

La gestione del contratto pubblico tra revisione prezzi, modifiche contrattuali e rinegoziazione. Riflessioni sul riparto di giurisdizione alla luce della giurisprudenza amministrativa

di Antonio Caterino

SOMMARIO: 1. Il difficile rapporto tra *rebus sic stantibus* e *pacta sunt servanda*: una visione d'insieme. – 1.1. La disciplina del contratto di appalto nel Codice civile. – 2. La codificazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel d.lgs. n. 36 del 2023. – 3. Le clausole di revisione prezzi. – 4. La modifica del contratto in corso di esecuzione. – 5. La complessa questione del riparto di giurisdizione. – 5.1. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella revisione prezzi: contenuto della clausola e spazi per la giurisdizione del giudice ordinario. – 5.2. La frammentata giurisdizione in caso di modifica del contratto in corso di esecuzione. – 6. Conclusioni.

1. *Il difficile rapporto tra rebus sic stantibus e pacta sunt servanda: una visione d'insieme*

Per comprendere a pieno l'incidenza della sopravvenienza sulla fase di esecuzione del contratto pubblico appare opportuno ripercorrere brevemente la nozione e la classificazione del contratto d'appalto nella teoria generale del contratto.

Il Codice civile del 1942, a differenza del codice abrogato, non contiene una classificazione dei diversi contratti¹. Di fronte alla scelta abdicativa del legislatore codicistico la dottrina civilistica ha, attraverso uno sforzo ricostruttivo, tentato di individuare dei criteri classificatori dei contratti previsti dal Codice civile e dalle leggi speciali.

Con specifico riferimento alla fase di attuazione del regolamento contrattuale si è soliti distinguere tra contratti ad esecuzione istantanea

¹ Il codice del 1865 tra contratti bilaterali coi quali i contraenti si obbligano reciprocamente gli uni verso gli altri (art. 1099) e contratti unilaterali in cui, invece, una o più persone si obbligano verso una o più persone senza che queste ultime incontrino alcuna obbligazione (art. 1100), tra i contratti onerosi in cui ciascuno dei contraenti intende, mediante equivalente, procurarsi un vantaggio (art. 1101) e contratti gratuiti nei quali, uno dei contraenti intende procurare un vantaggio all'altro senza equivalente (art. 1101); ed infine tra contratti commutativi e contratti aleatori che si hanno quando ambedue i contraenti o per l'uno di essi il vantaggio dipende da un avvenimento incerto (art. 1102).

– la cui esecuzione si esaurisce con il compimento di un unico atto – e i contratti ad esecuzione continuata o periodica (cd. contratti di durata). Questi ultimi contratti si caratterizzano per la protrazione nel tempo dell'esecuzione della prestazione che è destinata a soddisfare un bisogno durevole del creditore.

Il contratto d'appalto, invece, ancorché ricondotto nella categoria dei cd. contratti di durata, si caratterizza per la non indispensabilità della protrazione nel tempo della prestazione, pertanto è stato, forse in modo più corretto, qualificato come contratto a tratto successivo².

La distinzione con i contratti ad esecuzione continuata e/o periodica si coglie nel differente interesse del creditore alla “durata” della prestazione. Mentre nel contratto ad esecuzione continuata e/o periodica l'interesse del creditore, quale elemento essenziale e costitutivo del rapporto obbligatorio, risulta essere soddisfatto dalla necessaria protrazione nel tempo della esecuzione della prestazione, nei contratti a tratto successivo, tra cui figura appunto il contratto d'appalto, l'esecuzione della prestazione risulta protrarsi nel tempo non per motivi attinenti all'interesse del creditore ma quale connotato fisiologico e strumentale per il raggiungimento di un certo risultato finale.

Tuttavia, a prescindere dalla questione terminologica e definitoria, il contratto d'appalto si caratterizza per la necessaria presenza di uno iato temporale tra il momento del suo perfezionamento e quello della conclusione della sua esecuzione.

Ebbene, in questo iato temporale è possibile riscontrare la presenza di fattori sopravvenuti (in alcuni casi prevedibili o addirittura presi in considerazione dalle parti con apposite clausole contrattuali ed in altri casi imprevedibili) capaci di alterare l'equilibrio economico originario e quindi il peso delle prestazioni che le parti sono tenute ad eseguire.

La presenza di sopravvenienze fattuali che incidono sul rapporto contrattuale e sul suo equilibrio originario pone il giurista di fronte ad uno sforzo ricostruttivo al fine di individuare dei rimedi o delle soluzioni che tengano conto, da un lato, della vincolatività del contratto (e quindi al principio *pacta sunt servanda*) e dall'altro delle condizioni in cui le parti hanno stipulato il contratto (e quindi della diversa ed opposta logica ispirata al principio *rebus sic stantibus*).

² Sulla classificazione dei contratti nel Codice civile: F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale di Diritto Civile Manuali Maior*, Roma, 2022, pp. 771 ss.

Il principio *pacta sunt servanda* trova un riferimento normativo primario all'art. 1372 co. 1 c.c. a mente del quale «[i]l contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge». Il significato più profondo di tale norma è stato messo in evidenza da autorevole dottrina civilistica secondo cui «[u]na volta concluso, il contratto getta un vincolo sopra le parti, le “impegna”, nel senso che esse non possono più sottrarsi ai suoi effetti, i quali a questo punto si producono, piaccia o non piaccia alle parti»³. Si tratta di un principio che ritroviamo già nelle fonti romane⁴ dove, tuttavia, la sostanziale impermeabilità dell'obbligazione al verificarsi di circostanze sopravvenute e la necessità di assicurarne l'adempimento fino al limite dell'impossibilità⁵ vengono scalfite solo dalla *vis maior* o dal *fortuitus casus*, icasticamente resi dall'irrompere della violenza di briganti o di pirati o di eventi naturali come terremoti, tempeste, incendi non provocati. Improntato alla regola del *pacta sunt servanda*, secondo cui il contratto non poteva essere infranto per motivi extragiuridici, il diritto romano classico ignorava, infatti, la clausola *rebus sic stantibus* e con essa la rilevanza delle sopravvenienze.

L'idea secondo cui tutti i contratti nei quali intercorra un intervallo temporale tra la stipulazione e l'adempimento sarebbero implicitamente subordinati alla clausola *rebus sic stantibus* costituisce, invece, il risultato di un'elaborazione teorica successiva. Secondo tale principio il contratto ha

³ V. RUOPPO, *Manuale di Diritto privato, Linee essenziali*, Torino, 2024.

