nonché la posizione di supremazia dell'amministrazione, in ragione degli interessi perseguiti, e si tendeva a ricomprendere nella sequenza procedimentale anche la fase negoziale, assoggettandola a regole pubblicistiche. L'*iter* procedimentale che precede la stipulazione era ritenuto idoneo ad attribuire al contratto un carattere specialità, consistente, per un verso, «nell'andare "oltre" il diritto comune dei contratti»³⁴¹, mediante l'integrazione della disciplina privatistica con disposizioni di diritto pubblico³⁴² e, per altro verso, «"contro" il

³³⁹ Così, S. VARONE, *La rinegoziazione del contratto successiva all'aggiudicazione fra capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni, patologie negoziali e questioni di riparto di giurisdizione* (nota a Cons. St., 13 novembre 2002, n. 6281), in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 1, p. 147, il quale sottolinea come in ambito privatistico non sia in discussione la facoltà della parti di modificare di comune accordo l'assetto di interessi precedentemente determinato e cristallizzato nel programma negoziale, quanto, piuttosto, la possibilità di individuare ipotesi in cui quest'attività risulti "eteroimposta" ad uno dei contraenti per un adeguamento dell'assetto negoziale alle mutate circostanze.

³⁴⁰ S. VARONE, *op. cit.*, p. 148, rinviene in questa verifica il cuore del problema circa l'applicazione dell'istituto della rinegoziazione nei contratti in cui è parte l'Amministrazione, trattandosi di una tematica dagli indubbi risvolti applicativi che interferisce con i limiti posti all'autonomia negoziale della P.A.

³⁴¹ Così, D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1-bis della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in *www.giustamm.it* (*Giust. amm.*, 2006, 1133), la quale riprende un concetto già espresso da R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004, p. 8. Nello stesso senso, da ultimo, C. FRANCHINI, *Diritto pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 91.

³⁴² Tali disposizioni sono preordinate a regolare profili dell'attività di cui il diritto privato in via di principio non si occupa (basti pensare alla formazione della volontà del soggetto pubblico agente o alle procedure di scelta del contraente), ma che in un'ottica pubblicistica consentono di garantire il rispetto dei principi che presidono all'azione amministrativa, primo fra tutti quello di legalità (così, D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1-bis della legge n. 241 del 1990* cit.). Per altro verso, occorre dare conto del tendenziale assorbimento nel momento pubblicistico dell'evidenza pubblica di elementi che si riverberano sul contratto, traducendosi nella determinazione unilaterale del suo contenuto da parte della Amministrazione. Questo

diritto comune»³⁴³, attraverso l'introduzione di una serie di deroghe rispetto alla disciplina contrattuale ordinaria³⁴⁴.

Più di recente, si registra la tendenza³⁴⁵ a distinguere - anche sulla base dell'insegnamento giurisprudenziale³⁴⁶ - tra la fase di preparazione del contratto e quella di esecuzione: la prima, regolata dalle norme e dai principi di evidenza pubblica, comprende la delibera a contrarre, il bando e tutti gli ulteriori atti che intervengono fino all'aggiudicazione i quali, conseguentemente, sono qualificati come provvedimenti amministrativi. La seconda fase, invece, comprende tutti gli atti relativi alla esecuzione, modificazione o estinzione del

fenomeno, significativo di una prassi amministrativa fortemente consolidata e a lungo tollerato quale inevitabile espressione dell'area di privilegio riconosciuta alla p.a., è stato progressivamente ridimensionato e parrebbe oggi suscettibile di essere superato dal più volte ricordato art. 1, comma 1 *bis* l. n. 241/90. A titolo esemplificativo, si può considerare l'evoluzione registratasi in ordine all'art. 1341, comma 2, c.c., nonché alla normativa del Codice del consumo (d. lgs. 206/2005), riferibile anche al contraente pubblico «soprattutto nel settore dei servizi pubblici (somministrazione di energie elettrica e, in genere, contratti di utenza pubblica) dove è evidentemente assai ricorrente la pratica della predisposizione unilaterale di moduli contrattuali»: D. MEMMO, *L'attività contrattuale della p.a. e i principi di diritto comune nella riforma del procedimento amministrativo a seguito della l. n. 15 del 2005*, cit., p. 1184 (su questa problematica, ID., *Clausole vessatorie e contratti della pubblica amministrazione*, in *Contratto e impr.*, 1985, p. 376; G. PESCATORE, *La clausole onerose nell'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1989, V, c. 493; più di recente, A. MUSIO, *Condizioni generali di contratto e clausole vessatorie nei contratti della Pubblica Amministrazione*, in P. STANZIONE e A. SATURNO (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 333 ss.). Emblematica del mutamento di rotta di una giurisprudenza amministrativa avvezza all'unilateralità della evidenza pubblica è la vicenda che ha riguardato le disposizioni sui ritardati pagamenti, introdotte dal d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231, in attuazione della Direttiva 2000/35/CE e, in particolare, la deroga alla disciplina legale circa il termine di pagamento e il tasso di interesse da computare in caso di ritardato pagamento, che è subordinata all'accordo tra le parti. La giurisprudenza ha al riguardo affermato la supremazia del principio che impone il consenso delle parti, ai fini della derogabilità dei termini previsti dal d.lgs. n. 231 del 2002, rispetto al principio dell'unilateralità nella predisposizione delle condizioni contrattuali. In particolare, è stato escluso che la deroga possa essere prevista con un procedimento ad evidenza pubblica, in considerazione della predisposizione unilaterale delle clausole contrattuali da parte della Amministrazione: «affinché possa parlarsi di accordo tra le parti è, infatti, necessario che la formazione della volontà contrattuale sia libera per entrambi i contraenti, cosa che non può evidentemente ritenersi quando la clausola in parola, oltre che essere unilateralmente predisposta da una delle parti, viene imposta all'altra come condizione per addivenire alla stipula» (così, T.A.R. Piemonte, 14 febbraio 2004, n. 250, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, 305, con nota critica di M. GATTI, *Dal diritto privato speciale al tramonto dell'unilateralità nell'evidenza pubblica?*. Sull'argomento, v. anche Cons. Stato, Sez.V, 11 gennaio 2006, n. 43, cit., p. 530; Cons. Stato, 12 aprile 2005, n.1638, in *Danno e resp.*, 2005, 893; T.A.R. Piemonte, 5 gennaio 2004, n. 4, in *Ragusan*, 2004, fasc. 247, p. 169).

³⁴³ Così, D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1-bis della legge n. 241 del 1990* cit.

³⁴⁴ Esempi di deroga legale al regime civilistico si rinvencono nella disciplina sui contratti di appalto di opere pubbliche, in particolare nel potere assegnato alla amministrazione di risolvere unilateralmente il contratto ovvero di recedere da esso (v. Art. 134 ss. del Codice dei Contratti pubblici - d. lgs. 163/2006).

³⁴⁵ Tra gli altri, G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, cit., p. 127. L'Autore riprende le considerazioni espresse nella monografia, *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., nonché nell'articolo, *Accordi e contratti della Pubblica Amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Diritto amm.*, 2002, p. 413 ss.

³⁴⁶ Cass., sez. un., 17 novembre 1984, n. 5841, in *Foro it.*, 1985, I, p. 131, secondo cui tali contratti sono soggetti al regime di diritto privato per quel che attiene al contenuto negoziale, alla stipulazione e alle modalità accessorie, mentre restano regolati dalle norme di diritto pubblico per gli atti amministrativi che ne costituiscono i presupposti e ne accompagnano la formazione (c.d. processo formativo della volontà del soggetto amministrativo).

contratto ed è soggetta, in via di principio, alla disciplina civilistica, poiché il contratto, una volta stipulato, sia pure all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, non si differenzia da quello concluso tra soggetti privati³⁴⁷.

Secondo la prospettiva tradizionale, la fase dell'esecuzione del contratto stipulato dalla pubblica amministrazione rappresenterebbe uno "snodo cruciale" della dialettica tra regole pubblicistiche e privatistiche, nonché in relazione al potenziale conflitto tra interesse pubblico e interesse privato: il problema s'incentra nello stabilire se l'utilizzo dello strumento contrattuale consente al contraente pubblico di recuperare spazi di autoritatività, laddove necessari, che si possono manifestare in modifiche del regolamento negoziale o anche in interventi diretti ad estinguerlo³⁴⁸. Se, invece, si muove dalla premessa secondo cui, una volta stipulato, il contratto concluso dalla pubblica amministrazione è sostanzialmente un contratto di diritto privato³⁴⁹, ne consegue la sua naturale soggezione alla disciplina

³⁴⁷ La struttura bifasica dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione è stata confermata di recente dalla Corte Costituzionale (Corte Cost. 23 novembre 2007, n. 401, cit.), che afferma la necessità di distinguere la fase pubblicistica, relativa alla procedura di affidamento e ascritta alla materia costituzionale "tutela della concorrenza", dalla fase privatistica, inerente alla stipulazione ed esecuzione del contratto e ascritta alla materia "ordinamento civile". Sul punto, si segnalano i commenti di G. CORSO e G. FARES, *Il codice dei contratti pubblici: tra tutela della concorrenza e ordinamento civile*, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1799 ss. e di R. DE NICTOLIS, *La Corte costituzionale si pronuncia sul Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 1, p. 5 ss p. 7. Secondo quest'ultima, in particolare, nella prima fase, finalizzata alla scelta del contraente, l'amministrazione agisce secondo predefiniti moduli procedurali che garantiscono la tutela dell'interesse pubblico, ancorché siano presenti momenti di rilevanza negoziale; nella seconda fase, che ha inizio con la stipulazione del contratto, l'amministrazione si pone in una posizione di tendenziale parità con la controparte e non agisce nell'esercizio di poteri amministrativi, ma nell'esercizio della propria autonomia negoziale. Tale fase, cui inerisce l'intera disciplina di esecuzione del rapporto contrattuale, si connota per la mancanza di poteri autoritativi in capo al soggetto pubblico, sostituiti dall'esercizio di autonomie negoziali: la prevalente natura privatistica ne consente, dunque, la comprensione nella materia dell'ordinamento civile.

³⁴⁸ Così, V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 237. Basti pensare che nella prospettiva privatistica, la regola negoziale è cristallizzata nell'accordo stipulato dai contraenti, da cui scaturisce la doverosità dei loro comportamenti; diversamente, nella prospettiva del diritto amministrativo, persiste il convincimento secondo cui il soggetto pubblico deve necessariamente mantenere una certa libertà di azione, in quanto vincolato al perseguimento del pubblico interesse, che può variare in rapporto alle circostanze concrete. Di qui l'interrogativo circa il senso del ricorso all'istituto contrattuale da parte del soggetto pubblico, chiedendosi, in particolare, se la p.a., utilizzando il contratto perde le sue attribuzioni di specialità per divenire un soggetto di diritto comune, sottoposto alle medesime regole che presiedono allo svolgimento delle attività economiche da parte dei consociati (*op. cit.*, p. 241).

³⁴⁹ L'evoluzione storica – come già evidenziato (*retro*, cap. I) – testimonia la progressiva erosione degli ambiti di specialità riconosciuti al soggetto pubblico. Sul punto, V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 236, i quali rilevano che tale premessa «costituisce il punto di arrivo del ragionamento [...] volto a "riconsegnare" l'attività contrattuale dei soggetti pubblici all'ambito privatistico e, più esattamente, a quel diritto "comune" ad operatori pubblici e privati che disciplina lo svolgimento delle relazioni di mercato».

privatistica, salve alcune “deviazioni”, previste in ragione di peculiari esigenze dei contraenti pubblici³⁵⁰.

La descritta evoluzione pone in luce una rilettura più attenta delle innovazioni legislative e giurisprudenziali sui contratti stipulati dalla pubblica amministrazione e conferma che «l’esigenza razionale del diritto come ordinamento è nella dinamica del pubblico e del privato, intesi questi però non come termini separabili e necessariamente contrapposti»³⁵¹. In questa prospettiva, la collaborazione tra le parti non può arrestarsi alla fase di redazione dell’assetto di interessi, ma deve estendersi anche a quella esecutiva³⁵², soprattutto in seguito al verificarsi di sopravvenienze che alterano l’originario equilibrio contrattuale³⁵³ e che giustificano l’elaborazione di tecniche funzionali alla gestione del rischio contrattuale, fra le quali una particolare attenzione merita la rinegoziazione³⁵⁴, alla quale saranno dedicati i successivi paragrafi.

³⁵⁰ Cfr. sul punto, F.P. PUGLIESE, *Contratto, V) Contratti della Pubblica Amministrazione*, cit., p. 8, secondo il quale l’esecuzione dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni non presenta differenze di rilievo rispetto all’esecuzione dei contratti di diritto comune, «tranne le peculiarità, derivanti dall’esercizio di poteri che la giurisprudenza ha riconosciuto come amministrativi e che quindi danno luogo a provvedimenti». Tra tali poteri – ritenuti «particolarità applicativa dei fenomeni della sopravvenienza nei contratti della pubblica amministrazione» - si annovera, a titolo esemplificativo, la declaratoria di risoluzione del contratto per grave inadempimento (originariamente prevista per gli appalti dall’art. 345 della l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. F), il potere di pronunciare la risoluzione dei rapporti contrattuali di durata, i poteri di revoca per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, quindi *ex nunc*, della deliberazione di contrarre, ovvero dell’approvazione della deliberazione di contrarre, o anche, ove possibile, dell’approvazione del contratto.

³⁵¹ P. PERLINGIERI, *L’incidenza dell’interesse pubblico sulla negoziazione privata*, cit. p. 55 ss., il quale esclude la qualificazione dell’interesse pubblico quale sovrastruttura burocratica e superindividuale, identificandolo nella sintesi ed attuazione equilibrata dei valori delle persone consociate nell’unità dei loro diritti e dei loro doveri. Analogamente, di recente, G. SORRENTINO, *Interesse legittimo e pregiudizialità amministrativa*, cit., p. 11 ss., spec. p. 18, che pone in luce la dimensione solidaristica della funzione amministrativa, qualificata dalla centralità dei diritti della persona.

³⁵² Secondo V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1914, con riferimento ai rapporti di durata, l’estensione temporale del rapporto e la sua complessità devono indurre l’interprete ad assegnare alla fase esecutiva una sua autonomia rispetto alla fase di conclusione dell’accordo, consentendo alle parti di godere di quei margini di flessibilità indispensabili per poter adeguare il contenuto del rapporto alle circostanze sopravvenute. Sul punto, v. anche *retro*, par. 2.3.

³⁵³ Cfr. V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell’equilibrio contrattuale*, cit., p. 25, il quale esclude che il regolamento contrattuale esprima il punto di equilibrio definitivo di interessi contrapposti, dovendo essere valutato come fattispecie flessibile che si può, nonostante il principio della sua stabilità, adeguare quando sopraggiungano circostanze modificative dell’assetto originario. Il sistema dei contratti raggiunge, così, una funzionalità maggiore e risponde ad un’esigenza di giustizia sostanziale in quanto consente alle parti di distribuire in modo equo i profitti e le perdite derivanti dalle sopravvenienze. In senso analogo, M. FONTAINE e F. DE LY, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, Bruxelles-Paris, 2003, p. 279 e 487 ss. (per la traduzione italiana cfr., M. FONTAINE e F. DE LY, *La redazione dei contratti internazionali: a partire dall’analisi delle clausole*, testo italiano a cura di R.M. MORRESI, Milano, 2008).

³⁵⁴ Sulla rilevanza delle sopravvenienze nella fase esecutiva del rapporto contrattuale, v. *retro*, par. 2.1 e 2.5. Per l’esame più approfondito circa la necessità di delimitare l’ambito applicativo della rinegoziazione alle modiche delle condizioni contrattuali successive alla stipulazione del contratto, v. *infra*, par. 3.5.

3.2. La rinegoziazione delle condizioni contrattuali nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica. Origini e sviluppo della rinegoziazione in ambito internazionale. La progressiva diffusione dell'istituto nell'ordinamento italiano. La rinegoziazione come strumento di pianificazione dei conflitti e come modalità di tutela dell'interesse pubblico.

La revisione critica dei tradizionali strumenti di gestione delle sopravvenienze³⁵⁵, in particolare di quelli c.d. ablativi, ha indotto a ricercare tecniche più adeguate di allocazione del rischio contrattuale: si segnala, dunque, l'opportunità del ricorso a rimedi manutentivi, che puntano a mantenere in vita il contratto e a salvarlo, adeguandolo alle circostanze ed esigenze sopravvenute³⁵⁶. In questo contesto si colloca la rinegoziazione³⁵⁷ che garantisce la

³⁵⁵ V. *retro*, cap. II, spec. par. 2.4 e 2.5.

³⁵⁶ V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, cit., p. 1042. L'esigenza di rivedere alcuni aspetti del contratto dopo la sua conclusione, tra l'altro, è compatibile con la previsione dell'art. 1321 c.c., ai sensi del quale il contratto è "l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale". In questo ambito rientrano anche le attività intese a produrre modifiche al contratto le quali possono rispondere ad esigenze meritevoli di tutela, in particolare nell'eventualità delle sopravvenienze. Sul punto, tra gli altri, F. MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, cit., p. 189, che colloca l'accordo conclusivo del procedimento di rinegoziazione tra i contratti «regolamentari» di cui all'art. 1321 c.c.

³⁵⁷ In dottrina, tra gli interventi più significativi sul tema della rinegoziazione, si segnalano: V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit.; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, cit.; ID., *Rinegoziazione (dir. civ.)*, in *Enc. giur.* Treccani, Agg. XV, Roma, 2007; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit.; ID., *Adeguamento e rinegoziazione*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit., p. 1151 ss.; ID., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 63 ss.; G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit.; ID., *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2005, 2, p. 539 ss.; R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 722 ss. Per un quadro in chiave critica, C. D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., 491 ss.; G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, cit., p. 1200 ss.; P. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento e arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, cit., p. 299 ss. Sull'argomento si vedano anche: G. AMORE, *Appalto e claim*, cit., *passim*; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, cit., p. 467 ss.; N. COREA, *La rinegoziazione delle clausole contrattuali*, in *Studium iuris*, 2007, 5, p. 534 ss.; A. DE MAURO, *Il Principio di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, cit.; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, 2, p. 667 ss.; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit.; ID., *Revisione del contratto*, cit., p. 431 ss.; A. GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, in C. VACCÀ (a cura di), *Il conflitto del Golfo e i contratti di impresa. Esecuzione, adattamento e risoluzione in uno scenario di crisi*, cit., p. 37; V. LOPILATO, *Questioni attuali sul contratto*, cit., p. 213 ss.; M. TIMOTEO, *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale*, cit., p. 619. Nella prospettiva comparatistica, si segnalano: F.P. TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di Common law*, cit.; D. TALLON, *La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé*, in AA.VV., *Droit et vie des affaires. Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Paris, 1997, p. 403 ss. L'interesse per il fenomeno rinegoziativo è confermato anche dall'ampia produzione della dottrina straniera. Con particolare riguardo all'ordinamento francese, tra i contributi più significativi si segnalano: H. BOUTHINON-DUMAS, *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision*, cit., p. 339 ss.; P. CATALA, *La renégociation des contrats*, in AA.VV., *Études de Droit privé, Mélanges offerts à Paul Didier*, Paris, 2008, p. 91 ss.; R. FABRE, *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1983, p. 1 ss.; M. FONTAINE e F. DE

prosecuzione del rapporto e si manifesta quale mezzo in grado di preservare e “recuperare” l’equilibrio contrattuale, rispondente sia agli interessi individuali delle parti alla realizzazione dell’affare, sia all’interesse dell’ordinamento giuridico alla conservazione del rapporto³⁵⁸.

Rimarcata la valenza economico-giuridica della rinegoziazione quale strumento di gestione delle sopravvenienze nei contratti di durata³⁵⁹, occorre soffermarsi sull’istituto e sulla sua applicabilità ai contratti ad evidenza pubblica³⁶⁰, in relazione ai quali la possibilità per le amministrazioni pubbliche di modificare rilevanti condizioni di contratto andrà esaminata alla luce della dialettica tra autonomia negoziale e tutela degli interessi pubblici³⁶¹.

LY, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 249 ss.; M. FONTAINE, *Les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long term*, in *Droit et pratique du commerce international*, 1976, p. 7 ss.; J.L. MOURALIS, *Imprévision*, *Répertoire de droit civil*, éditions Dalloz, Tome VI, 2003; B. OPPETIT, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de «hardship»*, in *Journal du Droit international*, 1974, n. 4, p. 794 ss.; G. ROUHETTE, *La révision conventionnelle du contrat*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1986, 2, p. 369 ss. Per ulteriori indicazioni bibliografiche v. *infra*, par. 3.11 e 3.12.

³⁵⁸ P. GALLO, *Sopraavvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., p. 340 ss., analizzando sia gli ordinamenti di *common law* che di *civil law*, rinviene nel settore degli appalti pubblici, e più in generale dei contratti amministrativi, il primo settore in cui si è manifestata la tendenza a concedere la revisione del contratto al fine di tutelare le esigenze di stabilità, certezza e continuità del servizio pubblico.

³⁵⁹ V., *retro*, par. 2.4, ove si è rilevato che la rinegoziazione e, più in generale, l’adeguamento del contratto, integra una soluzione efficiente sia in senso giuridico, ponendosi come valida alternativa agli strumenti “ablativi” di gestione delle sopravvenienze, sia in senso economico, consentendo la gestione degli accadimenti che ostacolano la fisiologica attuazione degli interessi dei contraenti. In particolare, la rinegoziazione evita i costi di ulteriori contrattazioni, conseguenti allo scioglimento del rapporto, consente il recupero delle spese effettuate per predisporre quanto necessario alla esecuzione del contratto e assicura a ciascun contraente i benefici attesi dall’investimento, incentivando gli stessi investimenti con conseguenti ricadute sullo sviluppo dell’economia. Sul punto, fra gli altri, v. G. AMORE, *Appalto e claim*, cit., p. 115.

³⁶⁰ Con particolare riguardo agli appalti pubblici, per rinegoziazione si intende la contrattazione tra amministrazione e soggetto aggiudicatario per ridefinire il contenuto del contratto anche in misura diversa dal risultato dell’aggiudicazione. Sulla rinegoziazione nei contratti pubblici, specificamente, si v. D. CIRILLI, *Rinegoziazione dell’offerta e principi comunitari e nazionali in tema di procedure ad evidenza pubblica* (nota a TAR Lazio, Roma, 24 febbraio 2005, n. 1467), in *www.giustamm.it*, 2005 (*Giust. amm.*, 2005, 202); R. DAMONTE, *La rinegoziazione delle condizioni contrattuali* (nota a Cons. Stato, 13 novembre 2002, n. 6281), in *Urbanistica e appalti*, 2003, 5, p. 577 ss.; V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1911 ss.; B. MARCHETTI, *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica*, (nota a Cons. Stato, 13 novembre 2002, n. 6281), in *Giornale di diritto amministrativo*, 2003, 5, p. 503 ss.; A. MARRA, *Rinegoziazione del contratto dopo l’aggiudicazione e riparto di giurisdizione* (nota a Cons. Stato, 14 luglio 2003, n. 4167), in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, p. 1160 ss.; G. PALLIGIANO, *La rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *www.giustamm.it* (*Giust. amm.*, 2006, p. 846); G. PIAZZALUNGA, *E’ legittima la trattativa privata instaurata dall’Amministrazione con l’aggiudicatario provvisorio di una gara d’appalto, volta alla rinegoziazione dell’offerta presentata?* (nota a TAR Lazio, 8 gennaio 2002), in *Foro amm. TAR*, 2002, n. 1, p. 161 ss.; S. VARONE, *La rinegoziazione del contratto successiva all’aggiudicazione* cit., p. 145 ss. In ordine all’applicazione dell’istituto agli accordi amministrativi, cfr., per tutti, A. RALLO, *Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi dei provvedimenti*, cit., p. 298 ss.

³⁶¹ Così, G. PALLIGIANO, *La rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit.; analogamente, S. VARONE, *La rinegoziazione del contratto successiva all’aggiudicazione* cit., p. 148. Proprio la dialettica tra autonomia e tutela dell’interesse pubblico ha indotto, in passato, la giurisprudenza a consentire un potere di rinegoziazione nei rapporti di durata quale esito del potere di revisione in ambito contrattuale: Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 1987 n. 550 in *Cons. Stato*, 1987, I, p. 1257, in *Rep. Foro it.* 1987, *Contratti della p.a.*, n. 161, ove si è affermato che: «Nulla vieta, in principio, ad una p.a. che abbia stipulato un contratto di durata (nella specie, appalto del

Il fenomeno della rinegoziazione ha avuto origine e si è sviluppato soprattutto nell'ambito del commercio internazionale³⁶², identificando l'operazione attraverso la quale le parti ridefiniscono il contenuto del regolamento contrattuale a seguito di sopravvenienze idonee ad incidere sull'equilibrio economico-giuridico prefissato al momento della stipulazione del contratto³⁶³. La ragione di questa diffusione deriva essenzialmente dai caratteri che connotano le relazioni in ambito internazionale e che possono indurre le parti a preferire, in presenza di determinati presupposti e circostanze concrete, modelli di adeguamento e modificazione del contenuto del contratto rispetto ad interventi mirati allo scioglimento del vincolo negoziale. Le caratteristiche delle suddette relazioni – come già rilevato³⁶⁴ – sono: la lunga durata del rapporto, derivante dalla normale rilevanza degli interessi economici gestiti nelle operazioni internazionali³⁶⁵, e la sua natura complessa³⁶⁶.

servizio di tesoreria), se non ricorrano particolari ragioni di vincolo dei contenuti, di concordare con l'altro contraente, durante il rapporto, delle modificazioni delle originarie pattuizioni; tale potere rientra nell'ambito proprio dell'autonomia contrattuale, che ispira, sia pure coi limiti derivanti dalla doverosità della tutela del pubblico interesse, l'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni».

³⁶² Nell'ambito del mercato internazionale le operazioni contrattuali, per la dimensione economica che spesso assumono, hanno una durata molto lunga e talvolta anche non preventivamente determinata. L'esigenza di gestire l'alea contrattuale si è manifestata con maggiore evidenza nei contratti internazionali piuttosto che per le operazioni dei mercati interni. Tale esigenza emerge non solo al fine di mantenere in vita il rapporto contrattuale, così come determinato inizialmente dalla autonomia privata, ma tende ad espandersi in funzione di una più limitata serie di regole e principi inderogabili, legata più all'ordine pubblico internazionale che a quello interno. Questa problematica è stata trattata in modo approfondito da M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, cit., p. 313. Cfr. anche A. FRIGNANI, *Le clausole di hardship*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e dei rimedi*, cit., p. 323 ss.; G. MUSOLINO, *Appalto e sopravvenienza*, cit., p. 766 ss.

³⁶³ S. VARONE, *La rinegoziazione del contratto successiva all'aggiudicazione* cit., p. 147, sottolinea l'estraneità della rinegoziazione al lessico legislativo, anche civilistico, identificando l'istituto con quelle «variegate ipotesi accomunate dalla circostanza che le parti ridiscutono il contenuto dei patti cui si sono vincolate con un precedente accordo».

³⁶⁴ V., *retro*, par. 2.3.

³⁶⁵ Il carattere duraturo delle operazioni contrattuali consente di ipotizzare diversi fattori idonei a condizionare i rapporti, fino a determinarne lo scioglimento definitivo, là dove incidono sull'equilibrio e sull'assetto degli interessi stabiliti delle parti. Si pensi all'instabilità politica che caratterizza lo scenario internazionale, ad esempio agli effetti che i conflitti bellici possono provocare sui rapporti contrattuali. Può accadere che le autorità politiche adottino provvedimenti restrittivi, come l'embargo nei confronti di un Paese, imponendo il divieto di svolgere qualsiasi attività commerciale con lo stesso. Provvedimenti del genere inevitabilmente incidono sui contratti commerciali conclusi con contraenti appartenenti allo Stato colpito con il provvedimento di embargo, portando, ad esempio, alla impossibilità sopravvenuta delle prestazioni. La questione degli effetti dell'embargo sui contratti internazionali ha ricevuto particolare attenzione anche in dottrina: si segnala, fra gli altri, C. VACCÀ (a cura di), *Il conflitto del golfo e i contratti di impresa. Esecuzione, adattamento e risoluzione in uno scenario di crisi*, cit., spec. p. 95 ss.

³⁶⁶ Tali rapporti presuppongono, il più delle volte, una serie numerosa di contratti finalizzati al raggiungimento di un obiettivo economico di portata generale. E' evidente che l'eventuale caducazione di un singolo contratto per circostanze sopravvenute potrebbe riflettere conseguenze negative sull'intera operazione programmata dalle parti.

Sempre più di frequente si è fatto ricorso alla previsione nel contratto delle clausole di rinegoziazione, definite in ambito internazionale *hardship*, con le quali le parti disciplinano le conseguenze dell'eventuale verificarsi di circostanze, sopravvenute alla conclusione del contratto, idonee ad alterarne l'originario equilibrio e a renderne difficoltosa l'esecuzione. I rimedi predisposti dalle *hardship clauses* sono, in genere, la sospensione dell'esecuzione del contratto e la rinegoziazione³⁶⁷. La loro elaborazione si è andata sempre più affinando, così che si rinvengono una pluralità di tipologie articolate e complesse che regolamentano, in modo generico o dettagliato³⁶⁸, le sopravvenienze. Sotto quest'ultimo profilo, è evidente che il contenuto delle clausole non può essere tipico, in considerazione della variabilità degli eventi che possono assumere rilevanza, nonché delle procedure di revisione del contratto in relazione ad una pluralità di fattori, quali la capacità di previsione delle parti, i loro interessi, il settore economico cui si riferisce il contratto e così via.

³⁶⁷ B. OPPETTIT, *L'adaptation des contrats internationaux, aux changements de circonstances: la clause de «hardship»*, cit., pp. 799 ss., ha descritto alcuni modelli di *hardship clauses*, fra i quali si segnalano i seguenti: 1) «*In the event that during the period of this agreement, the general situation and/or the date on which this agreement is based are substantially changed so that either party suffers severe and unforeseeable hardship, they shall consult and show mutual understanding with a view to making such adjustment as would appear to be necessary and such revisions as would be justified by circumstances which could not reasonably be foreseen, as of the date on which this agreement was entered into, in order to restore the equitable character of this agreement*» (contratto Occidental – S.C.A.P.). 2) «*Si, au cours du présent contrat, la situation générale en vigueur au moment de sa conclusion venait à subir des modifications importantes, ou si les circonstances sur lesquelles les parties se sont fondées au moment de sa conclusion venaient à se développer d'une façon telle que l'une des parties aurait à subir des rigueurs que l'on ne pourrait pas équitablement lui demander de supporter, le parties se mettraient d'accord pour adapter le conditions du présent contrat à la nouvelle situation d'une façon equitable pour les deux contractants*» (Contratti Oz-Erap e Sofrepal-C.F.R.). Cfr. anche W. DROSS, *Clausier. Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Paris, 2008, pp. 249 ss.

³⁶⁸ La descrizione delle condizioni cui è subordinata l'operatività dell'*hardship*, infatti, può essere generica, quando le parti indicano in modo ampio la sopravvenienza e le sue caratteristiche, ovvero dettagliata, allorché si elencano specifici eventi cui si collega la revisione. Come esempi del primo tipo rilevano le clausole in cui è previsto che: «*...Au cas où se produiraient des variations très importantes dans la conjoncture ou des modifications très notables dans les conditions économiques...*», «*...en cas de bouleversement du système monétaire international actuel...*». Diversamente, come esempi del secondo tipo: «*...en cas d'application de nouveaux droits d'importation ou d'exportation...*», «*...changement dans la situation de l'acheteur, tel que décès, incapacité, faillite, suspension du paiement, cessation de commerce, modifications aux status, etc...*». Gli esempi sono tratti da M. FONTAINE, *Les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long term*, cit., p. 22 ss. richiamato anche da G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 62 ss. Quest'ultimo Autore (*op. cit.*, p. 66) si interroga su quale delle due modalità sia preferibile e osserva che l'utilizzazione di formule generiche indubbiamente amplia la portata della clausola, garantendo al contratto massima elasticità e capacità di resistere alle future contingenze, ma comporta problemi in ordine alla possibilità di accertare la circostanza sopravvenuta, con rischi legati a potenziali abusi dello strumento della revisione. Il ricorso a criteri analitici e obiettivi, invece, rende più facile l'accertamento della sopravvenienza, ma circoscrive notevolmente le possibilità di adeguamento del contratto, ristrette alle sole circostanze previste. Per questi motivi, sembra preferibile la soluzione "cumulativa" che si è diffusa nella prassi internazionale, in virtù della quale alla previsione generale dell'*hardship* segue un'elencazione delle ipotesi ritenute rilevanti ai fini della revisione. Sul contenuto generico o specifico delle clausole di rinegoziazione, v., *amplius*, par. 3.7.

Le clausole di *hardship* - si rileva - rappresentano un «passaggio obbligatorio»³⁶⁹ nello studio del fenomeno della rinegoziazione dei contratti, poiché costituiscono l'espressione di quell'esigenza, più accentuata a livello internazionale ma generalmente avvertita, di stabilità dei rapporti contrattuali.

La diffusione delle clausole di rinegoziazione nella prassi del commercio internazionale ha indotto l'Istituto internazionale per il diritto privato (*Unidroit*) ad includere alcune regole sull'*hardship*³⁷⁰ tra i principi elaborati al fine della realizzazione del progetto di armonizzazione del diritto commerciale internazionale. Previsioni sostanzialmente analoghe sono state successivamente inserite nei principi di diritto contrattuale europeo (art. 6.111), nonché nel *Code européen des contrats* (art. 157). La rilevanza delle sopravvenienze contrattuali e la preferenza³⁷¹ verso i rimedi conservativi risulta, così, confermata dai maggiori modelli di diritto uniforme; pur trattandosi di interventi non omogenei e con ambiti applicativi limitati³⁷², essi rispecchiano il tentativo di «istituzionalizzare»³⁷³ la procedura rinegoziativa. Attraverso l'utilizzo di questo meccanismo di adeguamento del contratto, la regola *pacta sunt servanda* trova un ragionevole limite nelle sopravvenienze che incidono sull'assetto concordato dalle parti nella redazione del contratto³⁷⁴.

Con particolare riguardo alla disciplina elaborata dall'*Unidroit*, si afferma il principio della obbligatorietà del contratto, ma si esclude la sua applicazione in termini assoluti,

³⁶⁹ G. MARASCO, *op. cit.*, p. 71.

³⁷⁰ Si tratta, in particolare di tre articoli (artt. 6.2.1 e ss.), inseriti in una specifica sezione del capitolo che disciplina l'inadempimento. Nel commento Ufficiale all'art. 6.2.1 (v. M.J. BONELL (a cura di), *Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, cit., p. 198 ss.) viene giustificata la scelta del termine *hardship*, là dove si osserva che: «Il fenomeno dell'*hardship* è stato riconosciuto da diversi sistemi giuridici sotto guisa di altri concetti come *frustration of purpose*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, *imprévision*, eccessiva onerosità sopravvenuta, etc. Il termine "*hardship*" è stato scelto in quanto è ampiamente conosciuto nella prassi del commercio internazionale come confermato dall'inserimento in molti contratti internazionali delle c.d. clausole "*hardship*".

³⁷¹ Fa riferimento alla «esaltazione» di questi rimedi, F.P. TRASCIA, *Soppravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, cit., p. 337.

³⁷² V., *retro*, par. 2.6.

³⁷³ Così, V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1911; V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., pp. 13 e 26 ss.

³⁷⁴ Così, G. AMORE, *Appalto e claim*, cit., p. 122, la quale osserva che lo sviluppo del "fenomeno rinegoziativo" in ambito internazionale ha segnato il passaggio dal «contratto intangibile», rigidamente vincolato alla regola *pacta sunt servanda*, al «contratto evolutivo», dotato di margini di flessibilità in relazione alle modificazioni fattuali: in questo contesto si inseriscono i principi *Unidroit*, nei quali il *favor* per la conservazione del rapporto emerge in modo chiaro dalla sezione che prevede la rinegoziazione come rimedio all'eccessiva onerosità sopravvenuta (*hardship*).

ammettendosi una deroga quando si verifica un'ipotesi di *hardship*³⁷⁵. I requisiti fondamentali per la sua rilevanza sono descritti dall'art. 6.2.2: deve trattarsi di eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, successivi alla conclusione del contratto, esterni ai contraenti, imprevedibili e, infine, il rischio non deve essere stato assunto dalla parte svantaggiata³⁷⁶.

Il successivo art. 6.2.3 prevede gli strumenti posti a tutela delle parti: l'*hardship* legittima la parte svantaggiata a chiedere alla controparte la rinegoziazione del contratto³⁷⁷, senza ingiustificato ritardo e indicandone i motivi³⁷⁸. Il fallimento della trattativa diretta

³⁷⁵ Ai sensi dell'art. 6.2.1- rubricato "Obbligatorietà del contratto" - «Se l'adempimento del contratto diviene più oneroso per una delle parti, tale parte rimane ugualmente obbligata ad adempiere le sue obbligazioni, salvo quanto previsto dalle seguenti disposizioni sull'*hardship*». Nel Commento all'articolo (in M.J. BONELL (a cura di), *Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, cit., p. 198 ss.) si precisa che: «l'adempimento, fintanto che sia possibile, deve essere reso indipendentemente dall'onere che ciò possa comportare per la parte adempiente. [...] Tuttavia il principio dell'obbligatorietà del contratto non è assoluto. Laddove sopraggiungano circostanze tali da indurre una sostanziale alterazione nell'equilibrio del contratto, esse determinano una situazione eccezionale che nell'ambito di questi Principi viene indicata come "*hardship*". G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 73, evidenzia come tale disposizione esprime il temperamento tra del canone *pacta sunt servanda* con la regola *rebus sic stantibus*.

³⁷⁶ Precisamente, l'art. 6.2.2 (Definizione di *hardship*) dispone: «Ricorre l'ipotesi di *hardship* quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione, e (a) gli eventi si verificano, o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto; (b) gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione alla 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». La natura sostanziale o meno dell'alterazione dell'equilibrio dovrà essere valutata in concreto (v. commento ufficiale n. 2, in M.J. BONELL (a cura di), *Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, cit., p. 200). Si avverte la genericità della descrizione dei presupposti dell'*hardship*, poiché non vengono indicati specifici eventi, né forniti precisi parametri di valutazione della loro incidenza sul contratto (così, G. MARASCO, *op. cit.*, p. 74). Nel commento (n. 7) all'articolo, tuttavia, si precisa che: «La definizione di *hardship* contenuta nel presente articolo ha necessariamente carattere generale. I contratti del commercio internazionale spesso contengono previsioni che al riguardo sono di gran lunga più precise ed elaborate. Le parti possono quindi ritenere opportuno adattare il contenuto della disposizione in esame in modo tale da prendere in considerazione anche gli aspetti particolari della specifica transazione».

³⁷⁷ Nell'art. 6.2.3 (Effetti dell'*hardship*) si precisa, inoltre, che in caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, ciascuna può rivolgersi al giudice, il quale, se accerta il ricorrere di un'ipotesi di *hardship*, può, risolvere il contratto, oppure modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio. Nel Testo ufficiale non si accenna alle ulteriori soluzioni possibili, indicate, invece, nel commento (n. 7) all'articolo, in virtù del quale: «Le circostanze possono perfino essere tali che né la risoluzione né la modifica risultino adeguate e conseguentemente l'unica soluzione ragionevole per il giudice sarà o di invitare le parti riprendere la rinegoziazione al fine di raggiungere un accordo sulla modifica del contratto, o di confermare le clausole del contratto così come sono state previste» [M.J. BONELL (a cura di), *Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, cit., p. 208]. Parte della dottrina, però, rileva come tali soluzioni siano marginali e, quella della conferma delle originarie pattuizioni, poco opportuna (G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 76).

³⁷⁸ Al riguardo, di peculiare rilevanza è il commento n. 5, ove si precisa che: «Sebbene il presente articolo non stabilisca nulla al riguardo, sia la richiesta di rinegoziazione avanzata dalla parte svantaggiata sia la condotta di entrambe le parti nel corso della rinegoziazione del contratto sono soggette al generale principio della buona

all'adeguamento del contratto consente a ciascun contraente di rivolgersi al giudice che può, accertata la sussistenza dei requisiti sopra indicati, risolvere il contratto o provvedere alla sua revisione e a ripristinare l'equilibrio contrattuale³⁷⁹. Nella medesima prospettiva si pongono i Principi di diritto europeo dei contratti³⁸⁰, con una differenza, però, in ordine al potere di adeguamento riconosciuto al giudice; quest'ultimo, non deve ristabilire l'equilibrio originario, ma può modificare il contratto in modo di distribuire tra le parti «in maniera giusta ed equa» le perdite e i vantaggi derivanti dal mutamento delle circostanze³⁸¹.

Il contenuto dei Principi, nella disciplina in materia di *hardship*, fa leva sull'operazione economica che ha veste nel contratto e sulla sua logica interna per favorirne, nei limiti della

fede (articolo 1.7) e al dovere di cooperazione (articolo 5.1.3)» (M.J. BONELL (a cura di), *Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, cit., p. 207). Sul punto, V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 343, secondo cui l'originalità della soluzione scelta non riguarda, ovviamente, il diritto di chiedere la rinegoziazione, ma l'obbligo della controparte di rinegoziare in buona fede, oltre la previsione del possibile ricorso al giudice.

³⁷⁹ F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., p. 70, rinviene in questo aspetto il profilo di maggiore rilevanza della disciplina. Infatti, la legittimazione della parte svantaggiata a chiedere la rinegoziazione del contratto non va oltre ciò che, nei diritti nazionali, si suole desumere dal canone della buona fede nell'esecuzione del contratto; analogo ragionamento per la norma che prevede la risoluzione del contratto se il contraente avvantaggiato si rifiuta di rinegoziare, giacché a tanto si può arrivare nei diritti nazionali con la risoluzione del contratto per inadempimento all'obbligazione di esecuzione secondo buona fede. L'originalità della disciplina dell'*hardship* rispetto alle previsioni dei diritti nazionali riguarda, dunque, la configurazione del potere del giudice di «modificare il contratto al fine di ripristinare l'originario equilibrio» (art. 6.2.3, comma 4°, lett. b): in tal modo, «l'equità correttiva diventa una regola generale, operante sia per correggere lo squilibrio originario del contratto, sia per ripristinare l'equilibrio successivamente alterato. La libertà contrattuale resta un valore fondamentale, [...] ma trova un limite in altri valori, quali la buona fede e la correttezza nel commercio internazionale, alla cui violazione la *lex mercatoria* reagisce con la sostituzione autoritativa del contratto equo al contratto voluto dalle parti».

³⁸⁰ L'art. 6:111 (Mutamento delle circostanze), dopo aver disposto, in via di principio, che ciascuna parte deve adempiere le sue obbligazioni, anche se divenute più onerose, prevede che le parti sono tenute a intavolare trattative per modificare o sciogliere il contratto, se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per il mutamento delle circostanze, in presenza dei seguenti presupposti: «a) il mutamento delle circostanze si verifichi dopo la conclusione del contratto; b) il mutamento delle circostanze non fosse una possibilità ragionevolmente suscettibile di essere presa in considerazione al momento della conclusione, e c) il rischio del mutamento delle circostanze non sia uno di quelli che, in relazione al contratto, la parte che lo subisca possa essere tenuta a sopportare»; in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, il giudice può sciogliere il contratto oppure modificarlo «in modo da distribuire tra le parti in maniera giusta ed equa le perdite e i vantaggi derivanti dal mutamento di circostanze». In senso analogo dispone l'art. 157 del libro primo del *Code européen des contrats (Avant-projet, Milano, 2001)*, in virtù del quale, ove le parti non giungano ad una ridefinizione dei relativi obblighi, si indica che «*le juge, après avoir évalué les circonstances et compte tenu des intérêts et des requêtes des parties, peut, en faisant éventuellement recours à une expertise, modifier ou résilier le contrat dans son ensemble ou dans sa partie inexécutée, et, s'il y a lieu et que cela soit requis, ordonner les restitutions et condamner à la réparation du dommage*».

³⁸¹ Al riguardo, si rileva come in quest'ultimo caso «si tratta di garantire un equilibrio contrattuale, tale da sostituire quello eventualmente insufficiente dettato a suo tempo dalle parti», ridefinendo, così, un nuovo tipo di equilibrio (F. CARINGELLA e G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 962). Analogamente, A. DI MAJO, *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, cit., secondo il quale si potrebbe affermare che, in occasione del «mutamento di circostanze», il contratto, in termini di equilibrio, venga ridefinito, se non altro sul piano di una equa distribuzione tra i vantaggi e le perdite derivanti dalle sopravvenienze.

possibilità, l'adattamento spontaneo alle nuove circostanze, elevando a regola la prassi, propria dei contratti commerciali internazionali, delle *hardship clauses*, in virtù delle quali le parti si vincolano, in presenza di circostanze incompatibili con l'equilibrio originario del contratto, a rinegoziare le sue condizioni, secondo criteri che siano specificazioni della regola di correttezza. Solo al fallimento di questa operazione segue l'intervento *ab externo* del giudice. Seppure innovativa rispetto al sistema codicistico italiano, questa soluzione presenta elementi di continuità con lo stesso, là dove presuppone l'operatività della clausola generale della buona fede che, ai sensi dell'art. 1375 c.c., "sostiene" il rapporto obbligatorio dalla fase precontrattuale a quella esecutiva³⁸².

Il fenomeno sin qui esaminato, maturato in scenari internazionali, si è poi diffuso nel mercato interno con riguardo ai contratti aventi le caratteristiche della complessità, della grande dimensione economica e della durata molto lunga³⁸³. I regolamenti contrattuali così connotati, da un lato, sono particolarmente esposti ad accadimenti perturbatori e, dall'altro, risulta difficile, se non impossibile, per le parti predeterminare tutte le variabili che potrebbero influire sull'equilibrio contrattuale. La previsione di clausole di rinegoziazione consente di superare le suddette difficoltà in quanto le stesse non hanno un contenuto necessariamente rigido o schematizzato e permettono ai contraenti, qualora il fatto o

³⁸² La direttiva di correttezza è considerata quale regola di governo e orientamento della fase di rinegoziazione dei termini dell'accordo da F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit., p. 1851 ss., spec. 1894 nt. 107. V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 39, secondo cui alla luce dei Principi dell'Unidroit, l'eccessiva onerosità sopravvenuta, quale giudizio di valore economico-giuridico, non è considerata, diversamente dal sistema italiano, ai fini della risoluzione del rapporto, in alternativa con la regola della immutabilità del regolamento contrattuale, ma assume il carattere di presupposto idoneo ad azionare il meccanismo rinegoziativo. Nello stesso senso, F.P. TRAI SCI, *op. cit.*, p. 346 che segnala come la disciplina del fenomeno della eccessiva onerosità sopravvenuta esprime anche l'esigenza di consentire la conservazione del contratto. Critiche alla disciplina dettata dall'Unidroit sono invece mosse da G. AMORE, *Appalto e claim*, cit., p. 136 ss, che reputa «il dispositivo della rinegoziazione», così come congegnato, inadeguato per la gestione delle sopravvenienze e la salvaguardia del rapporto, sia in ordine ai presupposti della sua operatività, sia per ciò che riguarda i rimedi che operano in caso di violazione dell'obbligo rinegoziativo. Sotto il primo profilo, il diritto alla rinegoziazione sorge solo in conseguenza di una rilevante alterazione dell'equilibrio contrattuale, ma -si osserva- «la genericità della descrizione degli eventi idonei a provocare lo squilibrio e la mancata indicazione di parametri o criteri atti a definire il carattere sostanziale di tale squilibrio» sembra comportare «un rischio di conflitto tra le parti». In relazione al secondo profilo, i rimedi previsti sono insoddisfacenti, in particolare l'adeguamento giudiziale che «non andrebbe necessariamente rapportato alla perdita economica determinata dal mutamento delle circostanze, ma sarebbe interamente rimesso alla valutazione dell'organo giudicante e rappresenterebbe una forma "eterodiretta" di "chirurgia contrattuale"».

³⁸³ A. FRIGNANI, *Le clausole di hardship*, cit., p. 326, sottolinea che la clausola di *hardship* ha trovato terreno fertile soprattutto nelle seguenti tipologie di contratti internazionali: somministrazione (soprattutto di energie e di materie prime); appalto; commercializzazione; trasporto; sub-fornitura; *joint-venture*; prestiti a medio e lungo termine e così via.

l'evento si verifichi concretamente, di adottare una soluzione in linea con l'originaria composizione degli interessi³⁸⁴.

³⁸⁴ Giova precisare che la rinegoziazione può avere natura facoltativa oppure obbligatoria. Nel primo caso costituisce l'esercizio della facoltà di trattare la modifica del regolamento contrattuale spettante ad una delle parti (convenzionalmente o per legge) in relazione a circostanze sopravvenute, nel senso che la parte titolare di tale facoltà è libera di esercitarla o meno e l'altra non è obbligata a tenere un comportamento soddisfacente dell'altrui interesse alla rinegoziazione. Parte della dottrina include fra le pattuizioni in cui la rinegoziazione si configura quale eventualità anche quelle in cui manca l'indicazione del soggetto legittimato a richiederla, ovvero l'indicazione dei presupposti o delle circostanze che giustificano la modifica del regolamento contrattuale: in questo senso, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 218 ss. Per quanto concerne le previsioni di legge, è sufficiente pensare, nel nostro ordinamento, all'art. 1467 c.c., il cui comma 3 disciplina la facoltà della parte contro cui è richiesta la risoluzione di offrire un'equa modifica delle condizioni contrattuali. La configurazione della rinegoziazione quale strumento meramente eventuale di gestione delle sopravvenienze, però, priva di contenuto precettivo la fonte in cui essa è prevista e induce ad affermarne l'irrelevanza giuridica (V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 43 ss.), in quanto tale facoltà si riconduce al potere riconosciuto ai contraenti di modificare concordemente e bilateralmente un rapporto mediante una nuova manifestazione di volontà. Diversamente, se la rinegoziazione ha natura obbligatoria, una parte vanta un potere al cui esercizio – in presenza dei presupposti pattuiti o disposti dal legislatore – la controparte deve uniformarsi. In seguito all'iniziativa del contraente legittimato a promuovere il procedimento rinegoziativo, la controparte è obbligata a rinegoziare il contratto e, in caso di rifiuto immotivato, l'avente diritto potrà ricorrere al rimedio della risoluzione ovvero chiedere l'adeguamento giudiziale, fermo restando il diritto al risarcimento del danno. (Per l'analisi degli aspetti relativi alla tutela contro l'inadempimento dell'obbligo rinegoziativo v. *infra*, par. 3.10). In questa prospettiva, è stato evidenziato come la rinegoziazione obbligatoria integri un più efficace mezzo tecnico giuridico per garantire la realizzazione del risultato economico finale (così, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 214; G. AMORE, *Appalto e claim*, cit., p. 119).

3.3. La rinegoziazione negli orientamenti della giurisprudenza amministrativa. A) Il divieto di rinegoziazione dei contratti ad evidenza pubblica: i limiti alla capacità della Pubblica Amministrazione; natura inderogabile e imperativa della normativa sulla evidenza pubblica; violazione delle regole di concorrenza e *par condicio* tra i partecipanti alle gare pubbliche; illegittimità della rinegoziazione e patologie negoziali.

La giurisprudenza amministrativa ha avuto più volte occasione di pronunciarsi sull'applicazione dell'istituto della rinegoziazione ai contratti ad evidenza pubblica³⁸⁵, ma in assenza di un indirizzo univoco, sono state delineate una pluralità di soluzioni interpretative.

L'orientamento prevalente³⁸⁶ ha assunto un atteggiamento molto rigoroso, escludendo la sua configurabilità. Si osserva, anzitutto, che per gli enti pubblici la capacità di agire nei rapporti contrattuali non è rimessa alla libera scelta degli organi chiamati a manifestare la volontà dell'ente, ma è correlata allo svolgimento da parte degli organi competenti di procedure definite in modo compiuto dal legislatore³⁸⁷, siano esse

³⁸⁵ In relazione alla compatibilità tra l'istituto in esame e gli accordi amministrativi di cui all'art. 11 della l. 241/1990, nonché al rapporto con il recesso, si v., A. RALLO, *Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi dei provvedimenti*, cit., p. 298 ss. e G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, cit., p. 245 ss.

³⁸⁶ Il precedente più significativo è rappresentato dalla sentenza del Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, p. 2898; *ivi*, 2003, p. 145 con nota adesiva di S. VARONE, *La rinegoziazione del contratto successiva all'aggiudicazione fra capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni, patologie negoziali e questioni di riparto di giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p.53, con nota critica di B. MARCHETTI, *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica*; in *Urbanistica e Appalti*, 2003, 5, p. 577, con nota di R. DAMONTE, *La rinegoziazione delle condizioni contrattuali*. Aderiscono a quest'orientamento anche: Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2006, n. 126, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, p. 168 ss. e in *www.giustamm.it*, 2006; Cons. Stato, 14 luglio 2003, n. 4167, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 1156 ss. con nota di A. MARRA, *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giurisdizione* e in *Urbanistica e appalti*, 2003, 12, p. 1435 ss., con nota di R. GIOVAGNOLI, *Privatizzazione di imprese pubbliche e giurisdizione del giudice amministrativo*; Cons. Stato, 26 settembre 2003, n. 5500, in *Cons. Stato*, 2003, I, p. 1998; T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 16 novembre 2009, n. 2687, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio- Roma, sez. I bis, 11 luglio 2006, n. 5766, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio-Roma, sez. II ter, 20 aprile 2006, n. 2883, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lombardia-Milano, 6 dicembre 2005, n. 4944, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I bis, sent. 24 febbraio 2005, n. 1467, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Contratti della p.a.*, n. 298 e in *www.giustamm.it* (*Giust.amm.*, 2005, 202), con nota di D. CIRILLI, *Rinegoziazione dell'offerta e principi comunitari e nazionali in tema di procedure ad evidenza pubblica*; T.A.R. Piemonte, 25 maggio 2002, n. 1094, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 1498 (massima); T.A.R. Lazio, 8 gennaio 2002, n. 106, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 156 con nota di G. PIAZZALUNGA, *E' legittima la trattativa instaurata dall'Amministrazione con l'aggiudicatario provvisorio di una gara d'appalto, volta alla rinegoziazione dell'offerta presentata?*; T.A.R. Campania- Napoli, 4 giugno 1997, n. 1470, in *Foro amm.*, 1998, p. 912 (solo massima).

³⁸⁷ Cons. Stato, 13 novembre 2002, n. 6281, cit., ove si specifica che: «L'attuazione di tali procedure sostituisce il procedimento logico di formazione della volontà e di conseguente scelta del contraente riservato

concorsuali, ovvero, nelle ipotesi specificamente indicate, non concorsuali. Secondo questo indirizzo, la natura inderogabile e imperativa delle disposizioni sulla evidenza pubblica impone che la volontà dell'Amministrazione in ordine alla conclusione di un contratto debba essere manifestata secondo tali procedure e che, parimenti, possa essere modificata solo con il ricorso ai medesimi procedimenti. Il rispetto della disciplina dell'evidenza pubblica - si osserva - garantisce l'esigenza dell'amministrazione di assicurare in modo economico la provvista di beni e servizi, nonché la realizzazione di opere e, allo stesso tempo, consente la tutela della concorrenza, favorendo la partecipazione alle procedure di gara di tutti gli operatori, a parità di condizioni³⁸⁸.

Sulla base di tali considerazioni, si nega la possibilità di modificare le condizioni contrattuali di affidamento di un servizio o di una fornitura o della realizzazione di un'opera, sia prima che dopo l'aggiudicazione³⁸⁹, per l'assenza di capacità in tal senso della pubblica amministrazione³⁹⁰, nonché per la ritenuta violazione delle regole di concorrenza e

nei rapporti interprivati alla libera autonomia negoziale e che si concreta nelle singole manifestazioni di volontà dei soggetti privati». In altri termini, nel nostro ordinamento giuridico la capacità giuridica e di agire degli Enti Pubblici è disciplinata dalle disposizioni di diritto positivo relative alle persone giuridiche ma, in relazione al principio della necessaria evidenza pubblica delle scelte effettuate da detti Enti, le persone giuridiche pubbliche possono assumere impegni solo nei limiti e nei modi stabiliti dalla legge. Negli stessi termini, si è espresso il Consiglio di Stato, con la sentenza del 18 gennaio 2006, n. 126, cit., p. 169.

³⁸⁸ Così, Cons. Stato, 18 gennaio 2006, n. 126, cit., p. 170 e Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, cit., secondo cui le disposizioni sui procedimenti ad evidenza pubblica rispondono all'esigenza di consentire alle Amministrazioni di provvedere nel modo più economico e conveniente alla provvista di beni e servizi ed alla realizzazione di opere, ma assolvono anche all'essenziale funzione di consentire a tutti i soggetti dell'ordinamento di partecipare, a parità di condizioni, alla redistribuzione delle risorse pubbliche, effettuata attraverso il sistema degli affidamenti pubblici: «si tratta, con evidenza, di risorse dei bilanci degli Enti pubblici per le quali è doveroso consentire, in linea con i principi costituzionali di cui agli articoli 3 e 41 della Costituzione, prima ancora che con i principi posti a garanzia della concorrenza nell'ordinamento interno e comunitario, la possibilità di un libero accesso a tutti gli operatori economici giudicati idonei tecnicamente per fornire i beni, prestare i servizi e realizzare le opere nei confronti di Enti pubblici». In questo senso, in dottrina, D. CIRILLI, *Rinegoziazione dell'offerta e principi comunitari e nazionali in tema di procedure ad evidenza pubblica*, cit. Sulla *ratio* delle disposizioni che prevedono le procedure di gara, v., anche, *retro*, par. 1.7.

³⁸⁹ V., per tutte, Consiglio di Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, cit. In realtà, anche nell'ambito dell'orientamento giurisprudenziale più rigoroso, non si registra unanimità di vedute sull'aspetto della rilevanza o meno della chiusura dell'*iter* procedurale: si registrano, infatti, diverse pronunce dalle quali si evince che le esigenze sottese al divieto di rinegoziazione nei contratti di cui è parte la Pubblica Amministrazione sussisterebbero soltanto finché è in corso la procedura di gara. Diversamente, le vicende successive alla sua conclusione atterrebbero al profilo contrattualistico del rapporto, estraneo alla controversa configurabilità della rinegoziazione in quanto il contraente sarebbe già stato individuato dall'Amministrazione in via definitiva, senza alcuna possibile violazione della *par condicio* tra gli offerenti. In questo senso, a titolo esemplificativo, si v., T.A.R. Lazio, 8 gennaio 2002, n. 106, cit., p. 160, nonché, argomentando *a contrario*, Cons. Stato, 14 luglio 2003, n. 4167, cit. Per approfondimenti circa l'opportunità di distinguere la fase esecutiva del rapporto rispetto a quella antecedente la stipulazione del contratto, v. *infra*, par. 3.5.

³⁹⁰ V., Cons. Stato, 14 luglio 2003, n. 4167, cit., ove si afferma che: «Con la cristallizzazione degli atti di gara delle condizioni del contratto [...] alla cui stipulazione risulta preordinata una procedura selettiva e con la conseguente e coerente conclusione dell'accordo con l'impresa selezionata, l'Ente procedente perde la

di parità di condizioni tra i partecipanti alle gare pubbliche³⁹¹. In particolare, si afferma che «la modifica del corrispettivo richiesto o di altri elementi significativi dell'offerta risultata aggiudicataria, sia in aumento che in diminuzione [...] muta le condizioni di fatto su cui si è pervenuti alla conclusione del procedimento di aggiudicazione»³⁹². Ne deriva l'impossibilità

disponibilità del contenuto del rapporto contrattuale già instaurato e, quindi, la capacità di convenire con la controparte condizioni diverse da quelle conosciute dai partecipanti al confronto concorrenziale». La controversia sottoposta al giudizio del Consiglio di Stato non inerisce ad un appalto pubblico, bensì ad una fattispecie relativa alla dismissione di un'impresa pubblica, ovvero ad una procedura di privatizzazione sostanziale, alla quale i giudici ritengono però applicabili – in ordine all'istituto della rinegoziazione - i medesimi principi affermati per le procedure di affidamento degli appalti. Nella fattispecie concreta, il Comune di Roma, dopo aver provveduto alla trasformazione di un'Azienda comunale in S.p.a., aveva indetto la relativa procedura di dismissione delle quote richiedendo, all'offerente, la sottoscrizione, tra l'altro, di una clausola di inalienabilità per cinque anni delle quote acquistate. In seguito alla stipulazione del contratto di vendita, la società aggiudicataria (Cirio S.p.a.), violando quella clausola, aveva trasferito la sua divisione latte ad una società da essa controllata, al fine di cedere quest'ultima alla società Parmalat. Il Comune di Roma aveva accettato una proposta di transazione delle società Cirio e Parmalat per porre fine alla controversia circa la violazione della clausola di inalienabilità. La società soccombente nella gara (Ariete Fattoria Latte Sano S.p.a.) dopo aver inutilmente diffidato l'amministrazione comunale ad avvalersi della clausola risolutiva espressamente prevista e a bandire una nuova gara, ricorreva dinanzi al T.A.R. del Lazio denunciando l'illegittimità del silenzio dell'amministrazione e chiedendo la declaratoria dell'obbligo di provvedere da parte del Comune, nonché la condanna al risarcimento del danno patito, anche in forma specifica. Avendo il TAR declinato la propria giurisdizione, in favore di quella ordinaria, il ricorrente ha proposto appello al Consiglio di Stato. Pur essendo l'oggetto dell'appello circoscritto alla sola questione di giurisdizione (dal cui esame per adesso è consentito prescindere, rinviandosi a tal fine al par. 3.9), i giudici si soffermano sulla questione della validità della rinegoziazione (*rectius*, transazione) tra Amministrazione e società aggiudicataria, mediante la quale erano state modificate talune rilevanti condizioni dell'aggiudicazione, prospettando la nullità dell'accordo transattivo. La questione è stata poi esaminata, quale giudice del rinvio, dal T.A.R. del Lazio, sez. II *ter*, 20 aprile 2006, n. 2883, che è giunto alla medesima conclusione affermata dal Consiglio di Stato.

³⁹¹ «Tale conclusione [insussistenza della capacità di rinegoziare] [è] imposta dalla valenza correttamente riconosciuta alle esigenze di salvaguardia dell'interesse generale alla certezza e alla stabilità dei rapporti giuridici in cui sono parti amministrazioni pubbliche e di quello (non solo) privato, speculare, all'affidabilità dei sistemi di gara ed al rispetto della *par condicio* dei partecipanti»: Cons. Stato, 14 luglio 2003, n. 4167, cit. In dottrina, G. PIAZZALUNGA, *E' legittima la trattativa privata instaurata dall'Amministrazione con l'aggiudicatario provvisorio di una gara d'appalto, volta alla rinegoziazione dell'offerta presentata?*, cit., p. 169-170, che registra un *trend* evolutivo delle pronunce in materia verso una spiccata tutela del principio della libera concorrenza tra le imprese aspiranti all'aggiudicazione di un appalto. Quest'orientamento, si osserva, garantisce una sempre più ampia ed effettiva applicazione dei principi di ispirazione comunitaria e si inserisce nel processo di integrazione europea, iniziato per l'Italia con l'adesione al Trattato CE del 1957, bisognoso, però, di una costante e continua attenzione da parte del legislatore e del giurista.

³⁹² Secondo il Consiglio di Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, cit., infatti, non si può conoscere quali offerte sarebbero pervenute, in ipotesi anche da imprese che non hanno partecipato alla gara ritenendo inadeguato il corrispettivo a base di gara, ove si fosse conosciuto l'importo reale di aggiudicazione notevolmente superiore a quanto previsto. Per altro verso, gli altri eventuali concorrenti, se fossero stati a conoscenza dell'importo effettivo di aggiudicazione, avrebbero potuto orientare in modo significativamente diverso la propria offerta, riequilibrando, in ipotesi, l'offerta complessiva nella valutazione comparativa con quella della società aggiudicataria. La fattispecie concreta aveva ad oggetto un caso di riduzione dell'offerta: si trattava di una procedura concorsuale per l'affidamento del "servizio di gestione, manutenzione e revisione degli impianti di stoccaggio e distribuzione di gas medicinali, tecnici e di laboratorio", nell'ambito della quale l'amministrazione appaltante (Azienda Policlinico Umberto I) - a seguito della valutazione comparativa delle offerte effettuata dalla Commissione tecnica - aveva deciso di rinegoziare con la società aggiudicataria in via temporanea (Gas Liquide Sanità S.p.a.) il prezzo dell'offerta, pattuendo una riduzione del 15% rispetto a quanto indicato in precedenza. In seguito all'aggiudicazione definitiva sulla base del prezzo rinegoziato, una

di procedere ad una diversa quantificazione delle obbligazioni reciproche delle parti, in sede di svolgimento del rapporto contrattuale, poiché qualunque atto, anche implicito, diretto alla rinegoziazione di uno degli elementi fondamentali del contratto, determina, in sostanza, un affidamento diverso rispetto a quello che aveva costituito oggetto di apposita selezione ad evidenza pubblica³⁹³.

Il risultato cui perviene tale impostazione è l'invalidità dell'assetto di interessi determinato con la rinegoziazione, in quanto, in assenza di una capacità liberamente esplicabile da parte della p.a., «trattasi pur sempre di esercizio illegittimo della funzione amministrativa, che trasmoda in nullità del regolamento di interessi posto in essere al di fuori e senza la prescritta osservanza delle regole della evidenza pubblica»³⁹⁴.

società soccombente nella gara ha proposto ricorso al TAR per l'annullamento della determinazione della Commissione tecnica, della sua proposta di aggiudicazione, nonché dei verbali di gara e degli atti consequenziali, tra i quali rientra anche l'atto di aggiudicazione. I giudici (TAR Lazio, 8 gennaio 2002, n. 106, cit.) hanno accolto il ricorso, ritenendo illegittimo il comportamento posto in essere dalla stazione appaltante nel corso della procedura di aggiudicazione, perché in violazione delle regole sulla concorrenza e trasparenza nelle gare pubbliche; la sentenza è stata, poi, confermata dal Consiglio di Stato in sede di appello.

³⁹³ T.A.R. Lazio, sez. I bis, 11 luglio 2006, n. 5766, cit., ove si precisa che la successiva modulazione di elementi fondamentali, quali l'oggetto dell'appalto o il prezzo, si traduce in uno «svilimento della stessa procedura selettiva attraverso l'introduzione di elementi del tutto nuovi o diversi, per quantità o qualità, tali da alterare irrimediabilmente gli stessi risultati di gara, che ove condotta sulla base dei rinnovati elementi avrebbe potuto avere diverso sviluppo, attraverso una diversa componente partecipativa alla stessa, ed anche, in ipotesi, diversa conclusione, con l'individuazione di altro contraente». Negli stessi termini, v. anche T.A.R. Lazio, Roma, sez. I bis, 24 febbraio 2005, n. 1467, cit.

³⁹⁴ Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, cit.: «In caso di modifica delle condizioni contrattuali senza il rispetto delle procedure di evidenza pubblica, l'esercizio della funzione amministrativa in contrasto con norme imperative, non dà luogo alla semplice annullabilità del provvedimento, prevista espressamente dalla legge per i soli casi di atto e/o provvedimento di tipo autoritativo, bensì alla nullità dell'assetto di interessi posto in essere con l'assenso del privato interessato». Analogamente, T.A.R. Lazio Roma, sez. II ter, 27 luglio 2007, n. 7119, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio, 20 aprile 2006, n. 2883, cit. Sul punto, v. anche, Cons. Stato, 18 gennaio 2006, n. 126, cit., p. 170, ove si afferma: «Al di fuori dei limiti segnati dalle norme di settore che fissano le regole che le Amministrazioni devono seguire nel contrattare non vi è, pertanto, capacità di agire degli enti pubblici, ma atti riconducibili alla volontà e, quindi, alla responsabilità dei singoli e, come tali, inidonei a produrre effetti nella sfera giuridica delle amministrazioni pubbliche perché emessi in carenza di ogni potere di impegnare l'ente». In questa prospettiva la giurisprudenza distingue anche tra l'ipotesi della rinegoziazione, in relazione alla quale non vi sarebbe capacità dell'amministrazione, con conseguente nullità del regolamento di interessi, e quella di vizi del procedimento di formazione della volontà dell'ente che si tradurrebbero, invece, in una incapacità relativa dell'Ente e, quindi, nell'annullamento del contratto: così, Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, cit.; T.A.R. Lazio, 20 aprile 2006, n. 2883, cit. *Contra*, nel senso di non potersi distinguere tra le due fattispecie, S. VARONE, *La rinegoziazione del contratto successiva all'aggiudicazione* cit., p. 154, secondo il quale questa differenziazione delle due fattispecie risulta difficilmente condivisibile sul piano sistematico: accedendo all'orientamento in base al quale i vizi della procedura pubblicistica trasmodano in mera annullabilità del contratto, risulterebbe arduo qualificare diversamente, sul piano dell'invalidità, un vizio dell'*iter* formativo del negozio che non si sostanzia in una vera e propria carenza di potere dell'organo stipulante, fattispecie cui la Cassazione riconduce le ipotesi di nullità, ma in casi differenti da quello di specie. In altri termini, l'Autore non ravvisa elementi idonei a fondare un'ampia diversificazione delle due fattispecie: «assunto come dato di partenza il presupposto che l'annullamento di uno degli atti della serie dell'evidenza pubblica produce la sua rimozione *ex tunc*, sì che lo stesso deve

Peraltro, si sottolinea che una diversa conclusione potrebbe condurre a ritenere ammissibile una serie indeterminata di richieste di modifica delle condizioni contrattuali da parte degli aggiudicatari; questi sarebbero indotti, al fine di conseguire l'aggiudicazione, a mantenere le offerte al minimo al momento della loro presentazione, mentre recupererebbero condizioni più favorevoli nel corso dell'esecuzione del contratto, negoziando modifiche vantaggiose quanto al prezzo, al contenuto della prestazione, o alle modalità di esecuzione della prestazione stessa³⁹⁵. Nella medesima prospettiva, la Commissione speciale del Consiglio di Stato, pronunciandosi in ordine alla legittimità della

considerarsi *tamquam non esset*, non si vede la giustificazione teorica per sorreggere la differenziazione dei due casi una volta affermato come presupposto logico, unico idoneo ad escludere in ogni caso la nullità del negozio per difetto di consenso, che la procedura amministrativa non si sostituisce al procedimento civilistico di formazione della volontà contrattuale, bensì si affianca ad esso». Considerazioni critiche sulla distinzione tra sorte del contratto rinegoziato e l'ipotesi di annullamento della aggiudicazione sono espresse anche da B. MARCHETTI, *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 509, secondo la quale, pur ammessa l'invalidità della rinegoziazione, comunque da valutare in concreto, non è condivisibile la motivazione dei giudici in ordine alla nullità, poiché risulta difficile estrapolare dalla sentenza [Cons. Stato, 13 novembre 2002, n. 6281] criteri certi ed identificabili per tracciare una distinzione tra violazioni delle regole sull'evidenza pubblica che determinano illegittimità dell'aggiudicazione e conseguente annullabilità del contratto e violazioni che concretano le conseguenze della nullità della regolamentazione contrattuale. Pur valutando opportuna la sanzione della nullità là dove la rinegoziazione sia illegittima, l'Autrice ritiene che i giudici amministrativi potevano giungere in maniera più convincente a questa soluzione, evidenziando che la violazione delle regole non si limita a rendere difforme l'atto dallo schema legale, ma «mette a rischio valori preminenti della Comunità».

³⁹⁵ Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, cit.; analogamente, T.A.R. Lazio, 20 aprile 2006, n. 2883, cit. Alla medesima soluzione si giunge, sulla base di quest'orientamento, anche nell'ipotesi in cui la revisione si risolva in un concreto vantaggio per l'amministrazione, ad esempio quando la rinegoziazione comporti la riduzione del prezzo concordato. V., in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2006 n. 126, cit. In dottrina, cfr. S. VARONE, *La rinegoziazione del contratto successiva all'aggiudicazione* cit., p. 149, che reputa condivisibile la soluzione contraria alla rinegoziazione anche in base ad un'ulteriore argomentazione, ritenuta decisiva per escludere la rinegoziazione anche nell'ipotesi in cui venga effettuata esclusivamente ad apparente vantaggio dell'amministrazione: ammettere una modifica delle condizioni contrattuali al di fuori delle ipotesi normativamente tipizzate significherebbe di fatto eludere la normativa in tema di valutazione dell'anomalia delle offerte, volta a porre una argine al meccanismo della concorsualità che, in assenza di correttivi, potrebbe privilegiare le offerte recanti le condizioni astrattamente più favorevoli ma indipendentemente da ogni valutazione circa l'effettiva idoneità e sufficienza delle offerte stesse a garantire la prestazione richiesta: D. CIRILLI, *Rinegoziazione dell'offerta e principi comunitari e nazionali in tema di procedure ad evidenza pubblica*, cit., il quale rileva come la normativa sulle procedure ad evidenza pubblica non sia protesa a garantire elusivamente il miglior vantaggio per l'Amministrazione, ma tutela anche la *par condicio competitorum* che sarebbe comunque lesa in caso di rinegoziazione. *Contra*, B. MARCHETTI, *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 508, la quale ritiene che, qualora l'accordo di rinegoziazione si risolva in un vantaggio per l'amministrazione e si dimostri che comunque la diminuzione del prezzo concordato non avrebbe contraddetto l'esito della gara, in quanto l'impresa sarebbe risultata in ogni caso aggiudicataria, non si verifica alcuna violazione delle regole della concorrenza e, quindi, l'accordo modificativo dovrebbe ritenersi validamente concluso; in senso analogo, V. PONE, *Rinnovazione, proroga e rinegoziazione dei contratti ad evidenza pubblica*, in *Informazione previdenziale*, 2005, n. 3, p. 369, il quale, escludendo un rinnovo del contratto, ritiene possibile apportare, nell'esercizio del potere dispositivo delle parti, modifiche ad esclusivo vantaggio della p.a., atteso che in tal caso la riduzione, ad esempio, del corrispettivo convenuto con l'aggiudicatario, avendo questi già formulato l'offerta migliore in sede di gara, non violerebbe le regole della concorrenza, non essendo comunque idonea a contraddire l'esito della gara stessa; A. MARRA, *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giurisdizione* cit., p. 1166.

prassi seguita dalle amministrazioni aggiudicatrici di richiedere la disponibilità di concedere una riduzione del prezzo concordato, ha individuato³⁹⁶ le ragioni ostative all'ammissibilità di un potere di rinegoziazione dell'amministrazione nell'ambito dei contratti ad evidenza pubblica. In particolare, si è fatto riferimento «al possibile peggioramento del servizio o della qualità del prodotto fornito», giacché l'impresa aggiudicataria «dovrebbe in qualche modo “scaricare” lo sconto ulteriore effettuato nei confronti dell'amministrazione», in contrasto anche con la *ratio* della disciplina legislativa in materia di controllo del fenomeno delle offerte basse in misura anomala. Inoltre, la modificazione dell'offerta dopo l'aggiudicazione - in definitiva - trasformerebbe una originaria procedura aperta (ovvero ristretta) in una negoziata, in violazione dei limiti posti dal legislatore europeo all'applicazione di tale ultimo modulo procedurale, e introdurrebbe un elemento distortivo nella gara, poiché i concorrenti verrebbero indotti ad inglobare nelle offerte il rilievo economico del successivo meccanismo della rinegoziazione. Infine, si precisa che il divieto di rinegoziazione delle offerte, in linea di principio, trova applicazione sia prima sia dopo l'aggiudicazione, in ragione del fatto che la possibilità di rinegoziazione tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario, modificando la base d'asta, finirebbe (seppure indirettamente) con l'introdurre oggettivi elementi di distorsione della concorrenza, violando in tal modo i principi comunitari in materia³⁹⁷.

³⁹⁶ Parere reso dall'Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato del 12 ottobre 2001, n. 1084/2000, in *Cons. Stato*, 2002, I, p. 225. In particolare, il quesito per il quale la Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento per il coordinamento delle Politiche comunitarie ha richiesto il parere del Consiglio di Stato concerne “la possibilità o meno della rinegoziazione al ribasso dell'offerta aggiudicativa dopo l'aggiudicazione nelle gare pubbliche”.

³⁹⁷ T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 16 novembre 2009, n. 2687, cit., ove si osserva che qualsiasi negoziazione dell'offerta economica intervenuta successivamente al provvedimento di aggiudicazione provvisoria «integra una violazione dei principi fondamentali dettati, dalle norme comunitarie e nazionali, in materia di tutela della concorrenza, avendo come effetto immediato quello di trasformare una procedura “aperta” in procedura “negoziata”, introducendo, in tal modo, elementi discorsivi nell'andamento del mercato, a discapito della “*par condicio*” dei concorrenti». In argomento v. anche la dichiarazione congiunta del Consiglio e della Commissione europea (in G.U.C.E. L 210/ del 21 luglio 1989), relativa alle direttive 93/37/CE e 93/38/CE sul potere di rinegoziazione della p.a. appaltante con la quale si esclude che, nel corso di procedure aperte o ristrette, le amministrazioni aggiudicatrici possano negoziare con i partecipanti alle gare di appalto elementi fondamentali del contratto suscettibili di avere un'influenza sulla concorrenza e, in particolare, sui prezzi; il parere della Commissione CE, reso il 23 marzo 1998 nel corso della procedura d'infrazione n. 95/4646 ed indirizzato alla Repubblica italiana, ai sensi dell'art. 169 del Trattato CE, con il quale è stato sottoposto a censura il comportamento di un'amministrazione pubblica che, all'esito di una licitazione privata, ha proceduto, dopo il ricevimento delle offerte, a rinegoziarne i contenuti relativi a termini e prezzi con l'impresa risultata aggiudicataria; la circolare 15 novembre 2001 n. 12727 della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le politiche comunitarie, recante «Divieto di rinegoziazione delle offerte nelle pubbliche gare dopo l'aggiudicazione», in G.U. n. 8 del 10 gennaio 2002, con la quale è stato recepito quanto affermato dal Consiglio di Stato nel parere del 12 ottobre 2001, n. 1084/2000.

Alla luce di tale orientamento, pertanto, laddove l'amministrazione intenda modificare le condizioni contrattuali, non ha altra possibilità che annullare la procedura concorsuale, considerando l'interesse pubblico ad equilibrata gestione delle risorse disponibili come prevalente sulla necessità di avere immediatamente a disposizione il servizio o il bene richiesto, o, in via alternativa, può proseguire nell'esecuzione del rapporto nel rispetto degli identici termini pattuiti³⁹⁸. Di là dai dubbi in ordine al fondamento di questa impostazione, che saranno evidenziati nel prosieguo della trattazione³⁹⁹, giova per adesso soffermarsi sulle perplessità che desta la conclusione cui giunge quest'orientamento e, in particolare, sulla necessità di annullare la procedura di gara per far fronte alle sopravvenienze. Questa conclusione sembra trascurare, o quantomeno non considera adeguatamente, che l'esercizio del potere di autotutela⁴⁰⁰ non è illimitato. L'amministrazione, se in astratto può determinare il sacrificio degli interessi dell'altro contraente, deve comunque procedere ad una valutazione comparativa tra l'interesse pubblico alla rimozione dell'atto e il consolidato affidamento dell'aggiudicatario alla sua

³⁹⁸ Così, Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2006, n. 126, cit., p. 171, secondo cui laddove l'Amministrazione ritenga l'aggiudicazione (provvisoria) troppo onerosa e non intenda aggiudicare *tout-court* il servizio all'aggiudicatario in via provvisoria, può solo agire in autotutela procedendo all'annullamento d'ufficio della procedura. V. sul punto, anche T.A.R. Lazio, sez. 1 bis, 11 luglio 2006, n. 5766, cit.: «Il mutamento dell'oggetto del contratto comporta inevitabilmente la modifica dell'oggetto dell'appalto, mentre l'annullamento della gara consente una riedizione della stessa in modo che tutte le imprese del settore, attraverso nuova lettera d'invito, siano messe nelle condizioni di partecipare, con la possibilità, in ultima analisi, attraverso lo svolgimento di altro procedimento concorsuale, di una diversa conclusione nella fase della scelta». È favorevole a questa impostazione, D. CIRILLI, *Rinegoziazione dell'offerta e principi comunitari e nazionali in tema di procedure ad evidenza pubblica*, cit., il quale sottolinea come la modifica dell'oggetto del contratto e, quindi, dell'appalto, integra una «chiara violazione del bando, quale *lex specialis* di gara».

³⁹⁹ V., *infra*, spec. par. 3.5 e 3.6.

⁴⁰⁰ Il potere di autotutela consente all'Amministrazione di intervenire per correggere il proprio operato, eliminando atti ritenuti illegittimi o inopportuni. Esso ha avuto un espresso riconoscimento legislativo con la l. 11 febbraio 2005, n. 15, recante Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernente norme generali sull'azioni amministrativa. In particolare, gli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* della legge sul procedimento amministrativo disciplinano, rispettivamente, la revoca e l'annullamento d'ufficio del provvedimento amministrativo. La prima disposizione prevede che il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato, con conseguente inidoneità a produrre ulteriori effetti, per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. L'art. 21-*nonies*, invece, disciplina la possibilità di annullare d'ufficio i provvedimenti illegittimi ai sensi dell'art. 21-*octies*, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati. Si fa, comunque, salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole. Sul fondamento e i criteri che devono orientare l'esercizio del potere di autotutela, si è espressa di recente l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, con il parere del 12 febbraio 2009, n. 19.

conservazione⁴⁰¹, motivando rigorosamente le ragioni dell'eventuale prevalenza del primo⁴⁰². Tra l'altro, l'esercizio, pur legittimo, del potere di autotutela non esclude la configurabilità di una responsabilità dell'amministrazione che abbia leso l'affidamento del contraente mediante un comportamento non improntato al rispetto della correttezza⁴⁰³.

⁴⁰¹ Circa la necessità di valutare, in sede di annullamento, l'affidamento ingenerato nel privato sulla stabilità degli effetti del provvedimento di aggiudicazione e la necessità di una ragione di interesse pubblico che giustifichi comparativamente l'incisione delle posizioni di rilievo, cfr. Cons. Stato, 4 dicembre 2006, n. 7102, in *Urbanistica e appalti*, 2007, p. 449 con nota di M. RAGAZZO, *Annullamento parziale e rinnovazione della gara*; nello stesso senso, T.A.R. Liguria, sez. II, 30 maggio 2008, n. 1169, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratti pubblici*, n. 1166. V. anche T.A.R. Lombardia, sez. III, 29 dicembre 2008, n. 6171, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 483, con nota di C. MUCIO, *I limiti dell'autotutela in materia di appalti*; T.A.R. Campania, sez. I, 25 maggio 2007, n. 5687, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratti pubblici*, n. 1135; T.A.R. Liguria, sez. I, 30 ottobre 2006, n. 1349, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Atto amministrativo*, n. 416, dove i giudici si soffermano sull'ambito di sindacabilità dell'esito negativo del relativo procedimento d'ufficio che «deve essere adeguato all'ambito proprio di valutazione del potere di ritiro, con conseguente necessità di limitare l'ammissibilità della contestazione alla legittimità dell'atto di esercizio negativo del potere di autotutela, in particolare relativamente alla verifica della sussistenza dei presupposti per l'esercizio di tale potere (ormai dettati anche *ex lege*, ai sensi degli art. 21 *quinquies* e 21 *nonies* l. n. 241/1990), tra cui assume preminente rilievo il c.d. interesse pubblico ulteriore».

⁴⁰² Sulla necessità che il provvedimento adottato in autotutela indichi puntualmente la natura, la gravità e l'incidenza delle anomalie che, alla luce della comparazione dell'interesse pubblico con le contrapposte posizioni consolidate in capo alle ditte partecipanti alla procedura, impone l'annullamento integrale degli atti di gara, Cons. Stato, 7 gennaio 2009, n. 17, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratti pubblici*, n. 1149. Sul punto, A. VALLETTI, *La revoca degli atti di gara e la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante* (nota a T.A.R. Lazio, sez. III, 9 marzo 2009, n. 2372), in *Urbanistica e appalti*, 2009, p. 871 ss., il quale non disconosce, in astratto, il "sacrificio" del diritto dei terzi in presenza di un interesse pubblico al ripristino della legalità violata (da valutarsi in concreto come interesse pubblico puntuale da tutelare), ma, al contempo, ritiene necessario che la p.a. ne dia contezza attraverso una motivazione congrua e adeguata del provvedimento di annullamento che espliciti la comparazione degli interessi in gioco; si prospetta, dunque, una possibile responsabilità della p.a. che non pondera correttamente tutti gli interessi coinvolti. Tra l'altro, sempre in tema di autotutela, la giurisprudenza ha affermato la possibile modifica delle clausole di un bando già pubblicato deve essere assistita da un obbligo di motivazione ancor più pregnante rispetto a quanto previsto in generale, posto che una modifica del bando non può non essere presidiata da garanzie formali (pubblicità, esternazione dei motivi meno incisive di quelle previste, nei rapporti tra privati, per gli atti negoziali o prenegoziali rivolti al pubblico): così, Cons. Stato, sez. II, 26 novembre 2008, n. 3938, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratti pubblici*, n. 1157.

⁴⁰³ In ordine alla possibile configurabilità di una responsabilità dell'amministrazione che abbia esercitato, pur legittimamente, il potere di autotutela, Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2009, n. 122, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratti pubblici*, n. 1180: «L'amministrazione appaltante è responsabile nel caso in cui, pur avendo legittimamente annullato d'ufficio gli atti di una gara che risulti eccessivamente onerosa, abbia indotto l'aggiudicatario definitivo, con i comportamenti tenuti successivamente all'aggiudicazione e durante l'iter di adozione dell'autotutela demolitoria, a confidare in una possibile convalida della procedura espletata; in tal caso, il carattere abnorme delle condizioni di gara giustifica solo in parte la lesione dell'interesse alla prosecuzione della gara». In materia di revoca, cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 7 luglio 2008, n. 3380, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Responsabilità civile*, n. 393; T.A.R. Liguria, sez. II, 25 marzo 2009, n. 438, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratti pubblici*, n. 489, ove, in materia di responsabilità precontrattuale, si afferma che: «va ammessa la responsabilità della p.a. per avere tradito gli affidamenti ingenerati nell'impresa aggiudicataria mediante una legittima revoca dell'aggiudicazione: in questo senso, quindi, fonte di responsabilità non è l'atto amministrativo in sé legittimo ma il complessivo comportamento della p.a. che ha, dapprima, ingenerato l'affidamento in un favorevole esito della procedura e poi tale affidamento ha disatteso». Secondo il T.A.R. Lazio, sez. III, 9 marzo 2009, n. 2372, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratti pubblici*, n. 1166 e in *Urbanistica e appalti*, 2009, p. 869, con nota di A. VALLETTI, *La revoca degli atti di gara e la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante*, nel caso di pur legittima revoca di una procedura di gara può residuare una responsabilità a titolo precontrattuale in capo alla stazione appaltante nell'ipotesi in cui vi sia stata una violazione degli obblighi di

Massima cautela nel ricorso al potere di ritiro si impone, poi, quando si perviene nella fase di esecuzione del contratto⁴⁰⁴, in relazione alla quale è necessaria una attenta valutazione – proporzionata al lasso di tempo decorso dalla stipulazione del contratto – circa la sussistenza del pubblico interesse attuale e concreto al ritiro degli atti di gara⁴⁰⁵. In questa prospettiva si auspica, laddove possibile, una limitazione del potere di ritiro che circoscriva la rinnovazione del procedimento alle sole fasi viziate, anche in virtù del principio di conservazione⁴⁰⁶.

buona fede prima della stipulazione del contratto, ovvero se il comportamento tenuto dalla medesima contrasta con le regole di correttezza e di buona fede di cui all'art. 1337 c.c., e se tale comportamento ha ingenerato un danno del quale appunto viene chiesto il ristoro. In argomento, anche T.A.R. Lombardia, sez. I, 20 novembre 2008, n. 5481, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratti pubblici*, n. 490; T.A.R. Lazio, sez. III, 13 luglio 2007, n. 6369, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratti pubblici*, n. 565; Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 15 aprile 2009, n. 230, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratti pubblici*, n. 1218. Sui rapporti tra riconoscimento dell'indennizzo e accertamento della responsabilità della p.a.: T.A.R. Lazio, sez. III, 10 gennaio 2007, n. 79, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Atto amministrativo*, n. 435 e in *Giurisdiz. amm.*, 2007, p. 105 ss., secondo cui «La previsione dell'art. 21 *quinquies* l. 7 agosto 1990 n. 241 che prevede l'obbligo di indennizzare il privato in ordine a eventuali pregiudizi subiti in conseguenza della revoca di precedenti atti amministrativi non esclude la possibile responsabilità dell'amministrazione per violazione del principio di buona fede nelle trattative che conducono alla conclusione del contratto»; T.A.R. Lazio, sez. III, 3 agosto 2006, n. 6911, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Atto amministrativo*, n. 433. Sulla esclusione dell'indennizzo *ex art. 21 quinquies* l. n. 241/90 in caso di diniego implicito dell'aggiudicazione definitiva, vertendosi in tema di atto di natura endoprocedimentale che non ha efficacia durevole, cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2009, n. 526, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratti pubblici*, n. 647, in *Giornale dir. amm.*, 2009, 960 (m), ove si precisa, altresì, che tale diniego, implicito nell'indizione di una nuova gara, è legittimo quando il prezzo indicato nell'offerta provvisoriamente aggiudicataria risulta oneroso rispetto ai valori di mercato; ciò vale ancor più se l'amministrazione non dispone di risorse finanziarie sufficienti.

⁴⁰⁴ Sulla possibilità di esercizio dell'autotutela anche successivamente alla stipula del contratto, di recente, T.A.R. Lombardia, sez. III, 29 dicembre 2008, n. 6171, cit.; Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 4 novembre 2008, n. 914, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratti pubblici*, n. 1158; T.A.R. Campania, sez. I, 25 maggio 2007, n. 5687, cit.

⁴⁰⁵ Così, M. RAGAZZO, *Annullamento parziale e rinnovazione della gara*, cit., p. 452. Analogamente, C. MUCIO, *I limiti dell'autotutela in materia di appalti*, cit., p. 488, la quale evidenzia come anche la giurisprudenza favorevole al riesame dell'aggiudicazione giunge, però, a sottolineare come questo potere ampiamente discrezionale può essere legittimamente esercitato solo se imposto da gravi motivi di opportunità e se attuato in modo da ledere in minor misura possibile le aspettative del privato. In argomento, v. anche ID., *Illegittimo l'annullamento del bando in via di autotutela in assenza di vizi di legittimità* (nota a Cons. Stato, 7 novembre 2006, n. 6559), in *Urbanistica e appalti*, 2007, p. 458 ss.

⁴⁰⁶ In questo senso, B. MARCHETTI, *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 509, che non giustifica la conclusione cui giunge la giurisprudenza prevalente in ordine alle alternative possibili per l'amministrazione e, in particolare, quella dell'annullamento dell'intera procedura. Tale conclusione non è ritenuta convincente, poiché, in assenza di un accertamento di illegittimità della procedura fino al momento dell'aggiudicazione avvenuta sulla base del prezzo rinegoziato, manca il fondamento sul quale il giudice possa annullare atti riconosciuti legittimi, così come non si giustifica l'affermazione secondo cui la p.a. deve o può annullarli. Secondo l'Autrice, invece, il giudice deve, al più, annullare la sola aggiudicazione e lasciare che il procedimento riprenda da tale momento procedimentale, eventualmente indicando all'azienda le possibili vie da seguire nella rinnovazione dell'atto. Nella prospettiva della preferibilità di un annullamento parziale della gara alla luce dei principi generali di conservazione ed economicità dell'azione amministrativa, nonché del principio costituzionale di buon andamento, M. RAGAZZO, *Annullamento parziale e rinnovazione della gara*, cit., p. 453, ss. In giurisprudenza, sulla necessità di limitare l'annullamento ai soli atti incisi da illegittimità, v. Cons. Stato, 8 settembre 2008, n. 4269, in *Rep. Foro*

3.4. Segue. Gli orientamenti favorevoli alla rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica. B) La rinegoziazione nelle procedure negoziate e il rispetto delle regole concorrenziali. C) la rinegoziazione in presenza di fattori sopravvenuti; differenze rispetto alle altre fattispecie esaminate dalla giurisprudenza. Necessità della previa indicazione della revisione nel bando di gara.

A fronte di questo indirizzo, si sono sviluppati altri orientamenti favorevoli alla applicazione della rinegoziazione nei contratti in cui parte contraente sia una pubblica amministrazione, sia pure in ipotesi ben determinate. Le diverse teorie sottintendono la rilevanza dell'interesse a garantire la stabilità e la conservazione dei contratti della Pubblica amministrazione⁴⁰⁷ che si impone anche in considerazione dell'interesse dell'Amministrazione al conseguimento del bene o servizio. In molti casi è pertanto auspicabile che la cura dell'interesse pubblico si attui assicurando la conservazione del contratto, sia pure a condizioni diverse da quelle originariamente concordate, piuttosto che mediante il ricorso ad una nuova procedura di gara⁴⁰⁸.

Alcune decisioni limitano l'ambito di operatività dell'istituto ai casi in cui l'Amministrazione utilizza la trattativa privata come modalità di scelta del contraente⁴⁰⁹,

it., 2009, *Contratti pubblici*, n. 1178, ove si afferma che laddove la commissione di gara pubblica, nel corso dei suoi lavori, riscontri vizi nel *modus procedendi* seguito, che hanno coinvolto solo singole fasi di esso, «nel muoversi sul piano dell'autotutela, legittimamente applica la regola della conservazione degli atti giuridici, operante in tutti i settori dell'ordinamento giuridico, ma che nel diritto amministrativo assume una valenza rafforzata in ragione delle specifiche regole di economicità dell'azione amministrativa e del divieto di aggravamento del procedimento, e di conseguenza limita rigorosamente l'annullamento soltanto agli atti effettivamente incisi dalle accertate illegittimità e circoscrive la rinnovazione del procedimento alle fasi viziate ed a quelle successive, conservando l'efficacia dei precedenti atti legittimi del procedimento». Analogamente, Cons. Stato, 28 maggio 2009, n. 3284, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratti pubblici*, n. 1182. Sul principio di conservazione e la sua applicazione in ambito pubblicistico, v. *retro*, par. 2.8.

⁴⁰⁷ Sul punto, per tutti, M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti della Pubblica Amministrazione tra conservazione e stabilità degli effetti*, cit., p. 461 ss. Ma, v. *retro*, par. 2.8.

⁴⁰⁸ Tra gli altri, B. MARCHETTI, *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 509, non giustifica come alternativa possibile l'annullamento dell'intera procedura; S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della Pubblica Amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, cit., p. 501 ss.

⁴⁰⁹ Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2002, n. 6004, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, p. 2945 ss.; Cons. Stato, sez. V., 20 settembre 1990, n. 686, in *Foro amm.*, 1990, p. 2036 ss. ove si osserva che nell'ipotesi di modulo procedimentale riconducibile alla trattativa privata, pur se integrata – nella fase iniziale – da una gara informale, diretta a far conoscere contemporaneamente alla amministrazione le offerte di più ditte interessate all'affidamento del servizio, «una volta indirizzata la scelta, l'Amministrazione ben potrebbe addirittura esperire ulteriore trattativa con la ditta prescelta, per ricercare condizioni ancora più favorevoli». Negli stessi termini, Cons. Stato, 8 luglio 1995, n. 1029, in *Rep. Foro it.*, 1996, *Contratti della p.a.*, n. 247, pronunciandosi in relazione ad analoga fattispecie di individuazione del contraente mediante trattativa privata, ha ritenuto legittima la facoltà dell'amministrazione di negoziare clausole ulteriormente migliorative rispetto all'offerta

ovvero, secondo la terminologia europea, recepita dal Codice dei contratti pubblici, le procedure negoziate⁴¹⁰. La peculiarità del modulo procedimentale, caratterizzato dall'assenza di una gara tra più soggetti, renderebbe pienamente legittima la revisione delle condizioni pattuite, analogamente a quanto accade nei rapporti privatistici, senza che possa opporsi la conversione di una procedura di evidenza pubblica aperta o ristretta in una procedura negoziata⁴¹¹. L'apertura verso l'istituto permarrebbe, secondo questa giurisprudenza, anche in presenza di una procedura negoziata «procedimentalizzata», ossia

originaria. Cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2003 n. 6072, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, p. 2969 ss., in *Giust. amm.*, 2003, 1154; T.A.R. Puglia, 7 aprile 1999 n. 247 in *T.a.r.*, 1999, I, 2129, nonché Cons. Stato, 25 febbraio 1991, n. 195, in *Foro amm.*, 1991, 397 che, sempre in relazione ad un caso di trattativa privata, ha ritenuto legittimo il comportamento dell'amministrazione la quale, dopo aver acquisito elementi di offerta dagli aspiranti in sede di gara esplorativa, aveva avviato, con il candidato miglior offerente, una ulteriore trattativa per ottenere un risultato per la stessa ancora più conveniente.

⁴¹⁰ Il codice dei contratti pubblici, (D. lgs. 163 del 12 aprile 2006) - che ha abrogato la pregressa normativa in materia di appalti pubblici - ha eliminato l'espressione trattativa privata, utilizzando quella di "procedura negoziata", più aderente al testo delle direttive 2004/17/Ce e 2004/18/Ce. Più in generale, in tema di procedure di scelta del contraente, la terminologia nazionale è stata uniformata alla corrispondente nomenclatura comunitaria, distinguendosi le procedure di affidamento in "aperte", "ristrette" e "negoziata". Ai sensi dell'art. 3 d.lgs 163/2006, le prime sono quelle in cui ogni operatore economico interessato può presentare un'offerta (in questa tipologia rientra il pubblico incanto); le seconde sono le procedure alle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare, ma possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti (in questa tipologia rientrano la licitazione privata e l'appalto-concorso); nelle procedure negoziate, invece, le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto (in questa tipologia rientra la trattativa privata). Il Codice ha inoltre previsto una ulteriore procedura, denominata "dialogo competitivo", nella quale la stazione appaltante, in caso di appalti particolarmente complessi, avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte; qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare a tale procedura. Il principio generale, sancito dall'art. 54 del Codice, è quello dell'utilizzo delle procedure aperte o ristrette: la scelta tra le due modalità - da indicare nella determina a contrarre - è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante. Il legislatore ha manifestato solo una preferenza per le procedure ristrette quando il contratto non ha per oggetto la sola esecuzione, o quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il ricorso alla procedura negoziata o al dialogo competitivo, invece, è limitato ai casi e alle condizioni espressamente previste. Per approfondimenti, v. R. DIPACE, *Le procedure di scelta del contraente e i criteri di aggiudicazione*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, cit., p. 601 ss; S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, cit., p. 311 ss., F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*², cit., p. 1291 ss., il quale rileva che «l'affidamento dei contratti pubblici mediante procedura negoziata (art. 56 e 57 del Codice) consente all'amministrazione di (con)trattare direttamente con un operatore economico le condizioni della stipulazione, prescindendo dall'osservanza di particolari forme procedimentali, con quel grado di libertà che caratterizza l'agire dei soggetti privati. Tale modalità di affidamento costituisce una variante delle procedure ristrette, caratterizzata da una più accentuata flessibilità, percorribile (in ragione dell'esigenza di tutelare la par condicio e di garantire la massima partecipazione da parte degli operatori privati) nei soli casi tassativamente previsti, con o senza preventiva pubblicazione di un bando, a seconda della situazione che determina la necessità della stipulazione contrattuale».

⁴¹¹ In questa prospettiva, non va trascurata la circostanza che quanto affermato in ambito comunitario, nonché dal Consiglio di Stato per escludere la rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica, si riferisce esclusivamente alle modalità di scelta del contraente concretizzatesi in procedure aperte o ristrette.

previa pubblicazione del bando di gara (art. 56 d.lgs. n. 163 del 2006)⁴¹², in quanto l'introduzione di una preselezione informale, diretta ad acquisire contestualmente tutte le offerte disponibili, non modificherebbe le linee fondamentali e i caratteri tipici della procedura. Al riguardo, si osserva che «tale integrazione mira, nell'esclusivo interesse dell'Amministrazione, a garantirle una più completa e rapida conoscenza del mercato, e non vale perciò a irrigidire in uno schema “*strictu sensu*” concorsuale l'azione amministrativa»⁴¹³. Nell'ambito di questo procedimento - composto da una prima fase di gara pubblica e da una seconda fase di negoziazione diretta - si esclude che la (ri)negoziazione con l'impresa risultata quale migliore offerente, con correlativa esclusione delle altre imprese, sia lesiva della *par condicio* e comporti un'alterazione del gioco concorrenziale, in quanto la parità di trattamento risulta rispettata nel corso dello svolgimento della prima fase della procedura, ossia la gara in senso stretto, all'esito della

⁴¹² Il Codice dei contratti pubblici disciplina, infatti, la procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara (art. 56) e quella senza pubblicazione di un bando (art. 57). Va, pertanto, distinto tra trattativa privata “pura” e trattativa privata “procedimentalizzata”: la prima - la cui scelta deve essere adeguatamente motivata nella delibera o determina a contrarre - prevede il semplice contatto informale con alcune imprese, potenziali contraenti, al pari di un qualsiasi soggetto privato che preventivamente contatta più imprese per conoscere chi tra esse offre il preventivo migliore; la seconda è condotta mediante una preliminare gara informale. Nella procedura negoziata procedimentalizzata l'amministrazione appaltante fissa alcune regole circa i requisiti, la presentazione, l'esame e la scelta delle offerte; le stazioni appaltanti, successivamente, negoziano con gli offerenti le offerte presentate, per adeguarle alle esigenze indicate nel bando di gara, nel capitolato d'oneri e negli eventuali documenti complementari, e per individuare l'offerta migliore.

⁴¹³ Così, Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 1990, n. 686, cit. Nello stesso senso, Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2002, n. 6004, cit.: il caso riguardava una gara di progettazione, costruzione, fornitura “chiavi in mano”, nonché eventuale manutenzione del sistema integrato di bigliettazione magnetica ed elettronica per parcheggi e sosta in luogo pubblico, secondo il metodo della procedura negoziata preceduta da pubblicazione del bando di gara, ai sensi degli artt. 11 e 12, comma 3 lettera c) del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158 (normativa attualmente abrogata e confluita nel Codice dei contratti pubblici). La società appellante lamentava che la stazione appaltante, in deroga rispetto alle regole generali in materia di evidenza pubblica, avrebbe consentito, in sede di negoziazione diretta, al solo consorzio risultato meglio classificato all'esito della prima fase della procedura, di apportare consistenti modifiche all'iniziale offerta, praticando uno sconto di rilevante importo. Il Collegio, pur consapevole dell'orientamento interpretativo alla stregua del quale nelle procedure di evidenza pubblica va considerata illegittima ed esclusa qualsiasi rinegoziazione, osserva che «la stessa analisi dei principi posti a fondamento del divieto di rinegoziazione nelle procedure ad evidenza pubblica, ne esclude l'applicazione al caso di specie»: la rinegoziazione con l'impresa risultata come migliore offerente è ritenuta compatibile con un quadro normativo che prevede detta opzione in relazione ad un tipo di procedura caratterizzata da profili di specialità per settore di appartenenza e per complessità tecnica. Ad avviso del Consiglio di Stato, la procedura, sebbene divergente dal modello tradizionale della trattativa privata pura, integralmente spoglia di aspetti procedimentali, conserva comunque «margini di snellezza e di elasticità» tali da giustificare «la sottrazione a regole formali operanti con riferimento alle gare sottoposte ad un più intenso tasso di pubblicità e di formalismo». Pertanto, nella specie non è apparso pertinente l'addebito relativo alla illegittima conversione in procedura negoziata, con il rischio dell'amministrazione di porsi ai limiti della disciplina comunitaria, posto che è espressamente prevista la possibilità di far ricorso ad un procedimento bifasico, comprensivo di una prima fase di gara pubblica ed una seconda di negoziazione diretta (vedi art. 12, lettera c, del decreto legislativo n.158/1995).

quale si individua il migliore offerente⁴¹⁴. Peraltro, la possibilità di una negoziazione diretta sarebbe “insita” nella stessa natura della procedura negoziata, pur se preceduta dalla pubblicazione del bando di gara⁴¹⁵; anche in tal caso sussisterebbero indubbie peculiarità rispetto agli ulteriori sistemi di affidamento, tali da rendere legittima la rinegoziazione, a differenza delle procedure aperte o ristrette⁴¹⁶. Quanto, poi, al rilievo relativo alla potenziale violazione delle regole poste a presidio delle offerte anomale⁴¹⁷, si replica che anche le

⁴¹⁴ Cons. Stato sez. VI, 4 novembre 2002, n. 6004, cit.

⁴¹⁵ Cons. Stato sez. VI, 4 novembre 2002, n. 6004, cit. In ordine alla considerazione che, in tal modo, si verrebbe comunque a ledere il principio della *par condicio* nei confronti degli altri partecipanti, il Consiglio di Stato ha replicato che ad un presunto obbligo di estendere la rinegoziazione a tutte o almeno ad alcune delle imprese partecipanti si oppongono dati normativi e di sistema di segno contrario. A tal fine, si considerano, tra l'altro: a) l'esplicito riferimento del legislatore alla possibilità di rinegoziare con uno solo dei candidati; b) l'illogicità di una scelta interpretativa che imponesse l'estensione della fase negoziata a tutte le imprese partecipanti, sì da svuotare il significato pratico della gara vera e propria; c) l'assenza e l'opinabilità di un criterio capace di orientare l'amministrazione, in mancanza di una prescrizione legislativa e di un'indicazione in seno alla *lex specialis*, nell'individuazione del numero delle imprese da ammettere a negoziazione.

⁴¹⁶ Cons. Stato sez. VI, 4 novembre 2002, n. 6004, cit., ove si precisa che «la rinegoziazione limitata all'impresa migliore offerente è giustificata dai profili di specialità e complessità tecnica che caratterizzano tali procedure e non necessita, stante l'assenza di diversa indicazione legislativa, di specifica motivazione da parte della commissione giudicatrice». Perplexità in ordine a quest'orientamento giurisprudenziale sono manifestate da G. PALLIGIANO, *La rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., in considerazione dell'attuale difficoltà di distinzione tra trattativa privata procedimentalizzata e licitazione privata. Al riguardo, si osserva che la trattativa privata, pur mantenendo il *nomen iuris*, ha subito una profonda modificazione, perdendo le sue caratteristiche specifiche che la distinguevano dalle altre procedure di evidenza pubblica, ovvero la previsione di una scelta affidata al contatto personale. In virtù dell'attuale disciplina vi sarebbe più distanza tra trattativa privata pura e “procedimentalizzata”, che tra quest'ultima e licitazione privata; ciò in quanto la trattativa privata procedimentalizzata è sottoposta ad un insieme di regole che restringono il campo di azione dell'amministrazione e la vincolano al loro rispetto. Per questi motivi le perplexità in merito alla rinegoziazione si manifesterebbero anche per la trattativa privata preceduta da gara informale: l'amministrazione aggiudicatrice, infatti, tramite la rinegoziazione, «finirebbe per riappropriarsi di quella libertà di manovra alla quale aveva implicitamente rinunciato autovincolandosi al rispetto di regole che circoscrivevano il suo potere di scelta».

⁴¹⁷ Si definisce “anomala” l'offerta che appare «anormalmente bassa rispetto alla prestazione oggetto dell'appalto, e cioè rispetto al prezzo a base d'asta, espressione delle valutazioni di mercato compiute dalla stazione appaltante, nelle fasi preliminari della progettazione e, prima ancora, della programmazione»: S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, cit., p. 356. L'eccessivo ribasso dell'offerta lascia presumere che la prestazione non sarà fornita in modo serio e costante nel tempo. Gli artt. 86 e ss. del Codice dei contratti pubblici disciplinano i criteri di individuazione e di verifica delle offerte anormalmente basse (artt. 86 e 87), il procedimento di verifica e di esclusione di tali offerte (art. 88), nonché gli strumenti di rilevazione della congruità dei prezzi (art. 89). Sul tema, di recente, in dottrina, D. CAPOTORTO, *Il nuovo volto della verifica d'anomalia: dal controllo di serietà a quello di affidabilità*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, cit., p. 659 ss.; L. MASI, *Ancora in tema di determinazione della soglia di anomalia nelle gare per l'affidamento di lavori pubblici - Le novità introdotte dal codice dei contratti pubblici (d.leg. 12 aprile 2006 n. 163) in materia di offerte anomale*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 2414; L. MICONI, *I criteri di aggiudicazione nel nuovo codice sui contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture: la individuazione delle offerte anomale e fenomeni di turbativa delle gare*, in *Giust. amm.*, 2007, p. 755; M. PIGNATTI, *Il giudizio sulle offerte anomale tra effettività del contraddittorio ed oggettività nelle valutazioni* (nota a C. Stato, sez. V, 13 febbraio 2009, n. 826), in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 5, 1303 ss.; M. URBANI, *I criteri di individuazione delle offerte anomale nel codice dei contratti pubblici*, in *Nuova rass.*, 2007, p. 2312.

offerte maturate in seguito alla rinegoziazione sono suscettibili di un controllo di affidabilità e plausibilità analogo a quello disciplinato dalle norme in materia di anomalia⁴¹⁸.

Secondo le indicazioni che provengono da un orientamento minoritario, la soluzione positiva circa la revisione delle condizioni contrattuali è condizionata dalla sopravvenienza di fattori esterni alle parti, idonei ad incidere sul valore delle reciproche prestazioni⁴¹⁹. La modificazione delle condizioni del rapporto, nel corso del suo svolgimento, soddisfa le esigenze di celerità ed efficienza dell'azione amministrativa, in particolare nelle ipotesi in cui l'Amministrazione si trova di fronte all'alternativa tra l'annullamento procedura, con la necessità di ripetere l'intera gara, e la rinegoziazione del regolamento contrattuale⁴²⁰; basti pensare, ad esempio, al verificarsi di un significativo mutamento del mercato che renda inadeguate le condizioni di prezzo inizialmente prospettate⁴²¹. In questa prospettiva, non può essere condivisa l'assimilazione, né l'assoggettamento alle medesime regole, tra queste fattispecie e quelle analizzate dalla giurisprudenza che ha elaborato il divieto di rinegoziazione nei contratti della p.a. Vengono in rilievo evenienze significativamente diverse: in queste ultime ipotesi si discute di una revisione che, pur concordemente decisa tra l'amministrazione appaltante e l'impresa aggiudicataria, «si risolve nella introduzione di una appendice negoziata nella procedura di gara condotta secondo modalità

⁴¹⁸ Così, Cons. Stato, sez. IV, 4 novembre 2002 n. 6004, cit.

⁴¹⁹ Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2004 n. 2969, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 1425 ss.: nel caso di specie l'evento sopravvenuto, rappresentato dalla commercializzazione di un «farmaco generico» resa possibile dalla scadenza del brevetto farmaceutico, aveva inciso immediatamente sul valore di mercato del bene oggetto della fornitura, che era passato da un regime di esclusiva a quello di libero mercato. Cfr. anche, T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 9 marzo 1999, n. 681 in *Ragiusan*, 2000, f. 190-1, 153 (massima); T.A.R. Campania-Salerno, sez. II, 31 marzo 2005 n. 352, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, 836; Cons. Stato, Sez. IV, 25 marzo 2003, n. 1544, in *Cons. Stato*, 2003, I, p. 691, in *Ginr. it.*, 2003, p. 1257.

⁴²⁰ Così, G. PIAZZALUNGA, *E' legittima la trattativa privata instaurata dall'Amministrazione con l'aggiudicatario provvisorio di una gara d'appalto, volta alla rinegoziazione dell'offerta presentata?*, cit., p. 168.

⁴²¹ A titolo esemplificativo, si consideri la fattispecie analizzata dal T.A.R. Campania-Salerno, sez. II, 31 marzo 2005 n. 352, cit. Nella fattispecie, un'Azienda sanitaria aveva indetto una gara per la fornitura biennale, da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, di farmaci e disinfettanti destinati ai servizi farmaceutici di alcuni ospedali della zona. Il Tribunale ha escluso l'illegittimità della previsione, contenuta nel capitolato speciale, a termini della quale «nel caso in cui, nel corso della vigenza del contratto, venga immesso sul mercato un medicinale generico corrispondente, per principio attivo, dose e forma farmaceutica, ad una specialità medicinale aggiudicata, l'amministrazione si riserva la facoltà di acquistare il generico, revocando l'aggiudicazione della specialità, a meno che il fornitore di quest'ultima non allinei il prezzo offerto in gara a quello del primo». Si è, infatti, ritenuta compatibile con i principi e le disposizioni relative i contratti pubblici la predisposizione di una clausola che consenta di ripristinare l'equilibrio contrattuale eventualmente alterato da circostanze sopravvenute. Una fattispecie analoga è stata esaminata dal Consiglio di Stato, sez. V, 11 maggio 2004 n. 2969, cit., ove si precisa che la previsione relativa alla introduzione sul mercato di un medicinale generico corrispondente ad una specialità aggiudicata riguarda un evento sopravvenuto che si ripercuote immediatamente sul valore del bene oggetto della fornitura ed integra, pertanto, un legittimo sistema di adeguamento del prezzo alla nuova realtà del mercato.

concorrenziali»⁴²²; la stessa viene correttamente esclusa in quanto idonea ad aggirare sia le regole relative ai sistemi competitivi di scelta del contraente privato, sia le disposizioni di legge in materia di anomalia delle offerte. Del tutto dissimili, quanto al contesto operativo e agli interessi coinvolti, sono i casi in cui la revisione -pur disciplinata, in ipotesi, dalla *lex specialis* nelle sue modalità esplicative- è destinata a sopravvenire, peraltro con carattere di eventualità, nel corso dell'esecuzione del contratto, e persegue la finalità di far fronte ad eventi idonei ad alterare, in danno della parte pubblica, l'equilibrio contrattuale in relazione al quale si è formato l'*in idem placitum*⁴²³. Perde, così, rilevanza anche la distinzione tra le diverse procedure di aggiudicazione, in quanto la sopravvenienza può incidere indifferentemente su ipotesi in cui è stata utilizzata una procedura negoziata o, ad esempio, una procedura ristretta⁴²⁴. Peraltro, la Commissione speciale del Consiglio di Stato, pur pronunciandosi negativamente in ordine alla legittimità della prassi seguita dalle amministrazioni aggiudicatrici di richiedere la disponibilità di concedere una riduzione del prezzo concordato⁴²⁵, ha sottolineato la peculiarità delle ipotesi in cui si verificano fattori sopravvenuti che incidono sul rapporto contrattuale; in tali casi, è stata ritenuta opportuna la scelta dell'Amministrazione di avvalersi della disponibilità dell'aggiudicatario a

⁴²² Così, T.A.R. Campania-Salerno, sez. II, 31 marzo 2005 n. 352, cit., che fa riferimento in tali casi alla c.d. rinegoziazione *stricto sensu* intesa. Al riguardo, si precisa che: «il ricorso a siffatto meccanismo, se da un lato si presenta idoneo ad aggirare le rigorose condizioni in costanza delle quali è consentito derogare ai sistemi competitivi di scelta del contraente privato, dall'altro lato è elusivo degli sbarramenti posti dalla legge alla presentazione di offerte prive dei necessari requisiti di congruità e serietà, siccome destinati ad operare nel corso dello svolgimento della gara (ed al cui operare, quindi, non possono non restare sottratte le modificazioni del prezzo contrattuale che, come quelle scaturenti dalla c.d. rinegoziazione, vengano introdotte solo successivamente alla sua conclusione)».

⁴²³ Così, T.A.R. Campania-Salerno, sez. II, 31 marzo 2005 n. 352, cit., ove si evidenzia che l'introduzione, successiva alla conclusione del contratto, di un farmaco generico corrispondente alla specialità medicinale oggetto di aggiudicazione determina la modificazione delle condizioni di mercato in presenza delle quali l'amministrazione, in assenza della disponibilità del farmaco generico, si era orientata verso la più onerosa acquisizione della specialità.

⁴²⁴ Il caso esaminato dal T.A.R. Campania-Napoli, con la sentenza n. 681 del 9 marzo 1999, cit. riguardava, appunto, la conclusione di una licitazione privata. In ragione delle eccezionali circostanze verificatesi, i giudici hanno ritenuto legittimo il comportamento dell'Amministrazione che, dopo l'aggiudicazione, si era avvalsa dell'offerta da parte dell'impresa vincitrice di un ulteriore ribasso del prezzo già definito. L'Amministrazione appaltante, in presenza di condizioni di prezzo «evidentemente fuori mercato», nel dubbio tra rinunciare al contratto dopo l'aggiudicazione, facendo esercizio dei suoi legittimi poteri di autotutela, e rinegoziare il prezzo, ha accettato la disponibilità dell'aggiudicatario a riequilibrare le condizioni del rapporto, evitando pragmaticamente di travolgere l'intera gara e di dover indire una nuova procedura. La rideterminazione del prezzo (in ogni caso, non reputato «anormalmente basso») è stata giustificata dalla circostanza che, dopo la presentazione delle offerte, erano repentinamente mutate le condizioni di mercato in modo da provocare per quegli stessi beni oggetto dell'appalto una generalizzata e consistente diminuzione dei prezzi.

⁴²⁵ Parere reso dall'Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato del 12 ottobre 2001, n. 1084/2000, cit., per la cui analisi v. *retro*, par. 3.3 nel testo e in nota 396.

riequilibrare le condizioni del rapporto, al fine di impedire il travolgimento della intera gara⁴²⁶. Emerge, così, la rilevanza dell'interesse dell'Amministrazione alla conservazione del rapporto che, ad esempio, garantisce meglio la realizzazione dell'opera o la continuità del servizio.

Dall'analisi della giurisprudenza favorevole alla configurabilità dell'istituto della rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica, sembra emergere, quale condizione imprescindibile per la validità della intervenuta modificazione del contratto, la previa indicazione di tale possibilità nel bando di gara ovvero nella lettera di invito⁴²⁷. Questo ulteriore requisito - che desta, però, alcune perplessità⁴²⁸ - escluderebbe la violazione delle regole di concorrenza, in quanto tutti i concorrenti si sarebbero trovati nella medesima situazione ove, risultati aggiudicatari, si fosse verificato l'evento perturbatore delle

⁴²⁶ Il Consiglio di Stato (Parere 12 ottobre 2001, n. 1084/2000, cit.), analizzando i precedenti giurisprudenziali favorevoli alla rinegoziazione, ha posto in luce la particolarità delle fattispecie ivi esaminate, rappresentate non già da ipotesi in cui si richiedeva genericamente un ulteriore sconto rispetto al prezzo stabilito in sede di aggiudicazione, bensì da casi in cui la procedura di aggiudicazione prescelta era la trattativa privata, ovvero casi in cui si era verificato un significativo mutamento dopo la presentazione delle offerte. Con particolare riguardo alla sentenza del T.A.R. Campania, Sez. I, 9 marzo 1999, n. 681 (cit. in nota 419) il Consiglio di Stato rileva che la fattispecie ivi considerata è stata giustificata dalla considerazione, in presenza di condizioni di prezzo "evidentemente fuori mercato", di non ricorrere, dopo l'aggiudicazione, al pur legittimo "annullamento della gara con contestuale indicazione di una nuova procedura", avvalendosi della manifestata disponibilità dell'aggiudicatario a riequilibrare le condizioni del rapporto, "al fine di impedire il travolgimento della intera gara" qualora il nuovo prezzo (non ritenuto "anormalmente basso") trovi la sua giustificazione in un "significativo mutamento di mercato verificatosi dopo la presentazione delle offerte". E ciò - si osserva nel parere - «costituisce una situazione anomala, in ogni caso non riconducibile allo specifico oggetto del quesito, relativo invece alla legittimità o meno della "prassi diffusa" di richiedere, da parte delle Amministrazioni aggiudicatrici, la disponibilità del fornitore aggiudicatario a concedere un (ulteriore) sconto sul prezzo di aggiudicazione». La pronuncia del TAR Campania, è stata segnalata, tra gli altri, da G. PIAZZALUNGA, *E' legittima la trattativa privata instaurata dall'Amministrazione con l'aggiudicatario provvisorio di una gara d'appalto, volta alla rinegoziazione dell'offerta presentata?* cit., p. 168, secondo cui, però, la sentenza, data la peculiarità del caso analizzato, non intacca la validità del principio generale del divieto di rinegoziazione successivamente all'aggiudicazione della gara, poiché l'orientamento, seguito anche dalle istituzioni europee, sembra assestato su posizioni forte rigore verso il rispetto dei principi di imparzialità e concorrenza.

⁴²⁷ Condizione *sine qua non* per l'adeguamento del contratto alle circostanze sopravvenute è la preventiva indicazione di una tale eventualità nel bando di gara ovvero nella lettera di invito: v., per tutte, Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2004, n. 2969, cit. Non è però chiaro se ciò sia sufficiente, oppure se questa prescrizione debba essere ulteriormente prevista nel contratto. Sul punto, v. anche T.A.R. Campania-Salerno, sez. II, 31 marzo 2005 n. 352, cit., che, in ordine al potenziale contrasto tra la clausola che prevede l'adeguamento del contratto alle circostanze sopravvenute ed i principi civilistici in tema di immodificabilità del prezzo contrattuale e di irrevocabilità del consenso, giudica infondate le relative censure, poiché, posto il carattere consensualmente disponibile dei principi richiamati, «la previsione della *lex specialis* oggetto di gravame è destinata ad essere consacrata, una volta individuato il soggetto aggiudicatario, nel testo contrattuale, trovando così fondamento per il suo concreto operare nella volontà negoziale espressa dalle parti stipulanti».

⁴²⁸ Si evidenzia, infatti, che la sussistenza di un interesse meritevole di tutela sotteso alla ammissibilità di una clausola di rinegoziazione, legittimerebbe la modifica del rapporto contrattuale anche in assenza di una espressa previsione di tale possibilità nel bando di gara. Sul punto, comunque, v. *infra*, par. 3.6, spec. nota 467.

condizioni negoziali inizialmente pattuite⁴²⁹. Infine, all'obiezione secondo cui la configurabilità di una modificazione delle condizioni contrattuali in corso di esecuzione indurrebbe le imprese concorrenti, in sede di gara, a fare offerte elevate o comunque tali da inglobare nelle offerte il rilievo economico del successivo meccanismo, con conseguente svantaggio per le stazioni appaltanti, si replica che l'alternativa prospettabile, rappresentata dalla «permanente incomunicabilità tra le condizioni contrattuali ed il divenire della situazione di mercato», pur fugando alcuni inconvenienti, reca con sé quelli, non meno seri, correlati alla necessità per la stazione appaltante di corrispondere per l'intera durata della fornitura un prezzo non più congruo rispetto all'evoluzione del mercato⁴³⁰.

⁴²⁹ V., in particolare, Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2004, n. 2969, cit. Ad avviso dei giudici, «[l]a clausola che attribuisce al fornitore la scelta se ricondurre il prezzo della fornitura al nuovo valore di mercato o di recedere dall'obbligo di continuare a fornire il prodotto al nuovo prezzo, quindi, non costituisce un obbligo a rinegoziare i prezzi in precedenza pattuiti, ma rappresenta invece un sistema di adeguamento del prezzo alla nuova realtà del mercato. Come tale, si tratta di uno strumento che, sotto il profilo del diritto amministrativo, non altera le condizioni iniziali nelle quali si è svolta la gara né incide sulla *par condicio* tra i concorrenti posto che tutti [i partecipanti, se aggiudicatari] si troverebbero nella medesima situazione ove si verificasse la condizione prevista dalla clausola contrattuale». In senso analogo, va segnalata la decisione del Consiglio di Stato, 25 marzo 2003, n. 1544, cit., che esclude la lesione del principio della *par condicio* allorché l'Amministrazione appaltante si avvalga di una clausola della lettera di invito (e dello schema di contratto ad essa allegato) in cui sia chiaramente prevista la facoltà di modificare il prezzo dell'appalto (in positivo o in negativo) in caso di nuove disposizioni (nella specie aumento delle tariffe) da parte dell'autorità. In tali casi, infatti, non si ravvisa alcun comportamento lesivo del principio della gara, ben potendo ciascun concorrente, una volta risultato aggiudicatario, beneficiare dell'adeguamento della tariffa, in applicazione della stessa disciplina a cui la P.A. si era autovincolata in sede di gara.

⁴³⁰ T.A.R. Campania-Salerno, sez. II, 31 marzo 2005 n. 352, cit. Inoltre, precisa il TAR, con le previsioni volte a disciplinare le eventuali sopravvenienze non si propongono i rischi connessi alle ipotesi di rinegoziazione analizzate dalla giurisprudenza contraria alla sua ammissibilità e, in particolare, quelli correlati all'incidenza negativa che l'abbassamento del prezzo è suscettibile di determinare sulla qualità del prodotto oggetto di fornitura: «premesso che l'anomalia dell'offerta ruota intorno al suo presentare carattere "anormalmente basso rispetto alla prestazione" (art. 19, comma 2, d.lgs 24 luglio 1992 n. 358), e non potendosi contestare che l'introduzione di un farmaco generico determini l'oggettiva diminuzione del valore di mercato della corrispondente specialità medicinale (la "prestazione" di cui alla norma citata), va osservato che l'allineamento al prezzo del generico del corrispettivo della fornitura reca in sé gli antidoti all'acquisizione da parte del prezzo così rimodulato dei suddescritti connotati di anomalia, impedendo quindi che esso risulti sintomatico del decadere della qualità del prodotto da fornire e mirando invece a ristabilire un corretto equilibrio tra l'oggettivo valore della "prestazione" ed il corrispettivo che per conseguirla è tenuta a pagare l'amministrazione» (*op. cit.*, p. 10).

3.5. La rinegoziazione dei contratti ad evidenza pubblica nella dialettica tra autonomia negoziale e tutela degli interessi pubblici. L'impossibilità di accedere a soluzioni univoche. Necessità di una valutazione in concreto circa l'effetto sortito dalla negoziazione sull'assetto complessivo della gara. La delimitazione dell'ambito applicativo dell'istituto: presupposti e limiti. Le sopravvenienze: la distinzione tra modifiche anteriori e successive alla stipula del contratto.

I risultati interpretativi cui è pervenuta la giurisprudenza amministrativa, in merito alla configurabilità della rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica, devono essere analizzati alla luce dell'elaborazione che l'istituto ha avuto in ambito internazionale e civilistico, al fine di verificare se i giudici amministrativi applicano le medesime regole, ovvero se muovono da concetti diversi⁴³¹.

Anzitutto, non è opportuno accogliere soluzioni univoche che propendano astrattamente per l'ammissibilità o la negazione dell'istituto⁴³²; in caso contrario, non si tiene conto di tutti gli interessi coinvolti, si afferma *a priori* la prevalenza di alcuni di essi e si

⁴³¹ In questo senso, si esprime, V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1923. V. anche A. RALLO, *Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi dei provvedimenti*, cit., p. 302, il quale sottolinea la permanente esigenza di coniugare le regole della consensualità con quelle della funzionalizzazione e finalizza la propria indagine alla valutazione di un aspetto di tale compatibilità, costituito dalla necessità di verificare se nell'agire negoziale dell'amministrazione si possa rinvenire un generale divieto di "congelare" la disciplina del rapporto consensuale al quale l'amministrazione sia in precedenza pervenuta. L'Autore si interroga, dunque, sulla sussistenza di un obbligo di lasciare esposto il rapporto alla "intrinseca dinamicità degli interessi" (pubblici e privati), pur nel rispetto dei principi dell'affidamento e del diritto all'adempimento, propri dei rapporti convenzionali di durata. L'obiettivo da perseguire è l'individuazione del limite connesso all'applicazione di una clausola *rebus sic stantibus*, idonea a lasciare aperta la dialettica consensualizzazione degli interessi, che costituisce – si osserva – «il *proprium* dell'azione amministrativa per accordi» (*op. cit.*, p. 303).

⁴³² Cfr. A. RALLO, *op. cit.*, p. 323, secondo il quale l'esclusione di ogni possibile rinegoziazione dell'accordo al mutare dell'interesse pubblico si risolverebbe in un «assurdo logico e giuridico». Sia pure con riferimento agli accordi sostitutivi dei provvedimenti, si evidenzia che la considerazione secondo cui "il più contiene il meno" porta ad escludere che l'espressa previsione del potere di risoluzione attribuito alla p.a., quale esplicazione del potere di riesame, non contenga al suo interno spazi per affermare anche una potestà di rinegoziazione. Sul punto, anche G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., p. 245 ss. che, in ordine agli accordi amministrativi, rileva l'illogicità di una aprioristica esclusione della rinegoziazione, considerando che il più delle volte per rispondere alle esigenze sopravvenute di pubblico interesse non è necessaria l'estinzione del rapporto, ma sarebbe sufficiente una sua semplice modificazione. Tra l'altro, si osserva, si tratta di un'esigenza molto diffusa, soprattutto nelle fattispecie contrattuali di lunga durata e l'esperienza pratica testimonia questa conclusione, particolarmente in tema di concessioni di pubblico servizio, ove si è spesso dovuto adattare l'assetto contrattuale alla diversa evoluzione fattuale: ad esempio, in tema di concessione trentennale di metanizzazione, ove si è dovuto talvolta decuplicare gli impianti ed il servizio, originariamente pattuiti.

prescinde dal valutare la possibilità di procedere al loro bilanciamento⁴³³. Il pericolo di confondere il piano negoziale con quello autoritativo, nonché la varietà delle situazioni soggettive e degli interessi coinvolti inducono, però, ad assumere un atteggiamento di cautela. La soluzione preferibile, anticipando parzialmente i risultati della presente ricerca, sembra essere la seguente: le condizioni contrattuali non possono essere modificate, conformemente, tra l'altro, alla previsione dell'art. 1372 c.c., salvo che ricorrano specifici presupposti e condizioni.

La questione deve essere esaminata, oltre che con riferimento ai principi della trasparenza e della concorrenza, anche alla luce dei criteri di efficienza e di economicità, dai quali la pubblica amministrazione, in ossequio al principio del buon andamento, non può tenersi indenne. Proprio dalla dialettica tra questi principi la rinegoziazione può assumere una diversa dignità di ruolo, rispetto agli orientamenti in precedenza illustrati, reputandosi legittima ogni volta che, nel bilanciamento degli interessi, integra una soluzione adeguata⁴³⁴. La legittimità o meno della rinegoziazione, pertanto, andrà verificata in concreto dai giudici, i quali dovranno stabilire se dalla stessa deriva una violazione delle regole di concorrenza e di *par condicio*, senza che ad un tale risultato si possa pervenire in maniera meccanica ed automatica per il solo fatto che c'è stata rinegoziazione⁴³⁵.

⁴³³ Sulla necessità del bilanciamento, v. *retro*, par. 2.8. Cfr., anche A. RALLO, *Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi dei provvedimenti*, cit., p. 324, il quale ritiene che se l'art. 11, comma 1, ammette un principio generale di negoziabilità del potere amministrativo, escludere un potere di rinegoziazione negherebbe la premessa, cioè la conciliabilità e componibilità di interessi pubblici e privati nello strumento consensuale e la progressiva tendenza all'affermazione di moduli di "dialogo" tra amministrazione e privato. Con le ulteriori conseguenze: di un inutile violazione dell'affidamento dei contraenti privati nei confronti di quelli pubblici e di un aggravamento del procedimento, nonché dei tempi per la tutela degli interessi sopravvenuti. Per altro verso, la progressiva diffusione del fenomeno rinegoziativo nella prassi induce a non rifiutare aprioristicamente la sua introduzione nel sistema, bensì a vagliarne la compatibilità con i principi dell'ordinamento, tenendo conto del fatto che il diritto evolve in base alle spinte e agli stimoli che provengono dalla prassi; in questo senso, si sottolinea che «Teoria e pratica» non devono «guardarsi da lontano con un senso di rispetto reverenziale l'una verso l'altra [...] (bensì) ricostituire la loro unità» (G. AMORE, *Appalto e claim*, cit., p. 234 che riprende le osservazioni di G. ALPA, *L'arte del giudicare*, Roma, 1996, p. 147).

⁴³⁴ In questo senso, tra gli altri, G. PALLIGIANO, *La rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit.

⁴³⁵ Così, A. MARRA, *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giurisdizione*, cit., p. 1166. A tal fine, si reputa necessario distinguere tra clausole essenziali del contratto (ad esempio, quelle relative al prezzo) e clausole marginali: nel primo caso l'amministrazione non può liberamente modificare la clausola in quanto andrebbe ad incidere indirettamente sulla *par condicio competitorum*; nel secondo caso, invece, l'amministrazione, anche successivamente all'aggiudicazione, potrebbe valutare più funzionale all'interesse pubblico primario la stipulazione di una transazione piuttosto che la risoluzione del contratto. In particolare, l'autore evidenzia come nell'esame della controversia commentata il Consiglio di Stato (sentenza n. 4167 del 14 luglio 2003) ha omesso, erroneamente, di valutare in concreto l'essenzialità o meno della clausola successivamente rinegoziata (si trattava di una clausola dei patti parasociali concernente l'inalienabilità per cinque anni della proprietà azionaria), optando per una soluzione radicale secondo la quale, in sostanza, la modifica delle condizioni

Sul piano metodologico, si ritiene di dover utilizzare, anche nel settore dei contratti ad evidenza pubblica, la nozione di rinegoziazione elaborata in ambito civilistico, cioè la modifica del regolamento contrattuale rispetto alle circostanze sopravvenute, in funzione della conservazione dell'originario equilibrio contrattuale⁴³⁶. E' necessario che si riscontri un evento sopravvenuto, idoneo ad alterare l'equilibrio economico-giuridico determinato al momento della stipulazione del contratto⁴³⁷. In assenza di questi presupposti non può parlarsi, in senso stretto, di rinegoziazione; in realtà, si potrebbe far riferimento all'istituto anche in assenza di un evento sopravvenuto, purché si abbia la consapevolezza che si è al di fuori dei confini del fenomeno in precedenza illustrato e che, pertanto, l'espressione impiegata avrebbe una valenza esclusivamente descrittiva.

Se questa premessa si ritiene valida è possibile esprimere una prima considerazione in ordine all'orientamento giurisprudenziale che si è definito come prevalente, contrario in via generale alla configurabilità dell'istituto in ambito pubblicistico. I giudici amministrativi escludono la possibilità che, sia nel corso della procedura di gara sia successivamente all'aggiudicazione, l'amministrazione possa accordarsi con il privato per modificare talune delle condizioni predeterminate al momento dell'indizione della gara stessa. Nelle controversie esaminate, però, non veniva in rilievo un problema di sopravvenienze, idonee ad incidere sull'assetto programmato al momento dell'aggiudicazione; si trattava, per lo più, di ipotesi in cui la modifica di rilevanti condizioni contrattuali prima della stipula del contratto (cioè, in corso di gara), era dettata da ragioni di opportunità o convenienza e, comunque, in relazione a circostanze che non erano sopravvenute nella fase esecutiva del rapporto contrattuale, bensì erano manifeste sin dall'inizio⁴³⁸. Questa circostanza fa

contrattuali è sempre illegittima. Invece, i giudici avrebbero dovuto verificare il carattere determinante della clausola sotto un duplice profilo: anzitutto, sarebbe stato necessario valutare la rilevanza della clausola rispetto alla predisposizione dell'offerta da parte del privato e, in caso di esito positivo, se essa abbia in concreto influito nella scelta del contraente migliore da parte della p.a.; in secondo luogo, attraverso l'interpretazione della volontà delle parti, sarebbe stato necessario considerare la rilevanza di una clausola di tal fatta nel contesto del regolamento contrattuale.

⁴³⁶ V. *retro*, par. 2.5.

⁴³⁷ Come già rilevato (v. *retro*, cap. II, spec. par. 2.1 e 2.2), diverse sono le variabili da tenere in debita considerazione e da bilanciare nell'esecuzione del contratto. Tra gli eventi successivi alla stipula che incidono in vario modo sullo svolgimento e/o sui costi dell'opera è sufficiente pensare alle oscillazioni dei prezzi di mercato di un determinato bene, o in generale, alle varianti in corso d'opera, al ritardo dei fornitori, alle difficoltà imprevedute, alla scoperta di condizioni fisiche del suolo diverse da quelle riscontrate in sede di verifica preventiva e documentate nel contratto o ad un loro mutamento.

⁴³⁸ V., ad esempio, Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, cit. in cui la p.a. aveva pattuito con l'aggiudicatario una riduzione dell'offerta rispetto a quella originariamente presentata; T.A.R. Lazio-Roma,

dubitare della stessa riconducibilità di quelle fattispecie al fenomeno rinegoziativo e induce ad affermare che l'indirizzo in esame si è sviluppato sulla base di un «erroneo presupposto interpretativo»⁴³⁹, là dove ha qualificato in termini di rinegoziazione anche quegli accordi che intercorrono tra parte privata e amministrazione in assenza di una specifica sopravvenienza contrattuale.

In secondo luogo, si deve osservare che la premessa logica su cui si fonda il c.d. divieto di rinegoziazione delle offerte è la natura inderogabile ed imperativa delle regole sull'evidenza pubblica, poste a tutela della concorrenza e del mercato⁴⁴⁰. Ciò implica una duplice conseguenza: da un lato, non vi è spazio per l'autonomia negoziale della pubblica amministrazione al di fuori di ciò che stabilisce tale normativa e, dall'altro, un eventuale accordo raggiunto senza il rispetto di tali regole è nullo. Dunque, la modifica delle condizioni contrattuali definite all'esito della procedura selettiva si traduce in una elusione delle disposizioni che presiedono alla fase di scelta del contraente⁴⁴¹.

sez. I *bis*, 11 luglio 2006, n. 5766, cit.; T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *bis*, sent. 24 febbraio 2005, n. 1467, cit., ove emerge l'esistenza di diritti di privativa industriale su una parte della fornitura.

⁴³⁹ V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1924, secondo il quale le ipotesi non riconducibili in senso stretto al fenomeno rinegoziativo, devono essere risolte secondo le regole generali di disciplina della esecuzione dei contratti di evidenza pubblica, valutandosi in questo contesto se le modificazioni concordate violino o meno le regole della concorrenza, senza che ciò possa implicare un giudizio negativo sull'istituto della rinegoziazione nel suo complesso. Nello stesso senso, ID., *Questioni attuali sul contratto*, cit., p. 231. V. anche A. RALLO, *Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi dei provvedimenti*, cit., p. 329, secondo il quale la questione generale delle sopravvenienze costituisce il punto di partenza della potestà di riesame del proprio operato da parte dell'amministrazione, comune sia alla sfera autoritativa che a quella consensuale: unicamente con il sorgere di interessi sopravvenuti, infatti, nell'amministrazione può sorgere il potere-dovere di apprezzare la "realtà vera" ed esercitare, nei limiti delle proprie attribuzioni, tutti i poteri riconosciuti dall'ordinamento in vista della funzionalizzazione dei suoi scopi. Peraltro, questa conclusione – o quanto meno la diversità tra le ipotesi esaminate dai diversi orientamenti giurisprudenziali – sembra trovare una conferma anche nel parere reso dal Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione Speciale del 12 ottobre 2001, cit., ove si evidenzia che i precedenti giurisprudenziali citati per suffragare l'ammissibilità della rinegoziazione si riferiscono ad ipotesi in cui l'azione amministrativa non è irrigidita in uno schema *stricto sensu* concorsuale (trattativa privata, ancorché preceduta da una c.d. preselezione informale), oppure ipotesi in cui sono state concordate modifiche delle condizioni contrattuali al fine di riequilibrare il rapporto in conseguenza di un significativo mutamento di mercato verificatosi dopo la presentazione delle offerte. Pertanto, osserva il Consiglio di Stato «si tratta di situazioni anomale, in ogni caso non riconducibili allo specifico oggetto del quesito, relativo invece alla legittimità o meno della "prassi diffusa" di richiedere, da parte delle Amministrazioni aggiudicatrici, la disponibilità del fornitore aggiudicatario a concedere un sconto sul prezzo di aggiudicazione».

⁴⁴⁰ La considerazione è espressa, tra gli altri, da V. LOPILATO, *Questioni attuali sul contratto*, cit., p. 230, nonché da B. MARCHETTI, *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 506, secondo la quale questa premessa condiziona tutti i passaggi dell'argomentazione dei giudici amministrativi e, in particolare, della pronuncia del Consiglio di Stato n. 6281 del 13 novembre 2002.

⁴⁴¹ In altre parole, la giurisprudenza prevalente manifesta il timore che una sovrapposizione tra il potere di rinegoziazione e i meccanismi ad evidenza pubblica di scelta del contraente provochi l'aggiornamento delle regole sulla *par condicio* e sulla trasparenza della procedura, là dove la rinegoziazione implichi il mutamento

Sembra corretto affermare - argomentando *a contrario* - che là dove si dimostri che la rinegoziazione non comporta la violazione della concorrenza e della *par condicio*, vengono meno gli ostacoli alla configurabilità dell'istituto⁴⁴².