⁴ L'irrelevanza delle sopravvenienze emerge, così, da D.18.1.69 (Proculus 11 epistularum), in cui è riportata la sententia del giureconsulto Proculo: «*Rutilia Polla emit lacum Sabatenem Angularium et circa eum lacum pedes decem: quaero, numquid et decem pedes, qui tunc accesserunt, sub aqua sint, quia lacus crevit, an proximi pedes decem ab aqua Rutiliae Pollae iuris sint. Proculus respondit: ego existimo eatenus lacum, quem emit Rutilia Polla, venisse, quatenus tunc fuit, et circa eum decem pedes qui tunc fuerunt, nec ob eam rem, quod lacus postea crevit, latius eum possidere debet quam emit*». P. GALLO, *Sopravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, p. 78, ricorda che, comunque, era prevista la possibilità di revocare le donazioni tra coniugi in caso di divorzio e in caso di sopravvenienza di prole; parimenti, era riconosciuta al locatore la possibilità di ottenere la restituzione del bene in presenza di nuovi bisogni imprevisi al momento della conclusione del contratto.

⁵ G. PUGLIESE, F. SITZIA, L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2012, p. 366; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1978, p. 382 ss.; B. BISCOTTI, *Sopravenienze, rischio contrattuale, litora e concessioni, tra diritto privato e diritto pubblico*, in *La interpretación del negocio jurídico: desde la Antigüedad hasta hoy*, a cura di R.A. RODRÍGUEZ, Madrid, 2017, p. 9, evidenzia come, in tema di locazione, al *dominus* veniva addossato tendenzialmente persino il *casus*, in considerazione dell'ampiezza della sua obbligazione di garantire al conduttore l'*uti frui*.

forza di legge tra le parti purché nel corso della sua esecuzione le condizioni fattuali rimangano sostanzialmente le stesse.

Tale costruzione, pur conoscendo una significativa diffusione tra il XV e il XVI secolo, non riuscì tuttavia a consolidarsi stabilmente, in ragione dei rischi connessi a un'applicazione svincolata da parametri certi e oggettivi e affidata, piuttosto, a valutazioni di ordine soggettivo, fondate sulla *communis opinio* dei contraenti. Un simile approccio appariva idoneo a minare la certezza e la stabilità dei rapporti negoziali. Di qui la mancata positivizzazione della clausola nella maggior parte delle codificazioni moderne, a cominciare dal *Code Napoléon*, notoriamente restio ad accogliere la *théorie de l'imprévision*⁶.

In linea con l'esperienza francese, anche il Codice civile italiano del 1865 non recepì espressamente la regola, favorendo, attraverso il suo silenzio, il proliferare di tesi dottrinali che ravvisavano nella clausola *rebus sic stantibus* l'espressione di una volontà tacita delle parti di subordinare l'efficacia del vincolo contrattuale alla permanenza delle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto⁷.

Il legislatore codicistico del 1942, invece, ha introdotto una disciplina che tiene conto delle sopravvenienze fattuali rispetto a quei contratti caratterizzati da uno iato temporale tra la stipulazione e la definitiva esecuzione.

L'art 1467 c.c. prevede per il contratto in generale il rimedio della eccessiva onerosità sopravvenuta quale rimedio demolitorio del contratto che nella fase della esecuzione subisce delle interferenze da sopravvenienze tali da alterare l'equilibrio economico originario⁸.

È interessante al riguardo evidenziare che la stessa relazione di accompagnamento al Codice civile del 1942 fa espresso riferimento alla

⁶ V. FERRARI, P. LAGHI, *Diritto europeo dei contratti*, Milano 2012, p. 42.

⁷ M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, p. 69 ss. In argomento v. altresì B. DUSI, *Sulla clausola «rebus sic stantibus»*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, II, p. 148 ss.; B. BRUGI, *Impossibilità oggettiva della prestazione. Presupposizione e clausola «rebus sic stantibus»*, *ivi*, 1923, II, p. 629 ss.

⁸ L'art 1467 c.c. stabilisce: «1. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458. 2. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. 3. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto».

clausola “*rebus sic stantibus*”⁹.

⁹ La relazione di accompagnamento al Codice civile del 1942 prevede al punto 665 relativo all'art 1467 c.c.: «Infine il contratto si risolve, con gli effetti stessi stabiliti per la risoluzione a causa di inadempimento, quando la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa (art. 1467)». Si introduce così, in modo espresso e in via generale, il principio dell'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, seguita fino ad ora solo da alcuni sistemi positivi stranieri. In parecchi casi il legislatore italiano ha dovuto intervenire con leggi speciali; per disciplinare l'influenza di eventi straordinari sui contratti in corso: ma tale intervento si è determinato in relazione agli eventi più gravi e di portata generalissima. Deve essere invece considerata anche la quotidiana possibilità di avvenimenti straordinari ed imprevedibili che vengano a turbare profondamente l'equilibrio contrattuale, pur non avendo una portata generale tale da incidere sulla vita Nazione: la nostra pratica mercantile e gli usi da essa creati sono già nel senso di riconoscere efficacia risolutiva alla sopravvenuta onerosità della prestazione, per effetto degli avvenimenti di cui si è fatto cenno. La rigorosa limitazione dell'efficacia della clausola ad eventi che non possono assolutamente farsi rientrare nelle rappresentazioni che ebbero le parti al tempo del contratto, esclude il pericolo di eccessi; ma garantisce contro tal pericolo anche la rigida valutazione obiettiva del concetto di eccessiva onerosità, che per il nuovo codice non opera quando non è superata l'alea normale del contratto (art. 1467, co. 2) o quando il contratto è essenzialmente o convenzionalmente aleatorio (art. 1469; vendita a termine dei titoli di credito, rendita). Temperamento di buona fede, posto al potere di chiedere la risoluzione è il diritto della parte, contro cui la risoluzione è domandata, di offrire un'equa modificazione delle condizioni del contratto (art. 1467, co. 3). Non si fa distinzione tra contratti ad esecuzione continuata o periodica e contratti ad esecuzione differita, infatti, l'ammissibilità della clausola *rebus sic stantibus* non può non farsi ragionevolmente dipendere dalla natura particolare della prestazione periodica o continuata. Anche l'obbligazione a termine è, come quella a prestazione periodica o continuata, un'obbligazione ad esecuzione differita; e sta nel differimento dell'esecuzione, e non nella periodicità o continuità della prescrizione, la ragione di una tutela che vuole evitare le dannose conseguenze economiche del sovvertimento dell'equilibrio contrattuale voluto dalle parti: questo sovvertimento può verificarsi, così quando la prestazione deve essere eseguita ad un termine unico, come quando deve essere eseguita a periodi o in continuità. Non si è distinto nemmeno tra contratti a lungo termine e contratti a termine breve. A ben guardare, l'estremo dell'assoluta imprevedibilità dell'evento, su cui si fonda la clausola *rebus sic stantibus*, si può riconoscere più difficilmente in un contratto a lungo termine, anziché in un contratto a termine breve: in un contratto del primo tipo (ad esempio, enfiteusi, rendita perpetua, ecc.), le parti non potranno mai dire che non fosse genericamente prevedibile un radicale mutamento della situazione economica, in dipendenza dei molteplici eventi che possono sopravvenire durante il lungo spazio di tempo in cui i contratti stessi devono spiegare il loro effetto. Per converso, quando per l'esecuzione di un contratto è stabilito un termine di breve durata, molto più facile è che non si preveda un avvenimento straordinario, nel tempo

È evidente che la norma contenuta nella disciplina dei contratti in generale introduce un rimedio di tipo demolitorio/caducatorio del contratto. Tuttavia, il terzo comma della medesima disposizione, ispirato ad una logica di conservazione del contratto, ammette un'alternativa alla caducazione del contratto¹⁰. Si prevede infatti, a favore della parte contro la quale è stata domandata la risoluzione, la possibilità di evitarla attraverso un'offerta di modifica del contratto¹¹.