Il carattere vincolante e cogente delle norme sull'evidenza pubblica costituisce un dato di partenza certamente condivisibile: non vi è alcun dubbio, infatti, che l'amministrazione sia tenuta al rispetto di regole di diritto pubblico quando vuole stipulare un contratto. Il problema consiste nel verificare «in che modo le regole pubblicistiche sulla formazione del contratto coesistono e si conciliano con la disciplina civilistica pure applicabile al contratto vero e proprio, e dunque, con una sfera di autonomia negoziale che l'ordinamento assegna all'ente appaltante»⁴⁴³. Sotto questo profilo, si rileva che l'Amministrazione agisce come autorità ed è soggetta alle regole di diritto pubblico, in ordine al momento di scelta del contraente e di individuazione degli elementi essenziali del contratto, ma, una volta effettuata tale scelta, si apre una fase regolata dal diritto civile in cui la p.a. «*dismette* la veste di autorità ed è in condizione di esercitare poteri negoziali di natura civilistica»⁴⁴⁴. La premessa sopra indicata, del tutto condivisibile, deve essere verificata in concreto proprio su questo aspetto: occorre, cioè, valutare se vi siano spazi in cui la rinegoziazione si configura come legittima esplicazione di poteri negoziali, tali da escludere il pregiudizio per l'interesse economico contabile dell'amministrazione e l'interesse alla *par condicio* e alla concorrenza tra le imprese partecipanti alla gara.

delle condizioni di fatto sulla cui base si è pervenuti alla conclusione del procedimento di aggiudicazione, falsando così l'andamento della procedura di gara.

⁴⁴² Secondo A. MARRA, *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giurisdizione*, cit., p. 1165, sono comprensibili e fondate le preoccupazioni manifestate dalla giurisprudenza in ordine alle possibili distorsioni delle regole di concorrenza se la rinegoziazione ha ad oggetto una clausola essenziale. La soluzione contraria alla configurabilità dell'istituto, categorica e coerente con la funzione della procedura ad evidenza pubblica, finalizzata all'individuazione del miglior contraente possibile, parrebbe essere quella più corretta: se fosse sempre possibile rinegoziare il prezzo in un momento successivo all'aggiudicazione verrebbe modificato *ex post* un elemento che *ex ante* si è rivelato decisivo per la scelta dell'offerta migliore. Al contempo, però, si ritiene che questo indirizzo, elaborato forse più per scoraggiare una "cattiva abitudine" dell'amministrazione, che non per stabilire una regola valida in assoluto, dovrebbe essere temperato nei casi in cui la rinegoziazione al ribasso non appare in concreto lesiva del *par condicio competitorum* (es. Cons. Stato, 13 novembre 2002, n. 6281, cit.), e pertanto dovrebbe essere consentito all'amministrazione di negoziare condizioni contrattuali più vantaggiose. In altre parole, «l'affermazione di un divieto assoluto di rinegoziare il prezzo dell'offerta non sembra del tutto appagante, ché anzi parrebbe essere una soluzione un po' troppo sbrigativa».

⁴⁴³ Così, letteralmente, B. MARCHETTI, *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 506.

⁴⁴⁴ B. MARCHETTI, *op. cit.*, p. 507.

Quindi, è necessario valutare l'effetto sortito dalla negoziazione sull'assetto complessivo della gara⁴⁴⁵: in quest'ottica, non dovrebbe essere negata la possibilità di rinegoziare le condizioni contrattuali allorché, senza alterare l'esito della procedura di evidenza pubblica, sia idonea a far conseguire all'amministrazione condizioni contrattuali più vantaggiose per la realizzazione dell'interesse pubblico⁴⁴⁶.

Si devono distinguere le ipotesi in cui la modifica delle condizioni contrattuali interviene anteriormente alla conclusione dell'*iter* procedimentale – cioè, quando la procedura di gara è ancora aperta - rispetto a quelle poste in essere successivamente, nel corso della fase esecutiva del rapporto contrattuale⁴⁴⁷. Nelle procedure per l'affidamento

⁴⁴⁵ Così, B. MARCHETTI, *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 507. Secondo l'Autrice, l'atteggiamento restrittivo dell'orientamento prevalente non può essere accolto almeno con riguardo alle ipotesi in cui la rinegoziazione può risolversi in favore della pubblica amministrazione, dato che, in questi casi, non falserebbe le regole della concorrenza: l'impresa non aggiudicataria, si osserva, si è già «giocata le sue chances infruttuosamente, e la mancata aggiudicazione del contratto a suo favore è determinata dall'equilibrio iniziale delle offerte vagliate dalla commissione» (*op. cit.*, p. 507). Peraltro, la negazione del potere di rinegoziazione in questi casi sarebbe paradossale, poiché se l'Amministrazione avesse aggiudicato al prezzo maggiore originariamente proposto dalla controinteressata l'aggiudicazione sarebbe legittima; diversamente, avendo l'amministrazione aggiudicato ad un prezzo inferiore, con evidente vantaggio per l'interesse finanziario dell'azienda appaltante, si verificherebbe un contrasto rispetto ad una disciplina imperativa, tale da determinare l'annullamento dell'intera procedura di gara e la nullità del successivo contratto. La situazione sarebbe ancora più paradossale «dal punto di vista del controinteressato, il quale, in via negoziale ha concordato una diminuzione del corrispettivo del servizio, con conseguente minor vantaggio economico, ma per la stessa ragione ha poi finito per soccombere in giudizio, ciò che non sarebbe accaduto se avesse ottenuto l'aggiudicazione del contratto al prezzo originariamente offerto».

⁴⁴⁶ In effetti, se è vero che l'amministrazione non può aggirare con strumenti privatistici le regole inderogabili e imperative poste a tutela della scelta del contraente migliore (con una modifica delle condizioni contrattuali che mortifichi la funzione del procedimento ad evidenza pubblica), è altrettanto vero che la p.a. può, anzi deve perseguire il pubblico interesse, anche con strumenti privatistici, con il minor sacrificio possibile di altri interessi, tra i quali rileva quello finanziario: così, A. MARRA, *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giurisdizione*, cit., p. 1166. Secondo B. MARCHETTI, *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 508, è necessario prendere in considerazione l'interesse della p.a., facendo le dovute distinzioni tra aggiustamenti del prezzo in diminuzione o in aumento; in questo senso la negazione di ogni possibilità di modifica delle condizioni contrattuali di affidamento di un servizio, di una fornitura o di realizzazione di un'opera, sia prima che dopo l'aggiudicazione, senza distinzione alcuna in ordine all'effetto di aumento o diminuzione, dovrebbe essere riconsiderata, dal momento che non tiene nel debito conto né i concreti effetti (ipoteticamente distorsivi) che si determinano rispetto all'interesse della gara, né l'interesse dell'Amministrazione ad aggiudicare il contratto a condizioni più vantaggiose.

⁴⁴⁷ Così, tra gli altri, S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della Pubblica Amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, cit., p. 501 ss. In giurisprudenza, sulla rilevanza della distinzione tra la fase di svolgimento della gara e quella successiva, al fine di ammettere la rinegoziazione nella fase esecutiva del rapporto, v. T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 9 marzo 1999, n. 681 cit. e T.A.R. Puglia, 7 aprile 1999 n. 247, cit. *Contra*, nel senso della illegittimità della rinegoziazione sia prima che dopo l'aggiudicazione, Cons. Stato, 13 novembre 2002, n. 6281, cit. Di peculiare interesse, perché sintomatica della difficoltà di accedere a soluzioni univoche è la decisione del Consiglio di Stato n. 4167 del 14 luglio 2003, cit.: il Collegio, infatti, in un primo momento afferma che «la revisione pattizia delle condizioni di contratto (che prescinda da qualsiasi difetto di funzionamento del sinallagma) si rivela estranea alla fase esecutiva del rapporto [ed inerte] alla procedura di affidamento»; successivamente, si osserva che, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame - cessione di

degli appalti pubblici, ad una fase pubblicistica, finalizzata alla selezione del concorrente che fa l'offerta migliore, segue una fase privatistica attinente all'esecuzione del contratto⁴⁴⁸. In ordine al passaggio dall'una all'altra fase, è opinione diffusa che la stipulazione del contratto individua il momento in cui sorge il vincolo negoziale, ovvero l'inizio della fase privatistica⁴⁴⁹, mentre l'aggiudicazione (definitiva) della gara rappresenta il momento in cui attraverso un atto -che è ancora un atto amministrativo e non negoziale- si realizza in concreto una lesione a carico dei concorrenti esclusi⁴⁵⁰. Sembra, comunque, che il

proprietà azionaria, ovvero dismissione di imprese pubbliche - ai fini dell'ammissibilità della rinegoziazione, non ha pregio la considerazione circa la distinzione tra fase di aggiudicazione e fase esecutiva, giacché, «a differenza che negli appalti, non è configurabile ontologicamente alcuna possibilità di distinguere una fase esecutiva posto che il procedimento finalizzato alla cessione del bene o dell'impresa esaurisce i suoi effetti con la stipula del contratto di vendita (che produce i relativi e definitivi effetti traslativi della proprietà)». La pronuncia fa emergere due aspetti: la possibilità di accedere ad una diversa conclusione nel caso di difetto funzionale del sinallagma, come nell'ipotesi di sopravvenienza; in secondo luogo, la rilevanza della distinzione tra fase c.d. pubblicistica e fase c.d. privatistica in materia di appalti pubblici. Di là dalle peculiarità dei contratti pubblici, la necessità di distinguere, ai fini della legittimità del rimedio della revisione, a seconda che il contratto sia entrato o meno nella fase esecutiva, è ben evidenziata da P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., p. 412 ss.

⁴⁴⁸ V. T.A.R. Puglia, sez. I, 22 dicembre 2008, n. 2932, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, 211. Sulla possibilità di procedere alla distinzione tra le due fasi anche in relazione a contratti diversi dagli appalti pubblici, in particolare in ordine alle procedure di privatizzazione sostanziale, cfr. A. MARRA, *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giurisdizione*, cit., p. 1170 ss. Anche in una procedura di dismissione di un'impresa pubblica - osserva l'Autore - è possibile rintracciare due fasi. Il fatto che il procedimento di dismissione sia finalizzato alla cessione di un bene e che il contratto così stipulato sia un contratto ad effetti reali, traslativo della proprietà, non esclude la possibilità di individuare due momenti diversi quanto al loro scopo e alla loro disciplina: nella fase pubblicistica, l'amministrazione deve selezionare il contraente migliore; in quella privatistica, attraverso l'adempimento delle obbligazioni, essa realizza il soddisfacimento dell'interesse pubblico di cui è portatrice o del suo particolare interesse "di parte". «Il contratto», dunque, «rimane uno strumento neutro rispetto all'interesse perseguito».

⁴⁴⁹ Cfr. Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, determinazione del 2 ottobre 2002, n. 24 in *Urbanistica e appalti*, 2002, p. 1389. In dottrina, per tutti, v. V. TAGLIAFERRI, *Redazione e forma del contratto*, in G. ALPA, G. CONTE, V. Di GREGORIO, A. FUSARO, U. PERFETTI (a cura di), *La disciplina dell'appalto tra pubblico e privato*, cit., p. 203 ss. In giurisprudenza, Cons. Stato, sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3989, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Contratti della p.a.*, n. 759, ove, per giustificare l'esercizio del potere di revoca dell'aggiudicazione, al fine di procedere alla modifica delle regole per la selezione del soggetto contraente, si afferma che: «la fase di scelta del contraente culmina nell'aggiudicazione, quale atto unilaterale dell'amministrazione che però non perfeziona il contratto e che la stipulazione del contratto è invece momento costitutivo delle obbligazioni contrattuali, in cui le volontà delle parti si incontrano; fino alla stipula del contratto, dunque, il procedimento di evidenza pubblica ha carattere unitario»; Cons. Stato, sez. IV, 19 luglio 2004, n. 5183, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2004, 1015. Cfr. anche Cons. Stato, 25 settembre 2002, n. 4895, in *Cons. Stato*, 2002, I, p. 1961 ss., ove si afferma che la stipula del contratto, che non attiene alla fase di scelta, né a quella di instaurazione del rapporto obbligatorio tra le parti, rappresenta lo spartiacque fra la fase pubblicistica del contratto quella paritetica di esecuzione.

⁴⁵⁰ In giurisprudenza, sulla distinzione tra aggiudicazione provvisoria e definitiva, in quanto la prima ha natura endoprocedimentale e, quindi, è inidonea a produrre la definitiva lesione dell'interesse dei concorrenti non risultati vincitori a divenire tali, mentre la seconda costituisce un apprezzamento autonomo della p.a., presupponendo sempre una rinnovata valutazione dei fatti, delle norme e delle circostanze inerenti al procedimento di gara, di recente, Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2007, n. 5925, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratti pubblici*, n. 1125; Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2009, n. 526, cit.; Cons. Stato, sez. V, 14 novembre 2008, n. 5691, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 3037 (m); Cons. Stato, sez. VI, 3 ottobre 2007, n. 5107, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratti pubblici*, n. 550; Cons. Stato, sez. VI, 25 settembre 2007, n. 4937, *ivi*, 2008, *Giustizia*

legislatore abbia posto fine al relativo dibattito, là dove ha espressamente escluso che l'aggiudicazione definitiva equivalga ad accettazione dell'offerta. Precisamente, l'art. 11 del Codice dei contratti pubblici dispone che al termine della procedura di affidamento è dichiarata l'aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente e, successivamente alla verifica di quest'ultima, la stazione appaltante provvede all'aggiudicazione definitiva, la quale, però, non equivale ad accettazione dell'offerta. Divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva (dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti), e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi previsti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro sessanta giorni⁴⁵¹. Si conferma, così, che la stipulazione del

amministrativa, n. 338; Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 2007, n. 484, *ivi*, 2007, *Contratti pubblici*, n. 1105; Cons. Stato sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6456, *ivi*, 2006, *Contratti della p.a.*, n. 762; Cons. Stato, sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5360, *ivi*, 2006, *Contratti della p.a.*, n. 603; T.A.R. Campania, sez. Salerno, sez. I, 26 aprile 2007, n. 468, in *Ragusan*, 2009, fasc. 297, 91. In dottrina, tra gli altri, v. G.M. ESPOSITO, *Gli appalti pubblici di lavori*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, cit., p. 853 ss.; M. GATTI, *Aggiudicazione provvisoria e definitiva: una distinzione attuale?*, in *Riv. trim. app.*, 2003, 163 ss.; P. SANTORO, *Aggiudicazione provvisoria e definitiva del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, p. 1309 ss.; S.S. SCOCA, *Aggiudicazione e contratto: la posizione dell'adunanza plenaria* (Nota a C. Stato, Ad. plen., 21 novembre 2008, n. 12, e C. Stato, Ad. plen., 30 luglio 2008, n. 9), in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, p. 3286. Nel senso che il verbale di aggiudicazione provvisoria segna il momento in cui la valutazione comparativa delle offerte si è conclusa, B. MARCHETTI, *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 508: l'azienda appaltante, si afferma, mantiene un potere discrezionale in ordine alla decisione di procedere o meno alla successiva aggiudicazione definitiva, ma, con riguardo al confronto tra le offerte concorrenti, l'eventuale destinatario dell'aggiudicazione non può che essere quello già selezionato, e non un diverso concorrente. Per questo motivo l'attività di rinegoziazione successiva all'aggiudicazione provvisoria non integrerebbe una violazione della *par condicio competitorum*. Diversamente, per la natura infraprocedimentale del verbale di aggiudicazione provvisoria, data la permanenza di un ambito di valutazione discrezionale in capo alla p.a., G. PIAZZALUNGA, *E' legittima la trattativa privata instaurata dall'Amministrazione con l'aggiudicatario provvisorio di una gara d'appalto, volta alla rinegoziazione dell'offerta presentata?* cit., p. 165, secondo cui, non essendo l'Amministrazione vincolata all'esito del verbale di aggiudicazione provvisoria, almeno in ordine all'*an* di procedere al contratto definitivo, ad essa residua un margine di discrezionalità nel valutare l'opportunità di dare seguito all'indicazione contenuta nel verbale stesso o di ripetere l'intera gara. Per questo, l'eventuale trattativa con la società aggiudicataria provvisoria alterare l'esito definitivo della procedura. Di qui, la seguente conclusione: laddove residui, in capo all'Autorità pubblica, un margine, pur esiguo, di discrezionalità in ordine all'aggiudicazione della gara d'appalto, questa non può dirsi conclusa e nessuna trattativa può legittimamente essere avviata con uno solo dei partecipanti, poiché astrattamente idonea ad alterare, in maniera sperequata, l'esito della procedura concorsuale; se, invece, la trattativa interviene in un momento successivo (dopo l'aggiudicazione definitiva), inerisce al profilo contrattualistico del rapporto e non comporta la violazione del principio della *par condicio* tra i partecipanti. Sull'individuazione del momento in cui il contratto con una p.a. può considerarsi concluso cfr. M. GALLI, *Conclusione del contratto e responsabilità precontrattuale della p.a. nelle decisioni dei giudici ordinari e amministrativi* (nota a Trib. Isernia, 2 novembre 2005), in *Riv. giur. del Molise e del Sannio*, 2005, p. 66 ss., spec. p. 69; sul punto, v. anche ID., *Attività contrattuale della Pubblica Amministrazione e difetto di potere rappresentativo*, cit., p. 202 ss.

⁴⁵¹ Inoltre, l'art. 11, rubricato, secondo la modifica apportata dall'articolo 1 del D. Lgs. 20 marzo 2010, n. 53, "Fasi delle procedure di affidamento", dispone che «[...] Il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori. L'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante o l'ente aggiudicatore ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste dal regolamento [...]». Sul rapporto tra

contratto non integra una mera esecuzione formale della determinazione negoziale già assunta all'atto dell'aggiudicazione definitiva⁴⁵². Tutto ciò che si verifica nel corso dell'esecuzione, compresa l'eventuale ridefinizione delle condizioni di contratto, attiene al corretto svolgimento del rapporto sinallagmatico tra i due contraenti⁴⁵³ e, in via di principio, non può incidere sull'esito complessivo della gara in precedenza svolta⁴⁵⁴. In tal modo, non si intende affatto escludere *a priori* la illegittimità della rinegoziazione⁴⁵⁵, ma si vuole

aggiudicazione e stipulazione del contratto, di recente, S.S. SCOCA, *Aggiudicazione e contratto: la posizione dell'Adunanza plenaria*, cit., p. 3286 ss., secondo il quale il Codice dei contratti pubblici introduce, all'art. 11, co. 7, una scissione che non è solo temporale, ma anche giuridica e logica, tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto che, rispettivamente, individuano la conclusione della fase pubblicistica e l'inizio di quella privatistica; da questa disciplina emerge, inoltre, che il contratto si forma con la stipula formale, acquisendo quella autonomia giuridica idonea a renderlo "impermeabile" alle vicende giuridiche dell'atto amministrativo di aggiudicazione e a escludere che sia automaticamente e necessariamente travolto a seguito dell'annullamento del medesimo atto amministrativo.

⁴⁵² V. TAGLIAFERRI, *Redazione e forma del contratto*, cit., spec. p. 208. Quindi, la stipulazione del contratto diviene necessaria ed ineludibile, avendo il legislatore inteso superare la normativa contabile che attribuiva, ove non impedito dal bando, valenza equipollente al verbale di aggiudicazione: così, P. SANTORO, *Aggiudicazione provvisoria e definitiva del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., p. 1309. In passato, il carattere immediatamente vincolante del verbale di aggiudicazione definitiva, la sua natura di atto conclusivo del procedimento, nonché il carattere di mera formalità esecutiva del contratto di appalto rispetto al verbale medesimo erano desunte dalla previsione dell'art. 16, comma 4, r.d. 18 novembre 1923 n. 2440 ("Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello stato"), che, nello statuire che «i processi verbali di aggiudicazione definitiva, in seguito ad incanti pubblici o a private licitazioni, equivalgono per ogni legale effetto al contratto», individuava nel verbale di aggiudicazione», l'ultima operazione della complessa fase di formazione del contratto stesso. Secondo l'interpretazione corrente della norma, l'aggiudicazione determinava l'accettazione dell'offerta e si configurava come espressione del consenso dell'amministrazione; se poi all'aggiudicazione faceva seguito anche la stipulazione formale del contratto, questo veniva considerato un atto meramente riproduttivo. V. in giurisprudenza, tra le altre, T.A.R. Basilicata, 4 settembre 2002, in *Foro amm. TAR*, 2002, 9, p. 2997 ss., con nota di M. VALENTE, *Giurisdizione esclusiva del g.a. ed esecuzione di contratto di appalto*. In dottrina, v., tra gli altri, O. SEPE, *Contratto (diritto amministrativo)*, cit., p. 1007. Di qui l'affermazione circa la non autonomia del contratto rispetto agli atti dell'evidenza pubblica in controversie cui era applicabile, *ratione temporis*, l'art. 16, co. 4, r.d. n. 2440 del 1923 (in ordine alla sorte del contratto successivamente all'annullamento dell'aggiudicazione, tra le altre, cfr. Cass., sez. I, 27 marzo 2007 n. 7481, in *Mass. Foro it.*, 2007, c. 599; Cass., sez. I, 26 maggio 2006 n. 12629, in *Foro it.*, 2008, I, 256; Cass., sez. I, 15 aprile 2008 n. 9906, in *Foro it.*, 2008, I, c. 3616. Sull'argomento, da ultimo, con particolare riguardo al profilo inerente la giurisdizione, v. Cass., sez. un., 18 luglio 2008, n. 19805, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratti pubblici*, n. 1148; Cons. Stato, ad. plen., 30 luglio 2008, n. 9, in *Foro it.*, 2008, c. 549; Cons. Stato, ad. plen., 21 novembre 2008, n. 12, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 2964).

⁴⁵³ In questa prospettiva, si osserva anche che, una volta aggiudicata la gara, decorso inutilmente il termine di decadenza per la proposizione del ricorso al g.a. (impugnazione dell'aggiudicazione), il contratto che le parti stipulano è un vero e proprio contratto sottoposto alle regole del codice civile (v. G. GRECO, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., p. 3).

⁴⁵⁴ Secondo A. MARRA, *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giurisdizione*, cit., p. 1168, il giudizio relativo alla legittimità di una negoziazione di clausole contrattuali attiene senz'altro alla fase di esecuzione del contratto poichè riguarda il corretto svolgersi del rapporto sinallagmatico e non le procedure di affidamento. In questo senso si reputa non del tutto convincente il ragionamento svolto dalla Quinta sezione del Consiglio di Stato, nella sentenza n. 4167 del 14 luglio 2003, ove si afferma, invece, che la revisione pattizia delle condizioni di contratto inerisce alla procedura di affidamento.

⁴⁵⁵ L'esame circa la legittimità o meno della rinegoziazione, infatti, spetta al giudice in sede di interpretazione del contratto.

sottolineare che questa eventualità non deriva da un'illegittimità della procedura di evidenza pubblica⁴⁵⁶.

Diversamente, le modifiche intervenute prima dell'aggiudicazione e della stipulazione del contratto sono potenzialmente idonee ad alterare l'esito della gara, con conseguente lesione della *par condicio* tra gli offerenti e, in quanto tali, sono illegittime. In realtà, si dubita che queste ipotesi rientrino nell'ambito applicativo della rinegoziazione "in senso stretto"⁴⁵⁷. Quest'ultima, infatti, non opera nel momento della formazione della volontà contrattuale delle parti, bensì nella fase di esecuzione del contratto, poiché presuppone la sussistenza di un assetto di interessi negoziali già definito e che può essere, appunto, "rinegoziato". Pertanto, un eventuale accordo tra la pubblica amministrazione ed il privato, anteriore alla insorgenza del vincolo negoziale, deve essere inquadrato e valutato alla luce della normativa di regolamentazione del procedimento stesso, cioè dell'evidenza pubblica, e non nel contesto relativo all'ammissibilità e ai limiti del fenomeno rinegoziativo⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ Soprattutto, non si può far retroagire alla fase pubblicistica un vizio - peraltro eventuale - della fase privatistica. Pertanto, si è al di fuori della questione circa gli effetti sul contratto del provvedimento illegittimo, e si manifesta la diversità tra le problematiche inerenti la rinegoziazione e quelle relative alla sorte del contratto successivamente all'annullamento dell'aggiudicazione [su quest'ultimo profilo, in dottrina, v. M. GALLI, *Annulamento dell'aggiudicazione e "caducazione" del contratto* (nota a Cass., 15 aprile 2008, n. 9906), in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 213 ss.; R. GAROFOLI, *Il problema del contratto concluso sulla base di aggiudicazione annullata dal G.A.: i profili sostanziali e processuali*, in G. ALPA, G. CONTE, V. DI GREGORIO, A. FUSARO, U. PERFETTI (a cura di), *La disciplina dell'appalto tra pubblico e privato*, cit., p. 115 ss.; V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 235 ss.; F. ROMOLI, *L'autotutela sull'evidenza pubblica e il contratto. Spunti problematici e prospettive*, in *Diritto amministrativo*, 2008, 3, p. 600 ss.; C. VARRONE, *L'invalidità del provvedimento amministrativo ed i suoi riflessi, nelle procedure ad evidenza pubblica, sul contratto concluso dalla Pubblica Amministrazione con l'aggiudicatario*, in P. STANZIONE e A. SATURNO (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 297 ss.] Più correttamente, pertanto, l'eventuale invalidità del contratto dovrebbe essere ricondotta al mancato rispetto di una clausola contrattuale, o meglio alla illecita ridefinizione di condizioni contrattuali non liberamente modificabili dall'amministrazione. In questo senso, A. MARRA, *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giurisdizione*, cit., p. 1173, pur ritenendo preferibile, almeno nel caso di specie, la soluzione della illegittimità della rinegoziazione, sottolinea come il vizio riguardi solo ed esclusivamente la fase privatistica del contratto. Se, infatti, l'aggiudicazione conclude la fase pubblicistica, tutto ciò che avviene successivamente «attiene al rapporto tra due soggetti entrambi legittimati a contrarre un fascio di obbligazioni reciproche sebbene a condizioni vincolate»; l'alterazione di questi vincoli e del contenuto delle obbligazioni riguarda, dunque, il *proprium* del rapporto sinallagmatico, con la conseguenza che il contratto potrà essere nullo (in tutto o in parte) o inefficace, a seconda del vizio cui si voglia ricondurre la pattuizione di condizioni diverse da quelle previste dal bando.

⁴⁵⁷ V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1924; S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della Pubblica Amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, cit., p. 501 ss., spec. p. 504 ss., che fa riferimento ad ipotesi di rinegoziazione impropria.

⁴⁵⁸ In concreto occorrerà valutare se tale modifica si ponga in contrasto con le norme che disciplinano la procedura di evidenza pubblica e quindi con i principi di concorrenza, buon andamento e imparzialità sottesi alla procedura stessa. Nel caso in cui tale violazione dia un esito positivo, l'accordo raggiunto sarà invalido, ma non per la violazione del divieto di rinegoziazione, bensì per violazione delle regole di evidenza pubblica. Cfr. V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1924, che esclude la possibilità di collocare nel "campo della rinegoziazione" in senso stretto quell'orientamento della

3.6. *Segue. Il ripristino dell'equilibrio contrattuale originario alterato dalla sopravvenienza. La previsione di una clausola di rinegoziazione quale ulteriore condizione di validità. Perplessità.*

Verificata l'astratta configurabilità della rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica in presenza di eventi sopravvenuti durante l'esecuzione del contratto⁴⁵⁹ occorre individuarne i limiti di operatività, al fine di evitare che si trasformi, comunque, in uno strumento elusivo delle regole della concorrenza.

L'adeguamento del contratto alle sopravvenienze deve essere diretto al ripristino dell'equilibrio economico-giuridico esistente al momento della stipulazione del contratto, alterato dalle circostanze sopravvenute⁴⁶⁰ e non a creare un nuovo assetto di interessi. Questa soluzione è in linea con la configurazione della rinegoziazione quale negozio di

giurisprudenza che si occupa degli accordi modificativi intervenuti prima del perfezionamento del vincolo negoziale. Analoghe considerazioni valgono, osserva l'Autore, con riferimento alla revisione contrattuale intervenuta nell'ambito di una procedura negoziata: anche in questo caso si è fuori dal campo della rinegoziazione se la modifica interviene prima del perfezionamento del vincolo contrattuale, o successivamente al perfezionamento, ma in assenza di una rilevante sopravvenienza negoziale. In questa ipotesi, tuttavia, le peculiarità delle procedure giustificano un giudizio meno rigoroso quanto al rispetto dei principi concorrenziali ovvero, più in generale, delle regole di evidenza pubblica. Pertanto, si manifesta comunque opportuna la distinzione tra procedure aperte, ristrette e negoziate, ai fini della valutazione circa la legittimità o meno della rinegoziazione. La possibilità di optare per quest'ultima modalità di scelta del contraente, esperibile nei soli casi e alle condizioni espressamente previsti, è stata ulteriormente limitata dal Codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 163 del 12 aprile 2006), ove competitività e concorrenza sono le esigenze fondamentali da garantire. Sebbene risulterà più complicato per l'amministrazione aggiudicatrice giustificare, anche in sede di procedura negoziata "pura", una successiva rinegoziazione con il soggetto aggiudicatario dell'appalto di uno degli elementi del contratto, è pur vero che nell'ambito delle procedure negoziate è difficile ravvisare la violazione della concorrenza e della *par condicio* tra gli offerenti. Peraltro, questa considerazione, da un lato, vale a confermare l'impossibilità di accedere a soluzioni univoche, ma, dall'altro lato, perde gran parte della sua rilevanza, là dove si consideri che il verificarsi di sopravvenienze - presupposto essenziale della rinegoziazione - consente l'adeguamento, a prescindere dal tipo di procedura di scelta del contraente, in concreto adottata.

⁴⁵⁹ Sembra, dunque, che si collochi «nel giusto ambito della rinegoziazione» soltanto uno degli orientamenti giurisprudenziali prima esaminati, ovvero quello che giustifica la rinegoziazione che sia conseguenza di "sopravenuti fattori esterni alle parti": così, V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1925.

⁴⁶⁰ Così, V. LOPILATO, *Questioni attuali sul contratto*, cit., p. 224 e 231; ID., *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1926 ss., il quale sottolinea come il limite rappresentato dal necessario ripristino dell'equilibrio originario, consente di superare l'obiezione secondo cui l'ammissibilità della rinegoziazione (favorevole alla p.a.) può incidere negativamente sulla qualità della prestazione erogata dal privato: quest'ultimo, infatti, continua ad attuare il rapporto contrattuale secondo l'assetto degli interessi programmato al momento della stipulazione del contratto stesso. Nello stesso senso, M. PENNASILICO, *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 1084; N. COREA, *La rinegoziazione delle clausole contrattuali*, cit., p. 538. Con particolare riguardo ai Principi *Unidroit*, G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 75, rileva che: «Le nuove trattative mireranno a modificare il contratto al fine di ripristinarne l'equilibrio originario», argomentando dalla previsione dell'art. 6.2.3 che finalizza a questo risultato l'intervento del giudice.

secondo grado avente efficacia modificativa e non novativa dell'originario contratto stipulato⁴⁶¹. Se, invece, l'autonomia negoziale potesse spingersi fino a determinare un'alterazione sostanziale dell'assetto di interessi programmato dalle parti, l'accordo con il quale si modificano rilevanti condizioni contrattuali potrebbe celare un nuovo contratto, concretandosi in un nuovo affidamento, con conseguente violazione della regola della parità di trattamento; dunque, la clausola che definisse le regole di distribuzione dei rischi in maniera non conforme al canone dell'equilibrio economico-giuridico dovrebbe reputarsi invalida perché elusiva delle regole dell'evidenza pubblica⁴⁶².

⁴⁶¹ Sul contratto modificativo quale esito del procedimento rinegoziativo, v. G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 159 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 371 ss., ID., *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, cit., p. 194 e V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 192 ss., i quali, escludono, che l'accordo modificativo abbia, di per sé, natura novativa. Sembra orientato in questo senso, con riguardo alle variazioni in corso d'opera nel contratto di appalto, anche P. VIRGADAMO, *Variazioni in corso d'opera nel contratto di appalto e rinegoziazione delle condizioni contrattuali*, cit., p. 11 ss., che individua nei cc.dd. lavori extracontrattuali il limite massimo oltre il quale non può parlarsi di variazioni in senso tecnico, in quanto questi ultimi incidono sull'oggetto del negozio e implicano la stipula di un nuovo contratto di appalto. A. RALLO, *Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi dei provvedimenti*, cit., p. 328 ss., riconduce la questione generale sulle sopravvenienze e, quindi, la rinegoziazione al potere di riesame del proprio operato da parte dell'amministrazione. Gli istituti espressione di questo potere vengono ricostruiti in termini procedurali e, in particolare, come "procedimenti di secondo grado". In ordine all'inserimento di tali istituti nella nozione di amministrazione attiva, si esclude che la loro ricostruzione in termini procedurali implichi l'introduzione del concetto di autotutela in ambito negoziale, cadendo, così, nell'errore di trasfondere nel piano consensuale istituti propri dell'attività autoritativa; questa ricostruzione, invece, consente di affermare che il riesame, avente ad oggetto una funzione contrattata, costituisce una nuova espressione di quella medesima funzione originariamente esercitata, i cui esiti possono essere sia demolitori che di semplice revisione (*op. cit.*, p. 328). Sulla configurabilità di negozi modificativi nei contratti della pubblica amministrazione, al fine di adeguare meglio lo strumento già predisposto alla convenienza, ad esigenze sopravvenute, alla migliore tutela degli interessi pubblici, O. SEPE, *Contratto (diritto amministrativo)*, cit., p. 1016, secondo il quale «I contratti della pubblica amministrazione che comportano prestazione differita o frazionata nel tempo possono formare oggetto di negozi modificativi, cioè di secondo grado, intesi a regolare in qualsiasi senso un contratto già concluso tra le stesse parti». Sulla distinzione tra negozi modificativi e novazione, v. P. PERLINGIERI, *Modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975, spec. p. 117 ss., nel senso che la «modificazione del rapporto non equivale necessariamente a novazione del rapporto». Con riferimento all'ordinamento francese, C. JARROSSON, *Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation*, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Marseille, 1990, p. 142, esclude che il contratto rinegoziato implichi novazione; diversamente, sembra orientato nel senso che la modificazione del contratto per effetto di circostanze sopravvenute implichi la sua novazione, A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, 11^e ed., Paris, 2007, no. 297, p. 232.

⁴⁶² Su questo aspetto, V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1927, secondo il quale la mancata riproposizione dell'assetto di interessi inizialmente pattuito potrebbe far nascere una "presunzione" di invalidità della clausola, in quanto la rinegoziazione potrebbe "mascherare" un nuovo accordo, con conseguente elusione delle regole dell'evidenza pubblica. La nullità, si osserva, potrebbe derivare anche dalla violazione del principio di buona fede, se si attribuisce a questo una funzione di integrazione cogente e si ritiene che le regole della correttezza impongono il rispetto dei "valori interni" e quindi dell'equilibrio originario. Nella stessa prospettiva, secondo l'Autore (*op. cit.*, p. 1925), è necessario che l'accordo raggiunto in sede di rinegoziazione rispetti la scadenza contrattuale originariamente stabilita: la previsione di un differimento temporale oltre la naturale scadenza inizialmente pattuita si potrebbe risolvere in una violazione delle regole della concorrenza, ad eccezione dell'ipotesi in cui la proroga del termine finale

Laddove si intenda introdurre una modificazione che alteri sostanzialmente l'originario assetto degli interessi, anche in presenza di una sopravvenienza giuridicamente rilevante, l'unica via è lo scioglimento del vincolo contrattuale ed il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica per la scelta di un nuovo contraente⁴⁶³. Diversamente, il ripristino dell'originario equilibrio negoziale garantisce al privato la prosecuzione del rapporto contrattuale conforme alle originarie pattuizioni e assicura alla Pubblica Amministrazione la possibilità di continuare ad acquisire quelle utilità senza dover sciogliere il vincolo contrattuale, con conseguente interruzione delle prestazioni ed esborso relativamente alle spese di indizione di una nuova procedura di gara.

Una parte della giurisprudenza amministrativa ritiene necessaria, quale condizione ulteriore di validità della rinegoziazione, la previa indicazione della possibilità di revisione nel bando di gara o nella lettera di invito⁴⁶⁴. La presenza di una specifica prescrizione contrattuale, ossia l'inserimento nel contratto di una espressa clausola di rinegoziazione⁴⁶⁵ - a prescindere dal suo contenuto generico o specifico⁴⁶⁶ - potrebbe contenere la previsione secondo cui qualora sopraggiunga un evento in grado di alterare l'assetto negoziale

sia finalizzata proprio al ripristino dell'equilibrio economico-giuridico esistente al momento della stipulazione del contratto. A questo proposito, le esigenze di tutela della concorrenza hanno indotto il legislatore ad abrogare - con la l. 18 aprile 2005 n. 62 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004)- l'ultimo periodo dell'art. 6, comma 2, l. 24 dicembre 1993 n. 537, che ammetteva la possibilità di rinnovare, entro tre mesi dalla scadenza, i contratti per acquisti e forniture di beni e servizi, quando si accertava la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse. In tema di appalti pubblici di fornitura di beni e servizi, ai sensi dell'art. 23, 1° comma, l. 18 aprile 2005 n. 62, l'amministrazione non ha più la facoltà di rinnovare tacitamente tali contratti dovendo provvedere con procedure concorsuali; è fatta salva solo la facoltà di proroga dei contratti già scaduti alla data di entrata in vigore della l. n. 62/2005 o in scadenza nei sei mesi successivi, per il tempo necessario alla conclusione delle procedure per i nuovi contratti (così, Cons. Stato, sez. I, 12 ottobre 2005, n. 3260, in *Cons. Stato*, 2005, I, 1922). Come ha chiarito la giurisprudenza amministrativa, «[G]li istituti della proroga e della rinnovazione di un contratto si differenziano sia sul piano giuridico-concettuale, sia con riferimento agli effetti: la proroga di un contratto di appalto pubblico di servizi determina, infatti, il solo differimento del termine di scadenza del rapporto, il quale resta regolato dalla convenzione annessa all'atto di affidamento di un servizio; il rinnovo comporta, invece, una nuova negoziazione con il medesimo soggetto e, quindi, un rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale» (T.A.R. Lazio, sez. I, 13 febbraio 2006, n. 1062, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 568; T.A.R. Lazio, sez. I, 13 febbraio 2006, n. 1064, in *Giur. it.*, 2006, 1532. In argomento, cfr. L. CARETTO, *La rinegoziazione dei contratti pubblici, i giudizi di congruità e la revisione* (art. 6 legge 24 dicembre 1993, n. 537), in *Nuova Rassegna*, 1994, 4, p. 420 ss., M.F. CRUPI, *La rinnovazione dei contratti della P.A.*, in *Ragiusan*, 2006, 263, p. 72 ss.; W. DAMIANI, *Il quadro complessivo delle ipotesi di rinnovazione e di continuazione dei contratti della p.a.*, in *Nuova rassegna*, 2006, 2, p. 178 ss., V. PONE, *Rinnovazione, proroga e rinegoziazione dei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 366 ss.; nella dottrina civilistica, A. GENTILI, *La replica alla stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, cit., p. 667 ss, spec. p. 673 ss.

⁴⁶³ V. LOPILATO, *Questioni attuali sul contratto*, cit., p. 231.

⁴⁶⁴ Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2004, n. 2969, cit.; T.A.R. Campania-Salerno, sez. II, 31 marzo 2005 n. 352, cit. Sul punto v. *retro*, par. 3.4.

⁴⁶⁵ Per l'analisi delle clausole di rinegoziazione quali possibili fonti dell'istituto, v. *infra*, par. 3.7.

⁴⁶⁶ V. *retro*, par. 3.2, nota 368. Per approfondimenti sulla distinzione v. anche *infra*, par. 3.7, spec. note 500 ss.

programmato, le parti hanno l'obbligo di modificare il contenuto del contratto, rispettando l'equilibrio economico-giuridico stabilito al momento della conclusione del contratto stesso. Non si dubita della legittimità di una clausola di rinegoziazione che, anzi, favorisce il rispetto della condizione in precedenza illustrata, conferisce all'azione della pubblica amministrazione maggiore trasparenza e assicura la *par condicio* tra i concorrenti, posto che tutti i partecipanti, se aggiudicatari, si troveranno nella medesima situazione, ove si verifichi l'evento previsto dalla clausola. Questa ulteriore condizione desta, però, alcune perplessità: di là dalla utilità di tale previsione, non si ritiene corretta la sua configurazione come requisito di validità del successivo negozio di revisione, in quanto, anche in sua assenza, il dovere di buona fede garantisce il rispetto della condizione in precedenza individuata, ossia assicurare l'originario equilibrio. Il contenuto dell'obbligo di correttezza, infatti, si determina alla luce non soltanto dei valori esterni, ma anche di quelli interni all'assetto negoziale, con conseguente necessità di osservare la ripartizione dei rischi predefinita al momento della conclusione del contratto⁴⁶⁷. Tra l'altro, anche in presenza di una clausola convenzionale, che nulla stabilisce in ordine alle modalità di gestione delle sopravvenienze, il dovere di comportarsi secondo buona fede dovrebbe imporre alle parti di delineare la revisione del contratto nel rispetto dell'equilibrio definito al momento della stipulazione del contratto.

La rigorosa delimitazione dell'ambito applicativo della rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica alla sola gestione degli eventi sopravvenuti, con il fine di ripristinare l'equilibrio economico-giuridico esistente al momento della stipulazione del contratto, attribuisce a questo rimedio conservativo del rapporto contrattuale la medesima struttura e funzione che ha assunto in ambito internazionale e civilistico⁴⁶⁸. In tal modo si supera anche la principale obiezione mossa all'impiego degli strumenti manutentivi, rappresentata dalla lesione delle regole della concorrenza. Questa soluzione realizza un equilibrato

⁴⁶⁷ Così, V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1926-1927. Sulla buona fede quale fonte di un obbligo di rinegoziazione, v., *infra*, par. 3.8.

⁴⁶⁸ Con specifico riferimento alle clausole di rinegoziazione, V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1928; G. PALLIGIANO, *La rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., il quale, sottolineando l'originalità di questa prospettiva rispetto a quella tradizionalmente considerata dalla giurisprudenza amministrativa, ritiene che la rinegoziazione dovrebbe reputarsi legittima se intende correggere o adattare i contenuti del contratto a nuove esigenze non presenti al momento della indizione della procedura concorsuale.

bilanciamento tra gli interessi coinvolti⁴⁶⁹: anzitutto l'interesse pubblico, poiché l'adozione di un rimedio conservativo del rapporto garantisce la continuità delle prestazioni pubbliche ed un notevole risparmio di costi altrimenti sostenuti dalla Pubblica Amministrazione; in secondo luogo, si tutela la posizione del privato che non è costretto a subire la cessazione del vincolo negoziale con perdita degli eventuali investimenti programmati, né è costretto a continuare l'erogazione di una prestazione divenuta ormai "squilibrata"; infine, si tutela l'interesse dei potenziali concorrenti «a che l'esclusione del ricorso alle regole dell'evidenza pubblica con una nuova aggiudicazione avvenga soltanto nei casi in cui "la gestione" contrattuale della sopravvenienza sia mirata a ripristinare l'originario equilibrio economico-giuridico dell'accordo»⁴⁷⁰.

Il problema, in questa nuova prospettiva, si sposta verso l'individuazione delle possibili fonti della rinegoziazione e, per le amministrazioni, nel motivare adeguatamente la scelta del rimedio, indicando le ragioni che inducono a ritenere più efficiente ed economico il ricorso alla rinegoziazione, pratica indubbiamente duttile e flessibile, rispetto all'intervento in autotutela di annullamento della procedura, con indizione di una nuova gara⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ V. LOPILATO, *Questioni attuali sul contratto*, cit., p. 231; ID., *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1928. La soluzione è ritenuta "pienamente condivisibile", tra gli altri, da N. COREA, *La rinegoziazione delle clausole contrattuali*, cit., p. 538.

⁴⁷⁰ V. LOPILATO, *Questioni attuali sul contratto*, cit., p. 231.

⁴⁷¹ Così, G. PALLIGIANO, *La rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit.

3.7. Le fonti legali della rinegoziazione: la disciplina generale e dei singoli contratti. Interventi legislativi settoriali in materia di rinegoziazione. Le fonti convenzionali della rinegoziazione: le clausole di rinegoziazione. Contenuto generico e specifico delle clausole.

La fonte della rinegoziazione può essere ravvisata in una previsione normativa o nella volontà delle parti⁴⁷².

Nell'ordinamento italiano, pur in assenza di una norma di carattere generale, è possibile individuare diverse disposizioni riconducibili all'istituto⁴⁷³. Si pensi, anzitutto, all'offerta di riconduzione ad equità della prestazione, diretta a prevenire la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467, comma 3, c.c.). Nella disciplina generale del contratto, inoltre, rilevano: l'offerta di modificazione del contratto rescindibile (art. 1450 c.c.); il potere del giudice di ridurre equamente la penale manifestamente eccessiva (art. 1384 c.c.); il mantenimento del contratto viziato da errore, rispetto al quale la parte il cui consenso non sia viziato può offrire «di eseguirlo in modo conforme al contenuto e alle modalità del contratto» che l'errante avrebbe voluto concludere (art. 1432 c.c.). Sono significative anche ulteriori disposizioni del codice civile, inerenti a singoli contratti⁴⁷⁴: gli artt. 1560 e 1561, rispettivamente, per l'entità della somministrazione ed il corrispettivo; in materia di contratto di affitto, se durante la fase di esecuzione, a causa di una disposizione di legge o di un provvedimento dell'autorità riguardanti la gestione produttiva, il rapporto contrattuale risulta notevolmente modificato in modo che le parti ne risentano rispettivamente una perdita e un vantaggio, può essere chiesto «un aumento o una diminuzione del fitto ovvero, secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto»

⁴⁷² V. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, cit., p. 704, propone tre distinte fonti di rinegoziazione: in alcuni casi «la rinegoziazione è una libera e concorde scelta delle parti»; in altri «è prevista dal legislatore»; infine, in un'altra serie di ipotesi, «è l'oggetto, facoltativo o vincolato, di una clausola del contratto da rinegoziare».

⁴⁷³ Per un approfondito esame delle regole legali di adeguamento in molti contratti tipici, v. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 103 ss.; ID., *Adeguamento e rinegoziazione*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit., p. 1865 ss., e, con particolare riguardo alla disciplina dell'appalto, ID., *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, cit., p. 135 ss., ove si configura l'appalto come contratto tipico soggetto a rinegoziazione nel corso della sua esecuzione, alla luce della disciplina sulle variazioni dell'opera, nonché sulla revisione del prezzo. La riconducibilità di molteplici previsioni al fenomeno della rinegoziazione è rilevata, tra gli altri, da R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 696. Cfr., altresì, V. LOPILATO, *Questioni attuali sul contratto*, cit., p. 217 ss. Sul carattere vario e articolato del sistema nella disciplina delle diverse ipotesi di sopravvenienza v. O. CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, cit., p. 125 ss. spec. 146. V., inoltre, *retro*, par. 2.4.

⁴⁷⁴ Per tutti, v. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 103 ss.

(art. 1623 c.c.); in materia di appalto, è possibile apportare variazioni all'opera nei limiti previsti dagli artt. 1659-1661 c.c. e richiedere la revisione del prezzo quando si verificano, per effetto di circostanze imprevedibili, aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della manodopera, superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto (art. 1664 c.c.); l'art. 1710 c.c., che impone al mandatario di rendere note al mandante le circostanze sopravvenute che possano determinare la revoca o la modificazione del mandato; gli artt. 1897 e 1898 c.c., che disciplinano la modifica del rischio nel contratto di assicurazione. Nella legislazione speciale e di settore, vi sono di disposizioni in cui è previsto un procedimento modificativo del contratto, finalizzato alla sua prosecuzione in termini più equi; a titolo esemplificativo, è significativa in tal senso la vicenda delle locazioni ad uso abitativo⁴⁷⁵.

Analogamente, per quanto concerne l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, sul piano delle regole particolari⁴⁷⁶, si riscontrano talune disposizioni che riconoscono una limitata revisione delle condizioni contrattuali nella fase di esecuzione del rapporto, al fine di gestire le sopravvenienze⁴⁷⁷. Si tratta di norme destinate a disciplinare

⁴⁷⁵ La relativa disciplina si rinvia nella l. 9 dicembre 1998, n. 431, art. 2 c, in precedenza, nella l. 8 agosto 1992, n. 359, art. 11, co. 2 bis, dove, però, la trattativa delle parti circa la determinazione del canone era facoltativa e prevista in alternativa alla proroga biennale dei contratti di locazione abitativa.

⁴⁷⁶ Anche in tale ambito è assente una previsione di carattere generale sulla rinegoziazione, ma, secondo V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1915, è possibile applicare, ai contratti della p.a., pur in assenza di una espressa previsione, l'art. 1467 c.c. In questo senso si esprimono, con riferimento al settore degli appalti, A. CIANFLONE-G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, 11^a ed., Milano 2003, p. 1058. In giurisprudenza, vi sono alcune pronunce che hanno ammesso l'applicazione dell'art. 1467 c.c. ai contratti di appalto pubblici: Cass., 3 novembre 1994, n. 9060, in *Rep. Foro it.*, 1994, *Appalto*, n. 46; Coll. Arb. Roma, 28 marzo 1996, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1998, p. 161; Coll. Arb. Roma, 10 febbraio 2000, in *Arch. giur. oo.pp.*, 2002, p. 1094.

⁴⁷⁷ P. GALLO, *Sopraavvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., p. 340 ss., rinvia proprio nell'ambito dei contratti amministrativi il primo settore in cui si è manifestata un'evoluzione legislativa favorevole all'adeguamento delle condizioni di contratto, al fine di garantire la stabilità e continuità del servizio pubblico. Cfr. G. AMORE, *Appalto e claim*, cit., p. 262 n. 108, secondo la quale se è vero che all'appalto pubblico è ormai pacificamente riconosciuta natura di vero e proprio contratto di diritto privato, le cui parti si trovano in una posizione sostanzialmente paritetica, è altrettanto vero che il legislatore ha previsto una particolare disciplina per le variazioni al progetto, per il tempo di esecuzione dei lavori e per la revisione del prezzo dell'appalto pubblico. [Sulla natura sostanzialmente privatistica del contratto di appalto di opere pubbliche, anche P. MASCIOCCHI, *Revisione ed aggiornamento dei prezzi negli appalti di servizi*, in *Foro amm.*, 1994, p. 2644, che, a tal fine, richiama anche una pronuncia delle sezioni unite della Corte di Cassazione (Cass., sez un., 17 aprile 1985, n. 2536, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1985, 1065) secondo cui «la preminenza della posizione riservata alla pubblica amministrazione appaltante e la circostanza che l'opera appaltata è rivolta alla soddisfazione di fini pubblici non incidono sulla natura privatistica del contratto di appalto di opere pubbliche, dal quale derivano all'appaltatore veri e propri diritti soggettivi e corrispondenti obblighi per la pubblica amministrazione». In una prospettiva diversa, G. DI GIANDOMENICO, *Verifica, accettazione e collaudo nell'appalto privato ed in quello pubblico*, in G. ALPA, G. CONTE, V. DI GREGORIO, A. FUSARO, U. PERFETTI (a cura di), *La disciplina dell'appalto tra pubblico e privato*, cit., p. 57 ss., secondo il quale il contratto di appalto

settori particolari, ma particolarmente rilevanti in considerazione degli interessi generali coinvolti⁴⁷⁸, come nel caso della concessione di lavori pubblici (art. 143, co. 8, d. lgs 163/2006)⁴⁷⁹. Ancora, si possono considerare le disposizioni sulla revisione dei prezzi degli appalti pubblici: la materia è governata da una disciplina speciale la cui evoluzione si riassume nel passaggio dal principio originario dell'immutabilità del prezzo all'accreditamento di una limitata possibilità di revisione. Quest'ultima è giustificata dal rilievo che assume l'interesse al conseguimento del bene o del servizio e dalla constatazione che la difficoltà nella quale potrebbe trovarsi l'appaltatore a causa di impreviste sopravvenienze si potrebbe riprodurre negativamente in danno della collettività, che correrebbe il rischio di essere privata dell'opera o del servizio, utile al raggiungimento degli scopi perseguiti dall'amministrazione appaltante⁴⁸⁰. In particolare, viene in rilievo, per gli

pubblico deve essere riguardato come tipo autonomo rispetto a quello privato. Sul punto, cfr. anche V. DI GREGORIO, *Appalto privato e appalto pubblico: punti di contatto e differenze alla luce della nuova disciplina introdotta dal Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, *ivi*, p. 138, la quale configura l'appalto pubblico come una *species* dell'appalto privato, ma non prende posizione sulla questione della qualificazione del contratto di appalto pubblico come tipo a sé diverso da quello delineato dall'art. 1655 c.c., pur paventando, sotto questo profilo, il rischio di incoerenza con la logica di sistema].

⁴⁷⁸ Ad esempio, si consideri l'art. 55, co. 9, l. 27 dicembre 1997, n. 449, per la rinegoziazione da parte della p.a. dei contratti di fitto locali con privati al fine di contenere la spesa pubblica; nella stessa prospettiva, gli artt. 5 d.l. 27 ottobre 1995, n. 444 e 46 l. 23 dicembre 1999, n. 488 per la rinegoziazione dei mutui con oneri a carico dello Stato.

⁴⁷⁹ In particolare, l'art. 143 d. lgs. n. 163/2006 dispone che: «La stazione appaltante, al fine di assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario, può stabilire che la concessione abbia una durata superiore a trenta anni. [...] I presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante. Le variazioni apportate dalla stazione appaltante a detti presupposti o condizioni di base, nonché le norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, quando determinano una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni. In mancanza della predetta revisione il concessionario può recedere dal contratto». Secondo F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit., p. 1869, quest'ultima ipotesi in particolare dovrebbe essere sottoposta ad attenta analisi, in quanto espressione di una regola certamente importante nei rapporti contrattuali con la p.a.

⁴⁸⁰ C. D'ARRIGO, *Integrazione ed esecuzione dei contratti: in particolare le regole generali dell'equità e della buona fede nell'adeguamento e nella rinegoziazione dei contratti di durata*, cit., p. 19. Sull'istituto della revisione dei prezzi, di recente, A. CANCRINI, *L'esecuzione nei contratti di appalto di opere pubbliche*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, cit., 822 ss.; A. DI GIOVANNI, *L'esecuzione nei contratti di appalto di servizi e forniture*, *ivi*, p. 872 ss.; G. MUSOLINO, *Appalto e sopravvenienza*, cit., p. 784 ss. Per approfondimenti sulla previgente disciplina, si rinvia a P. DE LISE, *Revisione dei prezzi nei pubblici appalti*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1991, XXVII, che ravvisa il fondamento della revisione dei prezzi, per gli appalti pubblici, non soltanto nelle esigenze di equità, giustizia sostanziale e opportunità che informano l'istituto nei rapporti tra privati, ma anche nel pubblico interesse diretto ad evitare che, in assenza di un meccanismo revisionale, le gare di appalto siano disertate dai concorrenti seri e che le opere siano eseguite da imprese di scarso affidamento, con conseguente possibilità di interruzione dei lavori e pregiudizio per la realizzazione delle opere pubbliche. L'Autore, inoltre, pone in luce le differenze tra la disciplina pubblicistica della revisione dei prezzi e quella civilistica, là dove afferma che la prima «è del tutto svincolata dalla imprevedibilità delle variazioni sopravvenute», «ha natura inderogabile» e

appalti di servizi e forniture, l'art. 115 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici), che ha recepito il contenuto dell'art. 6, comma 4, della legge 24 dicembre 1993, n. 537 (Interventi corretti di finanza pubblica) e prevede che «tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo»⁴⁸¹; per gli appalti di lavori, l'art. 133, d.lgs. n. 163 del 2006, pur prevedendo che non si possa procedere alla revisione dei prezzi e che non si applichi il comma 1 dell'art. 1664 c.c., ma che si debba fare ricorso alla regola generale del c.c. «prezzo chiuso», ammette che, qualora il prezzo di singoli materiali di costruzione subisca, per effetto di circostanze eccezionali, variazioni in aumento o in diminuzione superiori al 10 per cento rispetto al prezzo rilevato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti nell'anno di presentazione dell'offerta, con apposito decreto, si fa luogo a corrispondenti compensazioni, in aumento o in diminuzione, per la percentuale eccedente il 10 per cento e nel limite delle risorse disponibili⁴⁸². Sempre in materia di appalti, assume rilevanza anche la disciplina delle

che «al privato compete una posizione di interesse legittimo» (*op. cit.*, p.2). Su questi aspetti, cfr., anche, A. STILLO, *Contratti pubblici: la revisione dei prezzi*, in *Contratti*, 2004, 2, p. 297 ss.; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., p. 340 ss. L. CARETTO, *La rinegoziazione dei contratti pubblici, i giudizi di congruità e la revisione* cit., p. 420 ss; P. MASCIOCCHI, *Rinegoziazione e congruità dei prezzi nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1994, p. 2633 ss., che critica la formulazione della disposizione (art. 6 l. n. 537/93) nella parte in cui prevede la rinegoziazione forzata anche dei contratti in corso di esecuzione, ipotizzandone, tra l'altro, l'illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 41 Cost.; ID., *Revisione ed aggiornamento dei prezzi negli appalti di servizi*, cit., p. 2642 ss. L. PERFETTI, *Rinegoziazione dei contratti pubblici e posizioni soggettive del privato*, in *Nuova Rassegna*, 1994, n. 19, p. 2268 ss. Sulla distinzione tra rinegoziazione e revisione dei prezzi, v. G. PALLIGGIANO, *La rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit.: la prima si verifica nella fase precedente o successiva l'aggiudicazione, inserendo nella procedura ad evidenza pubblica una trattativa bilaterale tra l'ente aggiudicatore e l'impresa aggiudicataria, e può avere ad oggetto modifiche riguardanti non solo il prezzo ma anche altri aspetti significativi del contratto; la revisione dei prezzi, invece, attiene più settorialmente alla fase esecutiva del contratto.

⁴⁸¹ La revisione viene operata sulla base di un'istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati elaborati dall'Istituto nazionale di statistica. Sul punto, V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1915, che, però, evidenzia il limitato ambito applicato della disposizione: sebbene la norma sembri avere una portata di carattere generale, la sua reale natura settoriale è svelata dalla sua applicazione esclusivamente ai fini della revisione del «solo» prezzo concordato.

⁴⁸² Per fronteggiare gli aumenti repentini dei prezzi di alcuni materiali da costruzione verificatesi nel 2008, il legislatore – con l'art. 1 l. n. 201/2008- ha inoltre previsto un ulteriore sistema di adeguamento prezzi che pone una disciplina parzialmente derogatoria rispetto alle previsioni dell'art. 133 Codice dei contratti. La peculiarità della previsione consiste nel subordinare il diritto dell'appaltatore all'adeguamento dei prezzi al solo verificarsi delle variazioni del prezzo di mercato delle materie rilevate con un decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti (sul punto, cfr. A. CANCRINI, *L'esecuzione nei contratti di appalto di opere pubbliche*, cit., 825). Circa la questione della validità delle clausole contrattuali relative alla revisione dei prezzi, v. la giurisprudenza citata nella nota di richiami di R. AGNOLETTO relativa a Cass., sez. un., ord. 5 aprile 2007, n. 8519, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1232 (secondo tale decisione, l'accertamento sulla validità non implica alcun sindacato sull'esercizio di poteri discrezionali dell'amministrazione ed è quindi devoluto al giudice ordinario, il quale dovrà verificare se una clausola che preveda la revisione prezzi sia contraria a una norma imperativa, e sia pertanto nulla ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c.), a cui altresì si rinvia, unitamente alla nota di richiami

varianti in corso d'opera, ammesse dall'art. 132 del Codice dei contratti pubblici, sia pure in presenza dei soli motivi espressamente previsti⁴⁸³ e nel rispetto dei limiti individuati dalla legge⁴⁸⁴.

Si discute se dalle molteplici previsioni in qualche modo riconducibili al fenomeno rinegoziativo non sia possibile ricavare un principio generale di revisione contrattuale. In senso negativo è stata affermata la natura eccezionale di queste previsioni e dei relativi

di A. MARCOVECCHIO relativa a Cass., sez. un., 5 giugno 2008, n. 14824, in *Foro it.*, 2009, I, 3147, per l'esame della disciplina attuale in materia di lavori pubblici. Per la disciplina esecutiva e attuativa si rinvia al D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in G.U. 10 dicembre 2010 n. 288 (Suppl. Ordinario n.270), art. 163. Nel senso che, in materia di lavori pubblici, non vi sarebbe oggi spazio per patti in deroga, v. M. ZOPPOLATO e A. COMPARONI, *La revisione dei prezzi nei contratti di servizi e forniture*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS e R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, p. 3616, i quali, inoltre, analizzano la complessa evoluzione della disciplina in materia (*op. cit.*, p. 3569 ss.).

⁴⁸³ L'articolo 132 d. lgs. n.163/2006, al primo comma, prevede che: «Le varianti in corso d'opera possono essere ammesse, sentito il progettista e il direttore dei lavori, esclusivamente qualora ricorra uno dei seguenti motivi: a) per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari; b) per cause imprevedute e imprevedibili accertate nei modi stabiliti dal regolamento, o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti e sempre che non alterino l'impostazione progettuale; c) per la presenza di eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni sui quali si interviene verificatisi in corso d'opera, o di rinvenimenti impreveduti o non prevedibili nella fase progettuale; d) nei casi previsti dall'articolo 1664, comma 2, del codice civile; e) per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione [...]». Per quanto concerne la disciplina esecutiva e attuativa della disciplina in tema di varianti si rinvia al D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in G.U. 10 dicembre 2010 n. 288 (Suppl. Ordinario n.270), artt. 161 ss. L'esigenza di una rigorosa disciplina delle varianti negli appalti pubblici, al fine di evitare usi impropri del sistema delle varianti in corso d'opera, volti ad integrare ed accrescere il corrispettivo originariamente pattuito, con conseguenti variazioni di spese non autorizzate nei modi e nelle forme tipiche della p.a., è messa in evidenza da R. DAMONTE, *Le varianti nell'appalto di lavori pubblici*, cit., p. 60, il quale, al contempo, configura le varianti quali unici strumenti che permettono di risolvere l'ineliminabile discrasia tra l'opera progettata e la sua realizzazione. Per l'analisi della disciplina vigente, v. C. ALTAVISTA, *Le varianti in corso di esecuzione del contratto e in corso d'opera*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS e R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., p. 3625 ss.; G. MUSOLINO, *Le varianti in corso d'opera nel contratto di appalto di lavori pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2009, 3, p. 499 ss.; F. TEDESCHINI e P. LAZZARA, *Le varianti in corso di esecuzione*, cit., p. 879 ss.

⁴⁸⁴ Ai sensi dell' art. 132 d. lgs. n.163/2006, comma 3 e ss., non si considerano varianti, ai sensi del comma 1, gli interventi disposti dal direttore dei lavori per risolvere aspetti di dettaglio, contenuti entro un importo non superiore al 10% per i lavori di recupero, ristrutturazione, manutenzione e restauro e al 5% per tutti gli altri lavori delle categorie di lavoro dell'appalto e che non comportino un aumento dell'importo del contratto stipulato per la realizzazione dell'opera. Sono inoltre ammesse, ma nell'esclusivo interesse dell'amministrazione, le varianti, in aumento o in diminuzione, finalizzate al miglioramento dell'opera e alla sua funzionalità, sempreché non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto. L'importo in aumento relativo a tali varianti non può superare il 5% dell'importo originario del contratto e deve trovare copertura nella somma stanziata per l'esecuzione dell'opera. Ove le varianti di cui al comma 1, lettera e), eccedano il quinto dell'importo originario del contratto, il soggetto aggiudicatario procede alla risoluzione del contratto e indice una nuova gara alla quale è invitato l'aggiudicatario iniziale. La risoluzione del contratto, ai sensi del presente articolo, dà luogo al pagamento dei lavori eseguiti, dei materiali utili e del 10 per cento dei lavori non eseguiti, fino a quattro quinti dell'importo del contratto.

rimedi manutentivi; a ciò si è aggiunto che vige, nel nostro ordinamento, un principio di sopportazione del rischio, in virtù del quale un contraente non può addossare all'altro le perdite e i rischi dovuti a previsioni e calcoli errati riguardo alla convenienza dell'affare concluso e alle condizioni di mercato⁴⁸⁵. Secondo una diversa impostazione, invece, l'esistenza di un principio generale di adeguamento del contratto è desumibile dalle specifiche previsioni della disciplina generale e dei singoli contratti, nonché negli interventi settoriali sopra specificati; pertanto, si ritiene di poter invertire, almeno per i contratti di durata, il rapporto tra il meccanismo solutorio contenuto nell'art. 1467 c.c. e le disposizioni di adeguamento, previste per le fattispecie tipiche, nel senso che il rimedio revisionale abbandona il ruolo di eccezione per assumere dignità di regola generale⁴⁸⁶.

Piuttosto, con particolare riguardo ai contratti stipulati dalla Pubblica Amministrazione, si potrebbe rilevare che l'eventuale rinegoziazione relativa al verificarsi di sopravvenienze non prevedibili contrasta con la normativa in tema di appalti: le sole ipotesi in cui è possibile il mutamento delle prestazioni dedotte in contratto sarebbero quelle tassativamente elencate nell'art. 132 d. lgs. n. 163/2006 e, sul piano del corrispettivo pattuito, quelle delineate dall'art. 133 d. lgs. n. 163/2006, che legittima la revisione dei prezzi entro limiti stringenti e in via eccezionale (in deroga al principio dell'immutabilità del prezzo)⁴⁸⁷. In tal modo, non vi sarebbe uno spazio effettivo per l'operatività dell'istituto rinegoziativo; la conseguenza diretta di questa impostazione sarebbe la scarsa utilità pratica del dibattito sulla configurabilità della rinegoziazione nei contratti della pubblica amministrazione, dato che un'eventuale soluzione positiva non sarebbe comunque

⁴⁸⁵ G. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 352. Nel senso di escludere la configurabilità di un principio generale di revisione basandosi sulle singole previsioni, soprattutto del settore pubblicitario, poiché la contingenza delle specifiche previsioni rende evidente la loro insufficienza per individuare un meccanismo operativo idoneo a costruire un nuovo istituto che disciplini senza limiti il "diritto" ed il correlativo "obbligo" alla rinegoziazione, G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, cit., p. 1203. Sulla natura eccezionale dell'art. 1664, comma 2, c.c. rispetto alla regola generale in materia di sopravvenienze, che è dettata dall'art. 1467 c.c., v. G. IUDICA, *Sorpresas geologica e revisione del contratto*, cit., p. 12 ss.

⁴⁸⁶ Così, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit., p. 1863 ss. che, anzi, sottolinea come le regole del codice civile evidenzino l'interesse dell'ordinamento per la manutenzione del contratto, quale soluzione preferibile, e in effetti preferita dal legislatore, rispetto alla vanificazione del vincolo. V., al riguardo, le considerazioni di R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto* cit., p. 114 ss. Sulla configurabilità di un obbligo generale di rinegoziazione che troverebbe la sua origine e la propria fonte nel dovere di buona fede, intesa come strumento di integrazione del contratto, v. *infra*, par. 3.8.

⁴⁸⁷ Con riferimento alle varianti, si esprime in questo senso G. MUSOLINO, *Le varianti in corso d'opera nel contratto di appalto di lavori pubblici*, cit., p. 510, secondo il quale non è possibile, al di fuori della casistica individuata nell'art. 132 d. lgs. n. 163/2006, consentire modifiche non contemplate da disposizioni di deroga al principio di immodificabilità delle condizioni del contratto.

significativa, nel senso che non condurrebbe a risultati apprezzabili. Si solleva, così, un dubbio sulla effettiva utilità dell'analisi della problematica, giacché il legislatore sembrerebbe aver accolto una precisa soluzione, individuando anche i limiti entro cui il rischio è posto a carico dell'appaltatore e, in sostanza, la misura dell'alea normale del contratto. Tuttavia, queste considerazioni non sono convincenti: anche la disciplina civilistica dell'appalto contiene regole sulle varianti e sulla revisione dei prezzi (l'art. 1664 c.c., ad esempio, prevede la misura delle alterazioni dei prezzi che giustificano la revisione dell'appalto); ciononostante, in quell'ambito non si discute dell'ammissibilità di clausole di rinegoziazione⁴⁸⁸. Inoltre, di là dalla questione di eventuali patti in deroga alla disciplina legale⁴⁸⁹, il riferimento alla stessa normativa in materia di *jus variandi* della stazione appaltante e di revisione dei prezzi può considerarsi un indice della esigenza, affatto trascurata dal legislatore, di garantire la conservazione del contratto anche in presenza di sopravvenienze, cercando al contempo di evitare un assetto degli interessi squilibrato⁴⁹⁰. In questa prospettiva, l'insorgenza di una sopravvenienza che alteri l'equilibrio delle prestazioni, al di fuori degli angusti limiti delineati dagli artt. 132 e 133 d. lgs. 163/2006, induce ad ipotizzare una legittimazione della stazione appaltante e dell'appaltatore a rinegoziare le condizioni originarie del contratto, in forza del rimedio della *reductio ad aequitatem*, di cui all'art. 1467 c.c., applicabile anche ai contratti pubblici⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ Secondo V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 35, proprio la disciplina delle varianti e quella sulla revisione dei prezzi, tra le altre, devono indurre l'interprete a notare che la disciplina della fase esecutiva dei contratti pubblici «tende progressivamente ad avvicinare lo svolgimento fisiologico del rapporto contrattuale agli abituali canoni privatistici». Sulla meritevolezza di tutela delle clausole di rinegoziazione ex art. 1322 c.c.: v. *infra*, nota 493.

⁴⁸⁹ V. *retro*, nota 482.

⁴⁹⁰ F. TEDESCHINI e P. LAZZARA, *Le varianti in corso di esecuzione*, cit., p. 880, rileva come la questione delle varianti sia centrale nella ricerca del miglior temperamento tra il principio di conservazione del vincolo obbligatorio e la necessità (od opportunità) di adeguare le prestazioni a disposizioni o circostanze sopravvenute, o di mutarle in senso maggiormente soddisfacente per il committente.

⁴⁹¹ Così, S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della Pubblica Amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, cit., p. 512 ss., il quale giunge a questa conclusione sulla base del raffronto con la disciplina delle concessioni di lavori pubblici - art. 143, comma 8, d. lgs. n. 163/2006 (sul quale v. *retro*, nota 479) - che, a tutela dell'equilibrio economico e finanziario del rapporto, prevede un meccanismo generale che legittima la revisione. Si rileva, così, che «l'apparente irrazionalità che emerge dal raffronto tra la disciplina di settore dei lavori pubblici e delle concessioni può essere risolta proprio mediante il richiamo al generale rimedio della *reductio ad aequitatem*» (*op. cit.*, p. 513), senza che il principio del c.d. prezzo chiuso e la tassatività delle ipotesi in cui è ammesso il ricorso a varianti in corso d'opera possano far propendere per soluzioni negative. (Sull'applicazione dell'art. 1467 c.c. agli appalti pubblici, v. *retro*, nota 476).

La prassi della rinegoziazione rinviene la propria fonte naturale nell'autonomia privata⁴⁹², mediante l'inserimento nel regolamento contrattuale di specifiche clausole⁴⁹³. E' di tutta evidenza, infatti, che il funzionamento ottimale dei meccanismi di adeguamento presuppone l'accordo o, comunque, la cooperazione delle parti⁴⁹⁴. L'autonomia negoziale svolge, così, una funzione integrativa ed innovativa degli istituti disciplinati dall'ordinamento, mediante l'introduzione di meccanismi in grado di salvaguardare gli interessi reali e concreti delle parti. Le clausole di rinegoziazione incentivano una soluzione concordata delle sopravvenienze contrattuali, tendendo ad una correzione degli effetti

⁴⁹² Sulla rilevanza dell'autonomia negoziale nella pluralità e gerarchia delle fonti e dei valori, cfr. le posizioni di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, 2006, spec. p. 289 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Trattato del Consiglio nazionale del notariato* diretto da P. Perlingieri, IV, Napoli, 2008, *passim*. Con particolare riguardo all'attività amministrativa, A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa*, cit., p. 23 ss.; M. GALLI, *Attività contrattuale della Pubblica Amministrazione e difetto di potere rappresentativo*, cit., p. 69 ss.; v. anche *retro*, par. 1.3. Per quanto concerne la fonte convenzionale del fenomeno rinegoziativo: V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., *passim*; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., spec. p. 312 ss.; G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 97 ss.

⁴⁹³ La dottrina ritiene che rientri nell'autonomia contrattuale delle parti inserire clausole di tal fatta, offrendo una risposta positiva agli interrogativi relativi alla meritevolezza di tutela di queste previsioni, ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c. Tali clausole, infatti, costituiscono manifestazione del principio di conservazione e della valorizzazione di «istanze riequilibrative dell'assetto di interessi»: così, V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 69, ma v. anche pp. 10 e 58 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 212 ss., 331 ss.; G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 97 ss.; G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, cit., p. 1208. Cfr. anche, M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, cit., p. 311 ss. la quale, però, esclude che l'astratta legittimità delle clausole di amministrazione convenzionale delle sopravvenienze contrattuali implichi anche l'individuazione dei loro margini di liceità; P. GALLO, *Soppravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., p. 364 ss. Inoltre, v. F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, cit., p. 57 ss., sull'integrità del potere dei privati in ordine alla regolamentazione dei propri interessi nel senso che questo potere, una volta esercitato per la costituzione del rapporto non si consuma né si esaurisce: questo rilievo, «schiude il nesso indissolubile tra potere di autonomia e capacità» (*op. cit.*, p. 58); V. LOPILATO, *Questioni attuali sul contratto*, cit., p. 220; S. POLIDORI, *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, cit., p. 720 e 721, analizza la problematica nella prospettiva inversa e, in ordine alla natura dispositiva delle disposizioni dettate in materia di appalto, afferma che le facoltà delle parti di modellare il contenuto del contratto non può spingersi fino al punto da escludere ogni meccanismo di adeguamento, poiché ciò sarebbe del tutto irragionevole. Nell'ordinamento francese, tra gli altri, G. ROUHETTE, *La révision conventionnelle du contrat*, cit., p. 369; R. FABRE, *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, cit., p. 1. G. AMORE, *Appalto e claim*, cit., p. 123, pone in luce la differenza tra le clausole di rinegoziazione e quelle di adeguamento o indicizzazione, in quanto, pur avendo entrambe fonte nell'autonomia negoziale e pur essendo deputate alla gestione delle sopravvenienze, prevedono meccanismi diversi: nel primo caso è richiesta la partecipazione delle parti per il loro funzionamento, nel secondo l'operatività delle clausole è tendenzialmente automatica; sulla necessità di mantenere ferma la distinzione in esame, anche F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit., p. 1873; F. GAMBINO, *Rinegoziazione (dir. civ.)*, cit., p. 7 ss.

⁴⁹⁴ In questo senso, è «quasi naturale la ricerca del nesso tra le regole dell'adeguamento del rapporto e la tematica della rinegoziazione, che induce ad individuare uno specifico obbligo di trattare le condizioni della modificazione del rapporto»: F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 18. Nell'ordinamento francese, in favore di un dovere di cooperazione tra le parti nel corso dell'esecuzione del contratto, sia pure nel rispetto di determinati limiti, v. Y. PICOD, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, cit., spec. n° 2 e 3.

sviluppati dagli eventi produttivi di mutamenti delle circostanze del rapporto⁴⁹⁵. Il potere di utilizzare clausole di questo tipo deve essere riconosciuto anche in capo alla pubblica amministrazione⁴⁹⁶ che, essendo dotata di una piena capacità di diritto privato⁴⁹⁷, può includere, nel momento in cui stipula un contratto ad evidenza pubblica, clausole di revisione negoziale, salvi i limiti derivanti dalle esigenze di tutela della concorrenza⁴⁹⁸.

La volontà dei contraenti diretta al controllo delle sopravvenienze può trovare attuazione attraverso la predisposizione di clausole contraddistinte da un contenuto generico o specifico in ordine ai presupposti posti a fondamento della rinegoziazione e delle modalità e i termini del procedimento rinegoziativo⁴⁹⁹. In alcuni casi le parti si limitano ad esprimere regole di contenuto elastico, al fine di attribuire maggiore flessibilità al rapporto nella gestione di sopravvenienze. La previsione di un contenuto generico della clausola di rinegoziazione consente ai contraenti di riservare alla propria sfera di controllo la determinazione degli effetti delle sopravvenienze sull'assetto degli interessi e di impedire che l'alea normale del rischio contrattuale porti alla risoluzione del contratto, in quanto garantisce al contratto massima elasticità e capacità di resistere alle future contingenze⁵⁰⁰.

⁴⁹⁵ F. MACARIO, *o.u.c.*, p. 213 che rinviene la *ratio* delle clausole nella difficoltà di disciplinare il rischio contrattuale *a priori*, nonostante l'impegno che le parti possono devolvere nella fase delle trattative e della conclusione del contratto; in questo modo le parti cercano di assicurarsi il controllo sulla realizzazione del risultato economico finale. Per l'inquadramento della trattazione relativa all'adeguamento e alla rinegoziazione nell'ambito della disciplina delle sopravvenienze e del rischio contrattuale, ID., *Adeguamento e rinegoziazione*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit., p. 1851 ss.

⁴⁹⁶ Così, V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1916.

⁴⁹⁷ V. *retro*, par. 1.3. Come già evidenziato, inoltre, sotto questo profilo una particolare rilevanza ha assunto l'introduzione del comma 1 *bis* nell'art. 1 della l. n. 241/90. Sul punto, v., *retro*, par. 1.4.

⁴⁹⁸ V. *retro*, par. 3.6.

⁴⁹⁹ V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1916, sottolinea che si tratta di una schematizzazione di comodo, poiché le parti godono di un'ampia autonomia e possono dar vita a clausole dal contenuto più vario e atipico; nello stesso senso, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 331.

⁵⁰⁰ Così, G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 66 ss. Dubita della validità della clausola redatta in modo generico, a causa della indeterminatezza e indeterminabilità delle prestazioni oggetto della clausola, P. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, cit., p. 305. *Contra*, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 337 ss., secondo il quale in ordine alle clausole generiche non si porrebbe un problema di validità, bensì di mera interpretazione; del resto, osserva l'Autore, la sanzione di nullità per indeterminabilità delle prestazioni dedotte nella clausola potrebbe apparire incongrua rispetto all'interesse delle parti a pianificare la prosecuzione del rapporto. Tali clausole manifesterebbero l'intenzione delle parti di rimettersi alla successiva evoluzione del rapporto, impegnandosi a riconoscere le contingenze incidenti sull'originario assetto di interessi; vi sarebbe, così, una precisa volontà di procedere all'adeguamento ed un altrettanto preciso obbligo comportamentale, seppur non specificato nelle sue applicazioni (*o.u.c.*, p. 338; su quest'ultimo aspetto, cfr. anche G. MARASCO, *op. cit.*, p. 101 ss. secondo il quale la nullità non può derivare in termini assoluti ed astratti, per effetto di una eventuale, e il più delle volte necessitata, genericità). Ma, obietta G. AMORE, *Appalto*

Questa scelta può essere dettata anche da motivazioni di ordine pratico, nel senso che l'individuazione analitica delle sopravvenienze ritenute rilevanti implica un processo lento e graduale, richiedendo una complessa concertazione delle parti⁵⁰¹. Senonchè -si osserva⁵⁰²- il contenuto estremamente generico della clausola può far sorgere diversi inconvenienti, in particolare può comportare problemi in ordine alla possibilità di accertare la circostanza sopravvenuta, con rischi legati a potenziali abusi dello strumento della revisione. La predisposizione di una clausola in termini generici impone una valutazione soggettiva della verifica sulla corrispondenza tra la sopravvenienza concreta e quella astrattamente prevista e, quindi, ciascun contraente potrebbe tentare di approfittare della genericità della previsione per risolvere, nel senso a sé più favorevole, la questione della corrispondenza tra la circostanza verificatasi in concreto e quella genericamente dedotta nella clausola⁵⁰³. Si manifesta, dunque, la preferenza verso indicazioni particolareggiate delle sopravvenienze rilevanti e delle conseguenze che le stesse devono produrre sull'assetto di interessi, in modo tale da svolgere, in un momento successivo, una mera attività di ricognizione tra l'ipotesi tipizzata e quella realizzatasi⁵⁰⁴. Il ricorso a criteri analitici e obiettivi rende più facile l'accertamento della sopravvenienza e degli effetti ad essa collegati, ma circoscrive notevolmente le possibilità di adeguamento del contratto, ristretta alle sole circostanze

e claim, cit., p. 125, alla luce di queste ultime considerazioni, si potrebbe al più escludere la nullità della clausola, ma resterebbe il rischio di una sostanziale sostituzione dell'autorità giudiziaria all'autonomia privata.

⁵⁰¹ Nel senso che il contenuto generico della clausola (ad es. subordinare la rinegoziazione al sopraggiungere di circostanze "imprevedibili", senza altre indicazioni), consente di "alleggerire" le attività dei contraenti, mentre l'individuazione preventiva delle sopravvenienze rilevanti «presuppone un'attività lenta e dispendiosa, tale da appesantire oltre modo il rapporto contrattuale», V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 127.

⁵⁰² Così, G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 66 ss.

⁵⁰³ V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 128, secondo il quale, la clausola di rinegoziazione può diventare, così, un elemento di "fragilità" del vincolo negoziale, suscettibile di condurre alla distruzione e non alla conservazione del rapporto negoziale. Questi inconvenienti sono messi in luce anche da J. GHESTIN e M. BILLIAU, *Le prix dans les contrats de longue durée*, Paris, 1990, p. 137. Alla luce di queste possibili deviazioni del meccanismo rinegoziativo, la predisposizione di clausole dal contenuto generico è stata suggerita solo là dove i contraenti appartengano allo stesso "ambiente", ovvero nelle ipotesi in cui la clausola si inserisca in una più ampia relazione di affari: in questo senso, M. FONTAINE e F. DE LY, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 254, i quali sottolineano la difficoltà dell'inserimento delle clausole di *hardship* nei rapporti tra *partners* eterogenei sotto il profilo economico, giuridico e sociale.

⁵⁰⁴ V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 130 e 135, al quale si rinvia per la disamina della variegata tipologia di sopravvenienze, nonché dei presupposti che possono integrare il contenuto delle clausole rinegoziative, anche con riferimenti alla dottrina francese e tedesca.

previste⁵⁰⁵. Per ovviare agli inconvenienti esposti, si suggerisce la combinazione dei diversi criteri (generico e specifico), al fine di conciliare le opposte esigenze: ad una prima indicazione generica delle sopravvenienze rilevanti segue un'indicazione esemplificativa di circostanze specifiche⁵⁰⁶. Anche questa soluzione solleva, però, alcune perplessità, dal momento che tale formulazione, sebbene diretta a prevenire gli effetti distorsivi che derivano dall'utilizzazione esclusiva di uno dei due criteri, non è idonea a realizzare siffatto risultato dal momento che la mera combinazione non esclude il fatto che si applicano autonomamente⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 62 ss.; G. AMORE, *Appalto e claim*, cit., p. 127, sottolinea che l'inevitabile limitato numero di sopravvenienze considerate implicherebbe che anche le clausole dal contenuto specifico inserirebbero margini di incertezza nella vicenda negoziale, tanto più che il contenuto della clausola andrebbe interpretato restrittivamente. Sulla sostanziale necessità che il contenuto delle clausole di rinegoziazione sia specifico mediante l'individuazione degli eventi che legittimano le parti alla revisione del contratto, nonché degli ulteriori presupposti a tal fine rilevanti, , anche alla luce della elaborazione che tali clausole hanno nella pratica internazionale, C. VACCÀ (a cura di), *Il conflitto del Golfo i contratti di impresa. Esecuzione, adattamento e risoluzione in uno scenario di crisi*, cit., p. 40 ss.

⁵⁰⁶ In questo senso, G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 62 ss. che accoglie positivamente la soluzione "cumulativa" che si è diffusa nella prassi internazionale, in virtù della quale alla previsione generale dell'*hardship* segue un'elencazione delle ipotesi ritenute rilevanti ai fini della revisione. V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 130, evidenzia come l'autonomia negoziale consente la predisposizione di regole convenzionali che contemperano al meglio le opposte esigenze ed è quindi possibile redigere clausole profondamente diverse tra loro. Ciononostante, per l'Autore, è possibile ricostruirne un contenuto minimo, al quale i contraenti fanno sempre riferimento, consistente: nella previsione più o meno specifica di circostanze modificative successive alla conclusione del contratto, nella rappresentazione delle conseguenze che esse devono produrre sull'assetto di interessi originario e nella disciplina applicabile qualora si verificino i presupposti dedotti nella regola convenzionale. Questa disciplina, a sua volta, può essere limitata alla previsione dell'obbligo di rinegoziare o concretarsi nell'elaborazione di una procedura più complessa (sul punto, in ordine all'ordinamento francese, v. anche A. KABADI, *La r negociation du contrat*, in *La Semaine Juridique, Edition Entreprise*, 4 novembre 1999, n° 44, p. 6 ss.).

⁵⁰⁷ V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 150. Anche G. AMORE, *Appalto e claim*, cit., p. 124 ss., solleva riserve in ordine alle clausole tanto dal contenuto generico quanto specifico, ritenendole inadeguate ad una effettiva tutela dei contraenti, in considerazione delle obiezioni fin qui evidenziate. L'Autrice si sofferma sull'adeguatezza della clausola di *claim*, che indica presupposti, generici e specifici, e *modus procedendi* della rinegoziazione. In particolare, il *claim* viene definito quale «*request for an adjustment due to a change under the contract*: e cioè, richiesta di "aggiustamento" a seguito di un mutamento (delle circostanze) durante l'esecuzione del contratto» (*op. cit.*, p. 166 alla quale si rinvia per le indicazioni bibliografiche sull'argomento, soprattutto relative alla dottrina straniera); «con il termine *claim* si identifica tanto la richiesta di "aggiustamento" (*a claim is a demand or assertion*), quanto la clausola contrattuale che prevede il diritto alla "rinegoziazione" nonché la controversia eventualmente scaturita tra committente e appaltatore in caso di mancato raggiungimento del nuovo accordo» (*op. cit.*, p. 173).

3.8. *Segue. Il ruolo della buona fede: nuovi profili dell'integrazione contrattuale. L'integrazione quale strumento di gestione delle sopravvenienze contrattuali. La disciplina del codice civile (art. 1374 c.c.): buona fede ed equità.*

Al fine di far fronte alle ipotesi in cui manca una espressa previsione, legislativa o negoziale, nonché per fornire una risposta adeguata al disagio diffuso nella pratica degli affari per il rimedio risolutivo, si pone l'interrogativo circa la possibilità di rinvenire nel sistema un generale obbligo di rinegoziare il contratto⁵⁰⁸. Emerge, dunque, la centralità del problema relativo alla giustificazione di un diritto ed un corrispondente obbligo di rinegoziare (di fonte legale), nonché l'individuazione, eventualmente, delle loro basi normative⁵⁰⁹. Si è già accennato al dibattito circa la possibilità di desumere dalle varie disposizioni, in qualche modo riconducibili al fenomeno rinegoziativo, un principio generale di revisione contrattuale⁵¹⁰. La soluzione positiva proposta delinea la configurabilità di un obbligo di rinegoziare⁵¹¹: la fonte si rinviene, secondo le diverse linee di pensiero, nell'equità integrativa⁵¹² ex art. 1374 c.c., o nella buona fede⁵¹³, rilevante sia

⁵⁰⁸ In questa prospettiva, «le clausole di rinegoziazione sarebbero puramente ricognitive di un principio generale e si limiterebbero a concretizzare i termini (il *quando*, il *quomodo*, il *quid*) di un obbligo di rinegoziazione già esistente»: F. CARINGELLA E G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 969. T. MAUCERI, *Soppravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, cit., p. 1095, pone in luce la progressiva emersione dell'idea secondo la quale, all'insorgere di sopravvenienze perturbative di un contratto, la parte esonerata dal rischio della sopravvenienza avrebbe il diritto di chiedere, anziché la risoluzione, la rinegoziazione dell'accordo e/o la revisione anche in casi in cui l'esperibilità di tali rimedi non sia prevista né dalla legge, né dal contratto.

⁵⁰⁹ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 290 ss.; ID., *Adeguamento e rinegoziazione*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit., p. 1901 ss.

⁵¹⁰ V. *retro*, par. 3.7.

⁵¹¹ Per una disamina delle varie posizioni della dottrina e per un'analisi della questione in chiave problematica, si veda F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, cit., *passim*; ID., *Rinegoziazione (dir. civ.)*, cit., spec. p. 4 ss. Sulla linea di tendenza di modelli stranieri, F.P. TRAIACI, *op. cit.*, p. 368 ss. individua la fonte dell'obbligo rinegoziativo nella combinazione tra gli art. 1374 e 1375 c.c. V. anche, in relazione al principio di proporzionalità, F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, cit., p. 213 ss.

⁵¹² R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 723, secondo i quali l'equità esige che nei contratti di durata particolarmente lunga si sottintenda una clausola di rinegoziazione, in virtù della quale «il dato obsoleto e non più funzionale possa essere sostituito dal dato aggiornato e opportuno». Sul rilievo autonomo dell'equità, che prescinde da uno specifico richiamo legislativo, in virtù del quale il giudice può integrare il regolamento contrattuale, senza alterare la natura dell'operazione voluta dalle parti, cfr. F. GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, cit., spec. p. 294.

⁵¹³ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 312 ss.; G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 108 ss.; ID., *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, cit., p. 539 ss. Si noti che il riferimento al parametro della buona fede nell'esecuzione del contratto è utilizzato anche da chi ha esaminato l'attuazione dell'obbligo di fonte esclusivamente convenzionale: V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 177 ss. e 226 ss. In considerazione dei molteplici studi sulla buona fede nella letteratura

durante l'esecuzione del contratto (art. 1375 cc.), sia in sede di interpretazione (art. 1366 c.c.)⁵¹⁴. In particolare, la buona fede è espressione di una concreta esigenza di solidarietà contrattuale, che si specifica nei due fondamentali canoni della lealtà del comportamento e della salvaguardia dell'utilità dell'altro contraente, nei limiti di un apprezzabile sacrificio⁵¹⁵.

civilistica e della impossibilità di offrire indicazioni bibliografiche esaustive in questa sede, sia consentito, per una trattazione generale, il rinvio ad alcuni tra i principali contributi della dottrina: U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv.*, II, Torino, 1988, p. 154 ss.

⁵¹⁴ La gestione del rischio contrattuale viene, così, inquadrata nell'ambito del fenomeno dell'integrazione del contratto, enucleando un obbligo legale di rinegoziare. La tesi è richiamata in linea descrittiva da F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, cit., p. 1 ss., ove si sottolinea che l'obbligo rinegoziativo di fonte legale, in assenza di clausole di rinegoziazione, darebbe risposta al problema del rischio contrattuale, neutralizzandone gli effetti nell'ottica di un principio di conservazione ricavato dalle fonti di integrazione del contratto. Cfr. P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, cit., p. 568, secondo il quale il fenomeno dell'integrazione contrattuale, collegato al principio di conservazione, si traduce sempre più nella prevalenza del raggiungimento del risultato e quindi dell'esecuzione specifica rispetto alla risoluzione e al risarcimento. Anche nei Principi *Unidroit* un ruolo di primo piano è attribuito ai criteri di equità, buona fede e correttezza, posto che guidano ed orientano il giudice nella modificazione e nell'adattamento del contratto predisposto dalle parti. Il giudice, infatti, applicando l'equità, e avvalendosi del canone della buona fede, impone la sua determinazione alle parti, limitando la loro libertà contrattuale che, anche se considerata un valore fondamentale dall'art. 1.1 dei Principi, è pur sempre libertà condizionata al rispetto dei principi di buona fede e correttezza (così, F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., p. 70). Sulla rilevanza della buona fede in ogni fase contrattuale, nella formazione, nell'esecuzione e nella interpretazione, in giurisprudenza, v. App. Torino, 30 giugno 2008, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratto in genere*, n. 294, in *Giur. piemontese*, 2009, p. 10, con nota di N. CALCAGNO e G.M.D. ARNONE, *Criteri oggettivi di buona fede e impossibilità sopravvenuta della prestazione: necessità di osservare il concreto comportamento tenuto dalle parti*, Cass. 7 giugno 2006, n. 13345, in *Mass. Foro it.*, 2006, c. 1278.

⁵¹⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, cit., p. 505; G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., p. 148, il quale rileva che gli obblighi di cooperazione e solidarietà derivano dalla relazione contrattuale creata dai contraenti. In senso parzialmente diverso, L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., p. 172, che scorge nel principio di correttezza e buona fede «un metro oggettivo ed elastico di valutazione a posteriori, affidato al giudice, di un fatto (dunque, anche del contratto, in quanto fatto giuridico) e/o di un comportamento»: non, dunque, l'espressione di un dovere generico o la fonte di specifici obblighi integrativi, ma un «criterio volto a contenere le conseguenze negative di un'applicazione formalistica del diritto sul piano della conciliazione di interessi confliggenti», secondo una misura destinata a precisarsi secondo le caratteristiche di ogni vicenda nel quadro complessivo delle circostanze, anche sopravvenute, del caso concreto. Sul collegamento tra buona fede e lealtà di comportamento, cfr., G. FLECHEUX, *Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats*, in AA.VV., *Études offertes a Jacques Ghestin*, cit., pp. 341 ss. In giurisprudenza, emblematica è Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1296 con nota di C.M. BARONE, in *Corr. giur.*, 1994, p. 566 ss, con nota di V. CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2159, con nota di M.R. MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*. La pronuncia ha deciso il noto caso delle acque Fiuggi, statuendo che, in tema di esecuzione del contratto, «la buona fede si atteggia come impegno di cooperazione o un obbligo di solidarietà che impone a ciascun contraente di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali, o dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere* siano idonei a preservare gli interessi della controparte, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio». E' stato ritenuto contrario a buona fede il comportamento di una società che aveva in gestione le sorgenti di acqua minerale e che aveva locato gli stabilimenti termali, avendo la stessa abusato di una facoltà prevista da una clausola del contratto concluso con il Comune di Fiuggi. Questa clausola consentiva al concessionario di determinare liberamente il prezzo in fabbrica delle bottiglie, correlando l'adeguamento del canone di locazione al prezzo predetto. Al fine di assicurarsi un maggior profitto in danno del Comune, il conduttore aveva congegnato l'espedito di vendere le bottiglie non già direttamente ai consumatori, bensì ad un'altra società del medesimo gruppo che le avrebbe

In presenza di alterazioni dell'originario equilibrio contrattuale, le parti sarebbero pertanto tenute a svolgere nuove trattative, al fine di rinegoziare i termini contrattuali ed adeguare il convenuto assetto di interessi al mutare dello stato di fatto⁵¹⁶. La materia delle sopravvenienze, dominata in via generale dagli istituti della risoluzione e della riduzione ad equità, si accresce, in questa prospettiva, dell'applicazione di rimedi equitativi ulteriori che concretizzano «una regola di giustizia non scritta»⁵¹⁷.

Le tesi che fondano sull'equità o sulla buona fede un generale obbligo di rinegoziazione presentano una *ratio* comune: favorire l'utilizzo dei rimedi manutentivi, in considerazione della inadeguatezza di quelli ablativi, per far fronte alla gestione del rischio contrattuale⁵¹⁸. Eccessivamente critica appare la posizione di chi esclude che dalla buona fede possa scaturire un obbligo di rinegoziazione⁵¹⁹: gli strumenti manutentivi predisposti

poi distribuite sul mercato. In tal modo, aveva intenzionalmente tenuto fermo il prezzo di fabbrica, così da impedire l'aumento del canone, quando invece il distributore aveva aumentato notevolmente tale prezzo. Nello stesso senso, a titolo meramente esemplificativo, Cass., 15 febbraio 2007, n. 3462, in *Foro it., Mass.*, 2007, c. 1148, che ha affermato: «L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, applicabile in ambito contrattuale ed extracontrattuale, che impone di mantenere, nei rapporti della vita di relazione, un comportamento leale (specificantesi in obblighi di informazione e di avviso) nonché volto alla salvaguardia dell'utilità altrui, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio»; Cass., 13 luglio 2007, n. 15669, in *Giust. civ.*, 2008, I, 712; Cass., 30 luglio, 2004, n. 14605, in *Rep. Foro it.*, 2004, *Contratto in genere*, n. 302; Cass. 7 giugno 2006, n. 13345, cit., 1278; Cass., 9 marzo 1991, n. 2503, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2077, con nota di D. BELLANTUONO, *Buona fede nell'esecuzione del contratto e acquisto di fondo rustico*, in *Corr. Giur.*, 1991, p. 789, con nota di A. Di MAJO, *Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale*.

⁵¹⁶ I contraenti sarebbero tenuti a svolgere nuove trattative onde «far aderire il regolamento contrattuale a suo tempo predisposto alla reale situazione di fatto nel frattempo evolutasi in un certo modo»: F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 320.

⁵¹⁷ Così, R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 722.

⁵¹⁸ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 317. Sulla inadeguatezza di questa disciplina v. *retro*, par. 2.4. Si auspica, pertanto, il superamento dei limiti posti dalla disciplina sulla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta che, per un verso, conduce alla caducazione degli effetti contrattuali e, per un altro verso, attribuisce alla sola parte non onerata, convenuta in giudizio con l'azione di risoluzione, la possibilità di offrire l'equa riduzione delle condizioni contrattuali. In effetti, la presenza dell'art. 1467 c.c. sembrerebbe precludere l'ipotesi di un obbligo di rinegoziare "generalizzato" per governare gli effetti dell'onerosità sopravvenuta, salva, ovviamente, l'ipotesi dell'offerta per l'equa modificazione delle condizioni contrattuali. Ma, nel rammentare la premessa svolta (*retro*, cap. II) sulle peculiarità dei contratti di durata, che inducono ad una riconsiderazione del significato e dell'operatività delle regole dettate dal codice civile per la disciplina generale del contratto, si esclude un contrasto tra l'ipotesi di un obbligo di rinegoziazione di fonte legale e la normativa della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, posto che sarebbero destinate a disciplinare fattispecie contrattuali diverse e opererebbero in autonomia, o meglio in parallelo: così, ID., *Adeguamento e rinegoziazione*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit., p. 1902. V. anche, R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 722 ss. Sul punto, v. anche P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., p. 379 ss., secondo il quale nell'ordinamento italiano, per generalizzare il rimedio della revisione del contratto, sia pure tramite un ampliamento dei poteri giudiziali, sarebbe sufficiente interpretare estensivamente la disciplina della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta.

⁵¹⁹ M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, cit., p. 467 ss.; A. GENTILI, *La replica alla stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, cit., spec. p. 708 ss.; P. GALLO, *Revisione del contratto*, cit., p. 436; ID., *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., p. 367 ss.,

dal legislatore avrebbero natura eccezionale, con la conseguente necessità di interpretare restrittivamente le relative previsioni, pena l'incoerenza che si determinerebbe con la disciplina dell'art. 1467 c.c.⁵²⁰. Questa disposizione, però, non è di per sé sufficiente ad escludere l'ammissibilità di un dovere di rinegoziare, suscettibile di applicazione generale. Anzi, laddove sono emerse esigenze di conservazione del contratto, il legislatore non ha esitato ad adottare soluzioni diverse rispetto alla risoluzione o, comunque, allo scioglimento del vincolo. Pertanto, fermo restando il disposto dell'art. 1467 c.c., non si comprende perché, in presenza di interessi ed esigenze (meritevoli) che la predetta norma non riesca a tutelare, non possa operare la buona fede, sotto forma di obbligo di rinegoziazione e di revisione del contenuto contrattuale⁵²¹. Implicito è il riferimento alla tesi che assegna alla buona fede una funzione integrativa del contenuto contrattuale⁵²², mediante la creazione di

dubita della configurabilità di un autonomo dovere di revisione svincolato dall'espressa previsione delle parti e precisa che, «anche ammettendo l'esistenza di un tale dovere, resterebbe sempre aperto il secondo aspetto della questione, ovvero quello degli strumenti mediante i quali renderlo effettivo» (o.u.c., p. 370); G. AMORE, *Appalto e claim*, cit., p. 145 ss; nello stesso senso, P. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, cit., p. 299 ss; analoghi dubbi sembra manifestare, con particolare riferimento all'equità, M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, cit., p. 312 ss.

⁵²⁰ M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, cit., p. 476 ss., fa riferimento ad una «insanabile contraddizione» tra il dispositivo dell'art. 1467 c.c. e l'obbligo di rinegoziazione (op. cit., p. 480). La disciplina codicistica esaurirebbe l'intera materia del rischio contrattuale, dando rilevanza ai soli «rischi quantitativi» (relativi alla onerosità della prestazione in sé considerata), mentre sarebbero esclusi dalla ratio dell'art. 1467 c.c. i c.d. «rischi qualitativi» (inerenti ad altre tipologie di sopravvenienze), ai quali farebbe invece riferimento l'obbligo rinegoziativo. Sulla incompatibilità tra obbligo legale di rinegoziazione e disciplina della eccessiva onerosità sopravvenuta, anche A. GENTILI, *La replica alla stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, cit., p. 706 ss., secondo il quale la ricostruzione della rinegoziazione come istituto generale delle sopravvenienze rappresenta una «teoria ermeneutica descrittivamente fondata ma normativamente preoccupante». L'opinione secondo cui la buona fede vincola alla rinegoziazione anche in assenza di un'apposita clausola, esprimerebbe un'idea troppo ampia della buona fede integrativa; inoltre, il riferimento alla ratio della *reductio ad aequitatem* nella sopravvenuta eccessiva onerosità quale fondamento della rinegoziazione, sarebbe inopportuno e presupporrebbe un legislatore incoerente. Se, infatti, l'offerta di modificare equamente le condizioni contrattuali dà origine ad una vicenda rinegoziativa e il giudice potrebbe imporre l'accettazione alla controparte che la rifiuti ingiustificatamente, è pur vero -si sottolinea criticamente- che questa possibilità sussiste solo se l'offerta è fatta dal convenuto, perché «solo la proposta rinegoziativa della parte avvantaggiata dalla sopravvenienza conferma che ciò corrisponde alla sua volontà, e quindi ad una soggettiva valutazione di utilità, mentre la verificata riconduzione ad equità conferma che la proposta corrisponde all'astratto interesse della parte svantaggiata», rendendo irrilevante la sua concreta volontà. Dunque, «se il caso è quello stesso dell'art. 1467 c.c., parla contro la tesi in esame, perché in esso la proposta di adeguamento è una facoltà e non un obbligo».

⁵²¹ G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 117, il quale, per altro verso, critica l'assunto di Gentili (v. nota precedente), evidenziando che non è affatto escluso che da una norma di carattere speciale possano scaturire regole e principi suscettibili di applicazione generale. Anche C. D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., p. 540 ss., ritiene che l'obbligo di adeguamento *ex lege* non elide la disciplina di cui all'art. 1467 c.c. e che le due figure sembrano piuttosto destinate ad una reciproca integrazione.

⁵²² In argomento, G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita notarile*, 2002, p. 612, che considera la buona fede non solo come clausola generale destinata a regolare le trattative, la conclusione, l'interpretazione e l'esecuzione del rapporto contrattuale, ma anche come fonte di integrazione

nuovi diritti e obblighi per le parti, ancorché non espressamente previsti nell'accordo originariamente convenuto⁵²³, né risultanti dall'applicazione di disposizioni di legge, ovvero dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*⁵²⁴. Alla luce di questa tesi – che, comunque,

del contratto in quanto richiamata dall'art. 1374 sub specie di legge. Si tratta, in realtà, della accreditata tesi di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 118, secondo cui affermare che l'elencazione contenuta nell'art. 1374 c.c. è di carattere tassativo, significa semplicemente rimettere l'ampliamento di quell'elenco esclusivamente ad una norma di legge. Posta la tassatività dell'elenco contenuto nell'art. 1374, rimane aperta la possibilità di individuare altre norme, contenenti ulteriori indicazioni relative all'integrazione: è il caso della correttezza, la cui considerazione legislativa non può essere messa in dubbio. Nella medesima prospettiva, C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, cit., p. 500 ss. Per un'accurata trattazione della buona fede *in executivis*, nella prospettiva integrativa del contratto si rinvia a A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 301 ss, il quale, però, avverte che «nella misura in cui si rimane nella cornice di una funzione regolativa (affidata al principio di buona fede) può accettarsi un uso della buona fede che completi la disciplina normativa, ma, ove si trascorra ad una funzione correttiva delle norme di legge, si è fuori dal sistema» (*op. cit.*, p. 315). Sulla funzione integrativa della buona fede, cfr. anche A. DE MAURO, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, cit., p. 83 ss.; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 83 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, cit., p. 1042 ss.; V. LOPILATO, *Questioni attuali sul contratto*, cit., 179 ss. V., in giurisprudenza, Cass., 12 aprile 2006, n. 8619, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, p. 120 ss., con nota di N. COREA, *Interpretazione ed integrazione del contratto: come opera la buona fede*; Cass. 27 settembre 2001, n. 12093, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3541, con nota di M. FABIANI, in *Corr. giur.*, 2002, 328, con nota di A. DI MAJO, *La buona fede oltre il contratto*; Cass., 9 marzo 1991, n. 2503, cit. Con particolare riguardo al ruolo della buona fede in relazione agli obblighi informativi, v. D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, forma e contenuto negoziale*, Napoli, 1999, spec. 19 ss. che pone in luce l'emersione di una “nuova sensibilità” che sembra travolgere le consolidate affermazioni circa l'irrelevanza dello squilibrio tra le prestazioni contrattuali (*op. cit.*, p. 10), dando corpo ad obblighi di informazione finalizzati a riequilibrare le posizioni delle parti in ordine alle possibilità di accesso all'informazione. E. MINERVINI, *Errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede contrattuale*, cit., p. 944, si sofferma sulla necessità di comunicare gli elementi la cui conoscenza è idonea ad influire sulla rappresentazione del contenuto del futuro contratto, condizionando il raggiungimento degli interessi perseguiti; di qui la responsabilità della parte che, riconosciuto l'errore di previsione, tace (*op. cit.*, p. 949). Più di recente, sul tema, I. TARDIA, *Buona fede ed obblighi di informazione tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 724 ss.; M. CAPODANNO, *Lettere di intenti, doveri in contrabando e buona fede nelle trattative*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2008, 2, p. 305 ss., spec. p. 322 ss.

⁵²³ La dottrina sostiene che occorre privilegiare la valutazione complessiva dell'economia dell'affare, per tutelare in maggior misura l'equilibrio delle prestazioni rispetto alla psicologia dei contraenti: si ricorre, così, alla buona fede in funzione integrativa del contratto, finalizzata a specificare il contenuto del rapporto obbligatorio, oltre e a prescindere dalle testuali pattuizioni contrattuali: così, M. BESSONE, *Presupposizione, «causa» tipica del negozio, economia del contratto (e l'equivoco delle formule sulla pretesa «irrelevanza» dei «motivi»)*, cit., p. 153-154; ID., *Impossibilità “economica” della prestazione, clausola generale di buona fede e giudizio di equità*, in *Foro it.*, 1979, V, c. 49 ss., ove si pone in luce il ruolo decisivo della clausola generale di buona fede nelle valutazioni occorrenti per una razionale distribuzione dei rischi contrattuali. Ma -si avverte- l'indeterminatezza della clausola in esame e l'indicazione dell'equità quale fonte di integrazione del contratto esigono l'elaborazione di indici di giudizio così precisi e circostanziati da escludere che diventino «formule dissimulanti un'arbitraria escogitazione giudiziale del “giusto risultato”, incompatibile con la logica complessiva del sistema delle norme del codice civile e con l'esigenza di una razionale amministrazione dei rapporti contrattuali». Sul punto, anche G.B. FERRI, *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal c.c. 1865 al c.c. 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, 127, spec. p. 313-314.

⁵²⁴ Da tempo la giurisprudenza è orientata nel senso di ritenere che l'applicazione degli artt. 1175, 1374 e 1375 c.c. può risolversi nell'integrazione del contenuto del contratto, anche sotto forma di creazione di obblighi accessori posti a protezione degli interessi dedotti dai contraenti nel rapporto: così, di recente, Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85 con nota critica di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*. La Suprema Corte ha affermato che i principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione e interpretazione dei contratti, di cui agli artt. 1175, 1366 e 1375 c.c., rilevano sia

non registra unanimità di consensi⁵²⁵ - l'integrazione del contratto avverrebbe mediante la creazione di nuovi doveri - definiti «ancillari»⁵²⁶ o «accessori»⁵²⁷ - rispetto alla prestazione principale.

sul piano dell'individuazione degli obblighi contrattuali, sia su quello del bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti. Sotto il primo profilo, «impongono alle parti di adempiere obblighi anche non espressamente previsti dal contratto, ove ciò sia necessario per salvaguardare l'utilità del contratto per la controparte»; sotto il secondo profilo, «consentono al giudice di intervenire anche in senso modificativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo temperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto». Analogamente, Cass., 22 gennaio 2009, n. 1618, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, p. 24, con nota di P. DE BIASE, *Fonte di un comportamento dovuto e (mera) qualificazione della fattispecie contrattuale*, ove si afferma che la buona fede esecutiva «impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra e costituisce un dovere giuridico autonomo a carico di entrambe, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge; ne consegue che la sua violazione costituisce di per sé inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato». V. anche, Cass., 29 maggio 2006, n. 12801, in *Mass. Foro it.*, 2006, 1068; Cass., 30 luglio, 2004, n. 14605, cit.; Cass., 16 ottobre 2002, n. 14726, in *Mass. Foro it.*, 2002, in *Danno e responsabilità*, 2003, 2, p. 174 ss., con nota di R. PARTISANI, *L'integrazione del contratto come correttivo delle disfunzioni sinallagmatiche prodotte dall'inosservanza della clausola di buona fede*; Cass., 27 settembre 2001, n. 12093, cit.; App. Torino, 30 giugno 2008, cit.

⁵²⁵ Per una esposizione critica della tendenza ad arricchire il contenuto del rapporto con una serie di doveri integrativi che dovrebbero assicurare alle parti una sorta di garanzia reciproca circa la sua corretta attuazione, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Tomo I, *Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1974, p. 12 ss. e p. 26, il quale ritiene che l'art. 1175 c.c. non rappresenta una fonte integrativa del rapporto contrattuale, tale da porre a carico delle parti nuovi doveri da adempiere, bensì una guida per il giudice nella valutazione *ex post* degli atti e dei comportamenti assunti dagli interessati al fine di una corretta attuazione del rapporto. D'altronde, precisa l'Autore, i doveri di protezione di cui si discorre sono nella maggior parte già previsti dalla regolamentazione di quel rapporto, ovvero risultano inutili, in quanto coperti dal principio generale del *neminem laedere* disposto dall'art. 2043 c.c. Critico verso la concezione della buona fede intesa come fonte integrativa del contratto è anche U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 77 ss., il quale, tra l'altro, osserva che, nella prospettiva criticata, il criterio della buona fede avrebbe una caratteristica di reciprocità, idonea ad addossare al creditore la responsabilità contrattuale per violazione dei doveri che potrebbero attribuirgli *ex fide bona*, evitando di far gravare interamente sul debitore il carico dei doveri di protezione dell'altrui sfera giuridica. Sarebbe significativo, però, che la giurisprudenza e gli studiosi che accolgono la teoria degli obblighi integrativi si riferiscano, in genere, a casi di responsabilità del debitore, facendo sì che il problema, in definitiva, acquisti una ridotta rilevanza pratica (*op. cit.*, p. 83). Nella medesima prospettiva critica, L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., p. 169 ss., spec. p. 171, la quale osserva, altresì, che: «attribuire al principio di buona fede funzione *latu sensu* integrativa a priori equivale a ridurre il complesso gioco delle relazioni intersubiettive ad una serie standardizzata di comportamenti preidentificati, in virtù di una sorta di *ars divinandi*, nella quale è assai improbabile che sia esperto il giudice»; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile, III, Obbligazioni e contratti*, Torino, 2003 (rist.), p. 24 e 69 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 795 ss., il quale afferma che l'integrazione o la nullità del regolamento contrattuale sono i rimedi apprestati per far fronte alla iniquità del contratto, là dove la violazione della buona fede comporta l'inesigibilità della prestazione, la risoluzione del contratto per inadempimento o il risarcimento del danno (*op. cit.*, p. 797); sul punto, più diffusamente, ID., *Equità e autonomia privata*, cit., spec. p. 283. Nella medesima prospettiva, v. C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit., p. 1170 ss; sembra orientato in questo senso anche G.M. FENU, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 235 ss.

⁵²⁶ Cfr. A. DI MAJO, *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, cit.

⁵²⁷ P. GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 259. Anche M.R. MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, cit., p. 2171, fa riferimento ad «obblighi accessori di

In ordine al fenomeno sin qui esaminato, la buona fede si considera come la fonte di un diritto-dovere di rinegoziare, inteso in termini di cooperazione tra i contraenti che devono rendersi disponibili alla modificazione del contratto, allorché la parte interessata a conservare il contratto, ragionevolmente aderente alla concreta realtà del mercato, inviti l'altra a rinegoziare. In tal modo, la buona fede contrattuale, apprezzata in una dimensione non già etica o morale, ma, più adeguatamente, giuridica ed economica, consente di inquadrare la revisione del rapporto negoziale in termini di esigenza obiettiva ai fini della salvaguardia del contratto e della realizzazione degli interessi delle parti⁵²⁸.

prestazione” ovvero “strumentali di prestazione” che specificano la regola della buona fede ed hanno ad oggetto la conservazione della persona o della cosa della controparte.

⁵²⁸ Così, G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 115. Con specifico riferimento alla funzione integrativa della buona fede nell'ambito del fenomeno rinegoziativo, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 305 ss., spec. p. 320; G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., p. 337 ss.; F. CRISCUOLO, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice) di equità*, cit., p. 71 ss.; C. D'ARRIGO, *Integrazione ed esecuzione dei contratti: in particolare le regole generali dell'equità e della buona fede nell'adeguamento e nella rinegoziazione dei contratti di durata*, cit.; ID., *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., p. 534 ss.; C. PARRINELLO, *Obbligatorietà del vincolo e squilibrio delle prestazioni nei contratti tra imprenditori: riflessioni sui Principi Unidroit*, in R. TOMMASINI (a cura di), *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, cit., p. 478 ss.; V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1916. Cfr. anche, N. COREA, *La rinegoziazione delle clausole contrattuali*, cit., p. 535 ss. In senso favorevole alla configurabilità *ex lege* di un obbligo di rinegoziare i contratti destinati a spiegare effetti per un certo lasso di tempo, qualora si verificano eventi esterni alla volontà delle parti che rendano inique le condizioni originariamente pattuite, si è pronunciato il lodo emesso dal Collegio arbitrale composto dal Prof. Alpa (in qualità di Presidente) e dai Professori Sbisà e Nanni, in data 14 luglio 2004 (il riferimento, nonché gli stralci del lodo medesimo sono mutuati da G. MARASCO, *op. cit.*, p. 539 ss.), in relazione ad una compravendita di azioni con differimento del saldo del prezzo. Il principio affermato dal Collegio arbitrale parte dalla ricostruzione della buona fede come fonte integrativa che integra il fondamento dell'obbligo di rinegoziazione del contratto in caso di alterazione dell'equilibrio delle posizioni delle parti. *Contra*, Trib. Pescara, 24 gennaio 1997, in *Foro it.*, 1998, I, c. 613, ove si afferma che: «la clausola generale di correttezza non può essere spinta fino al punto di configurare, a carico di una parte, un obbligo di “rinegoziazione” dell'assetto contrattuale, essendo ciò contrario al principio generale che governa il diritto dei contratti»; in quest'ultimo senso, anche, Trib. Milano, 9 gennaio 1997, cit., p. 67. Le argomentazioni favorevoli ad un obbligo legale di rinegoziazione non convincono la dottrina che ritiene poco persuasivo il riferimento alla buona fede esecutiva: in questa direzione, M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, cit., p. 484 ss., che ritiene espressione di una forzatura e di un evidente fraintendimento l'utilizzazione dell'art. 1375 c.c. per governare i c.d. rischi qualitativi, imponendo ai contraenti un nuovo esercizio del loro potere di autonomia. L'Autore conclude per l'inconsistenza giuridica dell'obbligo legale rinegoziativo, considerato espressione dell'«equitativismo» che sembra ormai dominare nelle accademie e nei tribunali (*op. cit.*, p. 501). Analoghe considerazioni sono svolte da G. AMORE, *Appalto e claim*, cit., p. 149 ss. I sostenitori di quest'orientamento negano, pertanto, la valenza integrativa della buona fede (sul punto, v. *retro*, nota 525): perplessità sono manifestate da A. DI MAJO, *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, cit., secondo il quale se è vero che di recente si è scoperto che la nozione di buona fede e correttezza può essere utilizzata per salvaguardare l'equilibrio nei contratti, ai sensi degli artt. 1175, 1375 c.c., è però difficile, attraverso la valutazione di buona fede, garantire *in positivo* l'equilibrio contrattuale. L'impiego della buona fede può, al più, determinare l'inesigibilità della prestazione non in equilibrio con l'altra, non anche la imposizione di un equilibrio “mancante o difettoso”. Il dovere di comportarsi secondo buona fede rileverebbe, perciò, soltanto nella fase di attuazione del rapporto obbligatorio, influenzando sulle sue concrete modalità, in particolare imponendo al giudice di valutare la

La notevole apertura nei confronti dell'art. 1374 c.c. e il riconoscimento della sua capacità espansiva rinviene il suo fondamento nel recupero in chiave costituzionale delle norme relative alla buona fede e all'equità⁵²⁹. Per la determinazione del contenuto della clausola generale della buona fede, un ruolo decisivo assumono i valori esterni al contratto rappresentati dai principi costituzionali e, in particolare, il dovere di solidarietà sancito dall'art. 2 della Costituzione⁵³⁰. Dunque, l'integrazione secondo buona fede avrebbe natura

congruità del comportamento delle parti rispetto alle esigenze emerse nel corso della esecuzione. Altrettanto dovrebbe valere per l'equità integrativa alla quale si riconosce soltanto funzione suppletiva, in quanto diretta a colmare le lacune contrattuali non coperte dagli usi o da altre legittime fonti (nel senso che l'equità integrativa opera semplicemente sul piano del contenuto economico dello scambio fra le prestazioni, ma non può comportare la nascita di diritti che l'accordo non abbia previsto, v. M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 89 ss): pertanto, dall'equità non potrebbe discendere un obbligo delle parti di esercitare il loro potere di autonomia.

⁵²⁹ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., *passim*; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 223 ss., secondo cui «le clausole generali non hanno una valenza assiologia autonoma e compiuta, perché vanno riempite di valori che si rinvergono non soltanto nella realtà sociale, ma nei principi normativi di rilevanza gerarchicamente superiore, siano essi costituzionali, comunitari o internazionali». D'altro canto, anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha contribuito all'affermazione di queste idee traducendole in termini di "diritto vivente", in particolare affermando che la buona fede costituisce il limite alle scelte discrezionali dei contraenti nell'esecuzione del contratto. Le limitazioni all'esercizio dei poteri discrezionali vengono realizzate dalla buona fede attraverso la previsione di doveri e regole di condotta che le parti avevano ommesso di prevedere, ma che consentono la corretta attuazione del rapporto contrattuale: così, Cass., 20 aprile 1994 n. 3775, cit., ove si afferma che l'osservanza del dovere di correttezza «si porge nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, concorrendo, quindi, alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, in modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in un sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso quel dovere di solidarietà, ormai costituzionalizzato che determina integrativamente il contenuto o gli effetti del contratto e deve, ad un tempo, orientarne l'interpretazione e l'esecuzione, nel rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio». Analogamente, Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Contratto in genere*, n. 629, in *Corr. giur.*, 2005, p. 975, con nota di V. AMENDOLAGINE, *Esecuzione del contratto secondo buona fede ed opponibilità dell'eccezione non rite adimpleti contractus*, in *La responsabilità civile*, 2005, p. 881 ss., con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *L'obbligo di comportamento secondo buona fede nell'esecuzione del contratto*; Cass. 7 giugno 2006, n. 13345, cit.; Cass. 27 settembre 2001, n. 12093, cit.; App. Torino, 30 giugno 2008, cit.

⁵³⁰ Gli artt. 1175 e 1375 c.c. costituiscono espressione di quel generale principio di solidarietà che caratterizza il sistema italiano ed in relazione al quale l'interpretazione restrittiva dell'art. 1375 perde ogni significato: S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 140. Alla buona fede, che deriva il proprio contenuto dai valori costituzionali, si riconosce carattere di ordine pubblico: così, C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, cit., p. 501, il quale afferma che la buona fede rappresenta uno dei principi portanti del nostro ordinamento e che il fondamento etico riconosciutole trova rispondenza nell'idea di una morale sociale attiva o solidale, che si pone al di là dei tradizionali confini del buon costume. In questa ottica l'obbligo di correttezza assolverebbe la funzione di limite e controllo dell'autonomia contrattuale e le parti non potrebbero prevedere un regolamento che contrasti con il dovere di correttezza perché ciò significherebbe violare l'ordine pubblico (costituzionale). Sul punto, v. anche C. D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., p. 534. Sul fondamento costituzionale della buona fede che, riferita all'esecuzione dei contratti, significa lealtà e correttezza specifica nei comportamenti dei contraenti, in «attuazione e specificazione dei sovraordinati principi di solidarietà e di eguaglianza (artt. 2 e 3 cost.)», v. M. PENNASILICO, *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 1054; ID., *L'operatività del principio di conservazione in materia negoziale*, cit., p. 716 ss., secondo il quale, se il presupposto dell'applicazione del principio conservativo in materia negoziale è la serietà dell'intento, che rimanda alla

cogente, in considerazione della matrice costituzionale dei valori da cui la clausola attinge il suo contenuto⁵³¹. Nell'attività determinativa del suo contenuto occorre, però, valutare anche i valori intrinseci al contratto, desumibili dalle determinazioni contrattuali delle parti, dal piano di ripartizione del rischio, dalle concrete finalità cui è destinata l'operazione negoziale e, soprattutto, dall'equilibrio giuridico-economico del complessivo assetto negoziale⁵³². Tra i parametri contrattuali un ruolo decisivo è attribuito all'equilibrio economico-giuridico originariamente concordato, posto che l'attività di rinegoziazione deve tendere a ricostruire il rapporto tra le prestazioni che si è modificato per effetto delle sopravvenienze⁵³³. La definizione contenutistica delle regole di condotta deriva, pertanto, dalla necessaria connessione «tra valori meta-contrattuali propri della buona fede e valori intrinseci al contratto»⁵³⁴.

Tra l'altro, l'inclusione nei contratti di lunga durata di un obbligo generale di rinegoziazione è rispettosa dell'autonomia negoziale dei contraenti⁵³⁵, poiché l'obbligo di

clausola generale di correttezza, a sua volta espressione del principio di solidarietà, emerge il collegamento, seppur “mediato” o “indiretto”, tra principio di conservazione e principio di solidarietà, che rappresenta un valore fondamentale del nostro ordinamento ed è rilevante in ogni rapporto, a prescindere dal carattere patrimoniale del relativo contenuto. In senso analogo, si esprime M. GAMBARDELLA, *Adattabilità del principio di buona fede all'attività della pubblica amministrazione*, in *Nuova rass.*, 1998, p. 1063 ss. Sul punto, v. anche R. DI RAIMO, *Contratto e gestione indiretta di servizi pubblici. Profili dell'«autonomia negoziale» della pubblica amministrazione*, cit., p. 171; I. TARDIA, *Buona fede ed obblighi di informazione tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale*, cit., p. 734 ss. Il riferimento all'art. 2 Cost. emerge in modo costante nella giurisprudenza: Cass. civ., 22 gennaio 2009, n. 1618, cit.; Cass., 30 luglio, 2004, n. 14605, cit.; Cass., 16 ottobre 2002, n. 14726, cit. p. 176; Cass., 5 novembre 1999, n. 12310, in *Mass. Foro it.*, 1999; A. Torino, 30 giugno 2008, cit.

⁵³¹ Per una ricognizione delle diverse tesi volte ad attribuire natura cogente o suppletiva alla buona fede con valenza integrativa, V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1917; ID., *Questioni attuali sul contratto*, cit., p. 187 ss.

⁵³² V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 187 ss., il quale rileva che proprio in stretta relazione a siffatti valori “intrinseci” al contratto deve operare la regola di buona fede nel limitare la discrezionalità dei contraenti nell'esecuzione del rapporto negoziale, e nell'individuazione di regole ulteriori rispetto a quelle direttamente espresse nell'accordo; V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1917; ID., *Questioni attuali sul contratto*, cit., p. 187 ss. In giurisprudenza, la valorizzazione dei parametri contrattuali per la concretizzazione della regola della buona fede è sostenuta da Cass., 21 maggio 1997, n. 4538, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2479, con nota di richiami di M. CAPUTI. Il riferimento ai valori intrinseci al contratto pone in luce quella che è stata definita come la funzione tipica del criterio della buona fede: «consentire d'individuare in concreto la regola di condotta richiesta dalle circostanze e di valutare conseguentemente il contegno delle parti»: così, U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 86 ss. Dunque, le reali circostanze in cui il soggetto opera, valutate in relazione agli interessi che il rapporto obbligatorio intende soddisfare, consentono di individuare la misura di diligenza e buona fede richieste e di stabilire quando il comportamento è lecito o illecito (*op. cit.*, p. 90).

⁵³³ Così, V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 191. Sull'obiettivo cui deve tendere la rinegoziazione, ossia il ripristino dell'equilibrio contrattuale alterato dalle circostanze sopravvenute, v. *retro*, par. 3.6.

⁵³⁴ V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1919.

⁵³⁵ A proposito dei presunti limiti ad una piena esplicazione dell'autonomia privata, si v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 350 ss., secondo il quale l'introduzione nel codice civile del 1942 del

rinegoziazione, assecondando un'esigenza propria dei contratti di lungo periodo, consente la realizzazione e non l'alterazione della volontà delle parti: la buona fede, in questa prospettiva, non impone alle parti ciò che non hanno voluto, ma ciò che è coerente con la compiuta realizzazione del programma economico, secondo un criterio di razionalità che ne assicuri la congruenza con le finalità dell'ordinamento⁵³⁶.

controllo di meritevolezza o dell'integrazione, ad esempio, dimostrano che l'autonomia negoziale «è non soltanto autoregolamentazione, ma sintesi tra autoregolamentazione ed eteroregolamentazione»; analogamente, ID., *Equilibrio delle posizioni contrattuali e autonomia privata*, cit., p. 471, ove si osserva che la disciplina dell'integrazione evidenzia chiaramente come non sia possibile identificare l'autonomia negoziale soltanto con il voluto, in quanto è necessario «ricostruire il voluto come qualificato dall'ordinamento». Anche F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, cit., p. 919 ss., sottolinea che il contratto, oggi spogliato di molti connotati di volontarietà, rappresenta un'entità profondamente diversa dal passato, vista essenzialmente nella sua funzione oggettiva e sindacabile alla stregua dei criteri di buona fede nella formazione, nell'interpretazione e nella esecuzione del contratto (a titolo esemplificativo, si richiama, tra i doveri di buona fede contrattuale, l'obbligo della rinegoziazione del contratto). Sulla compatibilità tra autonomia negoziale e valenza integrativa della buona fede, v. F. CRISCUOLO, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice) di equità*, cit., p. 71 ss., secondo il quale l'efficacia integrativa del regolamento pattizio attribuita alla buona fede non implica una deroga all'autonomia, poiché non crea in via autonoma un nuovo fine, ma modella il comportamento in funzione del fine concreto alla cui realizzazione si tende; la buona fede, dunque, concretizza la regola astratta di comportamento secondo un giudizio di congruenza. Si interroga sulla questione della “misura dell'integrazione”, concentrando la propria attenzione sulle condizioni e sulle forme di compatibilità tra esercizio del potere di autonomia e fonti di integrazioni eteronome, F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, cit., spec. p. 83 ss.: l'idea da cui muove l'Autore è che il potere (di darsi regole) non si consuma né si esaurisce, restando integro ed efficiente anche nell'esecuzione del contratto (*op. cit.*, p. 55 ss.), con la conseguenza che le parti sono libere di rinegoziare in ogni momento i termini contrattuali. Soltanto in caso di apertura di nuove trattative, però, verrebbe in rilievo la buona fede; di qui la critica all'obbligo legale rinegoziativo che darebbe luogo ad una sorta di ritrattabilità unilaterale, condizionando il potere di autonomia sino ad esigerne l'esercizio dovuto. I problemi del rinegoziare andrebbero allora risolti, volgendo l'attenzione allo specifico atto in cui l'esercizio del potere di autonomia si risolve e la buona fede rilevarebbe solo quale regola che concorre a determinare il comportamento dovuto (*op. cit.*, p. 125 ss.).

⁵³⁶ Così, letteralmente, G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 59, il quale, quindi, rileva che l'assenza di una disciplina convenzionale del rischio da sopravvenienza non può essere letta quale tacita allocazione dello stesso (*op. cit.*, p. 116). Sul punto, v. anche ID., *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, cit., p. 539 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 327, che interpreta l'assenza di una disciplina convenzionale come una ragionevole rinuncia ad allocare il rischio. *Contra*, G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, cit., p. 1210 ss., il quale, anche alla luce dell'analisi economica del diritto, esclude che una parte dovrebbe assumere un rischio che non ha accettato. L'inconsistenza di un consenso ipotetico delle parti al funzionamento del mercato, ossia l'ipotizzato richiamo al principio di efficienza, non integrerebbe una ragione sufficiente per modificare gli esiti delle loro decisioni, come se fosse compito del giudice razionalizzarne le scelte. Quindi, la mancanza di una decisione in ordine all'allocazione del rischio dovrebbe essere interpretata nel senso che questo grava sul soggetto che ne risulta “vittima” per la semplice ragione che ha stipulato quel contratto: ciò che conta, cioè, «è il dato puro e semplice della incompletezza» (ID., *op. cit.*, p. 1211). Così, anche A. GENTILI, *La replica alla stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, cit., p. 709 ss., per il quale il riconoscimento di un generale obbligo rinegoziativo di fonte legale implicherebbe un'invasione della sfera riservata all'autonomia privata, essendo evidente il contrasto tra il rinegoziare e l'obbligo non determinato dall'esercizio dell'autonomia delle parti, bensì da una fonte esterna. Le tesi favorevoli alla configurazione dell'obbligo sarebbero, dunque, inficiate da «buonismo e giustizialismo» ed inaccettabili in termini di razionalità ed efficienza di un sistema che può fare a meno della «consolatoria vaghezza» delle predette clausole generali. Secondo l'Autore, inoltre, le proposte volte ad ampliare i meccanismi giudiziali di

Le considerazioni svolte possono ritenersi valide anche per i contratti della pubblica amministrazione, per i quali, nella fase di esecuzione, trovano attuazione, salve specifiche deroghe, le regole contemplate nel codice civile⁵³⁷ e, quindi, anche l'osservanza del dovere di buona fede. In effetti, se non sussistono dubbi circa l'applicazione della normativa di correttezza all'Autorità amministrativa nel suo agire *jure privatorum*, pur con gli adattamenti imposti dalla natura pubblica del soggetto agente, il problema si pone quando l'Amministrazione agisce nell'esercizio dei suoi poteri istituzionali. Anche in tal caso, però, l'Amministrazione è soggetta ai principi, fissati nella Costituzione, che contribuiscono ad assegnare un contenuto alla correttezza nella sua dimensione privatistica; in tal modo, «la "ipervalutazione" di un potere discrezionale d'imperio qualificato dal perseguimento di interessi pubblici tende a sfumare in una sorta di avvicinamento tra "pubblico" e "privato"»⁵³⁸. Il carattere immanente e trasversale di questa clausola generale nell'ordinamento giuridico italiano consente di superare i dubbi manifestati⁵³⁹ in ordine alla

adeguamento in nome della giustizia contrattuale non considerano che «il soccorso della legge è concesso per evitare pregiudizi, non per catturare profitti»; si tratta, allora, di puro "buonismo" che stravolge l'equilibrio fra rispetto della volontà e tutela degli interessi che il legislatore ha scelto di adottare.

⁵³⁷ Sul punto, v. *retro*, par. 3.1.

⁵³⁸ Così, L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., p. 176 ss., che evidenzia la possibilità di un utile impiego della buona fede sul piano pubblicistico, tanto più ove si consideri che il riferimento, ex art. 97, 1 co., Cost., al "buon andamento" dell'attività dell'Amministrazione esprime un'esigenza non limitata all'espletamento delle funzioni istituzionali, ma estesa al "come" della sua attività nelle relazioni con i cittadini. Si v. anche M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione tra conservazione e stabilità degli effetti*, cit., p. 456 ss.; ID., *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 1052 ss., secondo il quale, sebbene il Codice dei contratti pubblici non contenga un riferimento esplicito, la buona fede è indirettamente richiamata mediante l'espressa previsione dell'applicabilità suppletiva delle regole comuni; tra l'altro, vi è un riferimento esplicito alla clausola di correttezza (artt. 2, comma 1, e 6, comma 5) cui è possibile ascrivere un contenuto sostanzialmente identico alla buona fede (*op. cit.*, p. 1059). Per una ricognizione dei diversi percorsi seguiti per giustificare la vigenza della buona fede nell'ambito del diritto amministrativo, L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005. In relazione al ruolo della buona fede nel diritto amministrativo, tra gli altri, R. CARANTA, *Attività contrattuale della pubblica amministrazione, buona fede e tutela dell'affidamento* (nota a Cons. Stato, 18 novembre 2002, n. 6389), in *Urbanistica e appalti*, 2003, 569 ss.; R. DI RAIMO, *Contratto e gestione indiretta di servizi pubblici. Profili dell'«autonomia negoziale» della pubblica amministrazione*, cit., p. 171; A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa*, cit., p. 216 ss.; M. GAMBARDELLA, *Adattabilità del principio di buona fede all'attività della pubblica amministrazione*, cit., p. 1053 ss.; M. MACCHIA, *Ambiti di operatività del principio di buona fede oggettiva* (commento a Cons. St., sez. VI, 26 settembre 2003, n. 5495), in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 404 ss.; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli 1995; D. MEMMO, *Il diritto privato nei contratti della pubblica amministrazione*, Padova, 1999, p. 231 ss.; ID., *L'attività contrattuale della p.a. e i principi di diritto comune dei contratti nella riforma del procedimento amministrativo a seguito della l. n. 15 del 2005*, cit., p. 1175 ss.; I. SANDULLI, *La legittimità non basta quando l'amministrazione contrae col privato: correttezza e buona fede hanno un ulteriore strumento di tutela* (Nota a T.a.r. Lazio, sez. III, 10 gennaio 2007, n. 77), in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, 2093.

⁵³⁹ Tali dubbi sorgerebbero dalla circostanza che la ponderazione del pubblico interesse che si esplica nell'esercizio della discrezionalità amministrativa assorbirebbe la rilevanza della buona fede. In passato, autorevole dottrina, in una visione esclusivamente privatistica della buona fede, ha quindi negato

sua applicazione alla attività svolta dalla p.a. «nell'esercizio di quella funzione amministrativa che trova la sua massima aspirazione nel rapporto di collaborazione con i cittadini con vincolo di reciprocità»⁵⁴⁰. Allo stesso modo, la giurisprudenza osserva che: «Il principio di buona fede, in quanto prescinde tanto da specifici obblighi contrattuali quanto dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, è senz'altro applicabile ai rapporti con le p.a., specie nell'ambito dei rapporti paritetici»⁵⁴¹. La pubblica amministrazione e il

l'applicazione della buona fede nel diritto pubblico, almeno come mezzo di integrazione dell'atto amministrativo (M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, p. 373-374).

⁵⁴⁰ Così, M. GAMBARDELLA, *Adattabilità del principio di buona fede all'attività della pubblica amministrazione*, cit., p. 1060, che, riprendendo, sul punto, il pensiero di Allegretti (U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, p. 274), configura la funzione amministrativa come un rapporto di collaborazione tra Amministrazione e cittadini, il cui principio regolatore è proprio quello di buona fede: l'Amministrazione, dunque, non può prescindere dall'applicazione di questo principio, consistente nella reciproca lealtà tra le parti di un rapporto giuridico. Si rileva, poi, che la buona fede, in riferimento all'attività amministrativa, diventa un «criterio di giudizio diretto sul modo corretto di utilizzazione del potere, indipendentemente dal fatto che esse venga esercitato con mezzi autoritativi o consensuali» e si configura come un limite alla discrezionalità amministrativa. In ordine a quest'ultimo aspetto, la buona fede non può essere assorbita dalla ponderazione comparativa degli interessi effettuata dalla p.a. nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali: l'obbligo di comportarsi secondo il canone della buona fede non coincide con la valutazione discrezionale degli interessi, poiché l'aspetto valutativo non può escludere che l'Amministrazione agisca violandone le regole. Analogamente, L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, cit., p. 58 ss., che rinviene nel passaggio ad una visione funzionale del potere, ovvero nella concezione dell'interesse pubblico quale terminale di una funzione oggettiva riferibile alla collettività e, in definitiva, nel riconoscimento, in capo all'Amministrazione, di un ruolo imparziale, gli elementi fondamentali che hanno determinato il superamento delle posizioni che negavano la rilevanza del precetto di buona fede nel diritto amministrativo.

⁵⁴¹ Trib. Roma, 18 ottobre 2006, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Amministrazione Stato*, n. 235; analogamente, T.A.R. Campania-Salerno, 7 novembre 2006, n. 1966, in www.giustizia-amministrativa.it, ove, però, l'accento viene posto sulla circostanza che il dovere di solidarietà, in cui si sostanzia l'obbligo di buona fede, rinviene il suo limite nell'apprezzabile sacrificio del soggetto ad esso tenuto. Sull'osservanza del principio generale di buona fede quando la pubblica amministrazione, per il perseguimento delle proprie finalità, si avvale di un contratto di diritto privato, Cass. 21 febbraio 1983, n. 1308, in *Giust. civ.*, 1983, p. 2379, con nota di M. COSTANZA, *Buona fede ed eccezione di inadempimento*. Sull'applicazione della regola di correttezza e buona fede alla pubblica amministrazione si è pronunciata anche la giurisprudenza comunitaria: Trib. I grado Comunità europee, 8 maggio 2007, n. 271/04, in *Raccolta*, 2007, II, 1375, ove si è affermato che «nell'ambito amministrativo come in quello contrattuale, l'azione dell'autorità pubblica comunitaria è sempre soggetta al rispetto del principio della buona fede». Sulla necessità, al fine di realizzare una effettiva soddisfazione dell'interesse pubblico, di una leale collaborazione e cooperazione di tutte le parti, pubbliche e private, interessate, Cons. Stato, 23 settembre 2004, n. 6215, in *Rep. Foro it.*, 2004, *Contratti della p.a.*, n. 286 e in *Cons. Stato*, 2004, I, 1899. V. anche Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6583, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 2874 (m); T.A.R. Toscana, 9 marzo 1995, n. 220, in *Foro amm.*, 1995, p. 1974; T.A.R. Sardegna, sez. II, 19 gennaio 2006, n. 29, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 407; Cass., 23 maggio 2002, n. 7543, in *Foro it.*, 2003, I, c. 557, ove si afferma che in tema di appalti pubblici, il dovere di cooperazione dell'Amministrazione va inteso quale mezzo rispetto al fine di rendere possibile l'adempimento dell'appaltatore, ossia l'esecuzione dell'opera, che costituisce lo scopo perseguito da entrambe le parti; ne consegue che «il dovere di correttezza e di buona fede nell'esecuzione del contratto impone all'Amministrazione committente di osservare tutti quei comportamenti che, indipendentemente dagli specifici obblighi contrattuali e dal dovere generale del "*neminem laedere*", siano idonei a preservare gli interessi dell'appaltatore, senza rappresentare per l'Amministrazione stessa un apprezzabile sacrificio». Nello stesso senso, Cass., 26 agosto 1997, n. 8014, in *Rassegna dell'avvocatura dello stato*, 1998, 1, p. 169; Arb. Roma, 21 settembre 2006, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Contratti pubblici*, n. 1309; Arb. Roma, 4 luglio 2005, cit. Sulla portata integrativa della buona fede contrattuale in tema di concessione di opere pubbliche, Arb. Roma, 29 marzo

contraente privato, pertanto, sono obbligati a dare attuazione all'assetto degli interessi programmato, nel rispetto della buona fede, ai sensi dell'art. 1375 c.c.⁵⁴². Anche in assenza

2006, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Contratti pubblici*, n. 587. Numerose sono le pronunce in cui la violazione della buona fede rileva come fonte di responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione: paradigmatica è la massima di Cass., 23 maggio 1980, n. 3410, in *Mass. Giur. it.*, 1980, c. 863, secondo cui «la Pubblica Amministrazione è soggetta anch'essa al principio generale sancito dall'art. 1337 c.c., il quale estende la sua disciplina a tutte le persone pubbliche e private che stabiliscono trattative per la stipulazione di contratti *iure privatorum* e che sono tenute all'osservanza dell'obbligo primario del *neminem laedere*, nel caso caratterizzato dai doveri di correttezza, lealtà e buona fede. Nel compiere tale indagine il giudice ordinario non deve accertare se l'ente pubblico si sia comportato da corretto amministratore nella sfera interna delle proprie determinazioni, ma deve valutare le modalità delle conseguenti manifestazioni attuate all'esterno, in quanto vanno ad incidere sulle aspettative, sull'affidamento e sulle connesse determinazioni dei privati, al fine di rilevare, cioè, se la Pubblica Amministrazione si sia comportata da corretto contraente». Sulla questione, più di recente, Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, in *Foro it.*, 2009, III, c. 124, in *Consiglio di Stato*, 2005, I, p. 1440 con nota di M. RUBULOTTA, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: la giurisdizione spetta al giudice amministrativo*; Cons. Stato, sez. IV, 7 luglio 2008, n. 3380, cit.; Cons. Stato, sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8220, in *Cons. Stato*, 2004, I, p. 2656; T.A.R. Lazio, sez. III, 9 marzo 2009, n. 2372, cit.; Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 15 aprile 2009, n. 230, cit.; T.A.R. Lazio, sez. III, 10 gennaio 2007, n. 79, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Contratti pubblici*, n. 521 e in *Giurisdiz. amm.*, cit., p. 105 ss.; T.A.R. Lazio, sez. I, 20 giugno 2005, n. 5109, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Contratti della p.a.*, n. 294; T.A.R. Piemonte, sez. II, 6 dicembre 2003, n. 1762, in *Rep. Foro it.*, 2004, *Contratti della p.a.*, n. 270; T.A.R. Campania, sez. I, 26 agosto 2003, n. 11259, in *Rep. Foro it.*, 2003, *Opere pubbliche*, n. 486. Non sono mancate, tuttavia, decisioni in cui si esclude o si dubita dell'applicabilità della clausola della buona fede ai rapporti contrattuali della p.a.: così, Cons. Stato, 18 novembre 2002, n. 6389, in *Urbanistica e appalti*, 2003, 566, con nota di R. CARANTA, *Attività contrattuale della pubblica amministrazione, buona fede e tutela dell'affidamento*; Trib. di Salerno, 28 marzo 2006, in *Le Corti salernitane*, 2007, n. 3, p. 437 ss, con nota critica di B. MANFREDONIA, *La presunta inapplicabilità della clausola di buona fede ai soggetti pubblici*. Secondo M. PENNASILICO, *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 1077, quest'orientamento si ispira alla risalente concezione che considerava la buona fede assorbita dall'interesse pubblico (v. *retro*, nota 539); si tratta, però, di una visione superata dell'attività amministrativa (v. *retro*, nota 538), poiché il presunto assorbimento della tutela della buona fede nel perseguimento dell'interesse pubblico determina la confusione tra l'interesse pubblico e quello soggettivo della singola amministrazione procedente. Sul punto, L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza*, cit., p. 56.