Quest'ultima disposizione ha sollevato nel corso degli anni un dibattito in dottrina e in giurisprudenza circa la sua effettiva portata sistematica. L'orientamento maggiormente condiviso dalla dottrina¹² e dalla giurisprudenza di legittimità configura il contenuto di tale norma in termini diritto potestativo del soggetto contro il quale è chiesta la risoluzione del contratto, a fronte del quale corrisponde una situazione di soggezione di chi ha subito il pregiudizio a causa delle sopravvenienze ed ha chiesto la risoluzione del contratto¹³.

La norma, pertanto, lungi dall'ammettere un generale diritto alla rine-

che intercede tra l'assunzione della obbligazione e l'adempimento.

¹⁰ In altri ordinamenti, anche nei rapporti tra privati, la buona fede viene declinata in direzione della necessità di una rinegoziazione. Cfr. *Codice dei contratti pubblici*, a cura di C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO, Vol. I, Napoli, p. 166.

¹¹ Sulle differenze tra art. 1467 co. 3 c.c. e art. 1450 c.c. in tema di rescissione si veda F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale di Diritto Civile Manuali Maior*, cit., pp. 1106 e ss.

¹² *Ibidem*, pp. 1103 e ss.

¹³ In questi termini Cassazione Civile, Sez. I, ordinanza n. 2047 del 26 gennaio 2018. Nei contratti a prestazioni corrispettive la parte che subisce l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione può solo agire in giudizio per la risoluzione del contratto, ex art. 1467, co. 1, c.c., purché non abbia già eseguito la propria prestazione, ma non ha diritto di ottenere l'equa rettifica delle condizioni del negozio, la quale può essere invocata soltanto dalla parte convenuta in giudizio con l'azione di risoluzione, ai sensi del comma 3 della medesima norma, in quanto il contraente a carico del quale si verifica l'eccessiva onerosità della prestazione non può pretendere che l'altro contraente accetti l'adempimento a condizioni diverse da quelle pattuite; Cassazione Civile, Sez. II, sentenza n. 7225 del 25 marzo 2009: l'atipicità della causa di un contratto di compravendita immobiliare determinata dall'assunzione della garanzia di redditività del bene venduto non esclude la corrispettività tra le prestazioni a carico delle parti e la conseguente operatività, nel caso di eccessiva onerosità, non dell'art. 1468 c.c., bensì dell'art. 1467, co. 1 e 3 c.c., secondo cui è attribuito alla parte la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa per avvenimenti straordinari e imprevedibili unicamente il potere di chiedere la risoluzione del contratto e soltanto alla parte, contro la quale è domandata la risoluzione, quello di evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.

goziazione finalizzata a riportare il contratto al suo originario equilibrio o comunque a ripartire equamente il peso delle sopravvenienze, si limita, invece, ad introdurre un diritto potestativo in favore di una sola delle parti del contratto a prestazioni corrispettive. Questa soluzione appare avvalorata dalla lettera della norma che attribuisce tale potere di modifica esclusivamente «alla parte contro la quale è stata chiesta la risoluzione». E proprio l'art. 1467 co. 3 c.c. rappresenta il punto di partenza dell'articolato discorso del diritto alla rinegoziazione oggi previsto all'art. 9 del nuovo codice dei contratti pubblici.

Prima di analizzare la portata del principio contenuto nel codice dei contratti pubblici è opportuno tenere in considerazione la disciplina che il legislatore codicistico del 1942 ha, invece, dedicato al contratto d'appalto.

1.1. *La disciplina del contratto di appalto nel Codice civile*

Delineata brevemente la disciplina della risoluzione dei contratti corrispettivi per eccessiva onerosità sopravvenuta nel Libro IV del Codice civile dedicata ai contratti in generale, è necessario mettere in evidenza i differenti rimedi che il legislatore del 1942 ha predisposto in caso di sopravvenienze che interessano il contratto d'appalto, nonché individuarne le ragioni.

L'art. 1664 c.c. si occupa delle sopravvenienze che interessano il contratto d'appalto ed introduce una disciplina derogatoria rispetto all'art. 1467 c.c. sotto diversi profili¹⁴.

¹⁴ M. STOLFI, *voce Appalto (contratto di)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 644: «[l]a revisione del prezzo si risolve, in sostanza, in un'applicazione particolare all'appalto del principio generale della eccessiva onerosità sopravvenuta nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita (art. 1467)». Cfr. O. CAGNASSO, *Il contratto di appalto*, in *Contratti commerciali* a cura di G. COTTINO, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. GALGANO, XVI, Padova, 1991, p. 692; O. CAGNASSO, *Contratti commerciali*, in *Tratt. Cottino*, IX, Padova, 2000, p. 326; D. RUBINO, *L'appalto*, IV edizione, con aggiornamenti di E. MOSCATI, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. VASSALLI, VII, 3, Torino, 1980, p. 209 ss. p. 697; V. DI GREGORIO, *L'esecuzione dell'appalto*, in *Tratt. dei contratti di Roppo*, III, Milano, 2014, p. 249 ss., p. 275 s.; PENNASILICO, in *Domenico Rubino*, a cura di P. PERLINGIERI, S. POLIDORI, II, Napoli, 2009, p. 830 ss.; O. CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano, 1979, p. 125 ss.; R. SABATO, *La sopravvenienza nell'appalto privato*, in *Nuova giur. civ.*, 1992, II, p. 9 ss.; P. TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità ed appalto*, Milano, 1983, p. 157.