⁵⁴² V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1920. Sulla necessità che anche il contraente P.A. si ispiri al principio di buona fede, cfr. anche A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa*, cit., p. 219, secondo cui «l'applicazione della buona fede determina il sorgere di ulteriori obblighi di prestazione che impongono al soggetto pubblico, che ha concluso un "accordo" con il privato, di porre in essere tutti i comportamenti che, pur non esplicitamente dedotti nell'accordo, si rivelino necessari per l'attuazione del programma realizzativo [...]». Analogamente, M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione tra conservazione e stabilità degli effetti*, cit., p. 456 ss.; ID., *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 1081. D. MEMMO, *L'attività contrattuale della p.a. e i principi di diritto comune dei contratti nella riforma del procedimento amministrativo a seguito della l. n. 15 del 2005*, cit., p. 1185 ss, la quale sintetizza l'evoluzione giurisprudenziale che ha portato a riconoscere, con particolare riferimento all'art. 1337 c.c., la configurabilità di comportamenti contrari alla buona fede anche in capo alla pubblica amministrazione. In giurisprudenza, nella prospettiva della connessione tra conservazione e buona fede nell'ambito dei rapporti di concessione, Cons. Stato, 9 febbraio 1982, n. 70, cit., ove si sottolinea la rilevanza dell'esigenza di conservazione «anche alla luce di quei fondamentali canoni di buona fede, correttezza e cooperazione, che devono intendersi validi nello svolgimento dei rapporti di concessione come nella esecuzione di un qualunque tipo di rapporto contrattuale»; Cass., 22 dicembre 1993, n. 12706, in *Rep. Foro it.*, 1993, *Opere pubbliche*, n. 274, ove, in relazione alla consegna della documentazione inerente al progetto di un'opera pubblica si è stabilito che l'appaltatore ha l'obbligo di attivarsi per procurarseli, chiedendone copia alla medesima amministrazione, «derivando siffatto obbligo dal generale dovere di comportarsi secondo buona fede nella esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.) e di tenere, quindi, comportamenti (positivi o negativi) che, ancorché non espressamente imposti dal regolamento pattizio,

di un'espressa previsione, la rinegoziazione potrebbe essere una conseguenza dell'applicazione di questa regola: il rispetto della solidarietà contrattuale impone, infatti, di non far gravare soltanto in capo ad una delle parti i rischi connessi alla sopravvenienza di eventi idonei ad incidere sull'equilibrio economico-giuridico esistente al momento della conclusione del contratto, con conseguente necessità di provvedere ad una rimodulazione del suo contenuto per una equa ripartizione dei rischi⁵⁴³.

trovino la loro fonte nella regola di correttezza, la quale concorre ad integrare il contenuto del rapporto contrattuale».

⁵⁴³ In questo senso V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1920, secondo il quale la buona fede potrebbe integrare il fondamento di un obbligo di rinegoziazione anche in presenza di un'espressa esclusione delle parti, in considerazione della natura inderogabile dei valori esterni che determinano il contenuto della clausola di correttezza e che dovrebbero prevalere su eventuali contrarie determinazioni. In questa prospettiva, potrebbe affermarsi la invalidità o inefficacia di eventuali clausole negoziali, che escludendo l'obbligo di revisione del contratto, sarebbero in contrasto con il principio (di ordine pubblico) di solidarietà contrattuale. Nel senso di valorizzare l'incidenza della clausola di buona fede al fine di individuare un obbligo di rinegoziazione come limite all'esercizio del recesso da parte della Pubblica Amministrazione, sembra orientato anche M. PENNASILICO, *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, cit., p. 1082 ss. il quale, inoltre, formula considerazioni analoghe circa la rilevanza della buona fede in ordine al potere di risoluzione unilaterale del contratto, esercitato dall'amministrazione contraente in via di autotutela (art. 135 ss. Codice dei contratti pubblici), nonché alla problematica dello *ius variandi* (art. 132 Codice dei contratti pubblici). In tema di varianti in corso d'opera la giurisprudenza ha affermato che la loro elaborazione - di norma costituente una mera facoltà della P.A., da esercitare pur sempre in presenza delle condizioni previste dalla legge - «può configurarsi come espressione di un doveroso intervento collaborativo del creditore: tanto avviene allorché la modifica del progetto originario (nella specie, costruzione di un edificio scolastico) sia resa necessaria da sopravvenute disposizioni imperative, legislative o regolamentari»: Cass., 29 aprile 2006, n. 10052, in *Giur. it.*, 2006, 12, p. 2259, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, fasc. 1, I, p. 1 ss., con nota di D. CHINDEMI, *Obbligo di collaborazione della P.A. nell'appalto pubblico*; in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2006, 4, p. 896, con nota di V. GABRIELI, *La mora accipiendi nell'appalto di opere pubbliche*. Sulla discrezionalità dei poteri dell'amministrazione in ordine alle varianti, da esercitare, al contempo, provvedendo o collaborando alla eliminazione degli ostacoli incontrati dall'appaltatore con la dovuta sollecitudine e con la doverosa tempestività, tenendo un comportamento ispirato a buona fede, Coll. Arb., 14 settembre 1993, in *Rep. Foro it.*, 1996, *Opere pubbliche*, n. 252. In senso diverso, L.V. MOSCARINI, *L'appalto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, 11, t. 3, Torino, 1984, p. 732 ss. che, nel vigore della previgente disciplina, rinveniva nella normativa sullo *ius variandi* un aspetto dell'appalto che offre spunti per una interessante comparazione tra appalto pubblico e privato: nella disciplina pubblicistica, l'ampio riconoscimento dello *ius variandi* al committente esprimerebbe un momento di rilevanza della posizione giuspubblicistica propria del contraente pubblica amministrazione, che si esplica attraverso l'esercizio, anche in ordine all'esecuzione delle prestazioni, di poteri autoritativi-provvedimentali.

3.9. Obbligo di rinegoziazione e tutela contro l'inadempimento. Questioni di giurisdizione.

L'apertura verso la configurazione di un obbligo rinegoziativo, di fonte convenzionale o anche legale, pone il problema dei rimedi esperibili avverso il suo inadempimento e del possibile intervento eteronomo sul contenuto contrattuale⁵⁴⁴. Di qui l'interrogativo circa la reale efficacia di questo strumento manutentivo, poiché è stato rilevato che soltanto il riconoscimento di un potere di adeguamento ad opera del giudice consentirebbe di garantire l'effettività degli strumenti esaminati⁵⁴⁵.

Si deve premettere che il Codice dei contratti pubblici (d. lgs. 163/2006) e il Codice del processo amministrativo (d. lgs. 104/2010) individuano e disciplinano, oltre ai rimedi giurisdizionali, diverse misure deflative del contenzioso, quali strumenti stragiudiziali di definizione delle liti: la transazione⁵⁴⁶, l'accordo bonario⁵⁴⁷, le riserve⁵⁴⁸, l'arbitrato⁵⁴⁹ e

⁵⁴⁴ Il profilo inerente la tutela è frutto prevalentemente dell'elaborazione che l'istituto ha avuto in ambito civilistico, ove non si dubita della facoltà delle parti di incidere sul precedente assetto di interessi; pertanto, gli studi, s'incentrano sulla possibilità di individuare obblighi comportamentali, aventi ad oggetto l'adeguamento dell'originario programma negoziale alle circostanze sopravvenute: S. VARONE, *La rinegoziazione del contratto successiva all'aggiudicazione* cit., p. 147. Diversamente, in ordine ai contratti ad evidenza pubblica, la questione è stata affrontata solo superficialmente, poiché in questo settore si dubita della stessa configurabilità dell'istituto (*retro*, Cap. III, spec. par. 3.3 e ss.).

⁵⁴⁵ Così, G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, cit., p. 1211, secondo il quale solo riconoscendo che il giudice possa sostituirsi ai contraenti nel determinare il nuovo contenuto del contratto per adeguarlo alle conseguenze delle sopravvenienze, sarà possibile configurare la buona fede quale fonte di un generale obbligo di rinegoziazione. *Contra*, però, G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 181 ss. per il quale «il binomio risoluzione-risarcimento, quale minaccia di un male peggiore per il contraente inadempiente integra già un efficace deterrente contro eventuali condotte abusive e una garanzia (sul piano del ristoro dei danni) per il contraente "fedele" allorchè, per fatto e colpa dell'altra parte, l'accordo modificativo non possa essere raggiunto, con conseguente frustrazione dell'operazione economica programmata» (*op. cit.*, p. 197).

⁵⁴⁶ L'art. 239 del d. lgs. 163/2006, regola uno strumento agile, alternativo e facoltativo rispetto all'accordo bonario. Si prevede l'utilizzazione della transazione per la risoluzione delle controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, anche al di fuori dei casi in cui è previsto il procedimento di accordo bonario. Per la disciplina della transazione il legislatore rinvia alle disposizioni del codice civile (artt. 1965 ss.). L'art. 239 rappresenta, dunque, una norma di chiusura che consente di risolvere le liti senza l'osservanza di particolari formalità, di là dal parere legale dell'organo competente (avvocatura che difende la stazione appaltante o, in mancanza, del funzionario più elevato in grado), se l'importo di ciò le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori concedono o rinunciano in sede di transazione eccede la somma di 100.000 euro.

⁵⁴⁷ V. art. 240 del d. lgs. 163/2006, ove si distinguono i procedimenti che intervengono nel corso dell'esecuzione del contratto da quelli che sono attivati in fase di collaudo e di verifica dell'esatto adempimento. Per i primi il Codice dispone che il procedimento sia attivato qualora, a seguito dell'iscrizione di riserve sui documenti contabili, l'importo economico dell'opera possa variare in misura sostanziale, in ogni caso non inferiore al dieci per cento dell'importo contrattuale. L'articolo 4 del D. Lgs. 20 marzo 2010, n. 53 ha incentivato il ricorso all'accordo bonario: rispetto alla disciplina previgente, è prevista una generalizzazione

l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale⁵⁵⁰. Tali previsioni testimoniano l'intento legislativo di garantire una maggiore flessibilità e rendere più agevole la gestione dei contratti pubblici, nella prospettiva di una più intensa collaborazione tra cittadini e Pubblica Amministrazione.

Con riguardo alla tutela giurisdizionale, l'individuazione degli strumenti posti a tutela dei contraenti impone, nel caso di contratti in cui è parte una Pubblica Amministrazione, la previa analisi della problematica inerente la giurisdizione. In considerazione della struttura c.d. bifasica dei procedimenti ad evidenza pubblica, ove si distingue tra formazione ed esecuzione del contratto, dovrebbe risultare delineato anche il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo⁵⁵¹: le controversie relative agli atti della serie procedimentale - che precedono la stipula del contratto o ne condizionano l'efficacia e che integrano dei provvedimenti amministrativi - appartengono alla cognizione del giudice

della sua obbligatorio, una riduzione dei costi del procedimento e una maggiore severità nella selezione della Commissione che deve formulare la proposta di accordo bonario.

⁵⁴⁸ Il D. Lgs. 11 settembre 2008 n. 152 (c.d. Terzo correttivo al Codice dei contratti) ha introdotto l'art. 240 *bis*, in virtù del quale le domande che fanno valere pretese già oggetto di riserva non possono essere proposte per importi maggiori rispetto a quelli quantificati nelle riserve stesse. L'introduzione della disposizione prima di quelle relative all'arbitrato e alla tutela giurisdizionale induce a ritenere che il legislatore volesse porre un limite alle domande arbitrali e giurisdizionali relative a pretese già oggetto di riserva.

⁵⁴⁹ Gli artt. 241 ss. del Codice dei contratti disciplinano l'arbitrato fra gli strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'articolo 240. Per effetto del comma 1 *bis* (introdotto dall'art. 5 del D. Lgs. 20 marzo 2010, n.53) la stazione appaltante deve indicare nel bando o nell'avviso con cui indice la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria. L'aggiudicatario può recusare la clausola compromissoria, escludendola, così, dal contratto, comunicandolo alla stazione appaltante entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione. E' vietato in ogni caso il compromesso. Sotto il profilo della disciplina, è previsto che ai giudizi arbitrali si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, salvo quanto disposto dal presente codice (ovvero dall'art. 241 commi 3 e ss., e dagli artt. 242 e 243).

⁵⁵⁰ Accanto agli strumenti sin qui accennati, il legislatore, con il d. lgs. 20 marzo 2010, n. 53, ha inserito l'art. 243 *bis*, successivamente modificato dal d. lgs. 104/2010 (c.d. Codice del processo amministrativo), avente ad oggetto l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale. Nelle materie di cui all'articolo 244, comma 1, del Codice dei contratti, cioè in relazione alle procedure di affidamento, i soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale devono informare le stazioni appaltanti della presunta violazione e della loro intenzione. L'informazione deve essere fatta mediante comunicazione scritta e sottoscritta dall'interessato e deve contenere l'indicazione sommaria dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio. Questa indicazione non costituisce una preclusione in quanto è fatta salva in ogni caso la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi o ulteriori. Lo scopo dell'informativa è di consentire alla p.a. di rivedere il proprio operato, in una fase antecedente a quella contenziosa: la disposizione in esame prevede che la stazione appaltante «comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. L'inerzia equivale a diniego di autotutela». L'informativa, però, non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto (di cui all'art. 11, comma 10 del Codice), né il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale.

⁵⁵¹ V. *retro*, par. 1.7 e par. 3.1.

amministrativo, in quanto coinvolgono posizioni di interesse legittimo dei privati. Diversamente, le controversie relative alla fase di esecuzione ineriscono ad una vera e propria fattispecie contrattuale e quindi spettano alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto coinvolgono posizioni di diritto soggettivo⁵⁵². Alla luce di questi criteri, dovrebbe affermarsi che la giurisdizione, per le eventuali controversie relative alla rinegoziazione, spetta al giudice ordinario, trattandosi di vicende inerenti alla fase esecutiva. La correttezza di tale opzione ermeneutica, però, deve essere valutata tenendo conto della previsione dell'art. 244 del d. lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici) che devolve «alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale»⁵⁵³. Alla luce di questa previsione⁵⁵⁴, la giurisprudenza

⁵⁵² La giurisprudenza si è soffermata sull'individuazione dei limiti della giurisdizione del giudice amministrativo, evidenziando che, ai fini del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, le vicende antecedenti alla conclusione del contratto e, in ogni caso, attinenti alla scelta del contraente, rientrano nell'ambito della giurisdizione del g.a. (la situazione del contraente assume, difatti, ancora le vesti dell'interesse legittimo), mentre, per tutte le questioni sorte successivamente alla stipula del contratto e, comunque, concernenti la fase esecutiva del rapporto, la giurisdizione appartiene al g.o. (in considerazione della consistenza di diritti soggettivi delle posizioni giuridiche coinvolte): così, Cass., Sez. un., 17 dicembre 2008, n. 29425, in *Mass. Foro it.*, 2008, c. 1708, e Cons. Stato, ad. plen., 30 luglio 2008, n. 9, cit., c. 549. V., *ex multis*, anche Cons. Stato, 20 ottobre 2000, n. 5350, in *Il Cons. Stato*, 2000, p. 2383, in tema di recesso e risoluzione di un contratto di appalto; Cass., 27 febbraio 2007, n. 4425, in *Arch. Giur. Oo.pp.*, 2007, p. 256 ss.; Cass., Sez. Un., ord., 1 giugno 2006, n. 13033, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 8, p. 935 ss. con nota di G. MISSENERINI, *Fase di esecuzione degli appalti pubblici e conseguente riparto di giurisdizione*. Si distingue, così, tra vertenze relative alla fase pubblicistica di scelta del contraente e il contenzioso riguardante il successivo e distinto momento dell'esecuzione del contratto, stipulato a seguito della procedura concorsuale, inerente a rapporti di natura privatistica: cfr. Cons. Stato, 28 dicembre 2001, n. 6443, in *Urbanistica e appalti*, 2002, 6, p. 690 ss. con nota di F. ROCCO, *Esecuzione dei contratti ad evidenza pubblica e giurisdizione*; Cass., Sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27169, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 2, p. 514 ss., con nota di M. RAMAJOLI, *La Cassazione riafferma la giurisdizione ordinaria sul rapporto contrattuale tra amministrazione e aggiudicatario*; Cass., Sez. un., 30 marzo 2000, n. 71 e n. 72, in *Foro it.*, 2000, c. 2210, con nota di richiami di D. DALFINO; Cons. Stato, IV, 29 novembre 2000, n. 6325, in *Giur. it.*, 2001, p. 611 ss. Il Consiglio di Stato, con la sentenza del 25 settembre 2002, n. 4895, cit., ha affermato che: «è la stipula del contratto, che non attiene alla fase di scelta, né a quella di instaurazione del rapporto obbligatorio tra le parti, a rappresentare lo spartiacque fra la fase pubblicistica del contratto, attratta nella giurisdizione del G.A., e quella paritetica di esecuzione, riservata alla giurisdizione del G.O.»; analogamente, T.A.R. Campania, sezione I, 17 gennaio 2002, n. 335, in *T.A.R.*, 2002, I, p. 1169). In dottrina v., A. MARRA, *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giurisdizione*, cit., p. 1170 ss., secondo il quale la fase antecedente la stipulazione del contratto è regolata dalle norme pubblicistiche, relative ai procedimenti e ai provvedimenti amministrativi, e la posizione del privato si qualifica in termini di interesse legittimo; diversamente, nella fase privatistica trovano applicazione le norme del diritto privato e vengono in rilievo esclusivamente situazioni di diritto soggettivo del privato.

⁵⁵³ Per la sostituzione dell'art. 244, v. art. 3, comma 19, lettera c), dell'Allegato 4 al Codice del processo amministrativo, in vigore a partire dal 16 settembre 2010, a norma di quanto disposto dall'articolo 2, comma 1, del D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Quanto alla tutela giurisdizionale, l'art. 244 rimanda oggi al Codice del

amministrativa ha ritenuto sussistere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine a fattispecie di rinegoziazione, relative sia alla fase propriamente procedimentale che alla fase di esecuzione del contratto, ritenute, comunque, connesse alle procedure di affidamento. Il Consiglio di Stato, in particolare, ha giustificato la giurisdizione esclusiva, assumendo che la rinegoziazione potrebbe risolversi in un nuovo affidamento⁵⁵⁵. Tra l'altro, secondo l'orientamento giurisprudenziale contrario alla configurabilità del fenomeno della rinegoziazione nell'ambito dei contratti ad evidenza pubblica, l'inesistenza, nelle ipotesi esaminate, di una capacità di diritto privato della Amministrazione, tenuta all'osservanza delle procedure ad evidenza pubblica, radica l'esame della controversia nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, trattandosi di una funzione amministrativa spettante alla p.a., ma esercitata in modo arbitrario e *contra legem*⁵⁵⁶. Con la cristallizzazione negli atti di gara delle condizioni del contratto e la conclusione dell'accordo con l'impresa selezionata, l'ente procedente perderebbe la disponibilità del contenuto del rapporto contrattuale già

processo amministrativo per la individuazione delle controversie in materia di contratti pubblici devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: il riferimento è all'art. 133 del d. lgs. 104/2010 che in sostanza riproduce il contenuto dell'art. 244 del Codice dei contratti, estendendo la giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative.

⁵⁵⁴ In realtà, la maggioranza delle decisioni facevano riferimento all'art. 6 della legge 21 luglio 2000 n. 205, successivamente abrogato dall'art. 256 del d. lgs. n. 163/2006 e sostituito dall'art. 244 del medesimo Codice dei contratti pubblici.

⁵⁵⁵ Cons. Stato, 25 marzo 2003 n. 1544, cit., ove si afferma che: «le controversie che attengano, come nel caso di specie, agli atti, anche impliciti, con cui l'Amministrazione, successivamente all'aggiudicazione, provveda a rinegoziare uno degli elementi essenziali (non dunque un semplice elemento accidentale) del contratto (nella specie il prezzo), appartengono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 6 L. n. 205/2000, dal momento che tale tipo di rinegoziazione potrebbe risolversi in sostanza in un nuovo affidamento». Ad avviso del Collegio, la soluzione di tali controversie, infatti, consiste nello stabilire se in tali ipotesi occorra o meno procedere ad una nuova gara nel rispetto delle procedure di evidenza pubblica; di qui, la sussistenza di interesse dell'impresa non aggiudicataria a ricorrere anche contro tali determinazioni dell'Amministrazione successive all'aggiudicazione (rinegoziazione di elementi fondamentali del contratto), essendo a tal fine sufficiente la mera possibilità che, in sede di rinnovazione, la nuova gara possa concludersi a suo favore. Per ulteriori riferimenti in argomento v. G. PALLIGIANO, *La rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit.

⁵⁵⁶ In questo senso Cons. Stato, 13 novembre 2001, n. 6281, cit., ove si precisa che si è in presenza di «fattispecie di segno eguale e contrario a quelle che rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario», nelle quali non è in astratto configurabile un potere della p.a. di incidere sulla situazione soggettiva del privato (c.d. carenza in astratto del potere). In caso di rinegoziazione, invece, esiste il potere della p.a. di conformare le situazioni soggettive facenti capo ai privati, ma lo stesso è illegittimamente esercitato mediante il ricorso a moduli convenzionali palesemente *contra legem*, attesa la presenza di norme inderogabili che presiedono e procedimentalizzano il corretto esercizio del potere da parte della p.a. Si afferma, dunque, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo che «ha appunto ad oggetto le ipotesi, e solo le ipotesi, in cui il diritto soggettivo del privato è in astratto suscettibile di essere assoggettato, per ragioni di pubblica utilità, al potere conformativo della p.a., anche in relazione a singole facoltà che concorrono a determinare il relativo contenuto (artt. 41 e 42 Cost.); ragioni che spetta alla p.a. in concreto di valutare e al giudice amministrativo *ex post* di poter sottoporre al suo sindacato di legittimità, secondo le significative indicazioni contenute nella sentenza della Corte Costituzionale n. 355/2002».

instaurato: questa conclusione implica che ogni determinazione idonea ad incidere sulle condizioni di contratto, modulando assetti di interessi difformi da quelli consacrati negli atti di gara, «va riferita alla medesima funzione amministrativa (la cui disponibilità è, tuttavia, nel frattempo venuta meno) nel cui esercizio si è proceduto alla selezione del contraente e non anche [...] a quella che presiede all'esecuzione del contratto»⁵⁵⁷. Mentre quest'ultima fase attiene all'esecuzione della prestazione dovuta dal contraente privato ed all'esercizio di tutti i diritti direttamente connessi all'adempimento dell'obbligazione principalmente dedotta nella convenzione, «la revisione pattizia delle condizioni di contratto (che prescinde da qualsiasi difetto di funzionamento del sinallagma) si rivela estranea alla fase esecutiva del rapporto (in quanto ad essa logicamente antecedente) e, piuttosto, pertinente a quella dell'aggiudicazione e, in definitiva, della contrattazione (intesa come definizione unilaterale e pubblicistica del contenuto dell'accordo)»⁵⁵⁸. La questione, già problematica⁵⁵⁹ e

⁵⁵⁷ Cons. Stato, 14 luglio 2003, n. 4167, cit.: precisamente, le controversie aventi ad oggetto l'accertamento della legittimità della rinegoziazione delle condizioni contrattuali, anche dopo la stipula del contratto, vengono ricondotte alla giurisdizione amministrativa esclusiva ai sensi dell'art. 33, 2° comma, lett. d) d. lgs. 31 marzo 1998 n. 80 (così come sostituito dall'art. 7 l. 21 luglio 2000 n. 205), «in quanto pertinenti alla verifica della regolarità dell'aggiudicazione dell'appalto atteso che, con la cristallizzazione negli atti di gara delle condizioni del contratto alla cui stipulazione risulta preordinata una procedura selettiva e con la conseguente e coerente conclusione dell'accordo con l'impresa selezionata, l'ente procedente perde la disponibilità del contenuto del rapporto contrattuale già instaurato (che resta inderogabilmente regolato dallo schema approvato con l'indizione della gara) e, quindi, la capacità di convenire con la controparte condizioni diverse da quelle conosciute dai partecipanti al confronto concorrenziale (con conseguente invalidità di accordi di tal fatta)».

⁵⁵⁸ Cons. Stato, 14 luglio 2003, n. 4167, cit. Nello stesso senso, T.A.R. Lazio, 20 aprile 2006, n. 2883, cit., al quale il Consiglio di Stato, con la pronuncia appena citata, ha rinviato la causa, dopo aver riformato la sentenza del T.A.R. Lazio, 28 gennaio 2003, n. 506. Sul profilo della giurisdizione, per un significativo commento, sostanzialmente adesivo, alla pronuncia del Consiglio di Stato, 14 luglio 2003, n. 4167, v. R. GIOVAGNOLI, *Privatizzazione di imprese pubbliche e giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., p. 1439 ss., il quale, sia pure sulla base di un percorso argomentativo parzialmente diverso rispetto a quello seguito dai giudici amministrativi, reputa condivisibile la conclusione circa la sussistenza della giurisdizione del g.a. sulle controversie relative alla rinegoziazione. Si afferma che a fronte della decisione di procedere alla rinegoziazione, il privato può vantare soltanto un interesse legittimo, poiché quella scelta implica esercizio di una funzione amministrativa, così che «la controversia non riguarda l'esecuzione di un contratto, ma la procedura di gara che precede la stipula dello stesso» (*op. cit.*, p. 1443). Verso analoghe conclusioni sembra orientato l'Autore quando si interroga su quale giudice sia competente a conoscere della validità ed efficacia del contratto che ingloba le nuove condizioni contrattuali, reputando opportuno concentrare la tutela in ordine alla sequenza atto di autorizzazione alla rinegoziazione/contratto che ingloba le nuove condizioni.

⁵⁵⁹ Sul punto, tra gli altri, F. SAIITA, *Esecuzione dei contratti ad evidenza pubblica e giudice amministrativo: la persistente «specialità» della giurisdizione esclusiva alla ricerca di un'identità smarrita*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1, p. 29 ss., al quale si rinvia per una chiarissima e dettagliata analisi dei diversi orientamenti sul riparto di giurisdizione in materia di contratti ad evidenza pubblica, nonché per gli ampi riferimenti bibliografici. L'Autore (*op. cit.*, p. 77 ss.), constatata l'imperfezione del sistema, tra i possibili criteri di riparto, reputa più attendibile quello che valorizza la natura della disciplina applicabile alla singola controversia, facendo esclusivo riferimento alla presenza o meno, nel rapporto giuridico tra le parti, di norme derogatorie rispetto al diritto comune. Tale soluzione, però, rende inevitabile affidarsi alla discrezionalità del legislatore, al quale è imposto l'unico limite consistente nel divieto di devolvere alla giurisdizione esclusiva del g.a. rapporti interamente disciplinati dal diritto comune. Sulla base delle diverse scelte legislative relative agli accordi ex art. 11 l. n. 241/90 (devoluzione al g.a. in via

dibattuta⁵⁶⁰, è resa ancora più complessa alla luce della previsione dell'art. 133 del Codice del processo amministrativo⁵⁶¹, che, tra l'altro, devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le controversie relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, quelle relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'art. 115, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'art. 133 commi 3 e 4 dello stesso Codice dei contratti⁵⁶². In tal modo il legislatore sembra aver manifestato l'intenzione di concentrare la

esclusiva anche delle controversie in materia di esecuzione dell'accordo) e ai contratti ad evidenza pubblica (devoluzione delle controversie inerenti alle procedure di affidamento), l'Autore desume che nella seconda ipotesi vi sarebbe un netto discrimine tra regime pubblicistico e regime privatistico che consentirebbe di mantenere il tradizionale criterio di riparto. In questa prospettiva, la giurisdizione esclusiva «si giustifica ogniquale volta vi è l'esigenza di eliminare i problemi attinenti alla giurisdizione che possono derivare dalla stretta intimità nella quale sono chiamati a convivere, in una determinata materia, pubblico e privato, interessi legittimi e diritti soggettivi» (*op. cit.*, p. 82). In questo senso, con specifico riguardo agli accordi *ex art.* 11 l. 241/90, sembra orientato anche A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa*, cit., p. 255-256, il quale rileva come la scelta legislativa di concentrare dinanzi al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, una tutela potenzialmente esaustiva per la posizione soggettiva lesa dall'esercizio illegittimo della funzione pubblica, sembra manifestare la tendenza ad equiparare la tutela delle posizioni di diritto soggettivo ed interesse legittimo, evitando la necessità di ricorrere a due giudici diversi che limita l'effettività della tutela giurisdizionale. Anche sotto il profilo della tutela processuale, dunque, le amministrazioni vengono progressivamente sottoposte ai medesimi principi che regolano l'agire dei privati: ciò «segna un momento importante del cammino verso l'unità della giurisdizione».

⁵⁶⁰ In argomento, cfr. A. POLICE, *La tutela giurisdizionale*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, cit., p. 749 ss.; E.M. BARBIERI, *Annullamento della gara pubblica a contratto di appalto: un problema di giurisdizione*, in *Riv. trim. app.*, 2001, p. 721 ss.; ID., *Giurisdizione, procedimenti contrattuali e contratti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 309 ss.; R. VILLATA, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ritorna, confermandola, sulla c.d. pregiudizialità amministrativa...ma le Sezioni Unite sottraggono al giudice amministrativo le controversie sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione*, *ivi*, p. 300 ss.; A. MARRA, *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giurisdizione*, cit., spec. p. 1175 ss.; G. MISSERINI, *Fase di esecuzione degli appalti pubblici e conseguente riparto di giurisdizione*, cit., p. 934 ss.; M. RAMAJOLI, *La Cassazione riafferma la giurisdizione ordinaria sul rapporto contrattuale tra amministrazione e aggiudicatario*, cit., p. 523 ss.; F. ROCCO, *Esecuzione dei contratti ad evidenza pubblica e giurisdizione*, cit., p. 691 ss.; F. VOLPE, *Affidamento, esecuzione e giurisdizione alla luce della l. 205/00: rigenerazione o omologazione del G.A?*, in *Urbanistica e appalti*, 2001, p. 831 ss. Per un'analisi critica della tradizionale impostazione pubblicistica della relazione tra atto e contratto, auspicando una «sistemazione più conforme ai caratteri civilistici che si manifestano nella relazione tra evidenza pubblica a contratto», F. ROMOLI, *L'autotutela sull'evidenza pubblica e il contratto. Spunti problematici e prospettive*, cit., p. 599 ss.

⁵⁶¹ Per la sostituzione dell'art. 244 del d. lgs. 163/2006 ed il rinvio all'art. 133 del d. lgs. 104/2010, v. *retro*, nota 553.

⁵⁶² Al riguardo, Cass., sez. un., 17 aprile 2009, n. 9152, in *Mass. Foro it.*, 2009, c. 538, nel ricondurre alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 6, comma 19, l. 24 dicembre 1993 n. 537, come sostituito dall'art. 44 l. 23 dicembre 1994 n. 724 - *ratione temporis* applicabile - sia le controversie relative alla clausola di revisione del prezzo, sia quelle attinenti al provvedimento applicativo della revisione, precisa che siffatta conclusione è avvalorata dal fatto che l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva sulla revisione prezzi nei contratti ad esecuzione continuata o periodica è stata successivamente confermata dagli art. 115 e 244, comma 3, del Codice dei contratti pubblici. Sulla disciplina più recente, v. Cass., sez. un., 15 giugno 2009, n. 13892, in *Mass. Foro it.*, 2009, c. 790, secondo cui l'estensione della giurisdizione esclusiva di cui all'art. 244 può dirsi consentita al legislatore alla luce dei principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004 (Corte cost., 6 luglio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 2594, con

tutela dinanzi al g.a. in ordine a tutte le controversie che, seppur in astratto riconducibili a posizioni di diritto soggettivo dei privati ed inerenti la fase esecutiva del rapporto contrattuale, siano comunque connesse all'esercizio di poteri pubblicistici.

In una diversa prospettiva, si sottolinea come le controversie inerenti la rinegoziazione, intesa in senso stretto⁵⁶³, riguardano una vicenda propriamente contrattuale e quindi non sussistono i presupposti per affermare la giurisdizione amministrativa, anche esclusiva, non potendosi configurare come una controversia relativa alla "procedura di affidamento", ormai definitivamente conclusa⁵⁶⁴. Diversamente dalle ipotesi in cui la

nota di A. TRAVI, *La Giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.leg. 31 marzo 1998, n. 80, dopo la sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n. 204* e di F. FRACCHIA, *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione «esclusiva» alla giurisdizione del giudice amministrativo*. Nel senso che la controversia attinente alla sola determinazione del *quantum* revisionale spetta al giudice ordinario (in un caso in cui la revisione era prevista da una clausola del capitolato), v. Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2009, n. 3839, in *Ragiusan*, 2009, fasc. 307, p. 101. Secondo Cons. Stato, sez. V, 5 giugno 2008, n. 2668, in *www.giustizia-amministrativa.it*, rientra invece nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia originata dalla richiesta di un'A.t.i, avanzata nei confronti di un comune, volta ad ottenere l'adeguamento di una clausola tariffaria in materia di igiene ambientale [in motivazione si osserva che la relativa clausola non è altro che la trasposizione nel settore dello smaltimento dei rifiuti dell'istituto di adeguamento dei prezzi previsto dall'art. 115 d.leg. 163/06; in termini analoghi, v. Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2009, n. 1760, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2009, p. 764 (solo motivazione) e in *www.giustizia-amministrativa.it*]. In argomento, v. anche Cons. Stato, 28 dicembre 2006, n. 8069, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 3, p. 941 ss., con nota di M. SANAPO, *La clausola di revisione dei prezzi nei contratti ad esecuzione continuata o periodica: giurisdizione e regime intertemporale*.

⁵⁶³ Sulla necessità di includere nel fenomeno rinegoziativo soltanto le modifiche del regolamento contrattuale rispetto a circostanze sopravvenute e in funzione della conservazione dell'originario equilibrio contrattuale, v., *retro*, par. 3.5.

⁵⁶⁴ B. MARCHETTI, *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 511, manifesta perplessità in ordine alle argomentazioni avanzate dalla giurisprudenza amministrativa in favore della giurisdizione esclusiva, evidenziando che la questione relativa la validità del contratto rinegoziato è «vicenda successiva all'aggiudicazione e al suo procedimento di formazione». In questo senso sembrano orientati anche A. MARRA, *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giurisdizione*, cit., spec. p. 1182 ss. e M. ALESIO, *Il Consiglio di Stato distingue l'esecuzione dall'adempimento del contratto. Privatizzazioni, c'è giurisdizione esclusiva del G.a.*, in *Dir. e giust.*, 2003, 32, p. 78 ss., che hanno annotato la pronuncia del Consiglio di Stato, 14 luglio 2003, n. 4167. In particolare, quest'ultimo Autore ha evidenziato che il punto forte della sentenza, su cui viene radicata sostanzialmente la giurisdizione amministrativa consiste nella tesi secondo la quale le clausole del contratto, se recepite negli atti di gara, vanno considerate come "regole di gara"; quindi, anche lo schema di contratto, recepito fra gli atti di gara, va considerato quale regola di gara, la cui violazione concreta una lesione di interesse legittimo, con giurisdizione amministrativa. Corollario di tale impostazione è che la rinegoziazione integra un procedimento amministrativo, con applicazione di tutte le tipiche disposizioni di settore, ivi comprese quelle in materia di giurisdizione (*op. cit.*, p. 80). Ma -si obietta efficacemente- gli atti esecutivi del contratto, fra i quali rientrerebbero quelli diretti alla rinegoziazione, non solo non sono procedimentalizzati, ma sono inseriti all'interno di un rapporto, disciplinato dal diritto civile. Questi due elementi (assenza di procedimentalizzazione e rapporto già costituito) inducono ad escludere una rilevanza della posizione pubblica dell'amministrazione, quale soggetto portatore di interessi pubblici. In altri termini, trattandosi di un rapporto disciplinato dal diritto privato, il cui atto costitutivo è un contratto di diritto privato, non vi sarebbe ragione di ritenere gli atti esecutivi del contratto sottratti al loro giudice naturale (G.O.) (*op. cit.*, p. 81). In giurisprudenza, argomentando *a contrario*, T.A.R. Emilia-Romagna, sez. I, 10 aprile 2003, n. 471, in *Rep. Foro it.*, 2003, *Contratti della p.a.*, n. 224 e in *T.A.R.*, 2003, I, p. 2016, secondo cui «In tema di contratti della p.a., qualora dall'effettivo contenuto dell'atto di aggiudicazione si possa dedurre che si tratti di nuova fornitura e non di "rinegoziazione" di una fornitura

modifica delle condizioni contrattuali interviene nella fase procedimentale dell'evidenza pubblica - che esulano dal fenomeno rinegoziativo vero e proprio - la questione si pone per i casi in cui si rinegozia nella fase propriamente esecutiva, quando il rapporto è in attuazione. In tali ipotesi le imprese escluse non possono essere considerate quali titolari di un interesse qualificato e differenziato nel richiamare il rispetto della procedura concorsuale. La procedura selettiva è assunta soltanto quale presupposto di fatto del contratto e, quindi, «non avrebbe il potere di riverberare all'infinito i suoi effetti, fino a penetrare nelle vicende contrattuali tra ente appaltante e impresa vincitrice»⁵⁶⁵. Tali vicende attengono infatti all'esecuzione del contratto e quindi ad un rapporto strettamente bilaterale in cui non sono facilmente individuabili posizioni legittimanti delle imprese partecipanti ma escluse.

precedente, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in quanto si rientra nella previsione di cui all'art. 6, 1° comma, l. 21 luglio 2000 n. 205». In tema di revisione dei prezzi nell'appalto di opere pubbliche, sia pure sulla base della disciplina previgente, si segnalano anche Cass., 25 febbraio 2009, n. 4463, in *Mass. Foro it.*, 2009, c. 260 e Cass., Sez. un., 19 marzo 2009, n. 6595, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 1245 ss., ove si afferma che la pretesa dell'appaltatore inerente alla previsione di una specifica clausola del contratto che obbligherebbe l'amministrazione appaltante al riconoscimento della revisione del prezzo, si traduce in una mera pretesa di adempimento contrattuale e, quindi, comporta l'accertamento dell'esistenza di un diritto soggettivo, che ricade nell'ambito della giurisdizione ordinaria.

⁵⁶⁵ Così, G. PALLIGIANO, *La rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit. che ritiene opportuno distinguere il contenzioso che potrebbe instaurarsi tra l'amministrazione aggiudicatrice e le imprese partecipanti non vincitrici, rispetto a quello tra l'ente aggiudicatore e la ditta vincitrice. Nel primo caso, le imprese non vincitrici potrebbero contestare che la rinegoziazione - introducendo pattuizioni difformi da quelle trascritte negli atti di gara - abbia svilito le prescrizioni contenute nel bando la cui osservanza è presupposto per garantire a tutti uguali possibilità di successo. Nel secondo caso, un eventuale contenzioso dovrebbe riguardare aspetti specifici del contratto da stipulare ovvero da eseguire. L'Autore ritiene condivisibile l'orientamento seguito dalla giurisprudenza amministrativa che attrae le prime controversie nell'ambito della giurisdizione esclusiva, in particolare quando la rinegoziazione abbia alterato l'assetto definito in sede di gara sulla base delle regole di procedura predeterminate dal bando: infatti, viene in questione il rispetto delle regole che presidono alla selezione del contraente privato, dei vincoli posti all'attività dell'amministrazione in ordine alla stipulazione del contratto e dell'ammissibilità di una successiva revisione convenzionale nei suoi elementi essenziali. In questa fase, i controinteressati (non vincitori che hanno partecipato alla gara) sono portatori di un interesse qualificato al pieno rispetto delle regole di gara, interesse che trova la sua sede naturale davanti al giudice amministrativo. Diversamente, per i casi in cui si rinegozi nella fase propriamente esecutiva del contratto, quando che la gara si è ormai conclusa, le controversie tra l'amministrazione e l'aggiudicatario attengono a posizioni di diritti ed obblighi, la cui soluzione dovrebbe trovare la sua sede naturale presso il giudice ordinario, soprattutto se oggetto del contendere è la ridefinizione del regolamento contrattuale in conseguenza di vicende che traggono origine dall'adempimento del contratto.

3.10. *Segue. Le ipotesi di inadempimento. Gli strumenti di tutela. I poteri integrativi del giudice: configurabilità e limiti.*

L'individuazione dei mezzi di tutela in concreto azionabili presuppone un chiarimento sulle ipotesi in cui è possibile ravvisare l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione. Quest'ultimo implica il dovere dei contraenti di porre in essere tutti gli atti che, in relazione alle specifiche circostanze, consentono di raggiungere l'accordo sull'adeguamento del contratto⁵⁶⁶. Dunque, impone di avviare nuove trattative e di condurle secondo buona fede, mentre è discusso se implichi anche la necessaria conclusione del contratto modificativo. Vi è chi propende per la tesi affermativa, ritenendo che l'obbligo di rinegoziare implichi non solo l'instaurazione delle trattativa, ma anche la conclusione dell'accordo di secondo grado volto alla modifica delle condizioni inizialmente pattuite⁵⁶⁷. L'adempimento - si sottolinea - non può esaurirsi nel compimento di un atto di impulso alla trattativa, o nell'adesione all'invito formulato dalla controparte; entrambi i contraenti, sui quali grava l'obbligo, sono tenuti a trattare in buona fede e a condurre a termine la trattativa pervenendo al risultato, rappresentato dall'accordo per la prosecuzione del rapporto (ovvero per il suo scioglimento, ove ciò risulti ad entrambi più conveniente)⁵⁶⁸. In senso diverso, si osserva che il dovere di rinegoziazione, almeno in via generale, si configura come una obbligazione di mezzi⁵⁶⁹ che non impone ai contraenti il

⁵⁶⁶ G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 132 ss., osserva che: «l'obbligo di rinegoziare, unitario sul piano teorico, sul piano pratico si traduce in un complesso di prestazioni finalizzate a soddisfare un reciproco interesse dei contraenti: la conservazione del contratto mediante la revisione "concordata" degli originari termini negoziali». Sulla struttura composita del contenuto dell'obbligo di rinegoziare, cfr. anche F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 343, per il quale «all'unità dell'obbligazione sul piano teleologico fa riscontro, sul piano del contenuto, la sua scomposizione in una serie di situazioni giuridiche (rispettivamente, attive e passive) strutturalmente autonome, ma fra loro connesse in virtù della comune finalità».

⁵⁶⁷ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 343 ss.; M. COSTANZA, *Clause di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, cit., p. 316; V. LOPILATO, *Le clause di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1928; ID., *Questioni attuali sul contratto*, cit., p. 222; V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, cit., p. 1041 ss.

⁵⁶⁸ Così, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 346, il quale, allo stesso tempo, evidenzia che l'esito infruttuoso delle trattative, condotte nel rispetto delle ragioni della controparte, non implica inadempimento: di là dall'ammissibilità di un obbligo delle parti di raggiungere l'accordo modificativo, che incontra la difficoltà teorica di conciliare il margine di discrezionalità insita in ogni trattativa con l'obbligo pattizio già assunto, il comportamento delle parti dovrà essere comunque valutato sul piano della conformità al criterio della buona fede (*op. cit.*, p. 350 ss.).

⁵⁶⁹ Sulla distinzione tra obbligazioni di mezzo e di risultato, cfr. per tutti, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale, Le obbligazioni e i contratti*, cit., p. 11 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione*, Milano, 1998, p. 72 ss., secondo il quale, rispetto alla dottrina francese, presso la quale la distinzione è sorta e dove esprime una

raggiungimento di un accordo, ma le impegna semplicemente a mettere in discussione i termini dell'originario contratto nel tentativo "serio" di ricostituire, ove ciò risponda a ragioni di efficienza e di reciproca convenienza economica, l'alterato equilibrio contrattuale⁵⁷⁰.

Alla luce dell'elaborazione civilistica, dunque, il rifiuto ingiustificato di dar corso alle trattative per l'adeguamento del contratto alle circostanze sopravvenute integra senza dubbio inadempimento (rifiuto di trattare *tout court*). Analoga conclusione si raggiunge per l'improvvisa e immotivata interruzione delle trattative, per l'ipotesi in cui una delle parti abbia assunto un comportamento solo in apparenza diretto a rinegoziare, ma nella realtà inteso a non modificare i patti originari (c.d. trattativa maliziosa)⁵⁷¹ e, più in generale, nel caso in cui il contraente ponga in essere un comportamento non improntato a buona

divisione di fondo dei rapporti obbligatori, nella dottrina e giurisprudenza italiane la distinzione esprime piuttosto un criterio di classificazione delle prestazioni, non rilevando ai fini dell'applicazione della disciplina generale delle obbligazioni e della responsabilità contrattuale, ma ai fini della identificazione della prestazione dovuta. Già da tempo, in realtà, la dottrina italiana sottolinea che in generale non esistono obbligazioni che non abbiano per oggetto la produzione di un risultato e, anche nelle c.d. obbligazioni di mezzi, questo risultato è necessario in quanto indica «la direzione della prestazione verso il soddisfacimento di un interesse del creditore»: così M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1951, p. 598. Allo stesso modo, si contesta l'idea secondo la quale le prestazioni che hanno ad oggetto un risultato si esauriscono nel risultato medesimo, escludendo la rilevanza dello sforzo necessario per raggiungerlo: C.M. BIANCA, *o.u.c.*, p. 74.

⁵⁷⁰ Così, letteralmente, G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 134. L'Autore, però, prospetta anche una diversa conclusione nel caso in cui le parti, oltre ad obbligarsi a rinegoziare, hanno indicato precisi parametri per la modifica del regolamento contrattuale, oppure hanno disposto, per l'ipotesi di mancato accordo, che la revisione sia deferita ad un terzo. In tali casi - si evidenzia - oggetto dell'obbligazione contrattuale è un risultato, cioè l'adeguamento del contratto, rispetto al quale la rinegoziazione assume un ruolo solo strumentale (*op. cit.*, p. 135). Sulla configurabilità, in caso di rinegoziazione, di un'obbligazione di mezzi e non di risultato, v. F. CARINGELLA e G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 967; A. GORNI, *Le clausole di rinegoziazione* cit., p. 56; G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, cit., p. 1209 e 1217. Anche la dottrina francese è orientata in questo senso, qualificando il dovere di rinegoziare quale obbligo di mezzi da eseguire secondo le regole della buona fede: così, M. FONTAINE, *Les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long term*, cit., p. 34; B. OPPETIT, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de «hardship»*, cit., pp. 806 ss. Secondo C. JARROSSON, *Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation*, cit., p. 149 ss., è possibile distinguere l'obbligo di rinegoziare in due ulteriori obbligazioni: la prima, consistente nell'instaurazione di una trattativa tra le parti, è un'obbligazione di risultato; la seconda, invece, consistente nel condurre la procedura di rinegoziazione secondo buona fede, è un'obbligazione di mezzi. La giurisprudenza francese, di recente, si è espressa sul punto, statuendo che le eventuali clausole di "rencontre" o di "adaptation" del contratto non obbligano alla revisione del contratto, ma semplicemente ad incontrarsi per vagliarne seriamente la possibilità: Cass. com., 3 ottobre 2006, n. 04-13.214, in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 765 ss., con nota di D. MAZEAUD, *Renégocier ne rime pas avec réviser* e in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2007, p. 341, con nota di J. MESTRE e B. FAGES. Sull'obbligo di cooperazione nel corso dell'esecuzione contrattuale nell'ordinamento francese, tra gli altri, Y. PICOD, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, cit., n. 1 e ss.; J. MESTRE, *D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1986, p. 101 ss.

⁵⁷¹ Così, letteralmente, G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, cit., p. 1212.

fede⁵⁷². Le modalità attuative dell'obbligo di trattare sono destinate a specificarsi in relazione alle circostanze rilevanti nel momento in cui l'obbligo di rinegoziazione diventa attuale; in questa prospettiva, sarà necessario far riferimento alla clausola generale della buona fede, alla cui stregua si deve valutare la condotta delle parti nel corso del procedimento di revisione⁵⁷³. Se, infatti, è discussa l'idoneità della buona fede a fungere da fonte dell'obbligo di rinegoziare, nessun dubbio può sussistere in ordine alla sua rilevanza come autonomo criterio di valutazione del comportamento delle parti nell'adempimento dell'obbligo di rinegoziazione, in relazione alle circostanze e alla natura dell'affare⁵⁷⁴. L'apprezzamento circa la conformità a buona fede del comportamento dei contraenti spetta al giudice che, a tal fine, si avvale di *regulae iuris* individuate sulla base dei casi concreti⁵⁷⁵.

⁵⁷² V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 243 ss.; V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1929; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 349 ss e 392 ss.; G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., pp. 141 e 168.

⁵⁷³ La buona fede assurge, così, a criterio fondamentale per indirizzare il comportamento delle parti nella fase di adeguamento del contratto: F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 352. Nello stesso senso, G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 136, secondo il quale la buona fede manifesta in questa materia la sua più ampia portata di fonte di integrazione del contenuto contrattuale (artt. 1374 e 1375 c.c.). Sulla distinzione tra obbligo di trattare, *strictu sensu* inteso, e obbligo di concludere il contratto modificativo, v. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 392 ss; G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 139, nt. 76; V. LOPILATO, *Questioni attuali sul contratto*, cit., p. 222, nt. 23, secondo cui nel primo caso le parti, fermo restando il rispetto degli obblighi derivanti dall'art. 1337 c.c., sono libere di concludere o meno il contratto secondo le proprie valutazioni di convenienza, mentre nella seconda ipotesi le parti sarebbero tenute a concludere il contratto modificativo in virtù di un obbligo di fonte convenzionale o legale. I caratteri di originalità della trattativa finalizzata alla rinegoziazione rispetto alla vicenda che invece caratterizza il procedimento di formazione del contratto è messa in luce anche da V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 164 ss., secondo il quale le parti, avendo come parametro di riferimento un contratto già perfetto e, il più delle volte, in corso di esecuzione, non sono affatto dotate di un assoluto potere di autodeterminazione, ma sono obbligate a svolgere la trattativa sulla nuova regola. Il rilievo che l'attività rinegoziativa rappresenta adempimento di obbligazione ed è parte integrante di una più ampia vicenda negoziale, disattende il ruolo di attività prodromica, non costitutiva del rapporto contrattuale che generalmente caratterizza le trattative, e conferma che le obbligazioni precontrattuali mutano per natura e conseguente disciplina in obbligazioni contrattuali. Il riferimento alla buona fede, quale regola di condotta nello svolgimento delle trattative rinegoziative, non ha quindi riguardo al criterio sancito dall'art. 1337 c.c., ma alla buona fede esecutiva di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., evidenziandosi, dunque, il diverso contenuto e modo di operare della clausola generale (*op. cit.*, p. 165).

⁵⁷⁴ Così, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 354, il quale, inoltre, precisa che il contratto (o la legge) indica l'esistenza e il contenuto dell'obbligo, mentre il criterio della buona fede offre lo strumento giuridico per individuare le modalità concrete dell'adempimento dell'obbligo: «il contratto stabilirebbe “quale” sia l'obbligo, mentre la correttezza e la buona fede costituirebbero gli strumenti giuridici per determinare “come” l'obbligo vada adempiuto» (*op. cit.*, p. 355).

⁵⁷⁵ Così, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale, Le obbligazioni e i contratti*, cit., p. 631 ss.

La violazione dell'obbligo di rinegoziare, nei suoi diversi aspetti, costituisce inadempimento contrattuale⁵⁷⁶, legittima il ricorso ai rimedi risolutivi offerti dall'ordinamento ed è fonte di responsabilità, obbligando la parte inadempiente al risarcimento del danno⁵⁷⁷. In ordine al primo profilo, può accadere che la parte "adempiente" non abbia più interesse alla conservazione del rapporto, in conseguenza della mancata cooperazione della controparte nella ricerca di una soluzione positiva al problema della sopravvenienza: infatti, di là dalla produzione di sostanziale anomalia nel sinallagma dovuta alle circostanze sopravvenute, questo comportamento può aver pregiudicato aspettative e fiducia nel buon esito dell'operazione economico-giuridica delineata in sede di elaborazione del regolamento contrattuale⁵⁷⁸. Sul piano risarcitorio, si deve stabilire se il

⁵⁷⁶ Sul piano dell'autotutela, per la possibilità di sollevare l'eccezione di inadempimento, ai sensi dell'art. 1460 c.c., cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 395 ss.; G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 168 ss. Eccependo l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare, la parte adempiente (interessata alla revisione) potrebbe sospendere l'esecuzione della propria prestazione; allo stesso modo, sempre ai sensi dell'art. 1460 c.c., ciascun contraente potrebbe opporre il proprio rifiuto di partecipare alla trattativa a fronte di un ingiustificato inadempimento della controparte. Si tratta, però, di uno strumento da adoperare con molta cautela: essenziali saranno la valutazione comparativa del comportamento dei contraenti, nonché il bilanciamento dei loro interessi, quale regola generale di valutazione dell'eccezione in relazione al rapporto in divenire. Sull'applicazione dell'art. 1460 c.c. anche in ambito pubblicistico, sia pure in materia di accordi amministrativi, G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*³, cit., p. 163.

⁵⁷⁷ La complessità della questione risarcitoria emerge laddove si consideri che non è affatto scontato il riconoscimento di questa forma di tutela. Non mancano voci dirette ad escludere la sanzionabilità sul piano risarcitorio della violazione dell'obbligo di rinegoziare: in questo senso, A. GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, cit., p. 57 ss., che giustifica questa conclusione sulla base dell'ampia discrezionalità di cui godono i contraenti nel valutare gli avvenimenti che dovrebbero condurre un nuovo accordo, con le conseguenti difficoltà di individuare le ipotesi di inadempimento dell'obbligo. Particolare è anche la posizione di A. GENTILI, *La replica alla stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, cit., p. 719 ss., che giunge a soluzioni diverse a seconda della fonte e della natura del dovere di rinegoziare. D'altro canto, la complessità della materia del risarcimento del danno emerge dalla più recente giurisprudenza che è giunta a riconoscere la responsabilità precontrattuale nell'ipotesi di un contratto valido ed efficace, eppure pregiudizievole per uno dei contraenti, ritenendo congruo commisurare il risarcimento non all'interesse c.d. negativo, bensì al minor vantaggio o al maggior aggravio economico determinato dal comportamento scorretto: così, Cass., sez. I, 29 settembre 2005, 19024, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Contratto in genere*, n. 403; Cass., sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratto in genere*, n. 368; Cass., sez. I, 7 marzo 2007, n. 5273, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Contratto in genere*, n. 532).

⁵⁷⁸ Così, letteralmente, V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 266. Sulla compatibilità tra principio di conservazione e interesse allo scioglimento del contratto, di particolare interesse sono le considerazioni svolte da B. MARUCCI, *Risoluzione per inadempimento dei contratti non corrispettivi*, cit., p. 169 ss., la quale reputa rilevante l'interesse alla conservazione del vincolo fin tanto che il contratto sia in grado di attuare l'assetto di interessi predisposto *ab origine* (*op. cit.*, p. 170 ss.). Gli interessi sottesi alla conservazione e allo scioglimento del rapporto, dunque, hanno la stessa rilevanza giuridica e sono entrambi finalizzati a garantire la corretta attuazione dell'originario programma negoziale. Si esclude, così, che la conservazione del rapporto integri un «valore primario, assoluto e fine a sé stesso», essendo sempre subordinata alla concreta attuazione degli interessi perseguiti dalle parti (*op. cit.*, p. 192). Tra l'altro, nel contemperare tali interessi, il legislatore disciplina gli strumenti atti a provocare la fine del rapporto rispettando l'interesse alla sua conservazione, poiché ne subordina l'applicazione all'esistenza di determinati

ristoro va commisurato alla lesione dell'interesse c.d. positivo (relativo al profitto derivante dalla regolare esecuzione del contratto) o di quello c.d. negativo (proprio della fase prenegoziale ed inerente alle spese sostenute in funzione della trattativa e alla perdita di altre occasioni favorevoli)⁵⁷⁹. Posta la differenza tra le trattative dirette al raggiungimento dell'accordo rinegoziativo e quelle che presiedono la fase di formazione del contratto⁵⁸⁰, nonché la natura contrattuale della responsabilità in caso di violazione dell'obbligo di rinegoziare⁵⁸¹, sembrerebbe corretta la prima soluzione: il danno andrebbe risarcito nella

presupposti (*op. cit.*, p. 169-170). Nel caso di specie, quindi, ai fini risolutivi, dovranno sussistere i presupposti di cui all'art. 1453 c.c. e ss.: in particolare, secondo la regola di cui all'art. 1455 c.c., l'inadempimento all'obbligo di rinegoziare non deve essere di scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse della parte adempiente. Questa valutazione deve essere condotta prevalentemente secondo parametri oggettivi, accertando le ripercussioni che l'inadempimento produce sull'assetto degli interessi negoziali, ossia in quale misura si riflette sull'economia dell'affare e, in particolare, sull'equilibrio negoziale: così, V.M. CESÀRO, *op. cit.*, p. 267 ss. Di questo avviso è anche G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, p. 170 ss., secondo il quale, al fine di valutare la gravità dell'inadempimento dell'obbligo rinegoziativo, deve principalmente considerarsi l'entità dello squilibrio economico che la rinegoziazione è chiamata a superare. G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*³, cit., p. 163, ipotizza l'applicazione del rimedio della risoluzione agli accordi amministrativi, se si verifica un'alterazione dell'assetto dei rapporti tra p.a. e privato, che non sia altrimenti superabile; inoltre, si osserva che in nessun caso «il vincolo contrattuale potrà prevalere sul difetto funzionale (sopravvenuto) dei rapporti contrattuali medesimi. E, se necessario, l'Amministrazione dovrà provvedere altrimenti a curare l'interesse pubblico nel caso concreto, riaprendo il circuito dei suoi poteri, di cui resta comunque titolare» (*op. cit.*, p. 164); analogamente, ID., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., p. 273 ss.

⁵⁷⁹ Sulla distinzione, v. P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, p. 637 ss. La problematica è strettamente connessa a quella inerente la natura della responsabilità a carico del soggetto inadempiente all'obbligo rinegoziativo: su questi aspetti, v. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 400, che, ponendo in luce le possibili divergenze di opinioni, in considerazione del concorso, nella vicenda della rinegoziazione, delle norme di cui agli artt. 1337 e 1375 c.c., ritiene che «la *culpa in contrahendo* ovvero, sia consentito il neologismo *ratione materiae*, la “*culpa in recontrahendo*” non potrebbe che avere natura contrattuale, per essere relativa all'inadempimento di un obbligo nascente dal contratto» (*op. cit.*, p. 401). Del resto, non è senza rilievo che i più recenti orientamenti giurisprudenziali tendono a configurare quali ipotesi di responsabilità contrattuale tutte quelle in cui, indipendentemente dalla previa stipula di un contratto, si sia instaurato un contatto tra le parti. Cfr., in tema di contatto amministrativo qualificato, *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. VI, 18 aprile 2005, n. 1769, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Responsabilità civile*, n. 409, in *Cons. Stato*, 2005, I, 678, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2005, 367; T.A.R. Puglia, 17 maggio 2001, n. 1761, in *Rep. Foro it.*, 2001, *Contratti della p.a.*, n. 169, ove si è affermato che: «Deve trovare riconoscimento, nel moderno contesto dell'amministrazione partecipata, quella particolare ipotesi di tutela dell'affidamento ingenerato dal rapporto procedimentale intercorso tra amministrazione e privato (nel caso specifico, partecipante ad una selezione pubblica), prescindente dalla sicura acquisizione del bene della vita, che può anche qualificarsi in termini di responsabilità da “contatto amministrativo qualificato”; la violazione di tale pretesa (con valenza di reciprocità) genera di per sé un obbligo risarcitorio, a prescindere dal fatto che si verta in presenza di un'attività discrezionale, ovvero vincolata, e dunque a prescindere anche dall'accertamento della spettanza del bene della vita, oggetto di tutela». In argomento, v. anche I. SANDULLI, *La legittimità non basta quando l'amministrazione contratta col privato*, cit., p. 2093 ss.

⁵⁸⁰ Sulla quale v. *retro*, nota 573.

⁵⁸¹ V., *retro*, nota 579. Secondo l'indirizzo giurisprudenziale pressoché costante, il risarcimento del danno per inadempimento di un obbligo contrattuale è diretto ad assicurare al contraente in buona fede il risarcimento corrispondente all'interesse positivo: Cass., 26 settembre 1950, n. 2552, in *Foro it.*, 1950, I, c. 1129; Cass., 23 aprile 1964, n. 978, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 1819; Cass., 10 marzo 1981, n. 1357, in *Arch. Civ.*, 1981, p. 419;

misura dell'interesse positivo e, quindi, commisurato al probabile esito della trattativa⁵⁸². La tutela risarcitoria consentirebbe, così, di collocare il contraente adempiente in una situazione economico-giuridica equivalente a quella che lo stesso avrebbe realizzato qualora il contratto avesse avuto puntuale esecuzione: «l'intervento giudiziale» - si osserva⁵⁸³ - «neutralizza lo scarto patrimoniale tra la situazione economica in cui la parte si viene a trovare a seguito dell'inadempimento e quella in cui si sarebbe trovata nel caso di corretta attuazione della *lex contractus*». Senonché, non è sempre agevole individuare il possibile esito delle trattative: basti pensare alle ipotesi in cui la clausola di rinegoziazione non indichi in maniera precisa i parametri in base ai quali procedere all'adeguamento, lasciando ampia discrezionalità ai contraenti⁵⁸⁴, oppure ai casi in cui la rinegoziazione rinvenga la propria fonte nell'obbligo di buona fede, laddove si ammetta tale possibilità. Emerge, dunque, l'impossibilità di accedere ad una soluzione univoca, anche in considerazione del «carattere

Cass., 1 dicembre 1983, n. 7199, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 368; Cass., 30 gennaio 1992, n. 1006, in *Vita not.*, 1992, p. 392.

⁵⁸² Tra gli altri, G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 176 ss.; A. GENTILI, *La replica alla stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, cit., p. 719 ss., che si sofferma sulle ipotesi in cui nel contratto sono inserite delle clausole che vincolano le parti alla revisione secondo criteri predeterminati: in tal caso, si sottolinea, la responsabilità contrattuale può sorgere dalla renitenza che abbia costretto la controparte a chiedere la coercizione giudiziale, con conseguente risarcibilità del danno emergente e del lucro cessante che sia conseguenza immediata e diretta dell'altrui rifiuto; analogamente, G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., p. 809 ss.

⁵⁸³ V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., 277-278; nello stesso senso, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 403 ss.

⁵⁸⁴ Al riguardo, si vedano le considerazioni di A. GENTILI, *La replica alla stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, cit., p. 719 ss., che, in relazione alle clausole che si limitano a statuire l'obbligo generico di rinegoziazione, come pure per quelle che richiamano, ai fini della rinegoziazione, la buona fede o l'equità, esclude la risarcibilità del danno. La violazione di quest'obbligo (a titolo esemplificativo, il rifiuto di trattare la rinegoziazione o la mancata indicazione, nonostante la richiesta della controparte, delle proprie condizioni) integra senz'altro un inadempimento. I dubbi si pongono sulla natura piuttosto che sulla rilevanza dell'obbligo, ovvero sulla sua risarcibilità, non sulla sua giuridicità: se, infatti, è rimessa alla discrezionalità delle parti la scelta fra i possibili esiti della rinegoziazione, l'assenza dell'accordo esclude la configurazione di un obbligo di concludere, con la conseguenza che la trattativa legittimamente non conclusa esclude il diritto risarcitorio in favore della parte pregiudicata dalla sopravvenienza. Analoga conclusione si raggiunge per l'ipotesi di rottura ingiustificata o per la trattativa maliziosa: in tal caso, la violazione dell'obbligo di negoziare seriamente integra uno dei presupposti della domanda risarcitoria, ma non si ravvisa un danno concreto, risarcibile come conseguenza immediata e diretta dell'illecito. Ciò in quanto, escluso un obbligo di concludere il contratto, il danno non può essere determinato sulla base di una "mera ipotesi" di contratto rinegoziato; al contempo, si esclude la possibilità di una liquidazione equitativa da parte del giudice, *ex art. 1226 c.c.*, che presuppone una difficoltà di esatta quantificazione, cioè l'approssimatività, e non l'inesistenza del criterio. Si prospetta, dunque, l'ipotesi di un obbligo *ex contractu* di rinegoziare privo di effetti reali e di effetti risarcitori: si tratterebbe, in altre parole, di un obbligo giuridicamente rilevante, ma "incoercibile in positivo", risarcibile solo in negativo, alla stessa stregua della rottura ingiustificata della trattativa spontanea, a meno che alla clausola sul dovere di rinegoziazione si accompagni, una penale.

“ibrido” dell’obbligo di rinegoziare»⁵⁸⁵, derivante dalla natura del suo adempimento, che si realizza nello svolgimento di un’attività negoziale analoga alla trattativa precontrattuale. Pertanto, non si esclude che il contraente “fedele” possa reclamare il solo interesse negativo⁵⁸⁶. In caso di inerzia della parte obbligata a promuovere la rinegoziazione, ovvero ad aderire alla iniziativa assunta dalla controparte, si distingue tra l’ipotesi in cui la trattativa è rimessa completamente alla dialettica delle parti e quella in cui i margini di discrezionalità dei contraenti sono alquanto ridotti: nel primo caso il danno potrà essere liquidato soltanto mediante l’applicazione di criteri equitativi che tengano conto della fase già esaurita del rapporto, delle condizioni di mercato, nonché dell’offerta della parte adempiente sulla base di criteri di congruità. Nel secondo caso, invece, il giudice dispone di parametri sufficientemente determinati per apprezzare il danno subito dal contraente e può quindi procedere ad una liquidazione che si avvicina alla misura del vantaggio che il contraente danneggiato avrebbe ricavato dall’adeguamento del contratto⁵⁸⁷. Nell’ipotesi in cui la trattativa sia stata intrapresa e, al momento del suo fallimento, sia giunta ad un grado di maturazione tale da ingenerare un consistente affidamento delle parti, il danno risarcibile potrà essere facilmente commisurato al mancato profitto derivante dall’esecuzione del contratto rinegoziato, potrà, cioè essere liquidato nella misura dell’interesse positivo; in tal

⁵⁸⁵ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 404, che, inoltre, sottolinea come le categorie tradizionali dell’interesse negativo e positivo potrebbero entrare in crisi, poiché l’inadempimento all’obbligo di rinegoziare può determinare tanto un danno corrispondente alla perdita di altre opportunità più favorevoli quanto il danno da perdita del profitto contrattuale.

⁵⁸⁶ F. MACARIO, *o.u.c.*, p. 403, secondo il quale, proseguendo il ragionamento, il problema si riduce alla determinazione del profitto risarcibile, a titolo di danno, al contraente adempiente, il cui affidamento costituisce il criterio fondamentale per la valutazione del giudice. Analogamente, V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1930, che ritiene possibile il risarcimento dell’interesse positivo soltanto nel caso in cui il giudice possa raffigurarsi quale sarebbe stato il contenuto del contratto modificativo qualora le parti avessero raggiunto un accordo in sede di rinegoziazione; in altri termini, l’intervento giudiziale sarebbe configurabile unicamente nell’ipotesi in cui il contenuto della clausola rinegoziativa sia determinato, o almeno siano individuati i parametri e i valori da osservare nel corso del procedimento di rinegoziazione. In presenza di una clausola generica, invece, il danno sarà risarcibile nei limiti dell’interesse negativo. Analogamente, ID., *Questioni attuali sul contratto*, cit., p. 225. Per G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., p. 813, la natura di obbligazione di mezzi del dovere di rinegoziare porterebbe a limitare sempre il risarcimento del danno al mero interesse contrattuale negativo. *Contra*, V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell’equilibrio contrattuale*, cit., p. 276 secondo il quale quest’ultima ricostruzione presenta un vizio teorico di impostazione, in quanto non valorizza il ruolo e la portata della buona fede esecutiva nella vicenda rinegoziativa. La regola codicistica offrirebbe, infatti, «i parametri di riferimento in direzione dei quali le parti sono tenute ad improntare il percorso della trattativa rinegoziativa»; la buona fede, pertanto, spinge le parti a ricercare «un equilibrio economico-giuridico tra le prestazioni, coerente e armonioso con quello superato dalle sopravvenienze».

⁵⁸⁷ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 406-407.

caso, infatti, l'esito della trattativa mediante la valutazione del giudice che è agevolata dalle intese parziali raggiunte dalle parti e il danno⁵⁸⁸.

L'insoddisfazione dei rimedi sin qui prospettati⁵⁸⁹ ha indotto ad ipotizzare altri strumenti per tutelare il contraente non inadempiente. Secondo una prima impostazione, ove sia configurabile un obbligo di rinegoziare - di fonte convenzionale o legale - sarebbe possibile rivolgersi al giudice per ottenere una sentenza costitutiva. Quest'ultima assicurerebbe una tutela soddisfacente che, sul piano degli effetti, realizza l'interesse sostanziale dei contraenti. La previsione di un obbligo rinegoziativo sarebbe pertanto idonea a schiudere la via ad una forma di revisione giudiziale del contratto: quale conseguenza dell'inadempimento di tale obbligo si privilegia l'applicazione dell'art. 2932 c.c., ammettendo un intervento giudiziale mediante una sentenza costitutivo-determinativa⁵⁹⁰. Diversamente, nella prospettiva che esclude la configurabilità di un

⁵⁸⁸ F. MACARIO, *o.m.c.*, p. 408 ss. In relazione ai parametri di riferimento per la quantificazione del pregiudizio economico, l'Autore ritiene opportuno considerare la dimensione temporale del rapporto in corso di esecuzione, le eventuali intese parziali raggiunte, il raffronto tra la parte del contratto già eseguita e quella che residua. Nonostante la dichiarata difficoltà di ipotizzare uno schema delle voci di danno, soprattutto per quanto riguarda il lucro cessante, viene posto l'accento sulla legittimità dell'affidamento riposto dalla parte adempiente nel completamento dell'affare [«l'individuazione dell'obbligo di rinegoziare implica il riconoscimento della legittimità dell'affidamento delle parti sulla conclusione del contratto modificativo, quale mezzo per la prosecuzione del rapporto»: *o.m.c.*, p. 406] e si ritiene opportuno distinguere tra danno economico e danno finanziario: il primo ricollegabile agli investimenti effettuati in vista dell'esecuzione del contratto e non più utilizzabili; il secondo discendente dagli impegni assunti in vista della realizzazione del programma negoziale. Secondo V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 278 ss., ai fini della liquidazione, il giudice investito della domanda risarcitoria deve rappresentarsi il contenuto dell'accordo modificativo al quale le parti sarebbero pervenute, se avessero svolto la trattativa alla stregua del dovere di correttezza e, quindi, secondo uno spirito di leale e fattiva collaborazione. Il contenuto dell'accordo, tra l'altro, sarebbe agevolmente individuabile in quanto dovrebbe corrispondere all'equilibrio economico-giuridico tra le prestazioni fissate dalle parti, in sede di elaborazione del contenuto contrattuale, sia pure adeguato al nuovo contesto fattuale. In senso parzialmente diverso, G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, p. 178 ss. per il quale il giudice non può rifarsi ad un ipotetico contratto modificativo: questa attività gli è preclusa dal riconoscimento dell'autonomia negoziale dei contraenti anche in questa fase; piuttosto, il giudice dovrebbe tener conto dell'originario equilibrio contrattuale e del profitto che, in assenza di sopravvenienze avrebbe comportato per la parte adempiente, potendo a tal fine essere utile anche il ricorso all'art. 1226 c.c.

⁵⁸⁹ V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 244, pone in luce l'inadeguatezza e insufficienza dei rimedi risolutivi e risarcitori.

⁵⁹⁰ V.M. CESÀRO, *op. cit.*, p. 243 ss. V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, cit., 1047, evidenzia che l'eventuale sentenza costitutiva del contratto modificato non garantisce che la controparte adempirà le nuove condizioni contrattuali, ma almeno consente, in caso di rifiuto di adempimento, di commisurare su di esse il danno risarcibile. In relazione a questa forma di tutela, v. anche F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, cit., 71 ss.; ID., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 394, che diversifica i rimedi esperibili in caso di inadempimento, a seconda che le clausole di rinegoziazione indichino con precisione le coordinate dell'adeguamento, ovvero si limitino a fissare in modo alquanto generico un obbligo di rinegoziare. Nello stesso senso, V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1929 ss., che ritiene preferibile, rispetto alla tutela risolutiva, quella in forma specifica *ex art.* 2932 c.c.,

obbligo generale di rinegoziare, in assenza di clausole di rinegoziazione, si ritiene che il contraente non previdente deve sopportare il rischio che si è implicitamente accollato, mantenendo il contratto, pur alterato dalla sopravvenienza, oppure chiedendone la risoluzione, ove sussistano i relativi presupposti⁵⁹¹. Infine, secondo una ulteriore impostazione, in presenza di sopravvenienze, laddove uno dei contraenti si rifiuti ingiustificatamente di rinegoziare, in presenza o meno di una specifica clausola, il suo comportamento sarebbe soltanto valutabile, secondo le diverse linee di pensiero, sotto il profilo della responsabilità precontrattuale o contrattuale⁵⁹². In altre parole, l'obbligo

poiché garantisce il mantenimento del rapporto: il giudice, constatato l'inadempimento dell'obbligo rinegoziativo, può emanare una sentenza determinativa del nuovo contenuto del contratto, tenendo conto dell'evento sopravvenuto. Considerando, però, che una clausola rinegoziativa generica lascerebbe eccessivi margini di discrezionalità in capo all'autorità giudiziaria e si risolverebbe in un'inammissibile compromissione dell'autonomia della parti (p.a. compresa), si limita l'esperibilità del rimedio all'ipotesi in cui il contenuto della clausola sia determinato, ovvero siano specificati i parametri e i valori da osservare nel corso del procedimento di rinegoziazione (o.u.c., p. 1930). Un ulteriore argine all'intervento giudiziale è rappresentato, inoltre, dal necessario ripristino dell'originario equilibrio economico-giuridico quale risultato della rinegoziazione. Cfr. anche, ID., *Questioni attuali sul contratto*, cit., p. 223 ss., ove si sottolinea in favore dell'intervento giudiziale, l'evoluzione giurisprudenziale in tema di rapporti preliminare-definitivo che avrebbe consegnato un quadro in cui è consentito all'autorità giudiziaria modificare il contenuto del contratto preliminare alla luce delle sopravvenienze verificatesi prima della stipula del definitivo. In una prospettiva tesa a valorizzare i poteri di intervento del giudice sul contenuto del contratto, anche alla luce dell'evoluzione che si è registrata in ambito internazionale, v. E.M. PIERAZZI, *La giustizia del contratto*, cit., p. 647 ss., secondo cui la tendenza, emersa da tempo nell'ordinamento italiano, circa la progressiva limitazione dell'autonomia delle parti, si delinea in misura estesa anche in ambito internazionale nel quale, a fronte di una clausola o di un contratto iniquo, si attribuisce al giudice il potere-dovere (consacrato nei Principi *Unidroit*) di intervenire per ristabilire l'equilibrio tra le prestazioni, anche sacrificando la libertà contrattuale dei privati. In questa operazione di adeguamento del contratto ad opera del giudice, rilievo primario assumono il principio di buona fede e l'equità, non più riduttivamente considerata quale fonte di integrazione del contratto, bensì quale strumento di correzione dello stesso (di qui l'espressione "equità correttiva").

⁵⁹¹ Nel senso di escludere la configurazione di una tutela giudiziale, sostitutiva o risarcitoria, per l'intrinseca incoerenza di questa soluzione cfr. A. GENTILI, *La replica alla stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, cit., p. 706 ss., per il quale la nozione di "rinegoziazione" presuppone che le parti effettuino nuova valutazione di convenienza e di soggettiva utilità circa lo scambio, escogitando concordemente una regola nuova. In questo senso si distingue dall'integrazione legale del contenuto del contratto: entrambe concorrono verso lo stesso effetto della revisione, ma sono meccanismi alternativi. La rinegoziazione, infatti, presuppone una rinnovata valutazione dei contraenti ed è per questo motivo che, nelle ipotesi in cui è prevista dalla legge, il legislatore non detta alle parti una regola di contenuto, bensì al più una regola di mera condotta. Diversamente, soltanto in base ad una regola di contenuto che individua piuttosto una forma di integrazione legale del contenuto del patto, sarebbe possibile ottenere dal giudice, che a quella regola dovrebbe attenersi, la modifica del regolamento contrattuale. Perplessità sono manifestate da G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, cit., p. 1200, che intravede nella rinegoziazione un meccanismo che consente di rideterminare dall'esterno il contenuto dei reciproci obblighi, ridistribuendo, in definitiva, il peso della modifica della situazione esterna al contratto. Ma, osserva l'Autore, il vero problema consiste nella possibilità di inferire dalle singole disposizioni previste dal legislatore una regola generale di intervento esterno sul contratto in ogni ipotesi di sopravvenienza, in sostituzione dell'accordo dei contraenti sulla rilevanza della sopravvenienza stessa o sulla misura del riadeguamento: e le disposizioni legislative, lette da sole, non sembrerebbero deporre inequivocabilmente in tale direzione. (*op. cit.*, p. 1203).

⁵⁹² Sulla configurazione dell'obbligo come inerente ad una obbligazione di mezzi che esclude la possibilità di ricorrere ad una tutela in forma specifica, F. CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, Milano, 2003, p. 1939. Nella

rinegoziativo implicherebbe soltanto il dovere di instaurare le trattative per la modifica delle condizioni contrattuali e di condurle secondo buona fede; si esclude, così, la possibilità di ottenere una sentenza *ex art. 2932 c.c.* che si tradurrebbe in un vero e proprio intervento sostitutivo, eccessivamente invasivo dell'autonomia negoziale. Sebbene si registri un progressivo ampliamento dei poteri giudiziali⁵⁹³, si dubita dell'ammissibilità di un vero e proprio potere sostitutivo che, in sostanza si tradurrebbe nella massima ingerenza fino ad oggi riscontrata in un settore comunque rimesso all'autonomia privata. Il risarcimento per equivalente consentirebbe ugualmente di salvaguardare l'affidamento che i contraenti (in realtà uno di essi) hanno riposto nella conservazione dell'equilibrio contrattuale.

Il ragionamento da ultimo esposto sembra offrire la soluzione più idonea in relazione all'attività contrattuale della pubblica amministrazione, che, pur improntata al rispetto dei principi civilistici, esige, comunque, il riconoscimento di una serie di peculiarità⁵⁹⁴. Pur in presenza di una clausola di rinegoziazione che abbia un contenuto sufficientemente specifico, ovvero che individui i parametri da osservare nel corso del procedimento rinegoziativo, si ritiene sussistere un margine di discrezionalità dei contraenti in ordine al possibile esito della trattativa. Pertanto, sembra difficile ipotizzare l'ammissibilità di una sovrapposizione della valutazione del giudice, sia esso ordinario o amministrativo, rispetto alla manifestazione di volontà dell'Amministrazione e del contraente privato. Del resto, di là delle perplessità circa l'applicazione dell'art. 2932 c.c. ai contratti in cui è parte una

medesima prospettiva anche G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, cit., p. 539 ss.; ID., *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, cit., p. 181 ss., il quale esclude la possibilità di ammettere un intervento giudiziale ai fini dell'adeguamento del contratto, salvi casi eccezionali, quale, ad esempio, quello in cui vi sia una determinazione dettagliata dei parametri e criteri in base ai quali procedere, o quello in cui la determinazione dell'adeguamento sia rimessa, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo tra le parti, ad un terzo (per approfondimenti sulla possibile previsione dell'intervento di un terzo che fissi i termini dell'adattamento contrattuale, ID., *o.u.c.*, p. 150 ss.). Cfr. anche P. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, cit., p. 304, secondo cui «nel sistema non si prevedono meccanismi capaci di funzionare in modo automatico o mediati dall'obbligazione a carico dei soggetti: in particolare non è rimesso al giudice un potere di adeguamento del contratto alle mutate circostanze».

⁵⁹³ V. *retro*, par. 2.7.

⁵⁹⁴ Sulle azioni esperibili dal privato nei confronti della Pubblica Amministrazione e sui poteri decisorii del giudice amministrativo e del giudice ordinario, cfr. di recente, A. POLICE, *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 768 ss., il quale precisa che tali poteri possono essere accertativi, costitutivi e di condanna, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, conformemente alle indicazioni legislative. Con particolare riguardo al risarcimento in forma specifica, l'Autore osserva che in assenza di indicazioni specifiche sulla disciplina di questo rimedio, è necessario rinviare ai principi contenuti negli art. 2058 c.c. e 2933 c.c., i cui parametri potranno trasferirsi nel processo amministrativo, sia pure con i necessari adattamenti derivanti dalla particolarità della materia.

Pubblica Amministrazione⁵⁹⁵, è evidente che questa soluzione non è comunque idonea ad assicurare l'esecuzione del contratto alle nuove condizioni, poiché non ne garantisce l'adempimento.

In via generale, dunque, può affermarsi che il rifiuto di trattare la modifica del regolamento giustifica il riconoscimento, a favore della controparte, del risarcimento del danno per violazione del dovere di buona fede, la cui operatività è ormai pacificamente riconosciuta anche nei contratti in cui è coinvolta la Pubblica Amministrazione.

⁵⁹⁵ In passato si escludeva l'applicazione di tale disposizione ai contratti della p.a., in considerazione dell'art. 4 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo (l. n. 2248/1865 all/E), in virtù del quale «quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende lese da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere gli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio». La giurisprudenza sosteneva l'incoercibilità dell'obbligo degli enti pubblici di concludere il contratto definitivo, poiché il giudice ordinario, in conformità al principio della separazione dei poteri, non può condannare la pubblica amministrazione ad un *facere*, rientrando nella sfera di discrezionalità dell'amministrazione (tra le altre, Cass., Sez. un., 5 aprile 1966, n. 872, in *Rep. Giur. it.*, 1966, *Amministrazione pubblica*, n. 71 e 72, in *Foro it.*, 1966, I, 1, c. 950; Cass., 26 maggio 1969, n. 1858, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, c. 87). Successivamente, la stessa Suprema Corte ha mutato orientamento, rilevando come il potere discrezionale dell'amministrazione si consuma al momento della stipulazione del contratto preliminare, a partire dal quale la p.a. resta soggetta alle regole privatistiche; il giudice, dunque, «non impone alla Pubblica Amministrazione un comportamento determinato né realizza coattivamente la prestazione da essa dovuta, ma attua la legge attraverso una pronuncia costitutiva» (Cass., 7 ottobre 1983, n. 5838, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 240; Cass., sez. un., 29 marzo 1989, n. 1540, in *Giur. it.*, I, 1, c. 1502 ss.). Sulle possibilità applicative dell'art. 2932 c.c. alla p.a., V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, cit., p. 670, secondo il quale il giudice ordinario che emana la sentenza costitutiva nei confronti della P.A. non compie un'indebita invasione della sfera di discrezionalità propria di quest'ultima, «bensì applica un rimedio contrattuale a carico di un contraente che, rifiutando di adempiere, non fa uso legittimo di discrezionalità amministrativa, ma commette un illecito civile». Sull'argomento, cfr. anche M. ANNUNZIATA, *Inesecuzione di preliminare da parte della p.a. e sentenza sostitutiva del giudice ex art. 2932 c.c.* (nota a Cass., 29 marzo 1989, n. 1540), in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 671; ID., *Applicazione dell'art. 2932 c.c. nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Giur. merito*, 1990, p. 428; F. BRAVO, *Arbitrato rituale e pronunce costitutive ex art. 2932 c.c. rese nei confronti della pubblica amministrazione* (nota a Cass., 8 agosto 2001, n. 10932), in *Contratti*, 2002, p. 133 ss; M.L. BUONPENSIERE, *Sull'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto nei confronti della pubblica amministrazione* (nota a Cass., sez. un., 29 marzo 1989, n. 1540), in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 1501; M. CERCHIARA, *L'applicabilità dell'art. 2932 c.c. alla p. a.* (nota a Cass., 7 ottobre 1983, n. 5838), in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 3404; M. DE FALCO, *Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto. Applicabilità dell'art. 2932 c.c. nei confronti della P.A.: breve excursus delle opinioni dottrinarie e giurisprudenziali*, in *Nuova rass.*, 1996, p. 1467; F. GRAZIANO, *Contratto preliminare, art. 2932 c.c. e pubblica amministrazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, p. 59; A. MONICA, *Il contratto preliminare e l'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione*, in P. STANZIONE e A. SATURNO, *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., p. 573 ss.; M. NIGRO, *L'esecuzione delle sentenze di condanna della Pubblica Amministrazione*, in *Foro it.*, 1965, V., c. 57 ss.; V. RICCIUTO, *Gli obblighi a contrarre*², in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, cit., p. 405; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*², Napoli, 1984, p. 1241 ss.; F. VELTRI, *L'applicabilità dell'art. 2932 c.c. alla pubblica amministrazione nell'ambito della cartolarizzazione immobiliare* (Nota a Trib. Roma, 5 giugno 2006), in *Contratti*, 2007, p. 759.

3.11. Profili di diritto comparato: la gestione delle sopravvenienze contrattuali nel diritto francese. La teoria de l'*imprévision* nei *contrats administratifs*.

Il tema dell'adeguamento del contratto è stato analizzato in molti ordinamenti⁵⁹⁶, ma la comparazione con l'ordinamento francese manifesta una particolare utilità per la presenza di un istituto di origine giurisprudenziale - l'*imprévision*⁵⁹⁷ - che presenta affinità con il fenomeno rinegoziativo. Tra i profili più interessanti, si segnala che la teoria dell'*imprévision* trova applicazione proprio con riguardo ai contratti stipulati dalla Pubblica Amministrazione, mentre è in prevalenza rigettata con riguardo ai contratti conclusi tra privati⁵⁹⁸.

Giova premettere che nell'ordinamento francese da lungo tempo è stata elaborata la categoria dei *contrats administratifs*⁵⁹⁹, caratterizzati dalla sottoposizione a regole speciali e dall'assoggettamento del relativo contenzioso alla competenza dei Tribunali amministrativi.

⁵⁹⁶ Per un recente contributo di stampo comparatistico, si rinvia a F.P. TRAIACI, *Soppravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di Civil e di Common law*, cit., *passim*. Cfr. anche, G. ROUHETTE, *La révision conventionnelle du contrat*, cit., pp. 369 ss.

⁵⁹⁷ Sull'evoluzione della nozione di *imprévision*, v. J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations* cit., n. 1064, p. 2178; J. GHESTIN, C. JAMIN e M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, cit., n. 294 ss., p. 359 ss. Sul tema, tra gli altri, L. AYNES, *L'imprévision en droit privé*, cit., p. 397 ss.; H. BOUTHINON-DUMAS, *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision*, cit., pp. 339 ss.; C. MENARD, *Imprévision et contrats de longue durée: un économiste à l'écoute du juriste*, in AA.VV., *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, 2001, pp. 661ss.; J.L. MOURALIS, *Imprévision*, cit., *passim*; D. TALLON, *La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé*, cit., pp. 403 ss.; P. STOFFEL-MUNCK, *L'imprévision en question: interrogations sur les conséquences d'un bouleversement de l'économie d'un contrat par suite d'une évolution imprévue des circonstances* (commento a Cass. 16 marzo 2004, n° 01-15.804), in *Communication Commerce électronique* n° 10, 1 ottobre 2004, p. 41-43 comm. 119. Cfr. anche P. CATALA, *La renégociation des contrats*, cit., pp. 91 ss.

⁵⁹⁸ Secondo A. DE LAUBADERE, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, T. I, 16^e ed., 2001, Paris, p. 713, la *théorie de l'imprévision* costituisce «l'un des traits le plus remarquables du particularisme de ces contrats [administratifs]». Sull'*imprévision* nel diritto amministrativo, tra gli altri, J.B. AUBY, T. KIRAT, F. MARTY, L. VIDAL, *Le contenu et la portée économique des règles de droit*, cit., spec. p. 231 ss.; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 422 ss.; J. MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif*, 8^e ed., Paris, 2003, p. 423 ss.; G. PEQUIGNOT, *Contribution à la Théorie générale du contrat administratif*, Thèse, Montpellier, 1945, p. 502 ss.; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 6^e éd., Paris, 2008, p. 277 ss.; J.A. ROBERT, *La théorie de l'imprévision et le bouleversement économique dans les contrats commerciaux et industriels*, in *Revue Lamy de Droit Civil*, 2009, n. 62.

⁵⁹⁹ A. DE LAUBADERE e Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, cit., p. 671 ss., ove si precisa che nei *contrats administratifs* si realizza un incontro di volontà (accordo) produttivo per entrambe le parti di vere e proprie obbligazioni. Nonostante l'identità di natura ed essenza rispetto al contratto di diritto comune, il regime giuridico è però differente (v. *infra* nel paragrafo). Sui *contrats de droit public*, in generale, C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, cit., *passim*; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, cit., *passim*. Cfr., anche AA.VV., *Les contrats administratifs et leur évolution*, in *Revue française de droit administratif*, 2006, nn., 1-2, pp. 2 ss.; F. BRENET, *La théorie du contrat administratif. Evolutions récentes*, cit., p. 919; M.H. SINKONDO, *La notion de contrat administratif: acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration?*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1993, p. 239 ss.; J. WALINE, *La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif*, cit., p. 965 ss. Per un'analisi dei *contrats publics* in prospettiva storica, v. X. BEZANÇON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'Histoire administrative de la délégation de mission publique*, Paris, 1999, p. 1 ss.

La giurisprudenza che ha individuato un ampio corpo di principi comuni, successivamente costruiti a sistema, al punto da indurre l'elaborazione di una "teoria generale dei contratti amministrativi"⁶⁰⁰, quale espressione della *puissance publique*, che non si esaurisce nella forma degli atti amministrativi unilaterali. Nell'ambito dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, si distingue tra contratti di diritto comune e contratti amministrativi⁶⁰¹: questi ultimi implicano il riconoscimento, in favore degli enti pubblici, di alcune prerogative, legate al primato dell'interesse generale, che ne determinano la sottoposizione ad una disciplina in parte diversa da quella civilistica⁶⁰² e che sono idonee a porre l'amministrazione in una posizione di superiorità rispetto all'altro contraente⁶⁰³.

La prima questione che pone questa teoria è proprio l'individuazione dei criteri identificativi dei *contrats administratifs*⁶⁰⁴: anzitutto, rilevano le ipotesi in cui vi è una "determinazione della legge"⁶⁰⁵, che è apprezzata in termini molto ampi, al punto da ritenere sussistente la previsione legislativa tutte le volte in cui alcune categorie di contratti dell'Amministrazione sono sottoposti alla giurisdizione amministrativa⁶⁰⁶. Di là da questa ipotesi, sono stati elaborati due criteri alternativi: l'uno relativo all'oggetto del contratto, consistente nell'esecuzione di un servizio pubblico⁶⁰⁷; l'altro, invece, relativo alle clausole

⁶⁰⁰ In favore dell'ammissibilità del *contrat administratif*, già A. DE LAUBADERE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, 1^{re} ed., Paris, p. 1956, *passim*; A. DE LAUBADERE, F. MODERNE e P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, 2^e ed., Paris., 1983; G. PEQUIGNOT, *Contribution à la Théorie générale du contrat administratif*, cit.; L. RICHER, *Les contrats administratifs*, Paris, 1991.

⁶⁰¹ Le difficoltà applicative e l'inutilità insite nella distinzione tra *contrats administratifs* e contratti di diritto privato dell'amministrazione sono state ben evidenziate da J. LAMARQUE, *Les difficultés et les perspectives d'avenir de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé*, in *L'actualité juridique de droit administratif*, 1961, pp. 123 ss, il quale prospettava il suo superamento attraverso l'unificazione del contenzioso inerente tutti i contratti della Pubblica amministrazione nell'ambito della giurisdizione amministrativa.

⁶⁰² Sullo sviluppo, ad opera della giurisprudenza del Consiglio di Stato, di regole fortemente derogatorie rispetto al diritto civile dei contratti, v. B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, thèse, Paris, 2003, spec. 740 ss.

⁶⁰³ Sull'evoluzione che, nell'ordinamento italiano, ha determinato il venir meno delle posizioni di privilegio tradizionalmente riconosciute alla P.A., v. *retro*, Cap. I.

⁶⁰⁴ In linea generale, per l'analisi di questi criteri, v., tra gli altri, A. DE LAUBADERE e Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, cit., p. 673 ss.; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 71 ss.; J. MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif*, cit., pp. 389 ss.; J.-M. RAINAUD, *Le contrat administratif: volonté des parties ou loi de service public?*, in *Revue du droit public*, 1985, pp. 1183 ss.; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 90 ss., cui si rinvia anche per gli ampi riferimenti di dottrina e di giurisprudenza; M. ROUGEVIN-BAVILLE, R. DENOIX DE SAINT MARC, D. LABETOUILLE, *Leçons de droit administratif*, Paris, 1989, p. 169 ss., spec. 178 ss. ; D. TRUCHET, *Droit administratif*, cit., p. 259 ss.; J.F. PREVOST, *A la recherche du critère du contrat administratif (la qualité des contractants)*, *Revue du droit public*, 1971, pp. 817 ss., che, però, si sofferma sull'analisi del criterio organico, ovvero sulla rilevanza della partecipazione di un ente pubblico.

⁶⁰⁵ F. BRENET, *Contrats administratifs par détermination de la loi*, in *Juris-Classeur Administratif*, fasc. 602, 2009.

⁶⁰⁶ A. DE LAUBADERE e Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, cit., p. 673 ss.

⁶⁰⁷ In giurisprudenza v. Conseil d'État, 20 aprile 1956, *Époux Bertin*; *Ministre de l'agriculture c. Consorts Grimouard*, in M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DEVOLVÉ e B. GENEVOIS (a cura di), *Les Grands arrêts de la*

inserite nel regolamento contrattuale e, in particolare, all'esistenza di c.d. *clauses exorbitantes*⁶⁰⁸. Al riguardo si fa riferimento, a titolo esemplificativo, alle clausole che attribuiscono alle parti diritti o obblighi estranei a quelli previsti dalle leggi civili, o che sono differenti, per la loro natura, da quelle che potrebbero essere previste in un analogo contratto di diritto comune. Più in generale, si tratta di clausole che, nel loro insieme, conferiscono al contratto un regime esorbitante da quello di diritto comune⁶⁰⁹.

Le peculiarità dei *contrats administratifs* si manifestano tanto nella fase di formazione del contratto, quanto in quella esecutiva. Sotto il primo profilo, rilevano, ad esempio, le procedure di scelta del contraente che caratterizzano gli appalti di lavori, servizi e forniture, dove domina il principio di tutela della concorrenza, anche in considerazione dell'influenza del diritto comunitario, la cui disciplina si è imposta nell'ordinamento francese, al pari di quanto è accaduto nell'ordinamento italiano⁶¹⁰. Maggiori specificità presenta la categoria dei *contrats administratifs* per quanto concerne la fase dell'esecuzione⁶¹¹, in considerazione delle prerogative riconosciute all'Amministrazione per far fronte alle necessità di tutelare l'*intérêt général*⁶¹². I molteplici privilegi dell'Amministrazione - si osserva⁶¹³ - testimoniano l'*inégalité*

jurisprudence administrative, 16^e éd., 2007, n. 74, p. 491 ss., ove si è affermato che il contratto che conferisce ad un privato la «*exécution même d'un service public*» è necessariamente un *contrat administratif*. Sul punto, cfr. J.M. RAINAUD, *La crise du service public français*, Paris, 1999, passim; ID., *Le contrat administratif: volonté des parties ou loi de service public?*, cit., p. 1194, che configura la "partecipazione" al servizio pubblico come criterio essenziale del contratto amministrativo.

⁶⁰⁸ L'elaborazione del criterio risale alla decisione del Conseil d'État, 31 luglio 1912, *Société des Granits porphyroïdes des Vosges*, in M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DEVOLVÉ e B. GENEVOIS (a cura di), *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., n. 26, p. 155 ss.

⁶⁰⁹ Sembra esprimere una preferenza verso questo criterio rispetto a quello connesso all'esecuzione di un servizio pubblico, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 92 ss.; diversamente, J.M. RAINAUD, *Le contrat administratif: volonté des parties ou loi de service public?*, cit., p. 1194, che critica il riferimento alla c.d. *clause exorbitante* quale criterio identificativo dei contratti amministrativi, potendo, al più, rilevare come elemento di determinazione del contenuto del contratto. V. anche J. MESTRE, *Vers un élargissement des frontières du contrat de droit privé*, cit., p. 113, che registra, alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale, il progressivo declino della clausola esorbitante dal diritto comune come criterio del contratto amministrativo.

⁶¹⁰ Sui riflessi dell'ordinamento comunitario nel diritto amministrativo francese, cfr. Ph. TERNEYRE, *L'influence di droit communautaire sur le droit des contrats administratifs*, in *Actualité juridique – Droit administratif*, 1996, *numéro spécial Droit administratif et droit communautaire*, p. 84; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 42 ss. Per quanto concerne l'ordinamento italiano, v. *retro*, par. 1.5 e 1.6.

⁶¹¹ L. FOLLIOU-LALLIOT, *Exécution du contrat administratif-Obligations contractuelles et pouvoirs de l'Administration*, in *JurisClasseur Administratif*, fasc. 608, 2009.

⁶¹² In questo senso, si sottolinea che la caratteristica del *contrat administratif* è «*le caractère exorbitant du droit commun du régime juridique applicable*»: C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 378. Si delinea, così, una deviazione rispetto al contenuto dell'art. 1134 *code civil*, in virtù del quale «*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*», corrispondente, nella sostanza, all'art. 1372 c.c. italiano. Allo stesso tempo, però, l'Autore pone in luce come il regime esorbitante dei contratti amministrativi, nonché l'unilateralismo che li connota siano più limitati di quanto generalmente si afferma, in considerazione del progressivo sviluppo dell'unilateralismo anche nel diritto civile, nonché della progressiva erosione di questi

tra i contraenti che caratterizza i *contrats administratifs*. Al contempo, vi è un limite di tipo essenzialmente finanziario: il contraente dell'amministrazione beneficia di garanzie ignorate dal diritto privato, che tendono ad assicurargli una remunerazione conforme alle iniziali previsioni contrattuali⁶¹⁴.

Le possibilità che la Pubblica Amministrazione intervenga unilateralmente nel corso dell'esecuzione del contratto si traducono nell'esercizio di diversi poteri: *pouvoir de contrôle et de direction; pouvoir de résiliation unilatérale et pouvoir de modification unilatérale*⁶¹⁵. Con particolare riferimento a quest'ultimo, il suo principale limite consiste nell'impossibilità di snaturare la sostanza del contratto⁶¹⁶; l'esercizio di questo potere, inoltre, è strettamente connesso al

poteri in ambito amministrativo. Cfr., G. PÉQUIGNOT, *Contribution à la théorie Générale du Contrat administratif*, cit., p. 390 ss, il quale, con particolare riferimento al potere di risoluzione per motivi di interesse generale, ha evidenziato che esso è: «*l'un de droits de l'administration le moins contesté en notre matière*» (*op. cit.*, p. 391). Diversamente, con riguardo al potere di modifica unilaterale, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 262 ss., rileva che sebbene il Consiglio di Stato abbia riconosciuto l'esistenza di un potere dell'amministrazione di modificare unilateralmente il contratto a partire da una celebre decisione del 1910 [Conseil d'État, 21 marzo 1910, *Compagnie générale française des tramways*, in M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DEVOLVÉ, B. GENEVOIS (a cura di), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., n. 22, p. 134], per lungo tempo è stata contestata la configurazione di questo potere come generale (così, anche F.-P. BÉNOÎT, *De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs*, in *Juris-classeur périodique, La semaine juridique*, 1963, I, p. 1775 ss.; J. HUILLIER, *Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration*, in *Recueil Dalloz*, 1953, chron. 87). Successivamente, la giurisprudenza ha messo fine alla discussione, affermando senza ambiguità che il potere in esame fa parte delle «*règles générales applicables aux contrats administratifs*»: Conseil d'État, 2 febbraio 1983, *Union des transports publics*, in *Revue du droit public*, 1984, p. 212 e in *Revue française de droit administratif*, 1984, p. 45.

⁶¹³ Sul punto, cfr. L. RICHER, *Les contrats administratifs*, cit., p. 6, secondo il quale: «*cette inégalité est considérée comme légitime: elle repose sur des motifs d'intérêt générale et elle ne lèse pas l'intérêt privé, car le cocontractant est indemnisé lorsque l'exercice des pouvoirs de l'Autorité administrative lui cause un préjudice*».

⁶¹⁴ Sul punto, G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., p. 54, il quale si sofferma sull'orientamento della giurisprudenza francese volto a salvaguardare, ad un tempo, le prerogative dell'amministrazione e il carattere contrattuale della fonte dei rapporti con i privati. Si giustificano, in questa prospettiva, i tentativi di proteggere l'equilibrio finanziario dell'intera fattispecie; in tal modo, se la disciplina privatistica cede di fronte alle esigenze dell'interesse pubblico e alle regole della *puissance publique*, il diritto del contraente alla conservazione dell'equilibrio presupposto nel contratto risulta comunque tutelato, sia pure nei limiti di una logica pubblicistica.

⁶¹⁵ In ordine alla previsione di questi poteri, la loro portata applicativa e i rispettivi limiti, L. FOLLIOU-LALLIOT, *Exécution du contrat administratif-Obligations contractuelles et pouvoirs de l'Administration*, cit., p. 15 ss.; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 386 ss.; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 248 ss.; M.C. ROUAULT, *Droit administratif*, Paris, 2005, p. 332 ss.; M. ROUGEVIN-BAVILLE, R. DENOIX DE SAINT MARC, D. LABETOUILLE, *Leçons de droit administratif*, cit., p. 202 ss.; D. TRUCHET, *Droit administratif*, cit., p. 269 ss.; J. RIVERO e J. WALINE, *Droit administratif*, 21^e ed., Paris, 2006, p. 394 ss.

⁶¹⁶ Sul potere di modifica, sia in senso ampliativo che restrittivo, quale regola generale applicabile ai contratti amministrativi, cfr. Conseil d'État, 2 febbraio 1983, cit. Secondo la giurisprudenza, in generale, l'Amministrazione non può esercitare liberamente questo potere, nel senso che lo stesso è condizionato, anzitutto dall'esistenza di *circonstances nouvelles*; inoltre, esistono una serie di limiti, sia quantitativi (Conseil d'État, 14 febbraio 1934, *Société d'entreprise coopérative française*, in *Recueil Lebon*, 1934, p. 222: l'Amministrazione non può imporre delle modifiche che abbiano l'effetto di «*bouleverser l'économie du contrat*»), sia qualitativi (Conseil d'État, 1 luglio 1914, *Monin*, in *Recueil Lebon*, 1914, p. 801: l'amministrazione non può esigere un lavoro nuovo diverso rispetto a quello inizialmente previsto). Così, allorché le modifiche incidono su elementi

principio dell'equilibrio economico e patrimoniale del contratto⁶¹⁷, con conseguente tutela del privato contraente mediante il riconoscimento a suo favore di un indennizzo avente ad oggetto i maggiori oneri sostenuti e l'eventuale mancato guadagno⁶¹⁸.

A fronte di circostanze suscettibili di incidere sull'economia generale del contratto, la giurisprudenza francese ha sviluppato diverse teorie che consentono l'adattamento del contratto: la *théorie du fait du prince*, la *théorie des sujétions imprévues* e la *théorie de l'imprévision*.

Le prime due - diversamente dall'*imprévision* - consentono al contraente privato di beneficiare di un indennizzo integrale, ma le condizioni della loro applicazione sono differenti. Il *fait du prince* consiste nell'adozione di una misura proveniente dall'autorità pubblica contraente che indirettamente esplica i suoi effetti sul contratto⁶¹⁹. L'intervento dell'Amministrazione dà origine ad un'alea - definita *aléa administratif* - che rende l'esecuzione del contratto più onerosa e obbliga l'amministrazione a riparare integralmente il pregiudizio subito dall'altro contraente. La *théorie des sujétions imprévues* trova applicazione nei *marchés publics des travaux* e mira a tutelare il contraente a fronte di difficoltà di ordine materiale incontrate nel corso dell'esecuzione del contratto⁶²⁰. Si deve trattare di circostanze esterne alle parti, imprevedibili al momento della conclusione del contratto e tali da aumentare notevolmente i costi, rendendo "anormale" l'esecuzione alle condizioni inizialmente previste, incidendo fortemente sull'economia del contratto. Il verificarsi di *sujétions imprévues* impone all'Amministrazione di versare un'indennità al privato, idonea a

fondamentali del contratto, il privato può rifiutarsi di eseguirlo e chiedere al giudice il suo scioglimento (Conseil d'État, 14 marzo 1980, *Société anonyme Compagnie industrielle de travaux électriques et mécaniques*, in *Recueil Dalloz*, 1980, J, p. 495, con nota di J.-P. Thérond).

⁶¹⁷ Sul punto, v. L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 264, secondo il quale, se è abitualmente sostenuto che le modifiche non possono incidere sulle *clauses financières* del contratto, al fine di rispettarne l'*équation financière*, è altrettanto vero che questo principio è suscettibile di alcune attenuazioni.

⁶¹⁸ A. DE LAUBADERE e Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, cit., p. 702.

⁶¹⁹ Sulla teoria del *fait du prince* cfr., tra gli altri, J. RIVERO e J. WALINE, *Droit administratif*, cit., p. 398. La teoria non trova applicazione quando l'intervento che altera l'economia del contratto proviene da un'Autorità amministrativa diversa da quella contraente: C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 418. In giurisprudenza, v. Conseil d'État, 5 novembre 1982, *Société Propétrol*, in *Recueil Lebon*, 1982, p. 381, in *L'actualité juridique de droit administratif*, 1983, p. 259.

⁶²⁰ La giurisprudenza fa riferimento a «*difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution du marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties*»: Conseil d'État, 30 luglio 2003, *Commune de Lens*, in *Bulletin juridique des contrats publics*, 2003, n. 31, p. 462, concl. Pivetau; in *L'actualité juridique de droit administratif*, 2003, p. 1727, con nota di J.-D. DREYFUS. In ordine alle difficoltà di ordine materiale, la giurisprudenza vi ha incluso numerose ipotesi, quali, ad esempio, avvenimenti climatici (Conseil d'État, 13 maggio 1987, *Société Citra-France*, in *Recueil Dalloz*, 1987, SC, p. 433, con osservazioni di PH. TERNEYRE).

compensare integralmente il pregiudizio subito⁶²¹, al punto che l'indennizzo concerne non solo il costo dei lavori supplementari eseguiti dal contraente privato, ma anche quelli dovuti alla immobilizzazione del personale, nonché all'installazione del cantiere per un periodo più lungo rispetto a quello previsto.

Al pari di quest'ultima teoria, quella dell'*imprévision* presuppone la sopravvenienza di eventi imprevedibili al momento della conclusione del contratto, tali da provocare una rilevante difficoltà di esecuzione: viene in rilievo la c.d. *aléa économique*⁶²². L'*imprévision* è definita come «*la situation où, à la suite d'événements imprévus par les parties au moment de la conclusion du contrat, l'équilibre qu'elles avaient établi entre leurs prestations se trouve rompu*»⁶²³. Più chiaramente, essa si configura quando «*des circonstances extérieures aux parties et imprévisibles lors de la conclusion du contrat bouleversent l'économie de ce dernier au point qu'il devient économiquement impossible au contractant d'en poursuivre l'exécution*»⁶²⁴. Il riconoscimento della teoria nel diritto amministrativo risale ad una sentenza del *Conseil d'État* del 30 marzo 1916, allorché i giudici hanno statuito che, in seguito al verificarsi di circostanze imprevedute, tali da alterare l'equilibrio del contratto, si impone la sua revisione per la necessità di assicurare la continuità del servizio pubblico⁶²⁵. Successive pronunce hanno ulteriormente precisato il concetto di *imprévision* nel diritto amministrativo⁶²⁶: deve trattarsi di eventi imprevedibili al

⁶²¹ Conseil d'État, 2 dicembre 1964, *Port autonome de Bordeaux*, in *Recueil Lebon*, 1964, p. 936.

⁶²² J. RIVERO e J. WALINE, *Droit administratif* cit., p. 398; M. C. ROUAULT, *Droit administratif*, cit., p. 336.

⁶²³ Così, J.L. MOURALIS, *Imprévision*, cit., p. 2, il quale precisa: «*Chaque fois que les conditions dans lesquelles les parties avaient contracté se trouvent modifiées et qu'il en résulte un grave déséquilibre de leurs prestations, se pose le problème de l'imprévision. Celui des contractants qui subit un préjudice tire alors argument de ce que l'exécution a lieu dans des circonstances toutes différentes de celles qu'il avait pu prévoir pour demander au juge soit la résiliation, soit la révision du contrat*». Per la definizione di *imprévision*, v. anche R. ROUQUETTE, *Dictionnaire du droit administratif*, Paris, 2002, p. 409, ove si fa riferimento al «*Bouleversement imprévisible de l'économie du contrat administratif résultant de circonstances imprévisibles, extérieures aux parties, entraînant un déficit important pour le cocontractant, laissant subsister la possibilité matérielle de continuer l'exécution du contrat, mais la mettant en péril par la ruine probable du cocontractant, dont résulterait l'interruption du service public*»; cfr. anche G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7^e éd., 2005, p. 462. Tra gli studi italiani sull'argomento si segnala, per tutti, F.P. TRAIACI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di Common law*, cit., p. 277 ss. Molteplici sono i contributi in materia di sopravvenienze che contengono riferimenti, più o meno ampi all'istituto che caratterizza l'ordinamento francese: fra gli altri, P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., p. 344 ss.

⁶²⁴ D. TRUCHET, *Droit administratif*, cit., p. 271.

⁶²⁵ Conseil d'État, 30 marzo 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux c/ Ville de Bordeaux*, in *Recueil Sirey*, 1916, III, p. 17, con nota di M. HAURIOU, in M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DEVOLVE e B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., n. 31, p. 189 ss. Si tratta di una pronuncia relativa all'aumento considerevole, dovuto alla Prima Guerra mondiale, dei prezzi delle materie prime (il carbone, in particolare) utilizzate dai concessionari del servizio pubblico.

⁶²⁶ La rilevanza di questa teoria è stata messa in luce con la circolare del 20 novembre del 1974 relativa alla «*indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs chiare économiques*», in *Journal Officiel*, 30 novembre 1974. In giurisprudenza, v. Conseil d'État, 8 febbraio 1918, *Sté d'éclairage de Poissy*, in *Revue du droit public*, 1918, p. 244, concl. Corneille; Conseil d'État, 27 giugno 1919, *Sté du gaz et de l'électricité de*

momento della conclusione del contratto⁶²⁷, indipendenti dalla volontà delle parti⁶²⁸ e tali da determinare un *véritable bouleversement de l'économie du contrat*⁶²⁹, rendendo più onerosa, ma non impossibile, l'esecuzione del contratto⁶³⁰. Non tutte le circostanze imprevedute, però, rientrano in questa nozione, poiché il contraente dell'amministrazione deve sopportare una certa alea contrattuale. Quindi, non è sufficiente l'eccezionalità di un evento, ma è necessario che vi siano delle «*majorations du prix de revient déjouant tous les calculs*», tali da superare «*certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat*»⁶³¹. In presenza di queste condizioni si apre una fase -definita come

Nice c/ Ville de Nice, in *Recueil Sirey*, 1920, 3, 25, con nota di M. HAURIOU; Conseil d'État, 3 dicembre 1920, *Fromassol*, in *Revue du droit public*, 1921, p. 80, concl. Corneille; Conseil d'État, 25 novembre 1921, *Cie générale des automobiles postales c/État*, in *Recueil Sirey*, 1923, 3, p. 33, con nota di M. HAURIOU; Conseil d'État, 9 dicembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, in *Recueil Sirey*, 1933, 3, p. 9 con nota di P. LAROQUE, in *Recueil Dalloz*, 1933, 3, p. 17, con nota di R. PELLOUX, in *Revue du droit public*, 1933, 1, p. 24, in M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DEVOLVE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 9^e ed., Paris, 1990, n. 50, p. 280 ss.; Conseil d'État, 15 luglio 1949, *Ville d'Elbeuf c/Compagnie normande d'éclairage*, in *Recueil Lebon*, p. 358, in *Recueil Sirey*, 1950, 3, p. 61, con nota di A. MESTRE, in *Recueil Dalloz*, 1950, p. 59, con nota di C. BLAEVOËT.

⁶²⁷ La nozione di imprevedibilità discende da una valutazione concreta relativa alle singole fattispecie. Può trattarsi di eventi naturali, come un sisma (Conseil d'État, 21 aprile 1944, *Compagnie française des câbles télégraphiques*, in *Recueil Lebon*, 1944, p. 119); eventi politici, come un conflitto (Conseil d'État, 15 giugno 1951, *Société Hydraulique-Asie*, in *Recueil Lebon*, 1951, p. 349); eventi economici (Conseil d'État, 30 marzo 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux c/Ville de Bordeaux*, cit.), o amministrativi, come degli interventi autoritativi sul regime dei prezzi o una svalutazione monetaria (Conseil d'État, 15 luglio 1949, *Ville d'Elbeuf c/Compagnie normande d'éclairage*, cit.). In dottrina, L. AYNÈS, *L'imprévision en droit privé*, cit., p. 403 esclude che l'imprevedibilità integri una condizione di operatività dell'istituto, in quanto rileva che l'evento, anche se prevedibile, non sia stato effettivamente previsto e abbia inciso sull'economia del contratto.

⁶²⁸ J. MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif*, cit., p. 423, ritiene che la condizione di exteriorità riguardi entrambi i contraenti e ravvisa in questa condizione l'elemento che differenzia l'*imprévision* dal *fait du prince*. Diversamente, C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 425, sembra sostenere che tale condizione riguardi solo il *cocontractant de l'administration*, escludendo che debba essere apprezzata con riguardo all'amministrazione. In quest'ultima direzione sembra essersi orientata anche la giurisprudenza, là dove ha ammesso la sua configurazione in presenza di un intervento dell'autorità pubblica (Conseil d'État, 15 luglio 1949, *Ville d'Elbeuf c/Compagnie normande d'éclairage*, cit.).

⁶²⁹ Anche questa condizione non può essere definita aprioristicamente, essendo necessaria una valutazione caso per caso. In dottrina, si ritiene necessario che le circostanze sopravvenute implicino una «*perturbation profonde, anormale*»: A. DE LAUBADERE, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif* cit., p. 715. La giurisprudenza reputa rilevanti solo le alterazioni che superano una certa soglia: in particolare, si fa riferimento ad un costo supplementare che oscilla tra il 5% e il 10% dell'ammontare complessivo. Sul punto, v. Conseil d'État, 30 novembre 1990, *Soc. Coignet Entreprise*, in *Recueil Lebon*, p. 875, che ha escluso una significativa alterazione del contratto allorché la stessa non eccedeva il 3% dell'ammontare complessivo dell'appalto.

⁶³⁰ Questo aspetto consente di distinguere l'*imprévision* dalla *force majeure*, là dove quest'ultima rende impossibile l'esecuzione mentre la prima la rende soltanto più difficile: così, J.L. MOURALIS, *Imprévision*, cit., p. 3. Sul punto, v. anche J.L. PIOTRAUT, *L'impossibilité d'exécuter un contrat*, in *Les Petites affiches*, 20 maggio 1994 n° 60, p. 10 ss., che distingue tra impossibilità materiale ed impossibilità economica di esecuzione del contratto, al fine di riferire quest'ultima all'*imprévision*.

⁶³¹ Conseil d'État, 30 marzo 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux c/Ville de Bordeaux*, cit., p. 17 ss.

*période extracontractuelle*⁶³²- nel corso della quale il vincolo contrattuale continua a sussistere, ma l'amministrazione è tenuta ad assicurarne l'*équilibre financier*⁶³³.

La *ratio* della teoria si rinviene nell'esigenza di assicurare la continuità del servizio pubblico⁶³⁴ e nell'equità⁶³⁵: *l'imprévision* integra, dunque, il giusto equilibrio tra «*l'intérêt général et l'équité, le profond réalisme du droit administratif et, à nouveau, les dérogations du contrat administratif à la loi des parties*»⁶³⁶. La sua applicazione si traduce in un supporto per il contraente dell'amministrazione al fine di fronteggiare una situazione extracontrattuale imprevedibile, così da assicurare l'esecuzione del contratto. In questa prospettiva si giustifica la necessità che il privato prosegua l'esecuzione del contratto, al fine di beneficiare della c.d. indennità d'*imprévision*⁶³⁷; l'alterazione contrattuale, infatti, non dispensa i contraenti dall'esecuzione

⁶³² A. DE LAUBADERE, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif* cit., p. 713 ; J. RIVERO e J. WALINE, *Droit administratif* cit., p. 400; M.C. ROUAULT, *Droit administratif*, cit., p. 337.

⁶³³ Sulla riconducibilità dell'*imprévision* al principio dell'equilibrio finanziario, tra gli altri, M.C. ROUAULT, *op. cit.*, p. 335 ss.; S. ABBATUCCI, B. SABLIER, V. SABLIER, *Crise de l'acier: le retour de l'imprévision dans les marches de travaux*, in *L'actualité juridique de droit administratif*, 2004, p. 1292 ss. Diversamente, J. ANTOINE, *La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties*, in *Revue française du droit administratif*, 2004, p. 80 ss., per il quale la teoria de *l'imprévision* è diretta ad assicurare il *juste-prix* che, a sua volta, riposa non sul principio dell'equilibrio finanziario del contratto, bensì sulla «*équation financière*» definita al momento della conclusione del contratto: «*En cas de survenance d'un événement imprévu bouleversant l'économie générale du contrat, c'est-à-dire remettant profondément en cause son équation financière initiale, il appartiendra à l'administration de rétablir en partie l'« équivalence honnête » des prestations entre les parties.*»

⁶³⁴ *Conseil d'État*, 22 febbraio 1980, *SA des Sablières modernes d'Aresy*, in *Recueil lebon*, 1980, p. 109, ove si afferma che «*la théorie de l'imprévision [...] a seulement pour objet de permettre d'assurer la continuité du service public*». Il riferimento alla necessità di assicurare la continuità del servizio pubblico spiega la qualificazione di questa teoria come di ordine pubblico, idonea a trovare applicazione anche in presenza di una clausola che la esclude (*Conseil d'État*, 10 marzo 1948, *Hospices de la Ville de Vienne*, in *Recueil Lebon*, 1948, p. 124, sull'applicazione della teoria anche in presenza di una clausola secondo la quale il prezzo forfettario previsto non era suscettibile di revisione). Questa *ratio* ha indotto la giurisprudenza ad accordare l'indennità d'*imprévision* anche successivamente alla fine del contratto: *Conseil d'État*, 12 marzo 1976, *Département des Hautes-Pyrénées c/ Société Sofilia*, in *L'actualité juridique de droit administratif*, 1976, p. 528 (*conclusions du commissaire du gouvernement*, M. LABETOULLE, in *L'actualité juridique de droit administratif*, 1976, p. 552), ove si è affermato che la prospettiva di ottenere l'indennità può contribuire ad assicurare la continuità del servizio pubblico e, di conseguenza, la relativa richiesta può essere anche posteriore alla conclusione del contratto, purché lo stesso sia stato eseguito fino al proprio termine naturale.

⁶³⁵ C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 423. Il riferimento all'equità, secondo M. ROUGEVIN-BAVILLE, R. DENOIX DE SAINT MARC, D. LABETOULLE, *Leçons de droit administratif*, cit., p. 206, conferma l'idea che il contraente privato non è un antagonista dell'amministrazione, ma un suo *parternaire*.

⁶³⁶ D. TRUCHET, *Droit administratif*, cit., p. 272. In argomento, v. anche J.M. RAINAUD, *Le contrat administratif: volonté des parties ou loi de service public?*, cit., p. 1197 ss., il quale osserva che la continuità del servizio pubblico passa attraverso la continuità del contratto ed auspica un ampliamento dell'ambito applicativo dell'*imprévision*, anche nella prospettiva del contratto quale strumento di effettiva collaborazione tra Pubblica Amministrazione e privato.

⁶³⁷ *Conseil d'État*, 5 novembre 1982, *Société Propétrol*, cit.

delle reciproche prestazioni, così che l'interruzione volontaria dell'esecuzione del contratto priverà il privato del suo diritto all'indennità⁶³⁸.

L'Amministrazione, però, non è tenuta a ripristinare l'originario equilibrio: la giurisprudenza è propensa a riconoscere la necessità di preservarlo nella misura in cui ciò sia strettamente necessario per assicurare la continuità del servizio pubblico e sempre che si tratti di uno sconvolgimento esorbitante rispetto alla normale alea. Al fine di determinare l'indennità dovuta si predilige la ricerca di un'intesa (*avenant*) tra l'Amministrazione e l'altro contraente; in sua assenza, sarà il giudice amministrativo ad effettuare la relativa valutazione, secondo una «*interprétation raisonnable du contrat*»⁶³⁹. L'indennità non ha natura risarcitoria, né si fonda sul concetto di responsabilità: per questo motivo, il suo importo non è integrale, in quanto una parte di alea deve restare a carico del contraente privato. Ai fini del suo calcolo, si farà riferimento alle perdite subite tra il momento in cui le circostanze imprevedute hanno determinato l'alterazione dell'equilibrio contrattuale e quello in cui lo stato d'*imprévision* è cessato⁶⁴⁰. L'ammontare così individuato dovrà essere ripartito tra l'amministrazione e il suo contraente: in questo principio di *répartition* delle perdite si ravvisa un fondamento di equità o giustizia distributiva⁶⁴¹.

Lo stato d'*imprévision*, inoltre, deve essere temporaneo: se la continuità del servizio pubblico è definitivamente compromessa o è impossibile il ripristino dell'equilibrio iniziale del contratto, la situazione è assimilabile a un caso di forza maggiore - definita, in modo più preciso, *force majeure administrative* - che consente lo scioglimento del vincolo contrattuale⁶⁴²;

⁶³⁸ Secondo A. DE LAUBADERE, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif* cit., p. 713, «*l'intérêt du service public exige que cette situation extracontractuelle ne libère pas le cocontractant de son obligation*».

⁶³⁹ Così, J. MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administratif*, cit., p. 425.

⁶⁴⁰ A. DE LAUBADERE, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif* cit., p. 715.

⁶⁴¹ Così, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 281. In genere l'indennità copre tra il 90% e 95% dei «*charges nouvelles*». Sulla differenza tra la teoria *des sujétions imprévues* e quella dell'*imprévision* che, a differenza della prima, conduce ad una distribuzione delle perdite tra l'amministrazione ed il suo contraente, v. Cour administrative d'appel de Marseille, 8 gennaio 2007, *Sté Carillion BTP*, in *Contrats et Marchés publics*, 2007, comm. 78, con nota di F. LLORENS e P. SOLER-COUTEAUX, *Sujétions imprévues: imprévisibilité et caractère exceptionnel non établis en l'espèce*. Secondo C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 424, in presenza di avvenimenti naturali, troverà applicazione la teoria *des sujétions imprévues* allorché incidono direttamente sulla esecuzione del contratto; diversamente, se la loro incidenza è soltanto indiretta, si applicherà la teoria de *l'imprévision*.

⁶⁴² Sul punto, cfr. Conseil d'État, 9 dicembre 1932, *Compagnie de tramways de Cherbourg*, cit., ove si precisa che in via di principio il concedente è tenuto, in presenza di uno stato d'*imprévision*, ad adottare tutte le misure necessarie per assicurare la continuità del servizio pubblico, fornendo al concessionario l'aiuto finanziario per superare le difficoltà riscontrate. Quest'obbligo, però, incombe sull'Amministrazione solo se l'alterazione dell'equilibrio contrattuale ha carattere temporaneo; diversamente, «*[Considérant] que dans les cases où les conditions économiques nouvelles ont créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses*

in questo modo si consente al contraente dell'amministrazione di sciogliere un vincolo contrattuale divenuto eccessivamente squilibrato nel corso della sua esecuzione⁶⁴³.

L'ambito applicativo della *théorie de l'imprévision* si è progressivamente ridotto in considerazione della sua contrattualizzazione attraverso la diffusione di clausole di variazione e revisione dei prezzi⁶⁴⁴. In effetti, se pattuizioni di questo tipo non sono idonee, di per sé, ad escludere l'operatività dell'istituto, soprattutto allorché le circostanze impreviste impediscono la loro attuazione⁶⁴⁵, si deve constatare che la presenza di una clausola negoziale può evitare l'alterazione dell'equilibrio contrattuale e, per questa via, escludere la configurabilità di una situazione di *imprévision*⁶⁴⁶. Del resto, è frequente la conclusione di *avenants*⁶⁴⁷, ossia di accordi attraverso i quali le parti contraenti convengono di modificare una o più clausole del contratto. In ordine alla libertà di concludere *avenants*, la giurisprudenza amministrativa si è trovata di fronte alla difficoltà di conciliare le esigenze della concorrenza e quelle del *service public*⁶⁴⁸. La complessità di questa operazione si manifesta allorché si considerano i possibili elementi di contraddizione: l'uguaglianza dei candidati impone il rispetto dell'intangibilità delle condizioni contrattuali iniziali; l'interesse del servizio pubblico, invece, esige che non siano frapposti ostacoli al mutamento delle condizioni contrattuali. In ogni caso, si ritiene che i contraenti non possano, tramite la conclusione di *avenants*, modificare l'oggetto del contratto, poiché ciò inciderebbe

ave les ressources dont il dispose, le concédant ne saurait être tenu d'assurer aux frais des contribuables, et contrairement aux prévisions essentielles du contrat, le fonctionnement d'un service qui a cessé d'être viable; que, dans cette hypothèse, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre aussi bien le concessionnaire que le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession, avec indemnité s'il y a lieu, et en tenant compte tant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire». La teoria della "forza maggiore amministrativa", tuttavia, ha trovato scarsa applicazione nella giurisprudenza più recente, al punto che la decisione appena citata non è più riportata nelle recenti edizioni de *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*; per un interessante esempio in cui la teoria è stata utilizzata, v., però, Conseil d'État, 12 giugno 2000, *Commune de Staffelfelden*, in *Bulletin juridique des contrats publics*, 2000, p. 435, in *Recueil Lebon*, 2000, p. 227, in *Recueil Dalloz*, 2000, IR, 196, in *Les petites affiches*, 8 dicembre 2000, n. 245.14, con nota di L. JÉGOUZO-VIENNOT.

⁶⁴³ Così, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 283.

⁶⁴⁴ Così, tra gli altri, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 278.

⁶⁴⁵ Conseil d'État, 19 febbraio 1992, *SA Dragages et Travaux publics*, in *Recueil Dalloz*, 1992, SC, p. 411, con osservazioni di PH. TERNEYRE.

⁶⁴⁶ Conseil d'État, 29 marzo 1985, *Société française de travaux publics Fongerolle*, in *Revue du Droit public*, 1985, p. 1702, n. 17; Conseil d'État, 12 giugno 1987, *SA Billard et Jardin c/ Centre hospitalier de saint-Denis*, in *Revue du Droit public*, 1988, p. 1427, n. 47.

⁶⁴⁷ Sullo sviluppo giuridico, nonché sui margini possibili di rinegoziazione del contratto, cfr. C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 429 ss.

⁶⁴⁸ Sulla libertà di concludere *avenants*, v. Conseil d'État, 22 novembre 1907, *Coste*, in *Recueil Lebon*, 1907, p. 849. In generale, cfr. E. FATOME, *Les avenants*, in *L'actualité juridique de droit administratif*, 1998, p. 760 ss; PH. LIMOUZIN-LAMOTHE, *Les avenants: observations complémentaires*, in *L'actualité juridique de droit administratif*, 1998, p. 767 ss.

qualitativamente sul contratto ed implicherebbe un *bouleversement de son économie*. Tra l'altro, l'art. 20 del *Code des marchés publics* prevede che «*sauf sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant (...) ne peut bouleverser l'économie du marché ou de l'accord-cadre, ni en changer l'objet*»⁶⁴⁹. La *ratio* di questa previsione, volta ad escludere che un *avenant* possa incidere sull'economia generale del contratto, è rappresentata dal necessario rispetto, a tal fine, delle regole di pubblicità previste dal legislatore, ovvero dall'adozione di una *procédure de mise en concurrence*.

⁶⁴⁹ Secondo la giurisprudenza, possono essere considerate come *sujétions imprévues* soltanto le difficoltà materiali, verificatesi nel corso dell'esecuzione che presentano un carattere eccezionale, imprevedibile e la cui causa è esterna alle parti contraenti: Conseil d'État, 30 luglio 2003, *Commune de Lens*, cit. Sul Codice dei contratti pubblici e le riforme che si sono succedute (rispettivamente, nel 2001, 2004 e 2006, imposta, quest'ultima, per dare attuazione alle direttive comunitarie 2004/17 e 2004/18 del 31 marzo 2004), v. G. ECKERT, *Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics*, in *Revue française de droit administratif*, 2006, p. 238 ss.; F. LORENS et P. SOLER-COUTEAUX, *Code des marchés publics*, Paris, 2008; R. NOGUELLOU, *Notion de marché public*, in *JurisClasseur Administratif*, 2008, Fasc. 623; P. TERNEYRE, *Réforme du code des marchés publics : de la mise à jour à quelques refontes radicales*, in *Bulletin juridique des contrats publics*, 2009, n. 62, p. 2 ss.

3.12. *Segue.* L'applicazione della teoria dell'*imprévision* nel diritto privato. Le difficoltà di trasposizione dell'istituto nel diritto civile: revisione e intangibilità del contratto.

L'applicazione della teoria de *l'imprévision* rappresenta una peculiarità del diritto dei *contrats administratifs*, manifestandosi una profonda differenza con l'orientamento prevalente nell'ambito privatistico⁶⁵⁰, ove si esclude la configurabilità dell'istituto⁶⁵¹.

L'argomento principale a sostegno di questa impostazione è rappresentato da una rigida applicazione della disposizione contenuta nell'art. 1134, *alinéa* 1, *code civil*, ai sensi del quale, “*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*”, espressione della regola *pacta sunt servanda*. Si pone in luce la necessità di non compromettere la sicurezza dei traffici giuridici che necessita della stabilità delle convenzioni: l'ammissione di una revisione del contratto introdurrebbe elementi di instabilità nel diritto dei contratti, implicando numerose incertezze, relative, ad esempio, all'accertamento dello squilibrio intervenuto o alla possibilità per il debitore di eseguire la propria obbligazione. In definitiva, la teoria de *l'imprévision* favorirebbe il contenzioso e rischierebbe di mettere a rischio un elevato numero di contratti.

⁶⁵⁰ Sulla contrapposizione tra giurisprudenza civile e amministrativa sotto il profilo dell'ammissione della teoria de *l'imprévision*, cfr., tra gli altri, J. ANTOINE, *La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties*, cit., p. 80 ss., secondo cui la “frattura” tra il diritto dei contratti amministrativi e il diritto privato delle obbligazioni è profonda: il primo prende in considerazione l'equità e fonda questa teoria sul “giusto prezzo”, mentre il secondo fa prevalere, fino all'assurdo, il principio della forza obbligatoria del contratto, a danno dell'equità tra le parti. Vi è, però, chi esclude una irriducibile contraddizione tra il diritto privato e quello dei contratti amministrativi, nel senso che anche in quest'ultimo ambito si rispetterebbe il principio secondo cui il giudice non può incidere sul contratto, poiché l'ipotizzata applicazione della *théorie de l'imprévision* sarebbe comunque eccezionale e subordinata a condizioni precise: deve infatti trattarsi di un *contrat administratif* e non di un contratto di diritto privato stipulato dall'Amministrazione e, in secondo luogo, la *révision* del contratto deve rappresentare l'unico strumento per assicurare la permanenza e il funzionamento di un *service public*: così, J.L. MOURALIS, *Imprévision*, cit., p. 12. In questa prospettiva, si afferma che: «*La technique employée par le Conseil d'État pour appliquer la théorie de l'imprévision confirme l'idée que la solution de principe, même pour le droit administratif, est le rejet de celle-ci. En effet, les arrêts admettant la révision rappellent d'abord la règle suivante : malgré le déséquilibre qui l'atteint, le contrat ne peut être modifié que du consentement mutuel des parties.*»

⁶⁵¹ La dottrina è ancora oggi profondamente divisa sulla questione dell'*imprévision*. Molti Autori sono ostili alla revisione del contratto per *imprévision*: tra gli altri, J.L. AUBERT e E. SAVAUX, *Les obligations*, cit., p. 310 ss., spec. n. 411, p. 316; P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, 3^e ed., Paris, 2007, p. 379 ss. Altri, invece, sono favorevoli all'applicazione dell'istituto in diritto privato: tra gli altri, J. GHESTIN, C. JAMIN e M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, cit., n. 317, p. 381; F. TERRÉ, P. SIMLER e Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, cit., nn. 465 ss., spec. n. 471, p. 475; C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, Paris, 2002, p. 399 ss.; sembra orientata in questo senso, anche M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral*, Paris, 2008, p. 469 ss.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione si attiene a quanto affermato nella celebre sentenza del 1876 relativa al *canal de Craponne*, ove il rifiuto della teoria de l'*imprévision* in diritto privato è stato giustificato, tra l'altro, con il richiamo all'art. 1134 *code civil*⁶⁵², inteso come «un *texte générale et absolu*». Di qui la conclusione secondo cui «*dans aucun cas il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier la convention des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants*»⁶⁵³. La decisione è stata ripetutamente confermata: in sintesi, si afferma che una situazione d'*imprévision*, in assenza di misure di revisione, legali o convenzionali, non esplica alcun effetto sul contratto e sulle reciproche prestazioni delle parti contraenti⁶⁵⁴, poiché la revisione seppur «*moralelement souhaitable*» sarebbe «*économiquement dangereuse*»⁶⁵⁵.

⁶⁵² L'article 1134, 1^{re} *alinéa*, *code civil*, statuisce che «*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*», con una disposizione che in sostanza corrisponde all'art. 1372 del codice civile italiano.

⁶⁵³ Cass. civ., 6 marzo 1876, *De Galliffet c/ Commune de Pélissanne*, in H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12^e éd., t. 2, Paris, 2008, no. 165, p. 183 ss. Nel XVI secolo il Signor Adam de Craponne fu incaricato di costruire un canale per l'irrigazione delle proprietà degli abitanti del comune di Pélissanne; l'accordo prevedeva che i cittadini avrebbero dovuto pagare un canone di un certo importo al proprietario del canale d'irrigazione. Tre secoli dopo l'importo previsto, ovviamente, era divenuto irrisorio rispetto al costo di mantenimento del canale ed era stato richiesto al giudice di aumentare il canone dovuto dai beneficiari. La Corte d'Appello aveva ammesso tale modifica, ma la Corte di Cassazione ha annullato questa decisione, statuendo che i contratti non possono essere modificati dal giudice in caso di mutamento delle circostanze, per il necessario rispetto della volontà dei contraenti liberamente espressa.

⁶⁵⁴ Cass. civ., 6 giugno 1921, in *Recueil Sirey*, 1921, 1^{re} partie, p. 193, con nota di L. Huguency; Cass. civ., 15 novembre 1933, *Verrières de Carmaux c/ Mines de Graissès*, in *Gazette du Palais*, 1934, 1, p. 58; Cass. com., 18 dicembre 1979, *Société anonyme Semvi c/ Société à responsabilité limitée magasins et entrepôts du Nord et autre*, in *Bulletin civil*, IV, n. 339, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1980, p. 780, con osservazioni di G. CORNU; Cass. com., 31 maggio 1988, in *Bulletin civil*, IV, n. 189 e in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1989, p. 72-74, con osservazioni di J. MESTRE; Cass., 30 maggio 1996, in *Contrat concurrence consommation*, 1996, n. 185, p. 13, con osservazioni di L. LEVENEUR. Ancora di recente la Corte di Cassazione (10 dicembre 2003, *Olivieranne I c/ UCB Bail*, in *L'actualité juridique de droit immobilier*, 2004, 2, p. 127, con osservazioni di F. COHET-CORD, *Crédit-bail et imprévision*) ha affermato che «*le crédit-bailleur n'a pas l'obligation de proposer un protocole modifiant le contrat initial de crédit-bail immobilier suite à l'apparition de difficultés du marché locatif de bureaux dont il ne peut être tenu responsable*»: in altri termini, gli effetti negativi della congiuntura economica devono restare a carico del contraente che li subisce e non può sanzionarsi il rifiuto della controparte in ordine alla rinegoziazione del contratto, non essendo ravvisabile un comportamento di mala fede, laddove questi non abbia in alcun modo contribuito a determinare la situazione di *imprévision*.

⁶⁵⁵ Così, J.L. AUBERT e E. SAVAUX, *Les obligations*, cit., p. 316, secondo i quali è innegabile che la revisione, come conseguenza di circostanze imprevedute, è conforme alla giustizia contrattuale, ma, dal punto di vista economico, rischia di determinare effetti devastanti: «*la révision appelle la révision*», nel senso che per rimediare ad uno squilibrio in uno specifico settore, si rischierebbe, per una serie di reazioni a catena impossibili da limitare e da prevedere, di provocare uno squilibrio generale nell'economia. E, si osserva, nella misura in cui un principio generale di revisione rischia di determinare instabilità economica, lo stesso cessa di essere conforme ad equità: «*une décision qui serait économiquement néfaste ne serait pas moralelement justifiée*».

Queste argomentazioni, tuttavia, non sono ritenute sufficientemente convincenti⁶⁵⁶, poiché rappresentano, più che altro, una scelta di “*politique judiciaire*”, suscettibile di essere rimessa in discussione⁶⁵⁷. Tra l’altro, nell’affare del *Canal de Craponne* – è stato ben evidenziato⁶⁵⁸ - la Cassazione ha escluso un potere del giudice di modificare il contratto, ma non ha affatto deciso che la sopravvenienza di circostanze sia del tutto ininfluyente e che la stessa non necessiti di un rimedio.

Nel tentativo di superare gli antichi schemi legati alla regola *pacta sunt servanda*, si propone l’introduzione, nel diritto dei contratti, di una nuova idea di equivalenza tra le prestazioni legata ai criteri della proporzionalità e della ragionevolezza⁶⁵⁹. Tra l’altro, si esclude che la forza obbligatoria del contratto implichi la sua *fixité*⁶⁶⁰, sebbene questa

⁶⁵⁶ J. ANTOINE, *La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties*, cit., 2004, p. 80 ss, spec. p. 85; L. AYNES, *L'imprévision en droit privé*, cit., p. 397 ss.; AA.VV., *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat?*, *Colloque de Chambéry*, in *Droit et patrimoine*, 1998, n. 58, p. 41 ss.

⁶⁵⁷ Così, J. GHESTIN, C. JAMIN e M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, cit., p. 410, secondo i quali i giudici civili ritengono evidentemente inopportuno arrogarsi il potere, in assenza di un’espressa previsione, di apprezzare l’incidenza sull’utilità sociale del contratto dell’attentato alla giustizia contrattuale risultante da una modificazione delle circostanze economiche. Ma, trattandosi esclusivamente di una scelta politica, potrà essere modificata o in virtù di un intervento del legislatore, o in considerazione del riconoscimento della influenza esercitata dai diritti stranieri e dell’Unione europea. Tra l’altro, si osserva (*op. cit.*, p. 414) che, quali che siano le critiche che possono essere formulate in ordine alla teoria dell’*imprévision*, l’instaurazione di un mercato unico derivante dall’appartenenza all’Unione europea e la progressiva armonizzazione delle legislazioni nazionali renderà necessario il riconoscimento, nel diritto francese, di diversi adattamenti del contratto il cui equilibrio sia stato definitivamente alterato da circostanze sopravvenute.

⁶⁵⁸ L. AYNES, *L'imprévision en droit privé*, cit., p. 397 ss.