In giurisprudenza: Cassazione Civile., 3 novembre 1994, n. 9060, in *Contratti*, 1995,

In primo luogo, la norma secondo il suo tenore letterale e guardando alla fonte delle sopravvenienze attribuisce rilevanza alle sole circostanze imprevedibili e non a quelle straordinarie. Inoltre, mentre nella disciplina in generale non è prevista alcuna quantificazione dell'eccessiva onerosità, essendo rimessa questa valutazione alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria, nella disciplina dell'appalto codicistico non ogni alterazione rileva ma solo quelle tali da determinare un aumento o una diminuzione (nel costo dei materiali o della mano d'opera) superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto. Ebbene, si ritiene che le variazioni dei costi che non eccedono il decimo del prezzo complessivo rientrino nella normale fluttuazione dei costi, tali da non incidere sull'equilibrio economico originario.

Gli aspetti che maggiormente rilevano, e che si vogliono evidenziare, sono a) il diritto di entrambe le parti di chiedere la revisione prezzi e b) l'assenza del rimedio caducatorio/demolitorio.

Con specifico riferimento al primo profilo, il legislatore stabilisce che al ricorrere delle suindicate condizioni «l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo». La differenza è evidente. Entrambe le parti hanno diritto a chiedere una revisione del prezzo originariamente accordato e le ragioni di questa decisione sono chiaramente messe in evidenza dalla relazione di accompagnamento al Codice civile all'art. 1664¹⁵.

p. 202; Cassazione Civile, 31 dicembre 2013, n. 28812, *ivi*, 2015, p. 169, con nota di Carai.

¹⁵ Relazione di accompagnamento al Codice civile del 1942: Art. 1664 c.c. «un'altra importante innovazione, rispondente alle moderne esigenze del contratto di appalto, è quella appropriata dall'art. 1664, primo comma, che fa una decisa applicazione dell'art. 1467 relativo all'eccessiva onerosità della prestazione, accogliendo il principio della revisione dei prezzi dell'appalto, quando, per effetto di circostanze sopravvenute, che le parti non potevano prevedere, si sia verificato un sensibile squilibrio nelle rispettive posizioni contrattuali. Il principio della rivedibilità del prezzo, già attuato nella prassi degli appalti pubblici, si giustifica non solo con evidenti ragioni di giustizia concreta e col principio di solidarietà che deve prevalere sull'esclusiva considerazione degli interessi singoli (n. 558), ma anche col fatto che il valore dell'opera compiuta, entrata nel patrimonio del committente, è normalmente in funzione del valore dei materiali e della mano d'opera; di guisa che è giusto, in caso di notevoli variazioni di questi elementi che superino l'alea normale del contratto, variare pure il prezzo dell'opera, lasciandosi in ogni caso immutato il margine di guadagno che l'appaltatore si riprometteva al momento della conclusione del contratto. La revisione del prezzo è dunque ammessa, a favore di entrambi le parti, quan-

Il legislatore in materia di appalto, piuttosto che introdurre un rimedio conservativo del contratto quale eventuale alternativa alla risoluzione, prevede unicamente la modifica del contratto d'appalto secondo una logica di conservazione della regolamentazione contrattuale. La scelta normativa appare coerente con la natura del contratto d'appalto, frequentemente ricondotto, specie nella riflessione dei sistemi di *common law*, alla categoria dei contratti relazionali, caratterizzati dall'instaurazione di un rapporto intenso e durevole tra le parti. In tale contesto, la sopravvenuta alterazione dell'equilibrio economico originario non fa emergere un interesse allo scioglimento del vincolo, quanto piuttosto alla sua conservazione mediante il ripristino della proporzione tra le prestazioni. Ne consegue l'inadeguatezza del rimedio caducatorio e la conseguente preferenza del legislatore per strumenti di tipo manutentivo¹⁶. La scelta del rimedio manutentivo, rispetto alla risoluzione, è giustificata valorizzando la particolare natura degli interessi coinvolti in questo contratto, e cioè quello del committente a non ricercare un nuovo appaltatore e quello dell'appaltatore alla conservazione dell'investimento già effettuato con l'inizio dei lavori, considerata la difficoltà nel ricollocare sul mercato una prestazione già predisposta sulle esigenze di quel committente¹⁷.

Il rimedio di tipo manutentivo risulterebbe, pertanto, applicabile esclusivamente al contratto di appalto ovvero, secondo alcune ricostruzioni dottrinali¹⁸, anche a rapporti contrattuali caratterizzati da prestazioni analoghe, nei quali non sia concretamente possibile una riallocazione sul mercato. In tali ipotesi verrebbe in rilievo un'identità di ratio tale da giustificare l'applicazione analogica dell'art. 1664 c.c. La tesi tradizionale dominante ha, tuttavia, costantemente individuato nell'unico rimedio

do l'aumento o la diminuzione del costo dei materiali e della mano d'opera superi quel limite dell'alea normale che qui la legge indica a priori nel decimo del prezzo complessivo convenuto; ed è ammessa solo per quella parte della differenza che eccede tale decimo».

¹⁶ Per un approfondimento sulla categoria dei contratti relazionali si veda: A.F. FONDRIESCHI, *Contratti relazionali e tutela del rapporto contrattuale*, Milano, 2017.

¹⁷ R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto civile*, Torino, 2022, cit., p. 1562, il quale evidenzia come «La scelta di sottrarre alla disciplina generale dell'eccessiva onerosità (art. 1467 c.c.) la fattispecie del contratto di appalto, per addossare al committente il sopravvenuto aumento dei costi dei materiali o della manodopera, discende dal fatto che l'appalto ha ad oggetto una prestazione di carattere individuale, modellata sulle particolari esigenze del committente e, perciò, di regola difficilmente ricollocabile nel mercato».

¹⁸ M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e diritto privato*, Milano 2003, p. 495.

generale quello di natura “demolitoria”, rappresentato dalla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, escludendo la configurabilità di rimedi ulteriori di carattere meramente “manutentivo”. Resta comunque ferma la possibilità per le parti, nell’esercizio dell’autonomia contrattuale, di derogare al sistema legale dei rimedi, prevedendo che, al ricorrere delle sopravvenienze di cui all’art. 1467 c.c., il debitore sia titolare di un diritto alla revisione del contratto o, in alternativa, alla rinegoziazione delle condizioni pattizie.

Sul punto, prendendo atto degli effetti prodotti dalla pandemia da Covid-19 sulla disciplina dei rapporti contrattuali, la Suprema Corte di Cassazione, in una relazione del 2020¹⁹, ha mostrato un’apertura verso un ridimensionamento della centralità del principio *pacta sunt servanda* a favore del contrapposto principio *rebus sic stantibus*²⁰, riconoscendo rilievo giuridico alle sopravvenienze derivanti da eventi successivi alla conclusione del contratto qualora esse abbiano inciso in modo significativo sull’equilibrio originario delle reciproche prestazioni²¹.