⁶⁵⁹ S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, cit., spec. p. 326. Sul principio di proporzionalità, v. anche N. MOLFESSIS, *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat*, in *Les Petites affiches*, 30 settembre 1998, *numéro spécial* n. 117, p. 21 ss. Cfr. anche L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 277, il quale rileva che, sotto questo profilo, il diritto privato tende progressivamente ad avvicinarsi al diritto pubblico, in considerazione della rilevanza assunta dal concetto di equilibrio contrattuale. Sulla distinzione tra lo squilibrio originario tra le prestazioni e le ipotesi di squilibrio sopravvenuto, in giurisprudenza, v. Cass. 1^{re}, 16 marzo 2004, n. 01-15.804, *Société des repas parisiens c/ Association du foyer des jeunes travailleurs et commune de Cluses*, in *Bulletin civil*, 2004, I, n. 86 (per ulteriori indicazioni su questa pronuncia, v. *infra*, nota 671).

⁶⁶⁰ Così, P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, cit., p. 381, i quali propendono per l’ammissibilità di una revisione del contratto, soprattutto in considerazione della forte instabilità economica che caratterizza periodi come quello attuale. Nello stesso senso, L. AYNÈS, *L'imprévision en droit privé*, cit., p. 397 ss.; D. MAZEAUD, *La révision du contrat*, in *Les Petites affiches*, 30 giugno 2005, n. 129, p. 4 ss., il quale efficacemente rileva che nella visione classica del contratto, votata al culto dell’immobilismo contrattuale, la revisione è interpretata come un’impresa liberticida, fonte di insicurezza, al punto da affermare che «*réviser, c'est trahir...*». In una prospettiva più moderna, invece, il contratto deve essere ragionevolmente equilibrato in modo che la sua esecuzione possa essere assicurata di là dalle vicissitudini che possono verificarsi nel corso della sua esecuzione; in questa prospettiva, la revisione si configura come un fattore di stabilità e continuità nella misura in cui si pone come alternativa alla rottura del rapporto: dunque, «*réviser, c'est durer...*». Secondo A. DE LAUBADERE, Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif* cit., p. 712 ss., la rigorosa applicazione della regola secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti porta ad escludere che una situazione di *imprévision* modifichi le obbligazioni delle parti, ma la moltiplicazione di *clauses de sauvegarde* nei più importanti contratti, in particolare in quelli internazionali, obbliga le parti a negoziare una modificazione del contratto in caso di *imprévision*.

considerazione non comporti necessariamente il riconoscimento di un potere giudiziale di adeguamento del contratto⁶⁶¹. Il principale argomento che milita in favore dell'applicazione dell'istituto nei contratti tra privati, di là dal riferimento alla implicita previsione nei contratti di durata della clausola *rebus sic stantibus*⁶⁶², è rappresentato dal richiamo alla buona fede, di cui agli artt. 1134, 3^e *alinéa*, e 1135 *code civil*⁶⁶³, la cui applicazione esclude che un contraente possa pretendere l'esecuzione di un contratto alterato da circostanza sopravvenute. La buona fede esecutiva, anzi, imporrebbe un dovere di rinegoziare il contratto⁶⁶⁴ e il giudice dovrebbe soltanto controllare se il rifiuto di revisione il contratto sia

⁶⁶¹ In questo senso, C. JAMIN, *Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, in AA.VV., *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat?*, cit., p. 46 ss., il quale rileva che è necessario aver riguardo anche alle conseguenze che un'eventuale revisione del contratto comporterebbe per la parte non svantaggiata dalla sopravvenienza. Non mancano Autori che auspicano la possibilità di un adeguamento giudiziale: S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, cit., p. 326. Si manifesta, ad esempio, la tendenza a dare considerazione operativa al principio attraverso la rilevanza dell'errore sul valore del bene oggetto della prestazione, ove abbia generato uno squilibrio tra le prestazioni di entità tale da essere determinante del consenso. Spunti importanti anche in L. GRYNBAUM, *Le contrat contingent. L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, cit., pp. 25 ss e 99 ss; P. STOFFEL-MUNCH, *L'abus dans le contrat*, Paris, 2000, p. 203; ID., *L'imprévision en question: interrogations sur les conséquences d'un bouleversement de l'économie d'un contrat par suite d'une évolution imprévue des circonstances*, cit., p. 41-43 comm. 119; J. AUBERT, *Le contrat*, Paris, 1996, p. 76 ss.

⁶⁶² Per l'analisi di questa clausola e della sua applicazione nell'ordinamento italiano, v. *retro*, par. 2.5. Criticano l'impostazione secondo cui la clausola sarebbe implicitamente inserita in ciascun contratto di lunga durata, tra gli altri, P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, cit., p. 382, secondo i quali si tratterebbe di una costruzione artificiale che non ha un solido fondamento, in quanto ciascun contratto si configura come più o meno aleatorio, integrando sempre una scommessa sul futuro; per di più, la presenza di questa clausola implicherebbe la caducazione del contratto e non il suo adattamento alle circostanze sopravvenute.

⁶⁶³ L'art. 1134, *alinéa* 3, *code civil*, stabilisce che le convenzioni «doivent être exécutées de bonne foi» e l'articolo 1135 *code civil* pone una disposizione analoga prevedendo che il contratto obbliga a tutte le conseguenze che «l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation», con disposizioni che corrispondono agli artt. 1375 e 1374 del codice civile italiano. Per l'analisi delle due disposizioni, cfr., Ph. LE TOURNEAU e M. POUMAREDE, *Bonne foi*, in *Répertoire de droit civil*, éditions Dalloz, Tome VI, 2009. Sulla rilevanza della buona fede nel diritto francese, tra gli altri, v. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral*, cit., p. 66 ss. L. GRYNBAUM, *Droit civil, Les obligations*, Paris, 2007, p. 120 ss.; ID., *Le contrat contingent. L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, cit., pp. 99 ss.; O. ANSELME-MARTIN, *Etude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi*, in *Les Petites affiches*, 22 gennaio 1997 n° 10, p. 17 ss. Perplexità circa i doveri di cooperazione e lealtà derivanti dalla buona fede, espressione di una "visione idilliaca" della relazione contrattuale, sono invece manifestate da F. TERRÉ, Ph. SIMLER, e Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, cit., n. 389 ss., (v. anche nn. 319 ss., nn. 41 ss.).

⁶⁶⁴ Sul punto, L. AYNÈS, *L'imprévision en droit privé*, cit., p. 403 ss., secondo il quale la questione dell'*imprévision* non rende necessario negare la rilevanza della regola *pacta sunt servanda*, né inventare una clausola *rebus sic stantibus* implicita, né pretendere di rendere il contratto uno strumento di solidarietà sociale, ma semplicemente impone il richiamo dei doveri che incombono su ciascun contraente nel corso dell'esecuzione del contratto; ID., *Le devoir de renégocier*, in *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1 novembre 1999, n° 11, pp. 11-21. Analogamente, Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, 1989, *passim*; L. GRYNBAUM, *Le contrat contingent. L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, cit., pp. 108 ss.; J. ANTOINE, *La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties*, cit., p. 80 ss., il quale rileva che la buona fede è «susceptible de remettre indirectement en cause le rejet de l'imprévision en droit privé des obligations»; nello stesso senso, R. VIPREY, *Vers une relative généralisation du principe de l'imprévision en droit privé?*, in *Dalloz Affaires*, 1997, n° 29, p. 918 et s.

o meno conforme a questa clausola generale, sanzionandone l'eventuale violazione sul terreno della responsabilità contrattuale⁶⁶⁵.

Si giunge ad affermare che l'art. 1134 dispone, rispettivamente tramite il primo e il terzo comma, «*d'une double philosophie que l'étude de la révision permet de mettre en exergue*»⁶⁶⁶. In questa prospettiva, si evidenziano i possibili temperamenti alla soluzione di principio di rigetto della teoria dell'*imprévision*⁶⁶⁷. In ordine a quelli di tipo convenzionale, nel contratto possono essere incluse previsioni che disciplinano eventuali situazioni di *imprévision* e, anzi, i più recenti progetti di riforma raccomandano l'inserimento di specifiche clausole⁶⁶⁸ di

⁶⁶⁵ F. TERRE, PH. SIMLER e Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, cit., n. 471, p. 475; B. FAUVARQUE-COSSON, *Le changement des circonstances*, in *Revue des contrats*, 2004, p. 67 ss.; D. TALLON, *La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé*, cit., p. 414. L. AYNÈS, *L'imprévision en droit privé*, cit., p. 404, ipotizza anche una condanna del contraente che opponga ingiustificatamente un rifiuto a rinegoziare il contratto. Ostili alla possibilità per il giudice di intervenire sul contratto in nome delle esigenze di lealtà e cooperazione discendenti dal dovere di buona fede, sono invece, J.L. AUBERT e E. SAVAUX, *Les obligations*, cit., no. 321 ss e 119.

⁶⁶⁶ C. JAMIN, *Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie, de l'article 1134 du code civil*, cit., p. 46 ss.

⁶⁶⁷ Per un'ampia indicazione dei temperamenti di origine legale, giurisprudenziale e convenzionale, cfr. J.L. MOURALIS, *Imprévision*, cit., p. 7 ss. Cfr. anche P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, cit., nn. 762 ss., p. 383 ss.; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral*, cit., p. 469 ss.; S. ABBATUCCI, B. SABLIER, V. SABLIER, *Crise de l'acier: le retour de l'imprévision dans les marches de travaux*, cit., p. 1292 ss.; F. TERRE, PH. SIMLER e Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, cit., n. 467, p. 471 ss. Con riguardo alle misure legali di revisione, v. J.L. AUBERT e E. SAVAUX, *Les obligations*, cit., p. 316 ss. A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, cit., p. 229 ss., individua quattro serie di regole che consentono di ridurre le conseguenze troppo rigorose del principio di non revisione: in primo luogo, nei contratti a durata indeterminata, ciascun contraente è titolare di una facoltà di risoluzione unilaterale del contratto; in secondo luogo, le parti possono inserire nel contratto una procedura di revisione; in terzo luogo, vi sono numerose previsioni di legge che ammettono, sia pure in specifiche ipotesi, la revisione; infine, l'obbligo di buona fede può fornire la base del dovere di rinegoziare il contratto. Già nel 1961 A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit française et allemand*, Thèse, Paris, 1961, p. 537, escludeva, alla luce dei diversi temperamenti legali e convenzionali, che l'applicazione dell'istituto nel diritto privato integrasse ancora un problema cruciale.

⁶⁶⁸ In questo senso, v. l'*avant-projet* Catala di riforma del diritto delle obbligazioni, il cui art. 1135-1 prevede che nei contratti ad esecuzione successiva, le parti possono impegnarsi a negoziare una modificazione dell'accordo nel caso in cui, per effetto di circostanze sopravvenute, l'equilibrio iniziale tra le prestazioni sia alterato al punto che uno o entrambi i contraenti non hanno più interesse alla sua esecuzione. Il progetto (art. 1135-2) aggiunge che, anche in assenza di una clausola del genere, la parte che risulta svantaggiata può chiedere al giudice di imporre una nuova negoziazione. Sul progetto di riforma del diritto delle obbligazioni, v. P. CATALA, *La renégociation des contrats*, cit., spec. p. 95 ss., il quale rileva che uno dei caratteri di originalità della previsione dell'articolo 1135-1 dell'*avant-projet* è di non delimitare in alcun modo le circostanze suscettibili di legittimare la rinegoziazione del contratto. Per un commento relativo agli strumenti manutentivi previsti nell'*avant projet Catala* da parte della dottrina italiana, v. il recente contributo di F. BOTTONI, *Buona fede e rimedi conservativi del contratto nel sistema francese e nell'avant projet di riforma del diritto delle obbligazioni*. In medio stat virtus?, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 565 ss., spec. 585 ss. Sinora sono stati proposti tre progetti di riforma della disciplina dedicata ai contratti: il primo è il c.d. *Avant-projet Catala*, che porta il nome di colui che ha preso l'iniziativa redatto nel 2005; il secondo, in ordine di tempo, è quello noto come *Projet de la Chancellerie*, redatto sotto l'egida governativa nella versione ufficiale nel luglio 2008; il terzo è il c.d. *Projet Terré* dal nome del professore che ne ha diretto la redazione con il patrocinio de l'*Académie des sciences morales et politiques*. Sui più recenti progetti di riforma, cfr. B. CAVALIE, *Le projet de réforme du droit des contrats face à la crise: quel avenir pour la théorie de l'imprévision?*, in *Revue Lamy Droit Civil*, luglio 2009, n. 62. L'ultimo progetto introdurrebbe una

revisione o rinegoziazione⁶⁶⁹. Con particolare riguardo ai temperamenti giudiziali, i giudici hanno fatto ricorso sia al proprio potere d'interpretazione del contratto, sia alla clausola di buona fede nell'esecuzione contrattuale, giudicando contrario a questo dovere il comportamento del contraente che rifiuta di rinegoziare: in una celebre decisione del 1992, ad esempio, si è affermato che nel caso di un rilevante mutamento delle circostanze, il rifiuto di rinegoziare può essere assimilato a un'esecuzione del contratto in mala fede e, dunque, sanzionato ai sensi dell'art. 1134, 3^e *alinéa*, *code civil*, mediante una condanna al risarcimento dei danni⁶⁷⁰. Più di recente, è stato precisato che il rifiuto di rinegoziare è

innovativa disposizione relativa all'*imprévision*: l'art. 136 dispone che «*Si un changement de circonstances, imprévisible et insurmontable, rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation à son cocontractant mais doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, le juge peut, si les parties en sont d'accord, procéder à l'adaptation du contrat, ou à défaut y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe*». Sui progetti di riforma, v. anche F. TERRE, *La réforme du droit des contrats*, in *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2992 ss.

⁶⁶⁹ In assenza di specifiche previsioni, J.-L. JUHAN, *Le contrat bouleversé par la crise: vers un droit à la renégociation?*, in *Revue Lamy Droit civil*, 2009, supplemento al n. 58, p. 23 ss., suggerisce l'inserimento di clausole di rinegoziazione. Per l'analisi di tali clausole v. tra gli altri, B. OPPETIT, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de «hardship»*, cit., pp. 794 ss.; M. FONTAINE, *Les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long term*, cit., p. 7 ss.; M. FONTAINE e F. DE LY, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 249 ss.; P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.B. SEUBE, *Technique contractuelle*, 3^e ed., Levallois, 2005, pp. 599 ss.; R. FABRE, *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, cit., pp. 2 ss.; A. KABADI, *La renégociation du contrat*, cit., pp. 6 ss.; J.M. MOUSSERON, *La gestion des risques par le contrat*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1988, p. 487 ss.; G. ROUHETTE, *La révision conventionnelle du contrat*, cit., pp. 369 ss. Preferisce definirle *clauses de dureté*, PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, 2004, no. 3702, p. 721. L'atto modificativo del contratto originario viene invece denominato *avenant*: A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, cit., no. 296, p. 231. Tali clausole, della cui liceità non si dubita (per tutti, J. GHESTIN, C. JAMIN e M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, cit., p. 381), pur sopprimendo lo squilibrio contrattuale, sollevano altre questioni, inerenti la loro struttura ed il loro funzionamento: non devono incidere sull'oggetto del contratto, né dar luogo ad una situazione di instabilità economica generalizzata. Sul punto, v. C. JARROSSON, *Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation*, cit., p. 141 ss., il quale afferma che le clausole di rinegoziazione «*sont le marque de la conscience qu'ont les rédacteurs de contrats, des limites inhérentes à leurs stipulation, lesquelles n'auront toujours la solidité et la pérennité souhaitées*» (*op. cit.*, no. 10, p. 144).

⁶⁷⁰ Cass. com., 3 novembre 1992, *BP c/Huard*, in *Bulletin civil*, IV, no. 338, p. 241; in *Juris classeur périodique*, *La semaine juridique*, éd. G., 1993, II, 22164, con nota di G. VIRASSAMY; in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1993, p. 124, con osservazioni di J. MESTRE, *Une bonne foi franchement conquérante... au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat*; in *Deffrénois*, 1993, n. 22, p. 1377, con osservazioni di J. AUBERT, *Exécution. Bonne foi. Aménagement de la convention*; in *Recueil Dalloz*, 1995, Somm. 85, con osservazioni di D. FERRIER, *Un fournisseur n'exécute pas de bonne foi le contrat d'approvisionnement exclusif en privant le distributeur des moyens de pratiquer des prix concurrentiels*. In particolare, è stato considerato contrario all'esecuzione del contratto secondo buona fede il rifiuto di una società petrolifera di modificare i prezzi di fornitura del petrolio, pure in presenza di una rilevante modificazione della circostanze economiche (liberalizzazione dei prezzi di vendita al dettaglio), poiché questo comportamento non aveva consentito al proprio distributore di praticare prezzi concorrenziali. In materia di diritto del lavoro, v. nella medesima prospettiva, Cass. soc., 25 febbraio 1992, *Expovit*, in *Bulletin civil*, V, n. 122. Analoga è una decisione del 1998: Cass. com., 24 novembre 1998, *Chevassus-Marche*, in *Bulletin civil*, IV, p. 232, no. 277; in *Juris classeur périodique*, *La semaine juridique*, éd. Générale, 1999, II, 12210, con osservazioni di Y. PICOD, *Tenu d'une obligation de loyauté, le mandant doit metre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat*; *ibidem*, I, p. 143, n. 23, con osservazioni di C. JAMIN, *Les effets du contrat*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 98, con osservazioni di J. MESTRE, *Où le devoir de loyauté fait naître pour l'un des contractants le droit de rester concurrentiel*; *ibidem*, p. 646, con osservazioni di P.-Y. GAUTIER, *L'obligation de loyauté du mandant poussée trop*

legittimo quando venga in rilievo uno squilibrio finanziario esistente sin dalla conclusione del contratto: in tal caso non può correttamente parlarsi di una modificazione imprevista delle circostanze economiche, né si giustifica un dovere di rinegoziazione fondato sull'obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede⁶⁷¹.

loin? Sur le "prix concurrentiels" de l'agent commercial; in *Deffrénois*, 1999, p. 371, con osservazioni di D. MAZEAUD, *Chambre commerciale de la Cour de cassation: de l'audace, toujours de l'audace!*; in *Contrats-concurrence- consommation*, 1999, n. 4, p. 14, con osservazioni di M. MALAURIE-VIGNAL, *De l'obligation pour un mandant de contrôler son réseau afin de permettre à son mandataire de pratiquer des prix concurrentiels*. In questo caso, la Corte di Cassazione ha evidenziato la necessità di valutare se, in un contratto di agenzia commerciale, il mandante, informato delle difficoltà verificatesi nel corso dell'esecuzione, avesse preso delle misure concrete per consentire al proprio contraente di praticare prezzi concorrenziali e, in definitiva, di eseguire il mandato. Più di recente, sulla questione de *l'imprévision* si è espressa, ipotizzando la possibilità di una revisione giudiziale del contratto, la Corte d'Appello di Nancy (Cour d'Appel de Nancy, 26 settembre 2007, in *La Semaine juridique, Edition Générale*), 14 maggio 2008, n. 20, p. 29-32, *Jurisprudence II*, 10091, con commento di M. LAMOUREUX, *L'obligation de renégociation en cas de changement de circonstances*; in *Revue Lamy de droit civil*, 2008, n. 2969, p. 49, con nota di O. CACHARD, *L'ombre de la révision judiciaire du contrat*; in *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1120, con nota di M. BOUTONNET, *L'obligation de renégocier le contrat au nom de la lutte contre les gaz à effet de serre*; in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2008, p. 295 ss., con osservazioni di B. FAGES, *Invitation judiciaire à adapter le contrat*; in *Revue des contrats*, 1 luglio 2008, 3, p. 738 ss., con nota di D. MAZEAUD, *Renégociation du contrat*; *ivi*, p. 759 ss., con osservazioni di S. CARVAL, *Obbligation de renégocier un contrat bouleversé par un changement de circonstances*. Nella fattispecie concreta un contratto di fornitura era divenuto squilibrato per effetto dell'entrata in vigore di una nuova regolamentazione circa le emissioni di gas a effetto serra; l'applicazione di questa legge, in particolare aveva comportato a beneficio di uno dei contraenti dei vantaggi finanziari inizialmente non previsti. La controparte, affermando che il contratto era divenuto squilibrato per effetto della nuova normativa, ne aveva chiesto la rinegoziazione. La Corte d'appello ha accolto la domanda sulla base degli art. 1134 e 1135 c.c. e, motivando la propria decisione facendo riferimento alla solidarietà contrattuale e all'interesse generale sulla riduzione dei gas a effetto serra, ha obbligato le parti alla rinegoziazione, avvertendole circa la responsabilità in cui sarebbero incorse in caso di rifiuto, nonché sulla possibilità di una revisione del contratto ad opera del giudice. Pur non mancando chi ha qualificato la pronuncia «*siconoclaste*» (D. MAZEAUD, *Renégociation du contrat*, cit., p. 738), si dubita della sopravvivenza di questa decisione, in considerazione della assenza, nell'ipotesi concreta, di una condizione essenziale per l'applicazione dell'istituto dell'*imprévision*: la sopravvenienza di nuove circostanze idonee ad alterare in modo eccessivo l'economia del contratto.

⁶⁷¹ Cass. 1^{re}, 16 marzo 2004, n° 01-15.804, cit., in *Bulletin civil*, I, n. 86; in *Communication Commerce électronique* n° 10, 1 ottobre 2004, p. 41 ss., con nota di P. STOFFEL-MUNCK, *L'imprévision en question*, cit.; in *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1754, con nota di D. MAZEAUD, *Du nouveau sur l'obligation de renégocier*; in *Revue des contrats*, 2004, 3, p. 642, con osservazioni di D. MAZEAUD, *Renégociation du contrat*; in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, p. 290, con osservazioni di J. MESTRE e B. FAGES, *Il ne faut pas confondre «déséquilibrée structurel» et «modification imprévues des circonstances économiques»*; in *Juris classeur périodique, La semaine juridique, éd. Entreprise*, 2004, no. 20, p. 737, con osservazioni di O. RENARD-PAYEN, *En mettant en cause le Déséquilibre financier existant dès la conclusion d'une convention et non la modification imprévue des circonstances économiques, une société rompt unilatéralement le contrat*; in *Les Petites Affiches*, 28 giugno 2004, no. 128, p. 18, con nota di G. GAVOTY e O. EDWARDS, *Vers une extension de l'obligation de renégociation en matière contractuelle?*; in *Revue Lamy Droit Civil*, 2004, n. 6, con nota di D. HOUTCIEFF, *L'obligation de renégocier en cas de modification imprévue, Quand la première chambre civile manie l'art de la litote...* Sulla pronuncia, v. inoltre i commenti ricchi di spunti problematici di J. GHESTIN, *L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation*, in *Recueil Dalloz*, 2004, p. 2239, e ID., *Les effets du contrat. Renégociation des contrats en cours en cas de modification des circonstances économiques: l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de Cassation du 16 mars 2004 n'a rien jugé sur ce point*, in *La semaine juridique, éd. Générale*, p. 1960 ss. Analogamente alla pronuncia sopra citata, è stato affermato che un contraente non può eccepire la rinegoziazione del contratto per rettificare un prezzo che era stato mal calcolato sin dall'inizio: Cour d'appel d'Angers, 27 gennaio 2004, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, p. 112, con osservazioni di J. MESTRE e B. FAGES, *Portée des clauses de réunion ou de rencontre stipule en vue de faciliter la renégociation du contrat* e in *Communication Commerce électronique*, 2004, n. 11, comm. 145, con nota

Questa evoluzione induce taluno ad affermare che la “via” della revisione del contratto per *imprévision* è stata intrapresa anche nel diritto privato⁶⁷², imponendosi come una necessità economica e sociale⁶⁷³. Sotto questo profilo, la profonda differenza tra il diritto dei contratti amministrativi e il diritto privato delle obbligazioni tende, dunque, a sfumare in considerazione di un’importante riflessione sulla teoria generale del diritto dei contratti, al punto da indurre l’affermazione che *«les deux droits des contrats se rapprochent par un traitement direct, lors de la phase de formation de la convention, des situations susceptibles d’en bouleverser l’économie générale»*⁶⁷⁴.

di P. STOFFEL-MUNCK, *Les limites de l’obligation conventionnelle de renégocier la convention en cas de bouleversement du contexte économique*; Cass. com., 3 ottobre 2006, n. 04-13214, cit.

⁶⁷² J. MESTRE, osservazioni a Cass. com., 3 nov. 1992, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1993, p. 124; analogamente B. FAUVARQUE-COSSON, *Le changement des circonstances*, cit., p. 67 ss. che intravede soprattutto nello sviluppo della revisione le prospettive future.

⁶⁷³ Così, S. ABBATUCCI, B. SABLIER, V. SABLIER, *Crise de l’acier: le retour de l’imprévision dans les marches de travaux*, cit., p. 1292 ss., i quali, più precisamente, affermano: *«l’évolution contemporaine des formes contractuelles et l’impératif de sécurité économique militent en faveur de l’admission de la théorie de l’imprévision en droit privé»*. In una prospettiva più generale, secondo J. GHESTIN, C. JAMIN e M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, cit., n° 349, *«quelles que soient les critiques que l’on peut formuler contre la théorie de l’imprévision, sa reconnaissance est une nécessité»*; C. WITZ, *Force obligatoire et durée du contrat*, cit., p.186, auspica un intervento del legislatore, nell’ambito di una più generale riforma del Codice civile; analogamente, D. BAKOUCHE, *Les solutions du droit positif en matière d’imprévision contractuelle*, in *Lexbase Hebdo - Edition Affaires*, 7 Novembre 2002, no. 46.

⁶⁷⁴ J. ANTOINE, *La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties*, cit., p. 80 ss., secondo cui nel diritto dei contratti amministrativi il trattamento delle situazioni di *imprévision* riposa sul “giusto prezzo”, ovvero su una costruzione equitativa delle relazioni contrattuali; questa impostazione tende di recente ad affermarsi anche nel diritto privato, soprattutto per effetto della normativa più recente, quale ad esempio, il diritto dei consumatori o il diritto della concorrenza. I mutamenti in corso di svolgimento si ripercuotono sulla “impostazione privatista” della teoria dell’*imprévision*, la cui utilità pratica tende ad essere progressivamente riconosciuta, tanto da una parte della dottrina che dalla Corte di Cassazione.

Osservazioni conclusive.

La prassi contrattuale, soprattutto internazionale, dei rapporti di lunga durata, da tempo induce a mettere in discussione il carattere esaustivo della disciplina contenuta nelle legislazioni nazionali, nonché delle tradizionali categorie civilistiche, e sollecita i giuristi a confrontarsi con problematiche e soluzioni nuove. Tra le “nuove frontiere del diritto contrattuale” un particolare rilievo assume quella che si sviluppa attraverso la sequenza conservazione-adeguamento-rinegoziazione del contratto.

In questa logica si palesa, con riguardo alle sopravvenienze e alla connessa gestione del rapporto, la preferenza verso l'adozione di rimedi conservativi, orientati al riequilibrio del rapporto. L'utilità del ricorso agli strumenti manutentivi, in particolare all'esperibilità di meccanismi di adeguamento, si manifesta nella loro idoneità ad attuare compiutamente l'operazione economica programmata dalle parti, assicurando, contestualmente, la prosecuzione del rapporto. Diversamente, i tradizionali strumenti di carattere estintivo comportano lo scioglimento del rapporto e precludono ai contraenti l'efficiente soddisfazione dei propri interessi o, quantomeno, li obbligano a reperire altrove beni e servizi sostitutivi, con conseguente dispersione di ricchezza e sacrificio delle esigenze di efficienza ed economicità dei traffici giuridici.

Nell'ambito dei rapporti tra privati, non si dubita della facoltà delle parti di modificare di comune accordo l'assetto di interessi in precedenza determinato e cristallizzato nel programma negoziale, ossia di rinegoziare consensualmente il contratto o alcune sue pattuizioni. Il principio di conservazione, inteso quale miglior effetto possibile in relazione al caso concreto, consente di superare l'automatismo della regola espressa nel broccardo *pacta sunt servanda*. In questo contesto, l'analisi è incentrata sull'individuazione, in assenza di un accordo tra le parti, di obblighi comportamentali a loro carico, aventi ad oggetto l'adeguamento dell'originario programma negoziale alle circostanze sopravvenute, nonché sulle conseguenze della loro violazione, in particolare sulla possibilità di un intervento giudiziale di adeguamento del contratto.

L'esame del fenomeno rinegoziativo presenta una maggiore complessità nelle ipotesi in cui parte contraente è un'amministrazione pubblica, tenuta al rispetto di procedure concorsuali nella scelta della controparte, secondo gli schemi dell'evidenza pubblica: l'apparente incompatibilità tra rinegoziazione del contratto e tutela della trasparenza, della

concorrenza e della *par condicio* fa dubitare della sua applicazione ai contratti della Pubblica Amministrazione. Di qui la necessità di verificare la legittimità di una fase di negoziazione che si sovrapponga o si affianchi all'*iter* procedurale pubblicistico, trattandosi di una tematica dagli indubbi risvolti applicativi che interferisce con i limiti posti all'autonomia negoziale della P.A.

La diffidenza nasce dalla constatazione che la pratica rinegoziativa è uno strumento efficiente ma insidioso, perché potrebbe consentire un sostanziale aggiramento delle procedure di evidenza pubblica. Si è sviluppata, in quest'ottica, la tendenza ad escludere, in linea generale, la possibilità di rinegoziare i contratti in cui sia coinvolta una Pubblica Amministrazione, sia nella fase propriamente procedimentale sia in quella successiva alla stipula del contratto. Le ragioni di questa impostazione sono molteplici: evitare la trasformazione di ogni procedimento di evidenza pubblica in una scelta negoziata, in assenza dei presupposti richiesti a tal fine; impedire che l'impresa aggiudicataria, attraverso la rinegoziazione dell'offerta, recuperi uno sconto sul prezzo, con conseguenti ripercussioni negative sulla qualità delle prestazioni fornite e in contrasto con la disciplina delle offerte anomale; consentire all'amministrazione di individuare il miglior contraente possibile, laddove la possibilità di rinegoziare l'offerta potrebbe alterare questo meccanismo. Il divieto di rinegoziazione esprimerebbe, dunque, l'impossibilità di dar luogo a forme di contrattazione nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, in quanto, a fronte della possibilità di rivedere *in melius* - anche in favore della p.a. - le condizioni contrattuali, si oppongono le contrapposte spinte alla salvaguardia della concorrenza, trasparenza e *par condicio* fra i concorrenti.

Sebbene sia condivisibile la premessa circa la natura cogente e inderogabile delle norme sull'evidenza pubblica, non sembra corretto ritenere che la rinegoziazione comporti automaticamente una violazione dei principi sopra menzionati. Anzitutto, questo meccanismo si ispira ad una *ratio* diversa da quella delle procedure di aggiudicazione, poiché non mira a individuare il contraente secondo parametri oggettivi, ma ad adeguare il contratto alle circostanze sopravvenute che abbiano determinato uno squilibrio significativo. Già questa considerazione pone in luce l'inopportunità di accedere a soluzioni univoche che propendano astrattamente per l'ammissibilità o meno dell'istituto; la meritevolezza di tutela anche dell'esigenza di revisione del contratto impone il bilanciamento tra tutti gli interessi coinvolti. Tra l'altro, l'astratta configurabilità della

rinegoziazione, connessa alla capacità negoziale dell'amministrazione, si desume anche dalla normativa contenuta nella l. n. 241/90, la quale, sancendo il principio del c.d. "procedimento aperto", esclude che lo stesso si esaurisca nell'emanazione dell'atto finale, rimanendo, appunto, aperto alla dinamica di tutti gli interessi -pubblici e privati- coinvolti nell'esercizio dell'attività amministrativa. Il principio, cardine di un'attività amministrativa razionale ed efficiente, non sembra limitato all'agire autoritativo, estendendosi anche all'azione per moduli convenzionali, in considerazione del principio di alternatività tra modelli di agire dell'Amministrazione, che rinviene un'esplicita conferma nella medesima normativa (in particolare nell'art. 1 della l. n.241/90).

Il problema della rinegoziazione va allora analizzato, oltre che con riferimento ai principi di trasparenza e concorrenza, anche alla luce dell'efficienza ed economicità che devono guidare l'azione amministrativa. E' proprio dalla dialettica tra questi principi che la rinegoziazione può assumere una diversa dignità di ruolo e reputarsi legittima se, alla luce di un'attenta verifica da operare in concreto, rappresenta una soluzione ragionevole.

Di là dalla necessità di un'adeguata motivazione, da parte dell'Amministrazione, circa le ragioni in virtù delle quali si ritiene più efficiente ed economico il ricorso alla rinegoziazione, occorre valutare il momento in cui la rinegoziazione interviene, nonché la sussistenza di un effettivo pregiudizio dell'interesse economico-contabile dell'amministrazione, della concorrenza e *par condicio* tra le imprese partecipanti alla gara. Sotto il primo profilo, è necessario riferire la rinegoziazione alle sole alterazioni contrattuali determinate da circostanze sopravvenute nel corso dell'esecuzione del rapporto contrattuale e, quindi, alle modifiche intervenute in questa fase. In effetti, la rinegoziazione successiva alla stipulazione del contratto, conclusa la procedura di selezione pubblica, non è in grado di alterare l'esito della gara, ma attiene al corretto svolgimento del rapporto. In secondo luogo, si reputa necessario orientare la rinegoziazione al ripristino dell'equilibrio contrattuale esistente al momento della conclusione del contratto e inciso dalle sopravvenienze; si esclude, così, l'alterazione sostanziale dell'originario programma negoziale che, creando un nuovo assetto di interessi, si concreterebbe in un nuovo affidamento, con conseguente violazione dei principi ispiratori dell'evidenza pubblica.

In definitiva, la rigorosa delimitazione dell'ambito applicativo della rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica alla sola gestione degli eventi sopravvenuti, con il fine di ripristinare l'equilibrio economico-giuridico esistente al momento della stipulazione del

contratto pare escludere la paventata lesione delle regole della concorrenza e realizza, al contempo, un equilibrato bilanciamento tra gli interessi coinvolti.

Il problema, in quest'ottica, si sposta verso l'individuazione delle possibili fonti della rinegoziazione: fonte naturale è l'autonomia delle parti, tramite l'inserimento nel contratto di specifiche clausole, poiché il funzionamento ottimale dei meccanismi di adeguamento presuppone l'accordo dei contraenti. Tuttavia, anche in assenza di pattuizioni, sembra coerente l'ipotesi di un obbligo rinegoziativo fondato sulla buona fede esecutiva che impone la cooperazione tra le parti e si traduce, quantomeno, in un obbligo di rendersi disponibili alla modificazione del contratto il cui equilibrio sia stato alterato da circostanze sopravvenute. Queste impostazioni sono il risultato, rispettivamente, di una valorizzazione della capacità negoziale della Pubblica Amministrazione e di una ricostruzione della buona fede quale clausola generale del nostro ordinamento, con valenza non solo interpretativa, ma anche integrativa del contenuto contrattuale.

Con riguardo alle potenzialità applicative della rinegoziazione, però, si deve rilevare che l'attuale disciplina legislativa, contenuta nel Codice dei Contratti pubblici, riconosce una limitata revisione delle condizioni contrattuali nella fase di esecuzione del rapporto (si allude, in particolare, alla normativa in tema di revisione dei prezzi e in tema di varianti), ma -e proprio qui sta il punto- pone una disciplina che sembra essere esaustiva o, quantomeno, restringere notevolmente gli ambiti in cui l'istituto dovrebbe trovare attuazione.

In conclusione, non si può affermare un indiscriminato divieto di rinegoziare i contratti della Pubblica Amministrazione: la sua legittimità dovrebbe essere valutata in concreto, mediante una verifica circa i reali effetti sortiti dalla rinegoziazione sull'assetto complessivo della gara. La revisione, quale strategia di gestione complessiva dei rapporti contrattuali, costituisce una pratica duttile e flessibile, da preferire rispetto ad un intervento in autotutela di annullamento della gara e all'indizione di una nuova procedura concorsuale o, più in generale, rispetto ai rimedi estintivi del rapporto contrattuale. La soluzione interpretativa proposta, pur prefigurando un efficace strumento per risolvere le difficoltà connesse alla gestione del rapporto, non sembra però destinata, almeno nel prossimo futuro, ad avere ampio riscontro, considerati gli angusti spazi della legislazione vigente e i chiari segnali in senso contrario provenienti dal contesto comunitario.

Bibliografia.

- AA.VV. *Inadempimento, adattamento e arbitrato. Patologie del contratto e rimedi*, contributi raccolti da U. DRAETTA e C. VACCÀ, Milano, 1992.
- AGRIFOGLIO G., *Abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti d'impresa (B 2 b)*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 1333.
- AL MUREDEN E., *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004.
- ALESIO M., *Il Consiglio di Stato distingue l'esecuzione dall'adempimento del contratto. Privatizzazioni, c'è giurisdizione esclusiva del G.a.*, in *Dir. e giust.*, 2003, 32, p. 78.
- ALPA G., *Rischio contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1148.
- ALPA G., *Prime note di raffronto tra i Principi dell'Unidroit ed il sistema contrattuale italiano*, in *Contr. impr./Eur.*, 1996, p. 316.
- ALPA G., *L'arte del giudicare*, Roma, 1996.
- ALPA G., *I Principles of European Contract law predisposti dalla Commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 483.
- ALPA G., *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita not.*, 2002, 2, p. 611.
- ALPA G. e PATTI S. (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Art. 1469 bis-1469 sexies*, in *Codice civile. Commentario Schlesinger*, Milano, 2003.
- ALPA G., *I principi generali*, 2^a ed., in G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2006.
- ALPA G., *Aspetti civilistici del Codice dei contratti pubblici. Prime note*, in *Economia e diritto del terziario*, 2007, 3, p. 749.
- ALPA G., CONTE G., DI GREGORIO V., FUSARO A., PERFETTI U. (a cura di), *La disciplina dell'appalto tra pubblico e privato*, Napoli, 2010.
- AMENDOLAGINE V., *Esecuzione del contratto secondo buona fede ed opponibilità dell'eccezione non rite adimpleti contractus*, (nota a Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855), in *Corr. giur.*, 2005, p. 975.
- AMORE G., *Appalto e claim*, Padova, 2007.
- AMORTH A., *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa retta dal diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, p. 455.
- ANDREOLI M., *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, p. 310.
- ANNUNZIATA M., *Applicazione dell'art. 2932 c.c. nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Giur. merito*, 1990, p. 428.
- ANNUNZIATA M., *Inesecuzione di preliminare da parte della p.a. e sentenza sostitutiva del giudice ex art. 2932 c.c.* (nota a Cass., 29 marzo 1989, n. 1540), in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 671.
- ASCARELLI T., *Aleatorietà e contratti di borsa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1958, I, p. 435.
- AZZARO A.M., *Tutela del «consumatore» e regolazione del mercato*, in *Giust. civ.*, 2003, II, p. 237.

- BARALDI M., *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2005, 2, p. 501.
- BARBIERI E.M., *Annullamento della gara pubblica a contratto di appalto: un problema di giurisdizione*, in *Riv. trim. app.*, 2001, p. 721.
- BARBIERI E.M. *Giurisdizione, procedimenti contrattuali e contratti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 309.
- BARCA A., *Brevi note in ordine alla nozione di consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 367.
- BARCELLONA M., *Interpretazione e legittimazione del diritto*, in *Europa e diritto privato*, 1999, p. 1097.
- BARCELLONA M., *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 305.
- BARCELLONA M., *Appunti a proposito dell'obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e Diritto privato*, 2003, p. 467.
- BELFIORE A., *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1307.
- BELLANTUONO D., *Buona fede nell'esecuzione del contratto e acquisto di fondo rustico*, (nota a Cass., 9 marzo 1991, n. 2503), in *Foro it.*, 1991, I, c. 2077.
- BELLANTUONO G., *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000.
- BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, rist. 1975.
- BESSONE M., *Impossibilità "economica" della prestazione, clausola generale di buona fede e giudizio di equità*, in *Foro it.*, 1979, V, c. 49.
- BESSONE M., *Presupposizione, «causa» tipica del negozio, economia del contratto (e l'equivoco delle formule sulla pretesa «irrilevanza» dei «motivi»)* (Nota a App. Milano, 9 giugno 1978), in *Riv. dir. comm.*, 1979, II, p. 146.
- BESSONE M., *Ratio legis dell'art. 1467, risoluzione eccessiva onerosità, alea normale del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, II, 1, p. 5.
- BESSONE M. e D'ANGELO A., *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, XXXV, p. 326.
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953.
- BETTI E., *Autonomia privata*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, I, 1957, p. 1559.
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. della 2ª ed., a cura di G. Crifò, con *Introduzione* di G.B. Ferri, Napoli, 1994.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, L'obbligazione*, Milano, 1998.
- BIANCA C.M., *Diritto civile. Il contratto*, 2ª ed., Milano, 2000.
- BIANCHI M. (a cura di), *Problematiche organizzative ed esperienze applicative di managerizzazione della Pubblica Amministrazione*, in *Management e contabilità direzionale nelle aziende e nelle amministrazioni pubbliche*, vol. III, Padova, 2002.
- BIGLIAZZI GERI L., *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv.*, II, Torino, 1988, p. 154 ss.
- BIGLIAZZI GERI L., *L'interpretazione del contratto. Artt. 1362-1371 c.c.*, in *Il codice civile. Commentario* Schlesinger, Milano, 1991.
- BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F.D., NATOLI U., *Diritto civile*, III, *Obbligazioni e contratti*, Torino, (rist.) 2003.

- BISCONTINI G., DI AMATO A. e FRANCHINI C., *Codice degli appalti pubblici e privati annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2002.
- BOBBIO N., *La grande dicotomia*, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977.
- BOCCHINI F., *Nozione di consumatore e modelli economici*, in ID. (a cura di), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, I, *Gli scambi*, Torino, 2003.
- BONELL M.J., *I principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: origini, natura e finalità*, in *Dir. comm. int.*, 1995, p. 3.
- BONELL M.J., *I Principi Unidroit. Un approccio moderno al diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 231.
- BONILINI G., *Sulla legittimazione attiva alla riduzione della penale* (nota a Cass., 24 settembre 1999, n. 10511), in *Contratti*, 2000, p. 121.
- BONELL M.J. *I principi Unidroit 2004: una nuova edizione dei principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, in *Dir. comm. int.*, 2004, p. 535.
- BONELL M.J. (a cura di), *Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, Roma, 2004.
- BONELL M.J., *Il diritto europeo dei contratti e gli sviluppi del diritto contrattuale a livello internazionale*, in *Europa e diritto privato*, 2007, 3, p. 599.
- BORGONOVÌ E., *Principi e sistemi aziendali per le amministrazioni pubbliche*, 5^a ed., rist. 2006, Milano.
- BORTOLOTTI D., *Contratti della amministrazione pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Torino, 1989, p. 36.
- BOSELLI A., *Alea*, in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino, 1957, p. 475.
- BOSETTI F., *Lo "squilibrio contrattuale" ed i recenti strumenti di tutela del contraente debole. Contributo minimo per uno studio dei lineamenti generali del sistema*, Relazione n. 8398, tenuta nell'incontro di studio n. 728 del Consiglio Superiore della Magistratura, *Squilibrio contrattuale e strumenti di tutela. profili sistematici ed operativi*. del 9 ottobre 2002, in www.csm.it.
- BOTTONI F., *Buona fede e rimedi conservativi del contratto nel sistema francese e nell'avant projet di riforma del diritto delle obbligazioni*. In medio stat virtus?, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 565 ss.
- BRAVO F., *Arbitrato rituale e pronunce costitutive ex art. 2932 c.c. rese nei confronti della pubblica amministrazione* (nota a Cass., 8 agosto 2001, n. 10932), in *Contratti*, 2002, p. 133.
- BRECCIA U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968.
- BUONPENSIERE M.L., *Sull'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto nei confronti della pubblica amministrazione* (nota a Cass., sez. un., 29 marzo 1989, n. 1540), in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 1501.
- CAGNASSO O., *Appalto e sopravvenienza contrattuale. Contributo a una revisione della dottrina dell'eccessiva onerosità*, Milano, 1979.
- CALCAGNO N. e. ARNONE G.M.D, *Criteri oggettivi di buona fede e impossibilità sopravvenuta della prestazione: necessità di osservare il concreto comportamento tenuto dalle parti* (nota a App. Torino, 30 giugno 2008), in *Giur. piemontese*, 2009, p. 10.

- CALVO R., *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 297 ss., spec. p. 324.
- CALVO R., *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico ed il sonno della ragione*, in *Contr. impr./Eur.*, 2003, p. 715.
- CAMMARATA A.E., *Il concetto del diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, in ID., *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, 1963.
- CAPOBIANCO E. e PERLINGIERI G. (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e con la giurisprudenza*, Napoli, 2009.
- CAPODANNO M., *Lettere di intenti, doveri in contrabando e buona fede nelle trattative*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 2, p. 305 ss.
- CARANTA R., *Attività contrattuale della pubblica amministrazione, buona fede e tutela dell'affidamento*, (nota a Cons. Stato, 18 novembre 2002, n. 6389, in *Urbanistica e appalti*, 2003, p. 566.
- CARANTA R., *I contratti pubblici*, Torino, 2004, p. 8.
- CARANTA R., *Contratti pubblici*, in *Dig. disc. pubbl., Agg.*, Torino, 2008, p. 237.
- CARBONE V., *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, (nota a Cass., 20 aprile 1994, n. 3775), in *Corr. giur.*, 1994, p. 566.
- CARETTO L., *La rinegoziazione dei contratti pubblici, i giudizi di congruità e la revisione* (art. 6 legge 24 dicembre 1993, n. 537), in *Nuova rass.*, 1994, 4, p. 420.
- CARINGELLA F., *Studi di diritto civile*, Milano, 2003.
- CARINGELLA F. e SEMPREVIVA M.T., *Il procedimento amministrativo. Commento organico alla l. 7 agosto 1990, n. 241, 6^a ed.*, Napoli, 2005.
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, 2^a ed., Milano, 2007.
- CARINGELLA F. e DE MARZO G., *Manuale di diritto civile, 3. Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2008.
- CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo: profili sostanziali e processuali*, 5^a ed., Milano, 2008.
- CASSESE S., *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, p. 378.
- CASSESE S., *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 1995, V, p. 373.
- CASSESE S., *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 2-3, p. 291.
- CASSESE S., *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 1, p. 38.
- CASSESE S., *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 5, p. 1135.
- CASSESE S. (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004.
- CASTRONOVO C. (a cura di), *Principi di Diritto Europeo dei Contratti*, Parte I e II, Milano, 2001.
- CASUCCI F., *Il diritto plurale: pluralismo delle fonti e libera circolazione delle norme giuridiche*, Napoli, 2004.
- CATALANO R., *Note sull'art. 9 l. 18 gennaio 1998 n. 192: l'ambito del divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Dir. e giur.*, 2007, p. 343.

- CATRICALÀ A., DUBOLINO P., ROMAGNOLI E. e ROMAGNOLI I. (a cura di), *Libro IV. Delle obbligazioni, T. VII (artt. 1615-1702)*, in C. RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, Milano, 2005.
- CAVALLARO M.C., *Pubblica amministrazione e diritto privato*, in *Nuove autonomie*, 2005, p. 39.
- CERCHIARA M., *L'applicabilità dell'art. 2932 c.c. alla p. a.* (nota a Cass., sez. un., 7 ottobre 1983, n. 5838), in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 3404.
- CERULLI IRELLI V., *Osservazioni generali sulla legge di modifica della L. n. 241/90*, I parte, in www.giustamm.it.
- CERULLI IRELLI V. (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006.
- CERULLI IRELLI V., *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa (primo commento alla legge n. 15/2005 recante modifiche ed integrazioni alla legge n. 241/1990)*, in www.astridonline.it
- CESÀRO V.M., *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000.
- CHINDEMI D., *Obbligo di collaborazione della P.A. nell'appalto pubblico*, (nota a Cass., 29 aprile 2006, n. 10052), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, fasc. 1, I, p. 1.
- CHITI E., FRANCHINI C., GNES M., SAVINO M., VERONELLI M. (a cura di), *Diritto amministrativo europeo. Casi e materiali*, in *Corso di diritto amministrativo* diretto da S. Cassese, vol. 6, Milano, 2005.
- CHITI M.P. e GRECO G. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, 2^a ed., Tomo I, Milano, 2007.
- CIANFLONE A. - GIOVANNINI G., *L'appalto di opere pubbliche*, 11^a ed., Milano 2003.
- CICALINI L., *Denuncia di inizio attività*, in *La nuova disciplina dell'azione amministrativa* a cura di De Marzo-Tomei, Padova, 2005, p. 446.
- CICERO C., *I principi di diritto privato nel contratto pubblico*, in *Riv. notariato*, 2009, 5, p. 1169.
- CICCIÒ G., *Presupposizione e nullità del contratto*, in *Contratti*, 1993, p. 643.
- CICIRIELLO M.C., *La Comunità europea e i suoi principi giuridici*, Napoli, 2004.
- CIRILLI D., *Rinegoziazione dell'offerta e principi comunitari e nazionali in tema di procedure ad evidenza pubblica* (nota a TAR Lazio, Roma, 24 febbraio 2005, n. 1467), in www.giustamm.it (*Giust. amm.*, 2005, 202).
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 405.
- COMPORTE G.D., *Le novità introdotte relativamente agli atti di diritto privato e agli appalti della pubblica amministrazione, (La semplificazione amministrativa. La legge n. 241/90 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005 - Atti del Convegno, Siena, 11/12 novembre 2005)*, in *Nuova rass.*, 2006, 8, p. 1107.
- COREA N., *Interpretazione ed integrazione del contratto: come opera la buona fede* (nota a Cass., 12 aprile 2006, n. 8619), in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 2, p. 120.
- COREA N., *La rinegoziazione delle clausole contrattuali*, in *Studium iuris*, 2007, 5, p. 534.
- CORSO G.E FARES G., *Il codice dei contratti pubblici: tra tutela della concorrenza e ordinamento civile*, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1799.

- COSTANZA M., *Buona fede ed eccezione di inadempimento*. (nota a Cass. 21 febbraio 1983, n. 1308 in *Giust. civ.*, 1983, p. 2379).
- COSTANZA M., *Dalla causa alla presupposizione*, in *Giust. civ.*, 1988, II, p. 291.
- COSTANZA M., *Minimo garantito o rinuncia alla revisione prezzi?* (nota di Cass., 26 gennaio 1993, n. 948, *Giust. civ.*, 1993, I, p. 3021).
- CRISCUOLO F., *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro o del giudice di equità*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1999, 1, p. 67.
- CRISCUOLO F., *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Trattato del Consiglio nazionale del notariato* diretto da P. Perlingieri, IV, Napoli, 2008.
- CRUPI M.F., *La rinnovazione dei contratti della P.A.*, in *Ragiusan*, 2006, 263, p. 72.
- D'ARRIGO C., *Integrazione ed esecuzione dei contratti: in particolare le regole generali dell'equità e della buona fede nell'adeguamento e nella rinegoziazione dei contratti di durata*, Relazione n. 6837 tenuta nell'incontro di studio (n. 539) del Consiglio superiore della magistratura svolto a Roma il 12-14 luglio 2001, *Questioni attuali in materia di contratto*, in www.csm.it.
- DAMIANI W., *Il quadro complessivo delle ipotesi di rinnovazione e di continuazione dei contratti della p.a.*, in *Nuova rass.*, 2006, 2, p. 178.
- DAMONTE R., *La rinegoziazione delle condizioni contrattuali* (nota a Cons. Stato, 13 novembre 2002, n. 6281), in *Urbanistica e Appalti*, 2003, 5, p. 577.
- DE BIASE P., *Fonte di un comportamento dovuto e (mera) qualificazione della fattispecie contrattuale*, (nota a Cass., 22 gennaio 2009, n. 1618), in *Obbligazioni e contratti*, 2010, p. 24.
- DE FALCO M., *Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto. Applicabilità dell'art. 2932 c.c. nei confronti della P.A.: breve excursus delle opinioni dottrinarie e giurisprudenziali*, in *Nuova rass.*, 1996, p. 1467.
- DE LISE P., *Revisione dei prezzi nei pubblici appalti*, in *Enc. Giur.* Treccani, Roma, 1991.
- DE MAURO A., *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, Milano, 2000.
- DE NICTOLIS R., *La Corte Costituzionale si pronuncia sul codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* (nota a Corte Cost. 401/2007), in *Urbanistica e appalti*, 2008, n. 1, p. 5.
- DE NOVA G., *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993.
- DE NOVA G., *Unidroit principles of international commercial contracts*, in *Contratti*, 1994, p. 501.
- DE NOVA G., *I Principi Unidroit come guida nella stipula dei contratti internazionali*, in *Contratti*, 1995, p. 5.
- DE PRETIS D., *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione e l'art. 1 bis l. N. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in www.giustamm.it (*Giustizia Amministrativa*, 2006, 1133).
- DELFINI F., *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999.
- DI GASPARE G., *Privatizzazioni, II) Privatizzazione delle imprese pubbliche*, in *Enc. Giur.* Treccani, *Agg.*, 1995, p. 1.
- DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale. Art. 1173-1176 c.c.*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988.

- DI MAJO A., *Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale*. (nota a Cass., 9 marzo 1991, n. 2503), in *Corr. Giur.*, 1991, p. 789.
- DI MAJO A., *Eccessiva onerosità sopravvenuta e reductio ad aequitatem* (nota a Cass., 11 gennaio 1992, n. 247), in *Corr. giur.*, 1992, p. 662.
- DI MAJO A., *I Principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, in *Contr. impr./Eur.*, 1996, p. 287.
- DI MAJO A., *La buona fede oltre il contratto* (nota a Cass. 27 settembre 2001, n. 12093), in *Corr. giur.*, 2002, p. 328.
- DI MAJO A., *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, relazione n. 7382 tenuta nell'incontro di studio del Consiglio Superiore della Magistratura, *Squilibrio contrattuale e strumenti di tutela*, Roma, 22-24 aprile 2002, in *www.csm.it*.
- DI MAJO A., *La riduzione della penale ex officio* (nota a Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128) in *Corr. giur.*, 2005, p. 1534.
- DI MAURO N., MINERVINI E., VERDICCHIO V., *Il patto di famiglia. Commentario alla Legge 14 febbraio 2006, n. 55* a cura di E. Minervini, Milano, 2006.
- DI RAIMO R., *Contratto e gestione indiretta di servizi pubblici. Profili dell'«autonomia negoziale» della pubblica amministrazione*, Napoli, 2000.
- DIPACE R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006.
- DRAETTA U., *La giurisprudenza francese conferma il carattere di «regole di diritto» delle norme della lex mercatoria*, (nota a *Cour de Cassation*, 22 ottobre 1991) in *Dir. comm. int.*, 1992, p. 214.
- FABBIO P., *Osservazioni sull'ambito d'applicazione del divieto di abuso di dipendenza economica e sul controllo contenutistico delle condizioni generali di contratto tra imprese* (Nota a Trib. Trieste, ord. 21 settembre 2006), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 902.
- FALZEA A., *Capacità II – Teoria generale*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 14.
- FEDERICO A., *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 1999.
- FENU G.M., *L'integrazione del contratto*, Roma, 2007.
- FERRARA R., *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993, p. 545.
- FERRI G.B., *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal c.c. 1865 al c.c. 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, 127, p. 313.
- FERRI G.B., *Dalla Clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 54.
- FERRI G.B., *Il ruolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli usi nei Principi dell'Unidroit*, in *Contr. impr./Eur.*, 1996, p. 825.
- FERRI G.B., *Il Code Européen des contrats*, in *Contr. impr./Eur.*, 2002, p. 27.
- FERRI G.B., *Il negozio giuridico*, 2^a ed., Padova, 2004.
- FICI A., *Il contratto incompleto*, Torino, 2005.
- FICI A., *Contratto incompleto*, *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg., t. I, Torino, 2007, p. 412.
- FONTAINE M. e DE LY F., *La redazione dei contratti internazionali: a partire dall'analisi delle clausole*, testo italiano a cura di R.M. MORRESI, Milano, 2008.

- FRACCHIA F., *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione «esclusiva» alla giurisdizione del giudice amministrativo* (nota a Corte costituzionale n. 204 del 2004), in *Foro it.*, 2004, I, c. 2594.
- FRANCESCHELLI V., *L'appalto come contratto a struttura elastica*, in *Contratti*, 1994, n. 4, p. 385.
- FRANCHINI C. (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, vol. VIII, Torino, 2007.
- FRANCHINI C. (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, vol. XIV, Torino, 2010.
- FRANZESE L., *Autonomia ed eteronomia nel pubblico impiego: riflessioni sui mutamenti in atto nel diritto pubblico italiano*. in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, p. 665.
- FRANZESE L., *Contratto, negozio e lex mercatoria tra autonomia ed eteronomia*. in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 771.
- FRANZONI M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 83
- GABRIELI V., *La mora accipiendi nell'appalto di opere pubbliche*. (nota a Cass., 29 aprile 2006, n. 10052), in *Riv. trim. app.*, 2006, 4, p. 896.
- GABRIELLI E., *Tipo negoziale, prevedibilità dell'evento e qualità della parte nella distribuzione del rischio contrattuale* (nota di Cass., 15 dicembre 1984, n. 6574), in *Giur. it.*, 1986, I, 1, p. 1706.
- GABRIELLI E., *Alea*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. I, , 2000, p. 1.
- GABRIELLI E., *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, p. 1149.
- GABRIELLI E. e MINERVINI E. (a cura di), *I contratti dei consumatori*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, vol. III, Torino, 2005.
- GABRIELLI E., (a cura di), *I contratti in generale*, 2^a ed., in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, vol. I, Torino, 2006.
- GALGANO F., *«Pubblico» e «privato» nella qualificazione della persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, p. 295.
- GALGANO F., *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 189.
- GALGANO F., *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, 2, p. 919.
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti*, II, t. 1, Padova, 2004.
- GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.
- GALGANO F., *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. impr./Eur.*, 2005, p. 509.
- GALLETTO T., *Clausola rebus sic stantibus*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ., XXX, Torino, 1988.
- GALLI M., *Attività contrattuale della Pubblica Amministrazione e difetto di potere rappresentativo*, Napoli, 2003.
- GALLI M., *Conclusione del contratto e responsabilità precontrattuale della p.a. nelle decisioni dei giudici ordinari e amministrativi* (nota a Trib. Isernia, 2 novembre 2005), in *Riv. giur. del Molise e del Sannio*, 2005, p. 66.
- GALLI M., *Annullamento dell'aggiudicazione e "caducazione" del contratto* (nota a Cass., 15 aprile 2008, n. 9906), in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 213.

- GALLO M., *Contratto di diritto pubblico*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1957, p. 645.
- GALLO P., *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992.
- GALLO P., *Revisione del contratto*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ., XVII, Torino, 1998, p. 431.
- GALLO P., *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 239.
- GAMBARDELLA M., *Adattabilità del principio di buona fede all'attività della pubblica amministrazione*, in *Nuova rass.*, 1998, p. 1063.
- GAMBINO A., *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, p. 442.
- GAMBINO F., *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004.
- GAMBINO F., *Rinegoziazione (dir. civ.)*, in *Enc. giur.* Treccani, Agg. XV, Roma, 2007.
- GATTI M., *Aggiudicazione provvisoria e definitiva: una distinzione attuale?*, in *Riv. trim. app.*, 2003, p. 163.
- GATTI M., *Dal diritto privato speciale al tramonto dell'unilateralità nell'evidenza pubblica?* (nota a TAR Piemonte, 14 febbraio 2004, n. 250), in *Foro amm. TAR*, 2004, 2, p. 308.
- GAZZONI F., *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, 14^a ed., Napoli, 2009.
- GENTILI A., *La replica alla stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, 2, p. 667.
- GIANI L., *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005.
- GIANNATTASIO C., *L'appalto*, 2^a ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, vol. XXIV, t. 2, Milano, 1977.
- GIANNINI M.S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, 3^a ed., Milano, 1993.
- GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, 2^a ed., a cura di A. MIRABELLI CENTURIONE, Milano, 2000.
- GIANNINI M.S., *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee*, (presentazione di S. Battini) in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 4, p. 979.
- GIAQUINTO A., *Contratto amministrativo*, in *Nuovo Dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1938, p. 92.
- GIARDINA A., *Arbitrato transnazionale e lex mercatoria di fronte alla corte di cassazione* (nota a Cass., 8 febbraio 1982, n. 722, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, p. 754).
- GIORGIANNI M., *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1961, p. 391.
- GIORGIANNI M., *L'obbligazione*, Milano, 1951, p. 598.
- GIORGIANNI M., *Volontà (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 1043 (ora in ID., *Raccolta di scritti. Itinerari giuridici tra pagine classiche e recenti contributi*, Padova, 1996, p. 330).
- GIOVAGNOLI R., *Privatizzazione di imprese pubbliche e giurisdizione del giudice amministrativo* (nota a Cons. Stato, 14 luglio 2003, n. 4167), in *Urbanistica e appalti*, 2003, 12, p. 1435.
- GIOVANNIELLO A., *La controversa natura giuridica delle convenzioni di lottizzazione*, in *Appalti urbanistica edilizia*, 1996, 1081.
- GRANIERI M., *Il tempo e il contratto, Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007.

- GRASSETTI C., *Conservazione (principio di)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 173.
- GRAZIANO F., *Contratto preliminare, art. 2932 c.c. e pubblica amministrazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, p. 59.
- GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, dir. Da F.G. Scoca, F.A. Roversi Monaco, G. Morbidelli, Torino, 2003.
- GRECO G., *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, 3, p. 413.
- GRECO G., *Argomenti di diritto amministrativo*, 3^a ed., Milano, 2008.
- GRECO G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986.
- GROSSI P., *Globalizzazione, diritto e scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, c. 151.
- HESSELINK M.W., *La nuova cultura giuridica europea*, a cura di G. RESTA, traduzione di E.C. ZACCARIA; prefazione di G. RESTA e V. ZENO-ZENCOVICH, Napoli, 2005.
- IANNOTTA L., *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2006, 2, p. 353.
- IMBRENDA M., *Controllo e rendiconto nelle situazioni patrimoniali*, Napoli, 2001.
- IMBRENDA M., *I controlli sulle società miste*, in G. LISELLA e L. ZOPPOLI (a cura di), *Nuovi strumenti giuridici nelle autonomie locali. Le società miste e il lavoro regionale*, Napoli, 2000.
- IMBRENDA M., *Il leasing*, in M. IMBRENDA e F. CARIMINI, *Leasing e lease back*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del notariato* diretto da P. Perlingieri, IV.20, Napoli, 2008.
- INDRACCOLO E., *Rapporti e tutele nel dilettantismo sportivo*, Napoli, 2008.
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, 2003.
- IUDICA G. (a cura di), *Appalto pubblico e privato. Problemi e giurisprudenza attuali*, Padova, 1997.
- JAEGER P.G., *Privatizzazioni, I) Profili generali*, in *Enc. Giur. Treccani, Agg.*, 1995.
- LANZILLO R., *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 310.
- LANZILLO, R. *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003.
- LENER G., *Leasing, collegamento negoziale ed azione diretta dell'utilizzatore*, (nota a Cass., 2 novembre 1998, n. 10926), in *Foro it.*, 1998, I, c. 3081.
- LIGUORI F., *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, 2^a ed., 2000.
- LIPARI N., *Le fonti del diritto*, Milano, 2008.
- LOPILATO V., *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 5, p. 1911.
- LOPILATO V., *Questioni attuali sul contratto*, Milano, 2004.
- LOPILATO V., *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 4, p. 1519.
- MACARIO F., *Eccessiva onerosità, riconduzione ad equità e poteri del giudice* (nota a Cass., 18 luglio 1989, n. 3347), in *Foro it.*, 1990, I, c. 564.

- MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.
- MACARIO F., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 63.
- MACARIO F., *Razionalità limitata e tecniche normative nella gestione del rischio contrattuale: nuove prospettive per la correzione dello squilibrio*, in *www.dottrina.finanze.it* (*Rivista della Scuola Superiore dell'economia e delle finanze*, 2005, 3, p. 119).
- MACCHIA M., *Ambiti di operatività del principio di buona fede oggettiva* (commento a Cons. St., sez. VI, 26 settembre 2003, n. 5495), in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 404.
- MALTONI A., *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005.
- MANFREDONIA B., *La presunta inapplicabilità della clausola di buona fede ai soggetti pubblici*, nota a Trib. di Salerno, 28 marzo 2006, in *Le Corti salernitane*, 2007, n. 3, p. 437.
- MANGANARO F., *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli 1995.
- MANGANO R., *Prestiti in Ecu e risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, nota a Trib. Torino, 15 ottobre 1996, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, II, 447.
- MANNORI L. e SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001.
- MANTELLO M., *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Napoli, 2003.
- MARASCO G., *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2005, 2, p. 539.
- MARASCO G., *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006.
- MARCHETTI B., *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica*, (nota a Cons. Stato, 13 novembre 2002, n. 6281), in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 5, p. 503.
- MARINI G., *Ingustizia dello scambio e lesione contrattuale*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pag. 257.
- MARRA A., *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giurisdizione* (nota a Cons. Stato, 14 luglio 2003, n. 4167), in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, p. 1160.
- MARRELLA F., *Lex mercatoria e Principi Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale*, in *Contr. impr./Eur.*, 2000, 1, p. 29.
- MARUCCI B., *Risoluzione per inadempimento dei contratti non corrispettivi*, Napoli, 2000.
- MARUCCI B., *Equilibrio contrattuale: un principio nella continuità*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 213 ss.
- MASCIOCCHI P., *Revisione e aggiornamento dei prezzi negli appalti di servizi*, in *Foro amm.*, 1994, p. 2642.
- MASCIOCCHI P., *Rinegoziazione e congruità dei prezzi nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1994, p. 2633.
- MASI L., *Ancora in tema di determinazione della soglia di anomalia nelle gare per l'affidamento di lavori pubblici - Le novità introdotte dal codice dei contratti pubblici (d.leg. 12 aprile 2006 n. 163) in materia di offerte anomale*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, p. 2414.
- MASSERA A., *Contratti con la pubblica Amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. Cassese, Milano, 2006, p. 1390.
- MATTARELLA B.G., *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2006, 4, p. 909.

- MAUCERI T., *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Europa e diritto privato*, 2007, p. 1095.
- MEDICI C., *Controllo sulla penale «manifestamente eccessiva» ed equilibrio degli scambi contrattuali* (nota a Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128), in *Danno resp.*, 2006, p. 416.
- MEMMO D., *Clausole vessatorie e contratti della pubblica amministrazione*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 376.
- MEMMO D., *Il diritto privato nei contratti della pubblica amministrazione*, Padova, 1999.
- MEMMO D., *L'attività contrattuale della p.a. e i principi di diritto comune dei contratti nella riforma del procedimento amministrativo a seguito della l. n. 15 del 2005*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 1175.
- MENGOZZI P., *La nozione di consumatore, la direttiva CEE 93/13 ed il diritto italiano*, in *Contr. impr./Eur.*, 2002, p. 54.
- MERUSI F., *Il diritto privato della Pubblica Amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, 4, p. 649.
- MICONI L., *I criteri di aggiudicazione nel nuovo codice sui contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture: la individuazione delle offerte anomale e fenomeni di turbativa delle gare*, in *Giust. amm.*, 2007, p. 755.
- MINERVINI E., *Errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 924.
- MINERVINI E., *La nullità per grave iniquità dell'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento*, in *Dir. banc.*, 2003, p. 189.
- MISSERINI G., *Fase di esecuzione degli appalti pubblici e conseguente riparto di giurisdizione*. nota a Cass., Sez. Un., ord., 1 giugno 2006, n. 13033, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 8, p. 935.
- MOAVERO MILANESI E., *Privatizzazioni, III) Diritto comunitario*, in *Enc. Giur. Treccani, Agg.*, 1995.
- MODUGNO F., *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985.
- MODUGNO F., *Legge – Ordinamento giuridico – Pluralità degli ordinamenti*, Milano, 1985.
- MONTICELLI S., *Considerazioni sui poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 215.
- MORELLI M. R., *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti* (nota a Cass., 20 aprile 1994, n. 3775), in *Giust. civ.*, 1994, I, p.2159.
- MOSCARINI L.V., *L'appalto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, *Obbligazioni e contratti*, 11, t. 3, Torino, 1984.
- MOSCARINI L.V., *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988.
- MOSTACCI E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008.
- MUCIO C., *Contratti di diritto privato della pubblica amministrazione* (nota a Cass. 8 maggio 1996, n. 4269), in *Contratti*, 1997, 2, p. 128.
- MUCIO C., *Illegittimo l'annullamento del bando in via di autotutela in assenza di vizi di legittimità* (nota a Cons. Stato, 7 novembre 2006, n. 6559), in *Urbanistica e appalti*, 2007, p. 458.
- MUCIO C., *I limiti dell'autotutela in materia di appalti*, (nota a T.A.R. Lombardia, sez. III, 29 dicembre 2008, n. 6171), in *Urbanistica e appalti*, 2009, 483.

- MUSOLINO G. (diretto da), *L'appalto pubblico e privato*, II, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, 2002.
- MUSOLINO G., *Le varianti in corso d'opera nel contratto di appalto di lavori pubblici*, in *Riv. trim. appalti*, 2009, 3, p. 499.
- MUSOLINO G., *Appalto e sopravvenienza*, in *Riv. trim. appalti*, 2009, 4, p. 761 ss.
- NAPOLITANO G., *Soggetti privati «enti pubblici»?», in *Dir. amm.*, 2003, p. 827.*
- NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Tomo I, *Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1974.
- NICOLÒ R., *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1025.
- NICOLUSSI A., *Presupposizione e risoluzione*, in *Europa e Diritto privato*, 2001, p. 843.
- NIGRO M., *L'esecuzione delle sentenze di condanna della Pubblica Amministrazione*, in *Foro it.*, 1965, V., c. 57.
- OPPO G., *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, p. 143, e in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, p. 18, ora in ID., *Scritti giuridici*, III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992, p. 200.
- OPPO G., *Diritto privato ed interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 25.
- OSTI G., *La così detta clausola «rebus sic stantibus», nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, p. 1.
- OSTI G., *Clausola «rebus sic stantibus»*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, III, p. 353.
- OSTI G., *Contratto*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1959, p. 475.
- PALASCIANO R., *La riducibilità «ex officio» della penale tra equità delle sanzioni e principio della domanda* (Cass., 23 maggio 2003, n. 8188), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 553.
- PALLIGGIANO G., *La rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *www.giustamm.it (Giust. amm.*, 2006, p. 846).
- PALMIERI A., *Supervisione sistematica delle clausole penali: riequilibrio (coatto ed unidirezionale) a scapito dell'efficienza?*, (nota a Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128), in *Foro it.*, 2006, c. 106.
- PALMIERI A. e PARDOLESI R., *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa* (nota a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106), in *Foro it.*, 2010, I, c. 85.
- PARDOLESI R., *Analisi economica del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., I, Torino, 1987, p. 309.
- PARENTE F., *I moduli consensuali di pianificazione del territorio e la tutela degli interessi differenziati*, Napoli, 2006.
- PARTISANI R., *L'integrazione del contratto come correttivo delle disfunzioni sinallagmatiche prodotte dall'inosservanza della clausola di buona fede* (nota a Cass., 16 ottobre 2002, n. 14726), in *Danno resp.*, 2003, 2, p. 174.
- PENNASILICO M., *L'operatività del principio di conservazione in materia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 702.
- PENNASILICO M., *La regola ermeneutica di conservazione nei «Principi di diritto europeo dei contratti»*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 1, p. 268.

- PENNASILICO M., *L'interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione tra conservazione e stabilità degli effetti*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 428.
- PENNASILICO M., *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 4, p. 1052.
- PENNAZIO R., *La presupposizione tra sopravvenienza ed equilibrio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, p. 673.
- PERFETTI L., *Rinegoziazione dei contratti pubblici e posizioni soggettive del privato*, in *Nuova rass.*, 1994, n. 19, p. 2268.
- PERLINGIERI P., *Appunti di "teoria dell'interpretazione"*, *Lezioni raccolte* a cura di P. Perlingieri. Camerino, 1970.
- PERLINGIERI P., *Incidenza della programmazione sulle situazioni soggettive del "privato"*, in *Diritto dell'economia*, 1970, p. 52.
- PERLINGIERI P., *Modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento, art. 1230-1259 c.c.*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1975.
- PERLINGIERI P., *Profili istituzionali del diritto civile*, 2^a ed., 1986.
- PERLINGIERI P., *Commento alla Costituzione italiana*, 2^a ed., Napoli, 2001.
- PERLINGIERI P., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003.
- PERLINGIERI P. e FEMIA P., *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004.
- PERLINGIERI P., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006.
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, 2006.
- PERLINGIERI P., *Manuale di diritto civile*, 6^a ed., Napoli, 2007.
- PERLINGIERI P. e POLIDORI S. (a cura di), *Domenico Rubino, II. Singole fattispecie negoziali*, Napoli, 2009.
- PESCATORE G., *Le clausole onerose nell'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1989, V, p. 493.
- PIAZZALUNGA G., *E' legittima la trattativa privata instaurata dall'Amministrazione con l'aggiudicatario provvisorio di una gara d'appalto, volta alla rinegoziazione dell'offerta presentata?* (nota a TAR Lazio, 8 gennaio 2002), in *Foro amm. T.A.R.*, 2002, n. 1, p. 161.
- PICCARDI L., *La pluralità degli ordinamenti giuridici ed il concetto di rinvio*, in *Aa. Vv., Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, I, p. 249.
- PICOZZA E., *Attività amministrativa e diritto comunitario*, in *Enc. giur. Treccani, Agg.*, III, Roma, 1997.
- PICOZZA E., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, 2^a ed., Torino, 2004.
- PIERAZZI E.M., *La giustizia del contratto*, in *Contr. impr.*, 2005, 2, p. 647.
- PIETROBON V., *Presupposizione (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1991.
- PIGNATTI M., *Il giudizio sulle offerte anomale tra effettività del contraddittorio ed oggettività nelle valutazioni* (nota a C. Stato, sez. V, 13 febbraio 2009, n. 826), in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 5, p. 1303.

- POLI V., *Principi generali e regime giuridico dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni*, in www.giustizia-amministrativa.it
- POLIDORI S., *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 686.
- PONE V., *Rinnovazione, proroga e rinegoziazione dei contratti ad evidenza pubblica*, in *Informazione previdenziale*, 2005, n. 3, p. 366.
- PORCELLI G., *La disciplina degli interessi bancari tra autonomia ed eteronomia*, Napoli, 2003.
- PROSPERI F., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 639.
- PROSPERI F., *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002.
- PUGLIATTI S., *Diritto (Teoria generale) V. – Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 741.
- PUGLIESE F.P., *Contratto (V), Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.* Treccani, vol. IX, Roma, 1988.
- RAGAZZO M., *Annullamento parziale e rinnovazione della gara* (nota a Cons. Stato, 4 dicembre 2006, n. 7102), in *Urbanistica e appalti*, 2007, p. 449.
- RALLO A., *Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi dei provvedimenti*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, p. 298.
- RAMAJOLI M., *La Cassazione riafferma la giurisdizione ordinaria sul rapporto contrattuale tra amministrazione e aggiudicatario* nota a Cass., Sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27169, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 2, p. 514.
- RASCIO R., *Riducibilità d'ufficio della penale ed onere di allegazione* (nota a Cass., 28 marzo 2008, n. 8071), in *Dir. e giur.*, 2008, p. 385.
- RICCIO A., *È, dunque, venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 95.
- RICCIO A., *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*, (nota a Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128), in *Danno e resp.*, 2006, p. 424.
- RICCIUTO V. e NERVI A., *Il contratto della pubblica amministrazione*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da P. Perlingieri, IV.13, Napoli, 2009.
- RICCIUTO V., *Regolazione del mercato e «funzionalizzazione» del contratto*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Benedetti*, Napoli, 2008, p. 1611.
- ROCCO F., *Esecuzione dei contratti ad evidenza pubblica e giurisdizione*, nota a Cons. Stato, 28 dicembre 2001, n. 6443, in *Urbanistica e appalti*, 2002, 6, p. 690.
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, (rist.) 2004.
- ROLLI R., *Le attuali prospettive di "oggettivazione dello scambio": verso la rilevanza della "congruità dello scambio contrattuale"?*, in *Contr. impr.*, 2001, 2, p. 611.
- ROMANO S.A., *Attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Vol. I, Torino, 1987, p. 531.
- ROMANO S.A., *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979.
- ROMANO SALV., *Autonomia privata*, Milano, 1957.

- ROMANO Santi, *L'ordinamento giuridico: studi sul concetto, le fonti e il carattere del diritto*, Pisa, 1917.
- ROMOLI F., *L'autotutela sull'evidenza pubblica e il contratto. Spunti problematici e prospettive*, in *Dir. amm.*, 2008, 3, p. 600.
- ROPPO V., *Il contratto del duemila*, 2^a ed., Torino, 2005.
- ROPPO V., *Il contratto*, Bologna, 1977.
- ROPPO V., *Il contratto*, in G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001.
- ROSSI G., *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 661.
- RUBINO D. e IUDICA G., *Dell'appalto. Art. 1655-1677*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, 3^a ed. Bologna-Roma, 1992.
- RUBINO D., *L'appalto*, 4^a ed., con note di E. MOSCATI, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, 4^a ed., VII, t. 3, Torino, 1980.
- RUBINO-SAMMARTANO M., *Appalti di opere e contratti di servizi (in diritto privato)*, Padova, 1996.
- RUBILOTTA M., *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: la giurisdizione spetta al giudice amministrativo*, (nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6), in *Consiglio di Stato*, 2005, I, p. 1440.
- RUSSO D., *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001.
- RUSSO E. e CRIACO C., *L'appalto privato*, in *Giurisprudenza critica*, collana diretta da P. Cendon, Torino, 2005.
- RUSSO E., *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 120.
- RUSSO E., *Termine (dir. civ.)*, in *Enc. giur.* Treccani, 1994, I, Roma.
- SACCO R. - DE NOVA G., *Il contratto*, 3^a ed., in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, tomo II, Torino, 2004.
- SAITTA F., *Esecuzione dei contratti ad evidenza pubblica e giudice amministrativo: la persistente «specialità» della giurisdizione esclusiva alla ricerca di un'identità smarrita*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1, p. 29.
- SALANDRA V., *Assicurazione. Art. 1861-1932*, 3^a ed., in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966.
- SALVI G., *«Accordo gravemente iniquo» e «riconduzione ad equità» dell'art. 7 d. lg. n. 231 del 2002*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 166.
- SANAPO M., *La clausola di revisione dei prezzi nei contratti ad esecuzione continuata o periodica* (nota a Cons. Stato, 28 dicembre 2006, n. 8069), in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 3, p. 941.
- SANDULLI A., *La scienza italiana del diritto pubblico e l'integrazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 3-4, p. 859.
- SANDULLI A., *Le convenzioni di lottizzazione: natura e tutela* (Nota a C. Stato, sez. IV, 19 dicembre 1994, n. 1046), in *Giorn. dir. amm.*, 1995, p. 416.
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*², Napoli, 1984, p. 1241.

- SANDULLI I., *La legittimità non basta quando l'amministrazione contratta col privato: correttezza e buona fede hanno un ulteriore strumento di tutela* (Nota a T.a.r. Lazio, sez. III, 10 gennaio 2007, n. 77), in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, p. 2093.
- SANDULLI M.A., De NICTOLIS R. e GAROFOLI R. (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. V, Milano, 2008.
- SANGIORGI G. (a cura di), *Management e governance nella pubblica amministrazione*, Milano, 2008.
- SANTINI G., *Il commercio: saggio di economia del diritto*, Bologna, 1979.
- SANTORO P., *Aggiudicazione provvisoria e definitiva del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2006, p. 1309.
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed. (rist.), Napoli, 1989.
- SARGENTI B., *Sulla natura giuridica delle convenzioni urbanistiche* (nota a Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio 1993, n. 14), in *Foro amm.*, 1993, I, p. 989.
- SBORDONE F., *La «scelta» della legge applicabile al contratto*, Napoli, 2003.
- SCALFI G., *Risoluzione del contratto (diritto civile)*, in *Enc. giur.* Treccani, vol. XXVII, Roma, 1991.
- SCALISI V., *Categorie ed istituti del diritto civile – Nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005.
- SCHLESINGER P., *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, c. 229.
- SCHWARZE J., *I principi dello stato di diritto per l'azione amministrativa nella "vecchia" e nella "nuova" Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 6, p. 1279..
- SCOCA F.G., *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 431.
- SCOCA S.S., *Aggiudicazione e contratto: la posizione dell'adunanza plenaria* (Nota a C. Stato, Ad. plen., 21 novembre 2008, n. 12, e C. Stato, Ad. plen., 30 luglio 2008, n. 9), in *Foro amm. C.d.S. Stato*, 2008, p. 3286.
- SCOGNAMIGLIO R., *Negoziio giuridico I) Profili generali*, in *Enc. giur.* Treccani, vol. XX, Roma, 1990
- SEPE O., *Contratto (III.-diritto amministrativo), b) Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, Vol. IX, Milano, 1961, p. 986.
- SICCHIERO G., *La rinegoziazione*, in *Contr. impr.*, 2002, 2, p. 774.
- SICCHIERO G., *Rinegoziazione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg., t. II, Torino, 2003, p. 1200.
- SOMMA A., *Soft law sed law - Diritto morbido e neocorporativismo nella costruzione dell'Europa dei mercati e nella distruzione dell'Europa dei diritti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 437.
- SORRENTINO G., *Interesse legittimo e pregiudizialità amministrativa*, Napoli, 2010.
- STANZIONE P. e SATURNO A. (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006.
- STANZIONE P. e SCIANCALEPORE G. (a cura di), *Commentario al Codice del consumo. Inquadramento sistematico e prassi applicativa*, Milano, 2006.
- STILLO A., *Contratti pubblici: la revisione dei prezzi*, in *Contratti*, 2004, 2, p. 207.
- TARDIA I., *Buona fede ed obblighi di informazione tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 724.

- TERRANOVA C.G., *L'eccessiva onerosità nei contratti. Art. 1467-1469*, in *Codice civile. Commentario* Schlesinger, Milano, 1995.
- TIMOTEO M., *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale. l'art. 3.10 dei Principi UNIDROIT*, in *Contr. impr./Eur.*, 1997, p. 141.
- TIMOTEO M., *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 619.
- TOMMASI R., *Il nuovo diritto privato della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2004.
- TOMMASINI R., *Revisione, I. Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989.
- TOMMASINI R., (a cura di), *Soppravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003.
- TOSCHI VESPASIANI F., *L'obbligo di comportamento secondo buona fede nell'esecuzione del contratto* (nota a Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855), in *La responsabilità civile*, 2005, p. 881.
- TRAISCI F. P., *Soppravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di Common law*, Napoli, 2003.
- TRAVI A., *La Giurisdizione esclusiva prevista dagli art. 33 e 34 d.leg. 31 marzo 1998, n. 80, dopo la sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n. 204* (nota a Corte costituzionale n. 204 del 2004), in *Foro it.*, 2004, I, c. 2594.
- TRIMARCHI P., *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 637.
- URBANI M., *I criteri di individuazione delle offerte anomale nel codice dei contratti pubblici*, in *Nuova rass.*, 2007, p. 2312.
- VACCÀ C. (a cura di), *Il conflitto del Golfo e i contratti di impresa: esecuzione, adattamento e risoluzione in uno scenario di crisi*, Milano, 1992.
- VALENTINO D., *Obblighi di informazione, forma e contenuto negoziale*, Napoli, 1999.
- VALENTINO D., *Il contratto incompleto*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 3, p. 509.
- VALLETTI A., *La revoca degli atti di gara e la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante* (nota a T.A.R. Lazio, sez. III, 9 marzo 2009, n. 2372), in *Urbanistica e appalti*, 2009, p. 871.
- VARONE S., *La rinegoziazione del contratto successiva all'aggiudicazione fra capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni, patologie negoziali e questioni di riparto di giurisdizioni* (nota a Cons. st., 13 novembre 2002, n. 6281), in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 1, p. 145.
- VELTRI F., *L'applicabilità dell'art. 2932 c.c. alla pubblica amministrazione nell'ambito della cartolarizzazione immobiliare* (Nota a Trib. Roma, 5 giugno 2006), in *Contratti*, 2007, p. 759.
- VETTORI G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21.
- VETTORI G. (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, 2007.
- VILLATA R., *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ritorna, confermandola, sulla cd. pregiudizialità amministrativa...ma le Sezioni Unite sottraggono al giudice amministrativo le controversie sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 300.

- VINTI S., *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della Pubblica Amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008.
- VIRGA P., *Contratto (Diritto amministrativo), a) Teoria generale del contratto di diritto pubblico*, in *Enc. dir.*, Vol. IX, Milano, 1961, p. 979.
- VIRGADAMO P., *Variazioni in corso d'opera nel contratto di appalto e rinegoziazione delle condizioni contrattuali*, in *Giust. civ.* 2008, 1, II, p. 11.
- VOLPE F., *Affidamento, esecuzione e giurisdizione alla luce della l. 205/00: rigenerazione o omologazione del G.A?*, in *Urbanistica e appalti*, 2001, p. 831.
- VOLPE F., *Contratto giusto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg., t. I, Torino, 2007, p. 384.
- VOLPE F., *I Principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 40.
- VOLPE F., *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004.
- ZANGRANDI A., *Economia delle aziende pubbliche. Management e cambiamento*, Milano, 2008.
- ZENO-ZENCOVICH V., *Consumatore (tutela del)*, in *Enc. giur.* Treccani, VIII, 2000.
- ZILLER J., *La sussidiarietà come principio del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 2, p. 285 ss.

Autori stranieri:

- AA.VV., *Les contrats administratifs et leur evolution*, in *Revue française de droit administratif*, 2006, nn., 1-2, p. 2 ss.
- AA.VV. “*Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?*”, in *Les Petites Affiches. La Loi*, 30 settembre 1998, n. 117 (*numéro spécial*).
- AA.VV., *L'administration contractuelle, dossier*, in *L'actualité juridique de droit administratif*, 2003, p. 970.
- AA.VV., *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat?*, in *Droit et patrimoine*, 1998, n. 58, p. 41..
- AA.VV., *Regards croisés droit public-droit privé, dossier*, in *L'actualité juridique de droit administratif*, 2009, n. 17, p. 920..
- AA.VV., *Études offertes a Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, 2001.
- AA.VV., *Études de Droit privé, Mélanges offerts a Paul Didier*, Paris, 2008.
- AA.VV., *Droit et vie des affaires. Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Paris, 1997.
- AA.VV., *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats* diretto da P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Paris, 2003.
- ABBATUCCI S., SABLIER B., SABLIER V., *Crise de l'acier: le retour de l'imprévision dans les marches de travaux*, in *L'actualité juridique de droit administratif*, 2004, p. 1292.
- ANSELME-MARTIN O., *Etude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi*, in *Les Petites affiches*, 22 gennaio 1997 n° 10, p. 17.

- ANTOINE J., *La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties*, in *Revue française du droit administratif*, 2004, p. 80.
- AUBERT J., *Exécution. Bonne foi. Aménagement de la convention* (osservazioni a Cass. com., 3 novembre 1992, BP c/Huard), in *Deffrénois*, 1993, n. 22, p. 1377.
- AUBERT J., *Le contrat*, Paris, 1996.
- AUBERT J.L. e SAVAUX E., *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, 11^e éd., Paris, 2004.
- AUBY J.B., T. KIRAT, F. MARTY, L. VIDAL, *Le contenu et la portée économique des règles de droit. Application à la répartition des risques dans les contrats administratifs*, Paris, 2003.
- AYNES L., *L'imprévision en droit privé*, in *Revue de jurisprudence commerciale*, 2005, p. 399.
- AYNES L., *Le devoir de renégocier*, in *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1 novembre 1999, n° 11, p. 11.
- BAKOUICHE D., *Les solutions du droit positif en matière d'imprévision contractuelle*, in *Lexbase Hebdo - Edition Affaires*, 7 Novembre 2002, no. 46.
- BENABENT A., *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Paris, 2007.
- BENOIT F.-P., *De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs*, in *Juris-classeur périodique, La semaine juridique*, 1963, I, p. 1775.
- BEZANÇON X., *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'Histoire administrative de la délégation de mission publique*, Paris, 1999.
- BOUTHINON-DUMAS H., *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision*, in *Revue internationale de Droit Économique*, 1 juillet 2001, n. 3, p. 339.
- BOUTONNET M., *L'obligation de renégocier le contrat au nom de la lutte contre les gaz à effet de serre*, nota a Cour d'Appel de Nancy, 26 septembre 2007 in *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1120.
- BRENET F., *Contrats administratifs par détermination de la loi*, in *Juris-Classeur Administratif*, fasc. 602, 2009.
- BRENET F., *La théorie du contrat administratif. Evolutions récentes*, in *L'actualité juridique de droit administratif*, 2003 p. 919.
- BUJOLI F., *La durée du contrat*, Thèse, Nice, 2007.
- CACHARD O., *L'ombre de la révision judiciaire du contrat (nota a Cour d'Appel de Nancy, 26 septembre 2007)*, in *Revue Lamy de droit civil*, 2008, n. 2969, p. 49.
- CARBONNIER J., *Droit civil, Les obligations*, Paris, 2004.
- CARVAL S., *Obbligation de renégocier un contrat bouleversé par un changement de circonstances*, (osservazioni a Cour d'Appel de Nancy, 26 septembre 2007), in *Revue des contrats*, 1 juillet 2008, 3, p. 759.
- CAVALIE B., *Le projet de réforme du droit des contrats face à la crise : quel avenir pour la théorie de l'imprévision?*, in *Revue Lamy de droit civil*, juillet 2009, n. 62.
- CHABAS C., *L'inexécution licite du contrat*, Paris, 2002, p. 399.
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 7^e éd., 2005, p. 462.
- DE LAUBADERE A., *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, 1^{re} éd., Paris, p. 1956.

- DE LAUBADERE A., MODERNE F. e DEVOLVE P., *Traité des contrats administratifs*, 2^e ed., Paris, 1983.
- DE LAUBADERE A., GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif*, T. I, 16^e ed., Paris, 2001.
- DROSS W., *Clausier. Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Paris, 2008.
- FABRE R., *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1983, p. 1.
- FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral*, Paris, 2008.
- FAGES B., *Invitation judiciaire à adapter le contrat*; osservazioni a Cour d'Appel de Nancy, 26 settembre 2007 in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2008, p. 295.
- FATOME E., *Les avenants*, in *L'actualité juridique de droit administratif*, 1998, p. 760.
- FAUVARQUE-COSSON B., *Le changement des circonstances*, in *Revue des contrats*, 2004, p. 67.
- FERRIER D., *Un fournisseur n'exécute pas de bonne foi le contrat d'approvisionnement exclusif en privant le distributeur des moyens de pratiquer des prix concurrentiels* (osservazioni a Cass. com., 3 novembre 1992, BP c/Huard), in *Recueil Dalloz*, 1995, Somm. 85.
- FOLLIOT-LALLIOT L., *Exécution du contrat administratif-Obligations contractuelles et pouvoirs de l'Administration*, in *JurisClasseur Administratif*, fasc. 608, 2009.
- FONTAINE M. e DE LY F., *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, Bruxelles-Paris, 2003 (per la traduzione italiana, M. Fontaine e F. De Ly, *La redazione dei contratti internazionali: a partire dall'analisi delle clausole*, testo italiano a cura di R.M. Morresi, Milano, 2008).
- FONTAINE M., *Les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long term*, in *Droit et pratique du commerce international*, 1976, p. 7.
- GAUTIER P.-Y., *L'obligation de loyauté du mandant poussée trop loin? Sur le "prix concurrentiels" de l'agent commercial* (osservazioni a Cass. com., 24 novembre 1998, Chevassus-Marche), in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999 p. 646.
- GAVOTY G. e EDWARDS O., *Vers une extension de l'obligation de renégociation en matière contractuelle?* (nota a Cass. 1^{re}, 16 marzo 2004), in *Les Petites Affiches*, 28 giugno 2004, no. 128, p. 18.
- GHESTIN J. e BILLIAU M., *Le prix dans les contrats de longue durée*, Paris, 1990.
- GHESTIN J., JAMIN C. e BILLIAU M., *Les effets du contrat*, in *Traité de droit civil* diretto da J. Ghestin, 3^e éd., Paris, 2001.
- GHESTIN J., *L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation*, nota a Cass. 1^{re}, 16 marzo 2004, in *Recueil Dalloz*, 2004, p. 2239.
- GHESTIN J., *Les effets du contrat. Renégociation des contrats en cours en cas de modification des circonstances Economiques : l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de Cassation du 16 mars 2004 n'a rien jugé sur ce point*, in *La semaine juridique*, éd. Générale, p. 1960.
- GRYNBAUM L., *Droit civil, Les obligations*, Paris, 2007.
- GRYNBAUM L., *Le contrat contingent. L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, Paris, 2004.

- GUETTIER C., *Droit des contrats administratifs*, Paris, 2^e éd., 2008.
- HECQUARD-THERON M., *La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention*, in *L'actualité juridique de droit administratif*, 1993, p. 451.
- HOUTCIEFF D., *L'obligation de renégocier en cas de modification imprévue*, *Quand la première chambre civile manie l'art de la litote...* nota a Cass. 1^{re}, 16 marzo 2004, in *Revue Lamy de droit civil*, 2004, n. 6.
- HUILLIER J., *Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration*, in *Recueil Dalloz*, 1953, chron. 87.
- JAMIN C., *Les effets du contrat* (osservazioni a Cass. com., 24 novembre 1998, *Chevassus-Marche*), in *Juris classeur périodique, La semaine juridique, éd. Générale*, 1999, I, p. 143, n. 23.
- JARROSSON C., *Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation*, in AA.VV. *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Marseille, 1990, p. 142.
- JUHAN J.-L., *Le contrat bouleversé par la crise: vers un droit à la renégociation?*, in *Revue Lamy Droit civil*, 2009, supplemento al n. 58, p. 23.
- KABADI A., *La renégociation du contrat*, in *La Semaine Juridique, Edition Entreprise*, 4 novembre 1999, n° 44, p. 6.
- KIRAT T., *L'allocation des risques dans les contrats: de l'économie des contrats «incomplets» à la pratique des contrats administratifs*, in *Revue internationale de Droit Économique*, 2003, p. 11.
- LAMARQUE J., *Les difficultés et les perspectives d'avenir de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé*, in *L'actualité juridique de droit administratif*, 1961, pp. 123.
- LAMOUREUX M., *L'obligation de renégociation en cas de changement de circonstances* (commento a Cour d'Appel de Nancy, 26 settembre 2007), in *La Semaine juridique, Edition Générale*, 14 maggio 2008, n. 20, p. 29-32, *Jurisprudence II*, 10091.
- LAVEFVE LABORDERIE A.S., *La pérennité contractuelle*, Paris, 2005.
- LE GAC-PECH S., *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Paris, 2000.
- LE TOURNEAU PH. E POUMAREDE M., *Bonne foi*, in *Répertoire de droit civil, éditions Dalloz*, Tome VI, 2009.
- LE TOURNEAU PH., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, 2004.
- LIMOZIN-LAMOTHE Ph., *Les avenants: observations complémentaires*, in *L'actualité juridique de droit administratif*, 1998, p. 767.
- LLORENS F. e SOLER-COUTEAUX P., *Sujétions imprévues: imprévisibilité et caractère exceptionnel non établis en l'espèce* (nota a Cour administrative d'appel de Marseille, 8 gennaio 2007, *Sté Carillion BTP*), in *Contrats et Marchés publics*, 2007, comm. 78.
- LLORENS F. et SOLER-COUTEAUX P., *Code des marchés publics*, Paris, 2008.
- LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DEVOLVE P. e GENEVOIS B. (a cura di), *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16^e éd., 2007, n. 74, p. 491.

- MACAULEY S., *Non contractual relations in Business: A Preliminary Study*, in *American Sociological Review*, 1963, Vol. 28, n. 1, p. 55.
- MACAULEY S., *An empirical view of Contract*, in *Wisconsin Law Review*, 1985, vol. 5, p. 465.
- MACNEIL I.R., *The new social contract*, Yale University Press, New Haven, 1980.
- MACNEIL I.R. *Relational contract: What we do and we do not know*, in *Wisconsin Law Review*, 1985, Vol. 3 pp.483.
- MALAUURIE P., AYNES L., STOFFEL-MUNCK P., *Droit civil, Les obligations*, 3^e ed., Paris, 2007.
- MALAUURIE-VIGNAL M., *De l'obligation pour un mandant de contrôler son réseau afin de permettre à son mandatarie de pratiquer des prix concurrentiels* (osservazioni a Cass. com., 24 novembre 1998, *Chevassus-Marche*), in *Contrats-concurrence- consummation*, 1999, n. 4, p. 14.
- MAZEAUD D., *Chambre commerciale de la Cour de cassation: de l'audace, toujours de l'audace!* (osservazioni a Cass. com., 24 novembre 1998, *Chevassus-Marche*), in *Deffrénois*, 1999, p. 371.
- MAZEAUD D., *A propos du droit virtuel des contrats: réflexions sur les principes d'Unidroit et de la Commission Lando*, Paris, 2000, p. 205.
- MAZEAUD D., *Du nouveau sur l'obligation de renégocier* (nota a Cass. 1^{re}, 16 marzo 2004), in *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1754.
- MAZEAUD D., *Renégociation du contrat* (osservazioni a Cass. 1^{re}, 16 marzo 2004), in *Revue des contrats*, 2004, 3, p. 642.
- MAZEAUD D., *La révision du contrat*, in *Les Petites affiches*, 30 giugno 2005, n. 129, p. 4.
- MAZEAUD D., *Renégocier ne rime pas avec réviser* (nota a Cass. com., 3 ottobre 2006, n. 04-13.214), in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 765.
- MAZEAUD D., *Renégociation du contrat* (nota a Cour d'Appel de Nancy, 26 settembre 2007), in *Revue des contrats*, 1 luglio 2008, 3, p. 738.
- MESTRE J., *D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1986, p. 101.
- MESTRE J., *Une bonne foi franchement conquérante...au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat!* (osservazioni a Cass. com., 3 novembre 1992, BP c/Huard), in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1993, p. 124.
- MESTRE J., *Vers un élargissement des frontières du contrat de droit privé*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1993, p. 113.
- MESTRE J., *Où le devoir de loyauté fait naître pour l'un des contractants le droit de rester concurrentiel;* (osservazioni a Cass. com., 24 novembre 1998, *Chevassus-Marche*), in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 98.
- MESTRE J. e FAGES B., *Il ne faut pas confondre «déséquilibrée structurel» et «modification imprévues des circonstances économiques»* (osservazioni a Cass. 1^{re}, 16 marzo 2004), in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, p. 290.
- MESTRE J. e FAGES B., *Portée des clauses de réunion ou de rencontre stipule en vue de faciliter la renégociation du contrat* (osservazioni a Cour d'appel d'Angers, 27 gennaio 2004), in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, p. 112.

- MOLFESSIS N., *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat*, in *Les Petites affiches*, 30 septembre 1998, *numéro spécial* n. 117, p. 21.
- MORAND-DEVILLER J., *Cours de droit administratif*, 8^e ed., Paris, 2003.
- MOURALIS J.L., *Imprévision*, *Répertoire de droit civil*, éditions Dalloz, Tome VI, 2003.
- MOUSSERON J.M., *La gestion des risques par le contrat*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1988, p. 487.
- MOUSSERON P., RAYNARD J., SEUBE J.B., *Technique contractuelle*, 3^e ed., Levallois, 2005.
- NOGUELLOU R., *Notion de marché public*, in *JurisClasseur Administratif*, 2008, Fasc. 623.
- OPPETIT B., *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de «hardship»*, in *Journal du Droit international*, 1974, n. 4, p. 794.
- PEQUIGNOT G., *Contribution à la Theorie générale du contrat administratif*, Thèse, Montpellier, 1945.
- PICOD Y., *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, in *Juris classeur périodique, La Semaine Juridique*, éd. générale, 1988, I.3318, n° 8.
- PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, 1989.
- PICOD Y., *Tenu d'une obligation de loyauté, le mandant doit metre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat* (osservazioni a Cass. com., 24 novembre 1998, *Chevassus-Marche*), in *Juris classeur périodique, La semaine juridique*, éd. Générale, 1999, II, 12210.
- PIOTRAUT J.L., *L'impossibilité d'exécuter un contrat*, in *Les Petites affiches*, 20 maggio 1994 n° 60, p. 10.
- PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, thèse, Paris, 2003.
- PREVOST J.F., *A la recherche du critère du contrat administratif (la qualité des contractants)*, *Revue du droit public*, 1971, p. 817.
- RAINAUD J.-M., *Le contrat administratif: volonté des parties ou loi de service public?*, in *Revue du droit public*, 1985, p. 1183.
- RAINAUD J.M., *La crise du service public français*, Paris, 1999.
- RENARD-PAYEN O., *En mettant en cause le Déséquilibre financier existant dès la conclusion d'une convention et non la modification imprévue des circonstances économiques, une société rompt unilatéralement le contrat* (osservazioni a Cass. 1^{re}, 16 marzo 2004), in *Juris classeur périodique, La semaine juridique*, éd. Enterprise, 2004, no. 20, p. 737.
- RICHER L., *Les contrats administratifs*, Parigi, 1991.
- RICHER L., *Droit des contrats administratifs*, 6^e éd., Paris, 2008.
- RIEG A., *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit française et allemand*, Thèse, Paris, 1961.
- RIVERO J. e WALINE J., *Droit administratif*, 21^e ed., Paris, 2006.
- ROBERT J.A., *La théorie de l'imprévision et le bouleversement économique dans les contrats commerciaux et industriels*, in *Revue Lamy de Droit Civil*, 2009, n. 62.
- ROUAULT M.C., *Droit administratif*, Paris, 2005.

- ROUGEVIN-BAVILLE M., DENOIX DE SAINT MARC R., LABETOULLE D., *Leçons de droit administratif*, Paris, 1989.
- ROUHETTE G., *La révision conventionnelle du contrat*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1986, 2, p. 369.
- ROUHETTE G., *Principes du droit européen du contrat*, Paris, 2003.
- ROUQUETTE R., *Dictionnaire du droit administratif*, Paris, 2002.
- SINKONDO M.H., *La notion de contrat administratif: acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration?*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1993, p. 239.
- STOFFEL-MUNCH PH., *L'abus dans le contrat*, Paris, 2000.
- STOFFEL-MUNCK PH., *L'imprévision en question: interrogations sur les conséquences d'un bouleversement de l'économie d'un contrat par suite d'une évolution imprévue des circonstances* (nota a Cass. 16 marzo 2004, n° 01-15.804), in *Communication Commerce électronique* n° 10, 1 octobre 2004, p. 41.
- STOFFEL-MUNCK PH., *Les limites de l'obligation conventionnelle de renégocier la convention en cas de bouleversement du contexte économique* (nota a Cour d'appel d'Angers, 27 gennaio 2004), in *Communication Commerce électronique*, 2004, n. 11, comm. 145.
- TERNEYRE PH., *L'influence di droit communautaire sur le droit des contrats administratif*, in *Actualité juridique – Droit administratif*, 1996, numéro spécial-Droit administratif et droit communautaire, p. 84.
- TERNEYRE PH., *Réforme du code des marchés publics : de la mise à jour à quelques refontes radicales*, in *Bulletin juridique des contrats publics*, 2009, n. 62, p. 2.
- TERRE F., SIMLER P., LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, 3^e éd., Paris, 2005, p. 247.
- TERRE F., *La réforme du droit des contrats*, in *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2992.
- THIEBERGE-GUELFUCCI C., *Libres propos sur le transformation du droit des contrats*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997, p. 359.
- TRUCHET D., *Droit administratif*, 1^{re} éd., Paris, 2008.
- VIPREY R., *Vers une relative généralisation du principe de l'imprévision en droit privé?*, in *Dalloz Affaires*, 1997, n° 29, p. 918.
- VIRASSAMY G., nota a Cass. com., 3 novembre 1992, BP c/Huard in *Juris classeur périodique, La semaine juridique*, éd. G., 1993, II, 22164.

GIURISPRUDENZA

- Corte Cost., 15 aprile 1993, n. 163, in *Giur. cost.*, 1993, p. 1189.
Corte Cost., 23 novembre 1993, n. 409, *Giur. cost.*, p. 3398 ss.
Corte Cost., 25 novembre 1993, n. 417, in *Giur. cost.*, p. 3447 ss.
Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2594.
Corte Cost., 23 novembre 2007, n. 401, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1787.
- Corte dei Conti, 11 dicembre 1996, n. 171, in *Cons. Stato*, 1997, II, p. 458 ss.
- Corte Giust., 12 luglio 1957, cause riun. 7/56, 3/57 e 7/57, *Dineke Algera e a. c. Alta Autorità*, in *Raccolta*, 1957, p. 83.
Corte Giust., 17 dicembre 1970, C- 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Raccolta*, 1970, p. 1125.
Corte Giust., 30 gennaio 1973, C- 148/73, coniugi *Louwage c/ commissione*, in *Raccolta*, 1974, p. 81.
Corte Giust., 19 ottobre 1977, cause riunite C- 127/76 e 16/77, in *Raccolta*, 1977, p. 1753
Corte Giust., 3 maggio 1978, C- 112/77, *Topfer c/ Commissione*, in *Raccolta*, 1978 p. 1019.
Corte Giust., 27 settembre 1979, *Eridania*, C- 230/78, in *Raccolta*, 1979, 2749.
Corte Giust., 15 gennaio 1986, C- 41/84, *Pinna*, in *Raccolta*, 1986, p. 1.
Corte Giust., 11 marzo 1987, C- 265/85, in *Raccolta*, 1987, p. 1155.
Corte Giust., 26 aprile 1988, C- 316/86, *Hauptzollamt Hamburg-Jonas c. Krucken*, in *Raccolta*, 1988, 2213.
Corte Giust., 11 luglio 1989, C- 265/87, *Schröder*, in *Raccolta*, 1989, p. 2237 ss.
Corte Giust., 19 giugno 1990, C- 213/89, *Factortame*, in *Raccolta*, 1990, p. I-2433.
Corte Giust., 17 luglio 1997, C- 183/95, *Affish*, in *Raccolta*, 1997, p. I-4315.
Corte Giust., 13 aprile 2000, C- 292/97, *Karlsson*, in *Raccolta*, 2000, p. 2737.
Corte Giust., 7 dicembre 2000, C- 324/98, *Teleaustria c. Post & Telekom Austria*, in *Urbanistica e appalti*, 2001, n. 5, p. 48 ss.
Corte Giust., 18 gennaio 2001, C- 83/99, in *Raccolta*, 2001, p. I-445.
Corte Giust., 18 gennaio 2001, C- 361/98, *Italia c./Commissione*, in *Raccolta*, 2001, p. I-385.
Corte Giust., 10 maggio 2001, cause riunite c.223/99 e c. 260/99, *Agorà Srl e Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano / Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. e Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano, Ciffat soc. coop. Arl*, in *Raccolta*, 2001, p. I-3605.
Corte Giust., 11 luglio 2002, C- 62/00, in *Raccolta*, 2002, p. I-6325.
Corte Giust., 15 gennaio 2002, C- 179/00, in *Raccolta*, 2002, p. I-501.
Corte Giust., 20 giugno 2002, *Mulligan*, C- 313/99, in *Raccolta*, 2002, p. I-5719.
Corte Giust., 17 settembre 2002, *Baumbast*, C- 413/99, in *Raccolta*, 2002, p. I-7091.
Corte Giust., 13 ottobre 2005, C- 458/03, *Parking Brixen*, in *Riv. it. dir. pubbl. cumunit.*, 2005, 6, pp. 1907 ss.
Corte Giust., 6 aprile 2006, C- 410/04, *ANAV c. Comune di Bari e AMTAB Servizio SpA*, in *Raccolta*, 2006, p. I-3303.
Corte Giust., 16 dicembre 2008, C- 213/07, *Michaniki AE*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, p. 807.

Corte Giust., 23 dicembre 2009, C- 376/08, *Soc. Serrantoni*, in *Foro amm. CdS*, 2009, p. 2781.

Trib. I grado Comunità europee, 8 maggio 2007, n. 271/04, in *Raccolta*, 2007, II, 1375.

Cass., 26 settembre 1950, n. 2552, in *Foro it.*, 1950, I, c. 1129.

Cass., 23 aprile 1964, n. 978, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 1819.

Cass., Sez. un., 5 aprile 1966, n. 872, in *Rep. Giur. it.*, 1966, *Amministrazione pubblica*, n. 71 e 72, in *Foro it.*, 1966, I, 1, c. 950.

Cass., 26 maggio 1969, n. 1858, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, c. 87.

Cass., 17 maggio 1976, n. 1738, in *Giust. civ.*, 1977, I, 1, c. 2242.

Cass., 23 maggio 1980, n. 3410, in *Mass. Giur. it.*, 1980, c. 863.

Cass., 10 marzo 1981, n. 1357, in *Arch. Civ.*, 1981, p. 419.

Cass., 8 febbraio 1982, n. 722, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2285, in *Riv. Dir. Int. priv. proc.*, 1982, p. 829

Cass., 6 aprile 1983, n. 2443, in *Riv. Giur. dell'edilizia*, 1983, I, p. 383 ss.

Cass., 7 ottobre 1983, n. 5838, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 240.

Cass., 21 novembre 1983, n. 6933, in *Foro it.*, 1984, I, 1, c. 456.

Cass., 1 dicembre 1983, n. 7199, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 368.

Cass. 21 febbraio 1983, n. 1308, in *Giust. civ.*, 1983, p. 2379.

Cass., sez. un., 19 aprile 1984, n. 2567, in *Riv. Giur. dell'edilizia*, 1984, I, p. 448.

Cass., sez. un., 17 novembre 1984, n. 5841, in *Foro it.*, 1985, I, p. 131.

Cass., 15 dicembre 1984, n. 6574, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, p. 1706.

Cass., 30 gennaio 1985, n. 580, in *Riv. giur. dell'edilizia*, 1985, I, p. 426 ss.

Cass., sez. un., 17 aprile 1985, n. 2536, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1985, 1065.

Cass., 11 novembre 1986, n. 6584, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2177.

Cass., 1 ottobre 1987, n. 7341, in *Foro it.*, 1988, c. 103 ss.

Cass., 18 luglio 1989, n. 3347, in *Foro it.*, 1990, I, c. 564.

Cass., sez. un., 29 marzo 1989, n. 1540, in *Giur. it.*, I, 1, c. 1502 ss.

Cass. 9 ottobre 1989, n. 4023, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, p. 944.

Cass., 11 agosto 1990, n. 8200, in *Rep. Foro it.*, 1990, *Contratto in genere*, n. 260.

Cass., 9 marzo 1991, n. 2503, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2077, in *Corr. Giur.*, 1991, p. 789.

Cass., 11 gennaio 1992, n. 247, in *Corr. giur.*, 1992, p. 662.

Cass., 30 gennaio 1992, n. 1006, in *Vita not.*, 1992, p. 392.

Cass., 26 gennaio 1993, n. 948, *Giust. civ.*, 1993, I, p. 3021.

Cass., 22 dicembre 1993, n. 12706, in *Rep. Foro it.*, 1993, *Opere pubbliche*, n. 274.

Cass., 10 marzo 1994, n. 2325, in *Rep. Foro it.*, 1994, *Contratto in genere*, n. 453.

Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1296, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2159.

Cass., 3 novembre 1994, n. 9060, in *Rep. Foro it.*, 1994, *Appalto*, n. 46.

Cass., sez. un., 25 luglio 1994, n. 6941, in *Rep. Foro it.*, 1994, *Edilizia e urbanistica*, n. 211.

Cass., 5 gennaio 1995, n. 191, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, p. 34.

Cass., 3 febbraio 1995, n. 1306, in *Mass. Foro it.*, 1995.

Cass., 29 maggio 1995, n. 6036, in *Rep. Foro it.*, 1995, *Contratto in genere*, n. 426.

Cass., 8 agosto 1995, n. 8689, in *Contratti*, 1995, p. 578.

Cass., 21 maggio 1997, n. 4538, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2479.

Cass., 26 agosto 1997, n. 8014, in *Rassegna dell'avvocatura dello stato*, 1998, 1, p. 169.

Cass., 13 novembre 1997, n. 11248, in *Mass. Foro it.*, 1997.
 Cass., 8 settembre 1998, n. 8857, in *Rep. Foro it.*, 1998, *Contratto in genere*, n. 528.
 Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3081.
 Cass., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2487.
 Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2929.
 Cass., 5 novembre 1999, n. 12310, in *Mass. Foro it.*, 1999.
 Cass., 23 novembre 1999, n. 12989, in *Rep. Foro it.*, 1999, *Appalto*, n. 33.
 Cass., sez. un., 30 marzo 2000, n. 71 e n. 72, in *Foro it.*, 2000, c. 2210.
 Cass., 27 ottobre 2000, n. 14172, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2924.
 Cass. 27 settembre 2001, n. 12093, in *Foro it.*, 2001, I, 3541, in *Corr. giur.*, 2002, 328.
 Cass., sez. un., 7 febbraio 2002, n. 1763, in *Rep. Foro it.*, 2002, *Edilizia e urbanistica*, n. 241.
 Cass., 19 aprile 2002, n. 5691, in *Rep. Foro it.*, 2002, *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 80.
 Cass., 23 maggio 2002, n. 7543, in *Foro it.*, 2003, I, c. 557.
 Cass., 5 agosto 2002, n. 11710, in *Contratti*, 2003, p. 336 ss.
 Cass., 16 ottobre 2002, n. 14726, in *Mass. Foro it.*, 2002, in *Danno e responsabilità*, 2003, 2, p. 174 ss.
 Cass., 27 gennaio 2003, n. 1189, in *Rep. Foro it.*, 2003, *Contratto in genere*, n. 513.
 Cass., 4 aprile 2003, n. 5324, in *Rep. Foro it.*, 2003, *Contratto in genere*, n. 447.
 Cass., 9 maggio 2003, n. 7073, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2387 ss.
 Cass., 23 maggio 2003, n. 8188, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 553 ss.
 Cass., 30 maggio 2003, n. 8813, in *Rep. Foro it.*, 2003, *Contratto in genere*, n. 445.
 Cass., 2 luglio 2003, n. 10454, in *Rep. Foro it.*, 2003, *Contratto in genere*, n. 486.
 Cass., 30 luglio, 2004, n. 14605, in *Rep. Foro it.*, 2004, *Contratto in genere*, n. 302.
 Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Contratto in genere*, n. 629.
 Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Corriere giur.*, 2005, p. 1534.
 Cass., sez. I, 29 settembre 2005, 19024, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Contratto in genere*, n. 403.
 Cass., civ., 16 dicembre 2005, n. 27732, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Contratto in genere*, n. 557.
 Cass., 17 marzo 2006, n. 5997, in *Foro it.*, 2007, I, 1582.
 Cass., 12 aprile 2006, n. 8619, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, p. 120 ss.
 Cass., 29 aprile 2006, n. 10052, in *Giur. it.*, 2006, 12, p. 2259, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, fasc. 1, I, p. 1 ss., in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2006, 4, p. 896.
 Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 564.
 Cass., sez. I, 26 maggio 2006 n. 12629, in *Foro it.*, 2008, I, 256.
 Cass., 29 maggio 2006, n. 12801, in *Mass. Foro it.*, 2006, 1068.
 Cass., sez. un., ord., 1 giugno 2006, n. 13033, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 8, p. 935 ss.
 Cass., 7 giugno 2006, n. 13345, in *Mass. Foro it.*, 2006, c. 1278.
 Cass., 15 febbraio 2007, n. 3462, in *Foro it.*, *Mass.*, 2007, c. 1148.
 Cass., 27 febbraio 2007, n. 4425, in *Arch. Giur. Oo.pp.*, 2007, p. 256 ss.
 Cass., sez. I, 7 marzo 2007, n. 5273, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Contratto in genere*, n. 532.
 Cass., sez. I, 27 marzo 2007 n. 7481, in *Mass. Foro it.*, 2007, c. 599.
 Cass., 30 marzo 2007, n. 7972, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Contratto in genere*, n. 445.
 Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Contratto in genere*, n. 583 e in *Giur. it.*, 2008, p. 326.
 Cass., 13 luglio 2007, n. 15669, in *Giust. civ.*, 2008, I, 712.
 Cass., 28 agosto 2007, n. 18195, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Contratto in genere*, n. 370.
 Cass., 14 dicembre 2007, n. 26262, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Fideiussione e mandato di credito*, n. 25.
 Cass., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27169, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 2, p. 514 ss.

Cass., 28 marzo 2008, n. 8071, *Dir. e giur.*, 2008, p. 385 ss.
Cass., sez. I, 15 aprile 2008 n. 9906, in *Foro it.*, 2008, I, c. 3616.
Cass. civ., 13 giugno 2008, n. 16017, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratto in genere*, n. 467.
Cass., 7 ottobre 2008, n. 24769, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratto in genere*, n. 456.
Cass., sez. un., 18 luglio 2008, n. 19805, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratti pubblici*, n. 1148.
Cass., sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratto in genere*, n. 368.
Cass., sez. un., 17 dicembre 2008, n. 29425, in *Mass. Foro it.*, 2008, c. 1708.
Cass., sez. un., ord., 23 dicembre 2008, n. 30059, in *Giust. civ.*, 2009, I, 898.
Cass., 22 gennaio 2009, n. 1618, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, p. 24.
Cass., 25 febbraio 2009, n. 4463, in *Mass. Foro it.*, 2009, c. 260.
Cass., sez. un., 17 aprile 2009, n. 9152, in *Mass. Foro it.*, 2009, c. 538.
Cass., sez. un., 19 marzo 2009, n. 6595, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 1245.
Cass., sez. un., 15 giugno 2009, n. 13892, in *Mass. Foro it.*, 2009, c. 790.
Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85, in *Guida dir.*, 2009, 40, 38 ss., in *Contratti*, 2010, 1, 5 ss.

Trib. Milano, 9 ottobre 1986, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1987, II, p. 333.
Trib. Ravenna 17 novembre 1989, *Arch. civ.*, 1990, p. 618.
Trib. Torino, 15 ottobre 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 135, in *Foro it.*, 1998, I, 616, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1997, II, 447.
Trib. Pescara, 24 gennaio 1997, in *Foro it.*, 1998, I, c. 613.
Trib. Milano, 9 gennaio 1997, in *Riv. Arbitrato*, 1999, p. 67.
Trib. Padova, 19 febbraio 1999, in *Questione giustizia*, 1999, n. 2, p. 357 ss.
Trib. Palermo, 7 marzo 2000, in *Corr. giur.*, 2000, p. 879 ss.
Trib. di Salerno, 28 marzo 2006, in *Le Corti salernitane*, 2007, n. 3, p. 437.
Trib. Roma, 18 ottobre 2006, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Amministrazione Stato*, n. 235.

App. Torino, 30 giugno 2008, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratto in genere*, n. 294, in *Giur. piemontese*, 2009, p. 10.

Cons. Stato, 9 febbraio 1982, n. 70, in *Foro amm.*, 1982, I, p. 215 ss.
Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 1987 n. 550, in *Cons. Stato*, 1987, I, p. 1257, in *Rep. Foro it.* 1987, *Contratti della p.a.*, n. 161.
Cons. Stato, 19 dicembre 1989, n. 1838, in *Riv. trim. app.*, 1990, p. 1065.
Cons. Stato, 12 marzo 1990, n. 374, in *Cons. Stato*, 1990, I, p. 455
Cons. Stato, sez. V. 20 settembre 1990, n. 686, in *Foro amm.*, 1990, p. 2036 ss.
Cons. Stato, 25 febbraio 1991, n. 195, in *Foro amm.*, 1991, 397.
Cons. Stato, Ad. Gen., 6 febbraio 1992, n. 27, in *Foro it.*, 1992, III, c. 200.
Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio 1993, n. 14, in *Foro amm.*, 1993, I, p. 989.
Cons. Stato, 8 luglio 1995, n. 1029, in *Rep. Foro it.*, 1996, *Contratti della p.a.*, n. 247.
Cons. Stato, 16 aprile 1998, n. 515, in *Riv. giur. dell'edilizia*, 1998, I, p. 957 ss.
Cons. Stato, 28 ottobre 1998, n. 1478, in *Foro it.*, 1999, III, c. 178;
Cons. Stato, 22 dicembre 1998, n. 1847, in *Foro amm.*, 1998, p. 3065.
Cons. Stato, Ad. Plen., 22 aprile 1999, n. 4, in *Cons. Stato*, 1999, I, p. 557.

Cons. Stato, 11 maggio 1999, n. 596, in *Urbanistica e appalti*, 2000, p. 876.
 Cons. Stato, ad. gen., 17 febbraio 2000, n. 2, in *Foro it.*, 2001, III, p. 348.
 Cons. Stato, Ad. Plen., ord. 30 marzo 2000, n. 1, in *Foro it.*, 2000, III, c. 365.
 Cons. Stato, 20 ottobre 2000, n. 5350, in *Cons. Stato*, 2000, p. 2383.
 Cons. Stato, IV, 29 novembre 2000, n. 6325, in *Giur. it.*, 2001, p. 611 ss.
 Cons. Stato, ad. gen., 6 dicembre 2000, n. 5, in *Cons. Stato*, 2001, I, 839.
 Cons. Stato, 28 dicembre 2001, n. 6443, in *Urbanistica e appalti*, 2002, 6, p. 690 ss.
 Cons. Stato, 21 gennaio 2002, n. 340, in *Giur. it.*, 2002, p. 619 ss.
 Cons. Stato, 15 febbraio 2002, n. 394, in *Cons. Stato*, 2002, I, 348.
 Cons. Stato, 25 settembre 2002, n. 4895, in *Cons. Stato*, 2002, I, p. 1961 ss.
 Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2002, n. 6004, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, p. 2945 ss.
 Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, p. 2898; in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, p. 145, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p.53, in *Urbanistica e Appalti*, 2003, 5, p. 577.
 Cons. Stato, 18 novembre 2002, n. 6389, in *Urbanistica e appalti*, 2003, 566.
 Cons. Stato, 14 luglio 2003, n. 4167, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 1160 ss., in *Urbanistica e appalti*, 2003, 12, p. 1435 ss.
 Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2003 n. 6072, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, p. 2969 ss., in *Giust. amm.*, 2003, 1154.
 Cons. Stato, Sez. IV, 25 marzo 2003, n. 1544, in *Cons. Stato*, 2003, I, p. 691, in *Giur. it.*, 2003, p. 1257.
 Cons. Stato, 26 settembre 2003, n. 5500, in *Cons. Stato*, 2003, I, p. 1998.
 Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2004 n. 2969, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 1425 ss.
 Cons. Stato, 7 giugno 2004, n. 3617, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, p. 1649.
 Cons. Stato, sez. IV, 19 luglio 2004, n. 5183, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2004, 1015.
 Cons. Stato, 23 settembre 2004, n. 6215, in *Rep. Foro it.*, 2004, *Contratti della p.a.*, n. 286 e in *Cons. Stato*, 2004, I, 1899.
 Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6583, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 2874.
 Cons. Stato, sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8220, in *Cons. Stato*, 2004, I, p. 2656.
 Cons. Stato, 12 aprile 2005, n.1638, in *Danno e resp.*, 2005, 893
 Cons. Stato, sez. VI, 18 aprile 2005, n. 1769, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Responsabilità civile*, n. 409, in *Cons. Stato*, 2005, I, 678, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2005, 367.
 Cons. Stato, 26 aprile 2005, n. 1885, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, p. 1171.
 Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, in *Foro it.*, 2009, III, c. 124, in *Consiglio di Stato*, 2005, I, p. 1440.
 Cons. Stato, sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5360, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Contratti della p.a.*, n. 603.
 Cons. Stato, sez. I, 12 ottobre 2005, n. 3260, in *Cons. Stato*, 2005, I, 1922.
 Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2006, n. 43, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2006, p. 530.
 Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2006, n. 126, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, p. 168 ss. e in *www.giustamm.it*, 2006.
 Cons. Stato, 14 aprile 2006, n. 2087, in *Giur. it.*, 2006, p. 1745
 Cons. Stato, sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3989, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Contratti della p.a.*, n. 759.
 Cons. Stato, 30 agosto 2006, n. 5072, in *Urbanistica e appalti*, 2006, pp. 1417 e ss.
 Cons. Stato sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6456, *Rep. Foro it.*, 2006, *Contratti della p.a.*, n. 762.
 Cons. Stato, 4 dicembre 2006, n. 7102, in *Urbanistica e appalti*, 2007, p. 449.
 Cons. Stato, 28 dicembre 2006, n. 8069, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 3, p. 941 ss.
 Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 2007, n. 484, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Contratti pubblici*, n. 1105.

- Cons. Stato, 28 marzo 2007, n. 1441, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Giustizia amministrativa*, n. 1083.
- Cons. Stato, sez. VI, 25 settembre 2007, n. 4937, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Giustizia amministrativa*, n. 338.
- Cons. Stato, 26 settembre 2007, n. 2866, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratti pubblici*, n. 1181.
- Cons. Stato, sez. VI, 3 ottobre 2007, n. 5107, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratti pubblici*, n. 550.
- Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2007, n. 5925, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratti pubblici*, n. 1125.
- Cons. Stato, 29 gennaio 2008, n. 233, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 16
- Cons. Stato, sez. V, 5 giugno 2008, n. 2668, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
- Cons. Stato, 9 giugno 2008, n. 2786, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratti pubblici*, n. 1318.
- Cons. Stato, 23 giugno 2008, n. 3106, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratti pubblici*, n. 482.
- Cons. Stato, sez. IV, 7 luglio 2008, n. 3356, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 2037.
- Cons. Stato, sez. IV, 7 luglio 2008, n. 3380, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Responsabilità civile*, n. 393.
- Cons. Stato, ad. plen., 30 luglio 2008, n. 9, in *Foro it.*, 2008, c. 549.
- Cons. Stato, 8 settembre 2008, n. 4269, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratti pubblici*, n. 1178.
- Cons. Stato, sez. V, 14 novembre 2008, n. 5691, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 3037.
- Cons. Stato, ad. plen., 21 novembre 2008, n. 12, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 2964.
- Cons. Stato, sez. II, 26 novembre 2008, n. 3938, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratti pubblici*, n. 1157.
- Cons. Stato, 7 gennaio 2009, n. 17, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratti pubblici*, n. 1149.
- Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2009, n. 122, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratti pubblici*, n. 1180.
- Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2009, n. 526, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratti pubblici*, n. 647, in *Giornale dir. amm.*, 2009, 960.
- Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1477, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, 680.
- Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2009, n. 1760, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, p. 764 e in *www.giustizia-amministrativa.it*.
- Cons. Stato, 28 maggio 2009, n. 3284, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratti pubblici*, n. 1182.
- Cons. Stato, 19 giugno 2009, n. 4079, in *Foro amm. C.d.S.*, 2009, p. 1508 ss.
- Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2009, n. 3839, in *Ragiusan*, 2009, fasc. 307, p. 101.
-
- T.A.R. Toscana, 9 marzo 1995, n. 220, in *Foro amm.*, 1995, p. 1974
- T.A.R. Campania- Napoli, 4 giugno 1997, n. 1470, in *Foro amm.*, 1998, p. 912.
- T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 9 marzo 1999, n. 681 in *Ragiusan*, 2000, f. 190-1, 153.
- T.A.R. Puglia- Bari, 7 aprile 1999 n. 247 in *T.A.R.*, 1999, I, 2129.
- T.A.R. Puglia, 17 maggio 2001, n. 1761, in *Rep. Foro it.*, 2001, *Contratti della p.a.*, n. 169 .
- T.A.R. Lazio, 8 gennaio 2002, n. 106, in *Foro amm. T.A.R.*, 2002, p. 156.
- T.A.R. Campania, sezione I, 17 gennaio 2002, n. 335, in *T.A.R.*, 2002, I, p. 1169.
- T.A.R. Piemonte, 25 maggio 2002, n. 1094, in *Foro amm. T.A.R.*, 2002, p. 1498.
- T.A.R. Basilicata, 4 settembre 2002, in *Foro amm. T.A.R.*, 2002, 9, p. 2997.
- T.A.R. Emilia-Romagna, sez. I, 10 aprile 2003, n. 471, in *Rep. Foro it.*, 2003, *Contratti della p.a.*, n. 224 e in *T.A.R.*, 2003, I, p. 2016.
- T.A.R. Campania, sez. I, 26 agosto 2003, n. 11259, in *Rep. Foro it.*, 2003, *Opere pubbliche*, n. 486.
- T.A.R. Piemonte, sez. II, 6 dicembre 2003, n. 1762, in *Rep. Foro it.*, 2004, *Contratti della p.a.*, n. 270.
- T.A.R. Piemonte, 5 gennaio 2004, n. 4, in *Ragiusan*, 2004, fasc. 247, p. 169.

- T.A.R. Piemonte, 14 febbraio 2004, n. 250, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, 305.
- T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *bis*, 24 febbraio 2005, n. 1467, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Contratti della p.a.*, n. 298 e in *www.giustamm.it* (*Giust.amm.*, 2005, 202).
- T.A.R. Campania-Salerno, sez. II, 31 marzo 2005 n. 352, in *Foro amm. T.A.R.*, 2005, 836.
- T.A.R. Lazio, sez. I, 20 giugno 2005, n. 5109, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Contratti della p.a.*, n. 294.
- T.A.R. Lombardia-Milano, 6 dicembre 2005, n. 4944, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
- T.A.R. Sardegna, sez. II, 19 gennaio 2006, n. 29, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 407.
- T.A.R. Lazio, sez. I, 13 febbraio 2006, n. 1062, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 568.
- T.A.R. Lazio, sez. I, 13 febbraio 2006, n. 1064, in *Giur. it.*, 2006, 1532.
- T.A.R. Piemonte, 17 marzo 2006, n. 1484, in *Ragiusan*, 2006, fasc. 271, 201.
- T.A.R. Lazio-Roma, sez. II *ter*, sentenza 20 aprile 2006, n. 2883, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
- T.A.R. Lazio- Roma, sez. I *bis*, 11 luglio 2006, n. 5766, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
- T.A.R. Lazio, sez. III, 3 agosto 2006, n. 6911, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Atto amministrativo*, n. 433.
- T.A.R. Lombardia, sez. Brescia, 26 ottobre 2006, n. 1349, in *Rep. Foro it.*, 2006, *Contratti della p.a.*, n. 822.
- T.A.R. Liguria, sez. I, 30 ottobre 2006, n. 1349, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Atto amministrativo*, n. 416.
- T.A.R. Campania-Salerno, 7 novembre 2006 n. 1966, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
- T.A.R. Lazio, sez. III, 10 gennaio 2007, n. 79, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Contratti pubblici*, n. 521 e in *Giurisdiz. amm.*, cit., p. 105 ss. e in *Rep. Foro it.*, 2007, *Atto amministrativo*, n. 435.
- T.A.R. Campania, sez. Salerno, sez. I, 26 aprile 2007, n. 468, in *Ragiusan*, 2009, fasc. 297, 91.
- T.A.R. Campania, sez. I, 25 maggio 2007, n. 5687, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratti pubblici*, n. 1135.
- T.A.R. Lazio, sez. III, 13 luglio 2007, n. 6369, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratti pubblici*, n. 565.
- T.A.R. Lazio Roma, sez. II *ter*, 27 luglio 2007, n. 7119, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
- T.A.R. Lazio, sez. III, 22 dicembre 2007, n. 12229, in *Ragiusan*, 2009, fasc. 297, p. 108.
- T.A.R. Liguria, sez. II, 30 maggio 2008, n. 1169, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratti pubblici*, n. 1166.
- T.A.R. Lombardia, sez. I, 20 novembre 2008, n. 5481, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratti pubblici*, n. 490.
- T.A.R. Puglia, sez. I, 22 dicembre 2008, n. 2932, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, p. 211.
- T.A.R. Lombardia, sez. III, 29 dicembre 2008, n. 6171, in *Urbanistica e appalti*, 2009, 483.
- T.A.R. Lazio, sez. III, 9 marzo 2009, n. 2372, in in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratti pubblici*, n. 1166 e in *Urbanistica e appalti*, 2009, p. 869.
- T.A.R. Liguria, sez. II, 25 marzo 2009, n. 438, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratti pubblici*, n. 489.
- T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 16 novembre 2009, n. 2687, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
- Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 15 aprile 2009, n. 230, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratti pubblici*, n. 1218.
- Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 4 novembre 2008, n. 914, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Contratti pubblici*, n. 1158.
- Coll. Arb., 14 settembre 1993, in *Rep. Foro it.*, 1996, *Opere pubbliche*, n. 252.
- Coll. Arb. Roma, 28 marzo 1996, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1998, p. 161.
- Coll. Arb. Roma, 10 febbraio 2000, in *Arch. giur. oo.pp.*, 2002, p. 1094.

Coll. Arb. Roma, 4 luglio 2005, n. 25 in *Rep. Foro it.*, 2006, *Opere pubbliche*, n. 231.
Coll. Arb. Roma, 29 marzo 2006, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Contratti pubblici*, n. 587.
Coll. Arb. Roma, 21 settembre 2006, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Contratti pubblici*, n. 1309.

Cass. civ., 6 mars 1876, *De Galliffet c/ Commune de Pélissanne*, in H. CAPITANT, F. TERRE e Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12^e éd., t. 2, Paris, 2008, no. 165, p. 183 ss.

Cass. civ., 6 giugno 1921, in *Recueil Sirey*, 1921, 1^{re} partie, p. 193.

Cass. civ., 15 novembre 1933, *Verrieres de Carmaux c/ Mines de Graissesac*, in *Gazette du Palais*, 1934, 1, p. 58.

Cass. com., 18 dicembre 1979, *Société anonyme Semvi c/ Société à responsabilité limitée magasins et entrepôts du Nord et autre*, in *Bulletin civil*, IV, n. 339, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1980, p. 780.

Cass. com., 31 maggio 1988, in *Bulletin civil*, IV, n. 189 e in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1989, p. 72-74.

Cass., 22 ottobre 1991, in *Diritto del commercio internazionale*, 1992, p. 214.

Cass. soc., 25 febbraio 1992, *Expovit*, in *Bulletin civil*, V, n. 122.

Cass. com., 3 novembre 1992, *BP c/ Huard*, in *Bulletin civil*, IV, no. 338, p. 241, in *Juris classeur périodique*, *La semaine juridique*, éd. G., 1993, II, 22164, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1993, p. 124, in *Deffrénois*, 1993, n. 22, p. 1377, in *Recueil Dalloz*, 1995, Somm. 85.

Cass., 30 maggio 1996, in *Contrat concurrence consommation*, 1996, n. 185, p. 13.

Cass. com., 24 novembre 1998, *Chevassus-Marche*, in *Bulletin civil*, IV, p. 232, no. 277, in *Juris classeur périodique*, *La semaine juridique*, éd. Générale, 1999, II, 12210, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 98, in *Deffrénois*, 1999, p. 371, in *Contrats-concurrence- consommation*, 1999, n. 4, p. 14.

Cass., 10 dicembre 2003, *Olivieranne I c/UCB Bail*, in *L'actualité juridique de droit immobilier*, 2004, 2, p. 127.

Cass. 1^{re}, 16 marzo 2004, n° 01-15.804, *Société des repas parisiens c/ Association du foyer des jeunes travailleurs et commune de Cluses*, in *Bulletin civil*, 2004, I, n. 86, in *Communication Commerce électronique* n° 10, 1 ottobre 2004, p. 41 ss., in *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1754, in *Revue des contrats*, 2004, 3, p. 642, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, p. 290, in *Juris classeur périodique*, *La semaine juridique*, éd. Enterprise, 2004, no. 20, p. 737, in *Les Petites Affiches*, 28 giugno 2004, no. 128, p. 18, in *Revue Lamy Droit Civil*, 2004, n. 6.

Cass. com., 3 ottobre 2006, n. 04-13.214, in *Recueil Dalloz*, 2007, p. 765 e in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2007, p. 341.

Cour d'appel d'Angers, 27 gennaio 2004, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006, p. 112, in *Communication Commerce électronique*, 2004, n. 11, comm. 145.

Cour d'Appel de Nancy, 26 settembre 2007, in *La Semaine juridique, Edition Générale*, 14 maggio 2008, n. 20, p. 29-32, *Jurisprudence* II, 10091, in *Revue Lamy de droit civil*, 2008, n. 2969, p. 49, in *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1120, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2008, p. 295, in *Revue des contrats*, 1 luglio 2008, 3, p. 738.

Conseil d'État, 22 novembre 1907, *Coste*, in *Recueil Lebon*, 1907, p. 849.

- Conseil d'État, 21 marzo 1910, *Compagnie générale française des tramways*, in M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DEVOLVE, B. GENEVOIS (a cura di), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16^e éd., 2007, n. 22, p. 134.
- Conseil d'État, 31 luglio 1912, *Société des Granits porphyroïdes des Vosges*, in M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DEVOLVE, B. GENEVOIS (a cura di), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16^e éd., 2007, n. 26, p. 155.
- Conseil d'État, 1 luglio 1914, *Monin*, in *Recueil Lebon*, 1914, p. 801.
- Conseil d'État, 30 marzo 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux c/ Ville de Bordeaux*, in *Recueil Sirey*, 1916, III, p. 17, in M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DEVOLVE, B. GENEVOIS (a cura di), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16^e éd., 2007, n. 31, p. 189.
- Conseil d'État, 8 febbraio 1918, *Sté d'éclairage de Poissy*, in *Revue du droit public*, 1918, p. 244.
- Conseil d'État, 27 giugno 1919, *Sté du gaz et de l'électricité de Nice c/ Ville de Nice*, in *Recueil Sirey*, 1920, 3, 25.
- Conseil d'État, 3 dicembre 1920, *Fromassol*, in *Revue du droit public*, 1921, p. 80.
- Conseil d'État, 25 novembre 1921, *Cie générale des automobiles postales c/ État*, in *Recueil Sirey*, 1923, 3, p. 33.
- Conseil d'État, 9 dicembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*, in *Recueil Sirey*, 1933, 3, p. 9, in *Recueil Dalloz*, 1933, 3, p. 17, in *Revue du droit public*, 1933, 1, p. 24, in M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DEVOLVE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 9^e ed., Paris, 1990, n. 50, p. 280 ss.
- Conseil d'État, 14 febbraio 1934, *Société d'entreprise coopérative française*, in *Recueil Lebon*, 1934, p. 222.
- Conseil d'État, 21 aprile 1944, *Compagnie française des cables télégraphiques*, in *Recueil Lebon*, 1944, p. 119.
- Conseil d'État, 10 marzo 1948, *Hospices de la Ville de Vienne*, in *Recueil Lebon*, 1948, p. 124.
- Conseil d'État, 15 luglio 1949, *Ville d'Elbeuf c/ Compagnie normande d'éclairage*, in *Recueil Lebon*, p. 358, *Recueil Sirey*, 1950, 3, p. 61, in *Recueil Dalloz*, 1950, p. 59.
- Conseil d'État, 15 giugno 1951, *Société Hydraulique-Asie*, in *Recueil Lebon*, 1951, p. 349 .
- Conseil d'État, 20 aprile 1956, *Époux Bertin; Ministre de l'agriculture c. Consorts Grimouard*, in M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DEVOLVE, B. GENEVOIS (a cura di), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16^e éd., 2007, n. 74, p. 491 ss.
- Conseil État, 2 dicembre 1964, *Port autonome de Bordeaux*, in *Recueil Lebon*, 1964, p. 936.
- Conseil d'État, 12 marzo 1976, *Département des Hautes-Pyrénées c/ Société Sofilia*, in *L'actualité juridique de droit administratif*, 1976, p. 528.
- Conseil d'État, 22 febbraio 1980, *SA des Sablières modernes d'Aressy*, in *Recueil lebon*, 1980, p. 109.
- Conseil d'État, 14 marzo 1980, *Société anonyme Compagnie industrielle de travaux életriques et mécaniques*, in *Recueil Dalloz*, 1980, J, p. 495.
- Conseil d'État, 5 novembre 1982, *Société Propétrol*, in *Recueil Lebon*, 1982, p. 381, in *L'actualité juridique de droit administratif*, 1983, p. 259.
- Conseil d'État, 2 febbraio 1983, *Union des trasports publics*, in *Revue du droit public*, 1984, p. 212 e in *Revue française de droit administratif*, 1984, p. 45
- Conseil d'État, 29 marzo 1985, *Société française de travaux publics Fougerolle*, in *Revue du Droit public*, 1985, p. 1702, n. 17.
- Conseil État, 13 maggio 1987, *Société Citra-France*, in *Recueil Dalloz*, 1987, SC, p. 433.

- Conseil d'État, 12 giugno 1987, *SA Billard et Jardin c/ Centre hospitalier de saint-Denis*, in *Revue du Droit public*, 1988, p. 1427, n. 47.
- Conseil d'État, 30 novembre 1990, *Soc. Coignet Enterprise*, in *Recueil Lebon*, p. 875.
- Conseil d'État, 19 febbraio 1992, *SA Dragages et Travaux publics*, in *Recueil Dalloz*, 1992, SC, p. 411.
- Conseil d'État, 12 giugno 2000, *Commune de Staffelfelden*, in *Bulletin juridique des contrats publics*, 2000, p. 435, in *Recueil Lebon*, 2000, p. 227, in *Recueil Dalloz*, 2000, IR, 196, in *Les petites affiches*, 8 dicembre 2000, n. 245.14.
- Conseil d'État, 30 luglio 2003, *Commune de Lens*, in *Bulletin juridique des contrats publics*, 2003, n. 31, p. 462, in *L'actualité juridique de droit administratif*, 2003, p. 1727.
- Cour administrative d'appel de Marseille, 8 gennaio 2007, *Sté Carillion BTP*, in *Contrats et Marchés publics*, 2007, comm. 78.