La ricostruzione proposta dalla Suprema Corte – alla quale sembra ispirarsi anche il nuovo Codice dei contratti pubblici – individua il fondamento dell’obbligo di rinegoziazione nel principio di buona fede e correttezza sancito dall’art. 1375 c.c. In particolare, la Corte afferma che «in virtù della valutazione economico-giuridica del criterio della *bona fides* e degli obblighi di cooperazione tra le parti nella fase esecutiva del contratto, l’adeguamento del contenuto contrattuale connesso all’obbligo di rinegoziare non contrasta con l’autonomia privata, poiché consente di portare a compimento il risultato negoziale originariamente perseguito dalle parti, riallineando il regolamento pattizio a circostanze sopravvenute». Ne consegue che, laddove la legge imponga alle parti di comportarsi secondo buona fede nell’esecuzione del contratto e l’art. 1374 c.c. annoveri la legge

¹⁹ Corte di Cassazione, relazione n. 56 dell’Ufficio del Massimario e del Ruolo, 8 luglio 2020.

²⁰ Questo principio si applica implicando che le obbligazioni contrattuali vincolano le parti solo “fintanto che le cose rimangono come stanno.” Se si verificano cambiamenti radicali nelle circostanze che erano alla base del contratto, l’equilibrio può essere ripristinato mediante l’adattamento delle condizioni o la risoluzione del contratto. Sul tema si veda A. S. M. ROSETI, *Il COVID-19 riaccende l’eterno conflitto tra il principio pacta sunt servanda e il principio rebus sic stantibus*, in *Diritto del risparmio*, Lecce 2021, p. 1 ss.

²¹ Sul punto S. VINTI, *Conservazione dell’equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, in *Federalismi.it*, 24, 2023, p. 243.

tra le fonti di integrazione del contenuto contrattuale, la clausola di buona fede, in forza della funzione integrativa riconosciutale²², può giungere a fondare un vero e proprio obbligo di rinegoziazione.

La Suprema Corte, in sintesi, sottolinea come il rilievo attribuito dall'ordinamento alla buona fede, tanto in sede interpretativa quanto nella fase esecutiva del contratto, implichi specifiche regole di comportamento a carico della parte destinataria della richiesta di rinegoziazione. Tali regole impongono un atteggiamento cooperativo volto a favorire il raggiungimento di un accordo idoneo ad adeguare il contratto al mutato contesto fattuale, al fine di ristabilire l'equilibrio sinallagmatico originario.

La Corte precisa, tuttavia, che l'obbligo di rinegoziazione non si traduce necessariamente in un dovere di accettare la modifica del contratto. La revisione del regolamento negoziale resta subordinata a una valutazione di utilità e convenienza economica. Gli obblighi derivanti dalla buona fede devono ritenersi adempiuti anche nel caso in cui la proposta di modifica venga respinta, purché la parte abbia preso parte al procedimento di rinegoziazione in modo serio, leale e corretto.

In conclusione, la relazione del Massimario della Corte di Cassazione del 2020 e, come si vedrà oltre, l'art. 9 del nuovo Codice dei contratti pubblici sembrano porre le basi per una rilettura del principio di buona fede contrattuale, valorizzando la rinegoziazione quale strumento volto a garantire la sostenibilità dei rapporti contrattuali di fronte a eventi eccezionali, nel rispetto di un equilibrio delicato tra autonomia privata ed esigenze di giustizia sostanziale nel sistema del diritto civile italiano.

2. *La codificazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel d.lgs. n. 36 del 2023*

È opportuno precisare, preliminarmente, che la tematica delle sopravvenienze e quindi della modifica del contratto dopo la sua stipulazione è già presa in considerazione dalle direttive UE in materia di contratti pubblici. In particolare, l'art. 72 della direttiva 2014/24/UE stabilisce le

²² C. TRINCHESE, *Buona fede oggettiva come fonte integrativa e come limite alle condotte abusive e fraudolente*, in www.salvisjuribus.it; F. GRAZIANO, *Principio di buona fede e pubblica amministrazione in Il codice dei contratti pubblici ad un anno dalla riforma*, Corso della Scuola Superiore della Magistratura e dell'Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa – cod. P24013 – 4/6 marzo 2024 – Roma, Palazzo Spada.

condizioni al ricorrere delle quali il contratto può essere modificato non essendo pertanto necessario ricorrere ad una nuova procedura di gara.

In attuazione delle direttive 2004/18/CE, 2014/23/UE e 2014/24/UE abbiamo assistito all'emanazione di tre diversi codici dei contratti pubblici.

L'opera di rinnovazione legislativa è culminata con il d.lgs. n. 36 del 2023 (il terzo e nuovo codice dei contratti pubblici) in attuazione dell'articolo 1 della Legge delega 21 giugno 2022, n. 78. La particolarità del “nuovo” codice si coglie sotto un duplice profilo. In primo luogo, la genesi del nuovo codice non è dettata da alcuna esigenza di adeguamento e attuazione di nuove direttive europee. In secondo luogo, e forse in senso ancor più forte, il legislatore si premura di inserire in apertura del testo legislativo una parte dedicata ai principi ispiratori della materia²³, tra cui il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale²⁴.

La nuova struttura codicistica, ancor prima di disciplinare in dettaglio

²³ Sui principi del nuovo codice dei contratti pubblici la letteratura può già ritenersi sterminata. Possono richiamarsi: R. CHIEPPA, *Il valore dei principi generali*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, a cura di R. CHIEPPA, M. SANTISE, H. SIMONETTI, R. TUCCILLO, cit., p. 3 ss.; P. MIELE, *I principi*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Commento al D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, a cura di B. BRUNO, M. MARIANI, E. TOMA, Torino, 2023, p. 11 ss.; G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023; *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, a cura di G. MORBIDELLI, Firenze, 2023; G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 3, p. 287 ss.; G. ROVELLI, *Introduzione al nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice degli appalti pubblici e la loro funzione regolatoria*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023; C. CHIARIELLO, *I principi generali*, in *I nuovi appalti pubblici. Commento al Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) con i nuovi orientamenti giurisprudenziali*, a cura di M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI, Milano, 2024, p. 5 ss.; A. SANDULLI, *Il risultato, la fiducia e l'accesso al mercato (artt. 1-5)*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, cit., p. 181 ss.; G. CASAMASSIMA, L. PAVIA, *I principi dei contratti pubblici. Analisi operativa e casistica applicativa dopo il codice dei contratti pubblici e il correttivo (D.Lgs. 31 dicembre 2024, n. 209)*, Napoli, 2025.

²⁴ In senso critico si veda: P. PATATINI, *Rinegoziazione e rimedi manutentivi alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici* in *Convegno “Nuovo Codice degli Appalti Riflessi sulle società quotate”*, tenutosi presso la LUISS, Roma, il 20 ottobre 2023 in www.giustiziamministrativa.it. L'autrice mette in evidenza che la norma contiene cinque commi molto specifici e quindi rappresenta una norma chiusa e quindi non può considerarsi secondo la teoria generale del diritto come un vero e proprio principio. Tuttavia, è importante distinguere tra principi “valore” e principi “regole”, si veda sul punto G. MORBIDELLI, *Intorno ai principi del nuovo Codice*, cit., p. IX, che opera – come già anticipato – un puntuale scrutinio dei principi generali del nuovo articolato normativo alla luce della distinzione tra principi “valore” e principi “regole”.

le varie fasi della procedura di affidamento e della esecuzione del contratto, scolpisce dei principi capaci di guidare l'amministrazione e l'interprete²⁵.

Ebbene, giunti a questo punto è ora possibile esaminare in concreto il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale. L'art. 9 del nuovo Codice dei contratti pubblici al primo comma attribuisce, in caso di sopravvenienze straordinarie ed imprevedibili ed estranee alla normale alea capaci di alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, alla parte svantaggiata (che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio) il diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali.

Il secondo comma specifica poi che lo scopo della rinegoziazione è quello di ripristinare l'equilibrio originario del contratto oggetto dell'affidamento come risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione senza alterarne la sostanza economica. Dunque, la alterazione sostanziale del contratto rappresenta un limite forte al diritto di rinegoziare le condizioni contrattuali.

La norma, inoltre, stabilisce che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono l'inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione dandone pubblicità nel bando o nell'avviso di indizione della gara soprattutto quando il contratto risulta, per la sua durata, particolarmente esposto al rischio delle interferenze da sopravvenienze. Ancora, poi, l'ultimo comma richiama gli articoli 60 e 120 del codice, quali norme che danno applicazione al principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale.

La Commissione speciale del Consiglio di Stato, delegato dal Governo per l'elaborazione dello schema del nuovo codice, nella relazione di accompagnamento ha chiarito che la disciplina in esame, pur ispirandosi alle scelte elaborate in ambito unionale per le relazioni commerciali, le cd. clausole *hardship* dei Principi Unidroit²⁶, come pure a progetti nazionali

²⁵ L'obiettivo, come evidenziato da una parte della dottrina, è quello di rispettare la "regola del caso". M.R. SPASIANO, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, in *Federalismi*, 2023, cit., p. 222. Sul ricorso alla espressione "regola del caso" si veda M. R. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la regola del caso*, in *Diritto Amministrativo*, 2000, p. 131 ss.

²⁶ Principi Unidroit, art. 6.2.2 (Definizione di *hardship*): «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

che non hanno, tuttavia, trovato concretizzazione, è stata appositamente studiata per il settore dei contratti pubblici²⁷. Si è ritenuto che una soluzione basata sull'integrale trasposizione degli schemi civilistici si sarebbe rilevata inadeguata in ragione della peculiare e differente natura dei rapporti e degli interessi incisi in questo ambito, dovendosi trovare un giusto equilibrio tra le finalità di interesse pubblico immanenti al contratto e gli interessi degli operatori economici, parimenti meritevoli di tutela, anche nella consapevolezza della convergenza di tale tutela con altri interessi generali di primario rilievo (stabilità economica, sociale, occupazionale, ecc.) suscettibili di essere pregiudicati in situazioni di *hardship*; un giusto equilibrio tra le esigenze di adattabilità e il vincolo della gara che non può essere vanificato nemmeno nella fase esecutiva.

A ben vedere, una disciplina di revisione del contratto era già presente nel codice abrogato (d.lgs. n. 50 del 2016) che, dando attuazione alle direttive del 2014 (artt. 72, 89 e 43 rispettivamente Dir. n. 24, n. 25 e n. 23), ha regolamentato le ipotesi di modifiche contrattuali agli artt. 106 (appalti) e 175 (concessioni), seguendo tuttavia una logica restrittiva, improntata su un generale disfavore per soluzioni che possano alterare surrettiziamente il gioco della concorrenza incidendo sostanzialmente sulla natura del contratto, e che vedono l'Amministrazione ancora unica titolare della potestà di rinegoziazione, a fronte della posizione di interesse legittimo dell'impresa affidataria del contratto.

Il quadro normativo brevemente ricostruito mette in evidenza come

svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto; (b) gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto; (c) gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata; e (d) il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata»; Art. 6.2.3 (Effetti dell'*hardship*) «(1) In caso di *hardship* la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto. La richiesta deve essere fatta senza ingiustificato ritardo e deve indicare i motivi sui quali è basata. (2) La richiesta di rinegoziazione non dà, di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione. (3) In caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice. (4) Il giudice, se accerta il ricorrere di una ipotesi di *hardship*, può, ove il caso, (a) risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure (b) modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio».

²⁷ Disegno di legge delega n. 1151 del 2019 di riforma c.c., che prevedeva il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede, ovvero in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali

la possibilità di rinegoziazione delle condizioni del contratto non rappresenta una “invenzione” del legislatore del nuovo codice ma affonda le sue radici nella direttiva europea e poi anche nei principi Unidroit, nonché trovava una regolamentazione nel codice del 2016. Pertanto, è doveroso ed opportuno concentrare l’indagine sull’accertamento dell’esistenza e della consistenza di una effettiva innovazione, ad opera del nuovo codice, in materia di modificazione del contratto. Tale indagine, a parere di chi scrive, deve essere svolta in modo progressivo, in primis concentrandosi sull’art. 9 e poi successivamente sulle norme che danno attuazione a tale principio e cioè gli artt. 60 e 120.

La disciplina dell’art. 9 del Codice dei contratti pubblici si differenzia, in primo luogo, dalla disciplina generale del Codice civile che prevede *ex* art. 1467 quale rimedio principale quello della risoluzione del contratto (cd. demolitorio) e solo eventualmente – al terzo comma della medesima disposizione – la possibilità di modificare il contratto. L’esigenza di non contemplare il rimedio demolitorio è messa in evidenza anche dalla relazione di accompagnamento del Codice dei contratti pubblici²⁸.

In secondo luogo, l’art. 9 del d.lgs. n. 36 del 2023 introduce un significativo elemento di discontinuità rispetto al rimedio speciale previsto per il contratto di appalto dall’art. 1664 c.c. Quest’ultimo, come si è visto, si colloca nell’ambito dei rimedi meramente manutentivi del rapporto e si limita a riconoscere in capo alla parte pregiudicata dalle sopravvenienze una semplice facoltà di attivazione del meccanismo revisionale. Tale impostazione emerge con chiarezza anche dal dato letterale della norma codicistica, la quale stabilisce che il committente e l’appaltatore “possono” chiedere la revisione del prezzo, configurando così una possibilità giuridica rimessa alla libera iniziativa della parte, priva di una pretesa giuridicamente qualificata nei confronti dell’altra.

Diversamente, l’art. 9 del nuovo Codice dei contratti pubblici, attraverso una consapevole e significativa scelta lessicale, supera il paradigma della mera facoltà e riconosce alla parte svantaggiata dalle sopravvenienze

²⁸ Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 36 del 2023: Art 9: «[...] L’articolo, dunque, mira a disciplinare le sopravvenienze che possono verificarsi nel corso dell’esecuzione del contratto, alterandone l’equilibrio originario o facendo venir meno, in parte o temporaneamente, interesse del creditore alla prestazione. Viene, in tal modo, introdotto un rimedio manutentivo del contratto, maggiormente conforme all’interesse dei contraenti – e dell’amministrazione in particolare – in considerazione dell’inadeguatezza della tutela meramente demolitoria apprestata dall’art. 1467 c.c. [...]».

un vero e proprio diritto soggettivo alla rinegoziazione secondo buona fede. Il passaggio dalla logica del “potere di chiedere” a quella del “diritto a ottenere” non ha natura meramente terminologica, ma riflette un mutamento strutturale della tecnica di tutela: la rinegoziazione non è più affidata alla disponibilità delle parti, bensì si configura come una pretesa giuridicamente esigibile, idonea a incidere sul contenuto del rapporto contrattuale²⁹.

Ancora, la medesima linea di discriminare si coglie anche nel raffronto con l'art. 106 del d.lgs. n. 50 del 2016, disposizione ormai abrogata dal vigente Codice dei contratti pubblici. Anche nella disciplina previgente, infatti, il legislatore faceva ricorso alla categoria della mera “possibilità” di modifica del contratto in corso di esecuzione, delineando un modello di intervento fondato su una facoltà rimessa alla valutazione discrezionale delle parti – e, segnatamente, della stazione appaltante – piuttosto che su una posizione giuridica soggettiva qualificata in capo all'operatore economico.

L'art. 9 del d.lgs. n. 36 del 2023, viceversa, segna un chiaro superamento di tale impostazione, sostituendo alla logica autorizzatoria e facoltativa propria dell'art. 106 una tutela strutturata in termini di diritto alla rinegoziazione secondo buona fede, idonea a fondare una pretesa giuridicamente esigibile.

In tale prospettiva, il diritto alla rinegoziazione secondo buona fede non può essere ridotto a una formula descrittiva o simbolica, volta unicamente a rappresentare una maggiore protezione della parte svantaggiata

²⁹ F. LIGUORI, P. LA SELVA, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, pp. 197 e ss. «[...] La consapevolezza circa l'inadeguatezza degli effetti sostanzialmente risolutori apprestati dall'art. 1467 del Codice civile ma anche la necessità di far fronte con strumenti adeguati agli squilibri contrattuali evidenziata dalle recenti crisi sono dunque alla base della formulazione dell'art. 9 del nuovo Codice dei contratti pubblici, che contempla, in via di principio, un rimedio manutentivo del contratto nella logica della rinegoziazione. La codificazione del principio si pone, all'evidenza, l'apprezzabile intento di ridisegnare, in funzione del raggiungimento di un risultato conservativo ed utile, gli effetti delle sopravvenienze nei contratti pubblici. [...] È certamente significativo che il risultato venga enunciato come principio cardine che valorizza, per un verso, esercizio di poteri discrezionali e che allo stesso tempo richiede l'instaurazione di un dialogo tra le parti basato sulla fiducia, la collaborazione e la buona fede. E tuttavia, una tale indicazione potrebbe non essere sufficiente giacché comporta comunque per l'interprete, e dunque in prima battuta per l'amministrazione, la responsabilità di scegliere, nel dubbio, la strada che meglio ne assicuri il conseguimento [...]».

nel contesto del contratto pubblico rispetto al contratto tra soggetti eguali disciplinato dal diritto civile. Esso esprime, piuttosto, l'emersione di una nuova dimensione della tutela, funzionalmente orientata non solo alla conservazione del vincolo contrattuale, ma al riequilibrio effettivo del sinallagma, in coerenza con i principi di correttezza, cooperazione e affidamento che informano l'azione amministrativa e la disciplina dei contratti pubblici, nonché al perseguimento del principio del risultato di cui all'art. 1 del Codice dei contratti pubblici a mente del quale «le stazioni appaltanti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione».

Dall'interpretazione letterale della norma si ricava a favore della parte svantaggiata un diritto a rinegoziare che può essere qualificato come diritto a contrattare con l'altra parte. Ebbene, in prima istanza la parte svantaggiata ha diritto a contrattare con l'altra parte secondo buona fede. Tuttavia, il diritto a contrattare è situazione preliminare e diversa dal diritto a contrarre. Ed è qui che la buona fede, indicata nella lettera della norma, svolge una funzione fondamentale: se la contrattazione è fatta secondo buona fede, e quindi viene presentata una offerta di modifica seria ed effettiva, il diritto a contrattare si trasforma in diritto a contrarre.

Questa conclusione, in termini generali, trova un conforto normativo nelle due norme prima richiamate che danno specifica attuazione al principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, ovvero l'art. 60 in tema di revisione prezzi e in modo ancor più incisivo l'art. 120 co. 8 in tema di modifica dei contratti in corso di esecuzione.

3. *Le clausole di revisione prezzi*

L'art. 60 del nuovo codice dei contratti pubblici rappresenta la prima norma che, per espressa previsione del legislatore, attua il principio di conservazione dell'equilibrio economico del contratto pubblico³⁰. La disposizione normativa introduce una disciplina puntuale rispetto ai presupposti di attivazione delle clausole di revisione prezzi.

La novità della disciplina si coglie nella obbligatorietà, imposta dalla

³⁰ Art. 9 co. 5 d.lgs. n. 36 del 2023 stabilisce testualmente: «In applicazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale si applicano le disposizioni di cui agli articoli 60 e 120».

legge, dell'inserimento all'interno dei documenti di gara di clausole di revisione prezzo. La norma, infatti, testualmente dispone: «nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento è obbligatorio l'inserimento delle clausole di revisione prezzi». Ebbene, il legislatore segna un cambiamento radicale rispetto alla disciplina previgente, nonché alla direttiva appalti UE.

Infatti, l'art. 106 del codice abrogato (d.lgs. n. 50 del 2016) prevedeva l'inserimento di clausole di revisione come facoltativo ed eventuale³¹. La norma abrogata, a ben vedere, attuava il meccanismo revisionale così come previsto dall'art. 72 della direttiva 2014/24/UE che prevedeva, appunto, la mera facoltatività dell'inserimento di clausole di revisione prezzo³². Il quadro normativo previgente attribuiva, nella fase di modifica del contratto in caso di sopravvenienze, un ruolo ancora centrale all'amministrazione.

La disciplina della revisione prezzi si occupa delle sopravvenienze di

³¹ Art. 106 co. 1 l. a) d.lgs. n. 50 del 2016: «Le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende. I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti: a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti. Esse non apportano modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro. Per i contratti relativi ai lavori, le variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione possono essere valutate, sulla base dei prezzi di cui all'articolo 23, comma 7, solo per l'eccedenza rispetto al dieci per cento rispetto al prezzo originario e comunque in misura pari alla metà. Per i contratti relativi a servizi o forniture stipulati dai soggetti aggregatori restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 511, della legge 28 dicembre 2015, n. 208».

³² Art. 72 Direttiva 2014/24/UE: Modifica di contratti durante il periodo di validità. «1. I contratti e gli accordi quadro possono essere modificati senza una nuova procedura d'appalto a norma della presente direttiva nei casi seguenti: a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi, o opzioni. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche od opzioni, nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate. Esse non apportano modifiche o opzioni che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro».

tipo quantitativo cioè di quelle sopravvenienze che hanno ad oggetto una variazione del *quantum* della prestazione. È bene ricordare brevemente, infatti, che in una prospettiva sistematica le sopravvenienze possono essere ricondotte a tre ipotesi fondamentali. In primo luogo, vi sono quelle che incidono sull'oggetto del rapporto contrattuale fino a renderne irrealizzabile l'esecuzione. In secondo luogo, si collocano le sopravvenienze che non eliminano in astratto la possibilità di adempiere, ma compromettono in modo rilevante la proporzione originaria tra le prestazioni, determinando una grave distorsione del sinallagma. In terzo luogo, vi rientrano le vicende sopravvenute che non incidono direttamente sull'eseguibilità delle prestazioni, ma privano il contratto della sua funzione economico-individuale.³³ Muovendo da questa impostazione, parte della dottrina ha ulteriormente distinto le sopravvenienze in base alla tipologia dell'incidenza prodotta: da un lato, quelle che si traducono esclusivamente in una modifica del valore economico delle prestazioni, senza alterarne la struttura (variazioni di carattere quantitativo); dall'altro, quelle che determinano una trasformazione del contenuto stesso delle prestazioni dovute (variazioni di carattere qualitativo)³⁴.

La norma detta in modo puntale i presupposti al ricorrere dei quali è possibile attivare il meccanismo revisionale di tipo quantitativo e stabilisce, al terzo comma, quali sono i criteri utilizzabili al fine della determinazione della variazione dei costi³⁵. Poi, il quinto comma individua la

³³ Sul tema si veda l'interessante ricostruzione di M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto civile*, Roma, 2022, p. 1531.

³⁴ R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto civile*, Torino, 2022, p. 1561.

³⁵ Si veda per il rapporto tra la lettera dell'art 9 d.lgs. n. 36 del 2023 e la legge delega n. 78 del 2022: E. GUARNIERI, *Rinegoziazione, revisione prezzi e pagamenti (artt. 9, 60, 120, 125)*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici* a cura di M. CLARICH, cit., p. 1237 ss.: «Il presupposto qualitativo espone l'interprete ad un dubbio prioritario consistente nel fatto che le particolari condizioni di natura oggettiva non sono state qualificate dal carattere dell'imprevedibilità, a differenza di quanto prescritto dal criterio della legge delega e dal testo licenziato con lo schema del codice (ove il carattere della imprevedibilità era temporalmente riferito al momento della formulazione dell'offerta). Pur nel silenzio della legge, vi è motivo di ritenere implicito e non escludibile il carattere della imprevedibilità delle circostanze che attivano le clausole di revisione prezzi. Ciò per la semplice ragione che l'art. 9, comma 5, stabilisce una connessione inscindibile tra lo stesso art. 9 e l'art. 60: altrimenti a dirsi, l'art. 60 costituisce applicazione dell'art. 9 ed è all'art. 9 che l'interprete deve guardare per orientare il disposto dell'art. 60. Dunque, se si muove dalla considerazione che l'art. 9 ancora la rinegoziazione al verificarsi di «circostanze straordinarie e

fonte “economica” da cui l’amministrazione può attingere per riportare il contratto all’equilibrio originario in attuazione delle clausole di revisione.

La norma, con un lessico ricorrente nella disciplina della modifica del contratto, stabilisce che le clausole non apportano modifiche che alterano la natura generale del contratto o dell’accordo quadro.

Orbene, così descritta la disciplina della revisione dei prezzi, si introduce in questo ambito il problema della posizione giuridica soggettiva del contraente privato quale diritto soggettivo ovvero interesse legittimo e del conseguenziale problema del riparto di giurisdizione. Riservando la trattazione di tale ultimo profilo ai paragrafi successivi, appare opportuno sin da subito evidenziare che in tema di clausole di revisione prezzi il legislatore prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo all’art 133 comma 1 l. e) n. 2 c.p.a.³⁶.

4. *La modifica del contratto in corso di esecuzione*

Il trittico di norme in tema di conservazione dell’equilibrio economico del contratto si completa con l’art. 120 del codice dei contratti pubblici. La norma si occupa della modifica del contratto a fronte delle sopravvenienze qualitative che incidono cioè sulle modalità di esecuzione del contratto e non sulla quantità della prestazione, fattispecie che, come abbiamo visto, è presa in considerazione dall’art. 60 del codice.

La disposizione si colloca nel solco tracciato dalla normativa eurounitaria, recependo il contenuto dell’art. 72 della direttiva 2014/24/UE, e al contempo rielabora criticamente l’assetto previgente di cui all’art. 106 del d.lgs. 50/2016, dando attuazione al criterio di delega fissato dall’art. 1, comma 2, lett. u), della l. 21 giugno 2022, n. 78, che imponeva una

imprevedibili, estranee alla normale alea, all’ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in materia rilevante l’equilibrio originario del contratto», ne va che le circostanze dell’art. 60 – peraltro espressamente qualificate come “particolari” – non potranno che riflettere quella medesima natura e caratterizzazione»

³⁶ Art. 133 co. 1 l. e) n. 2 c.p.a.: «de controversie relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell’ipotesi di cui all’articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell’adeguamento dei prezzi ai sensi dell’articolo 133, commi 3 e 4, dello stesso decreto».

ridefinizione complessiva della disciplina delle varianti in corso d'opera, entro i limiti imposti dall'ordinamento europeo, con specifico riguardo alla modificabilità del vincolo contrattuale nella fase esecutiva.

Attraverso tale intervento, il legislatore ha inteso circoscrivere rigorosamente, mediante una tipizzazione delle fattispecie ammissibili, la possibilità di incidere sul contenuto del contratto pubblico dopo la sua conclusione, muovendo dalla consapevolezza che la procedura di evidenza pubblica costituisce lo strumento ordinario di selezione concorrenziale dell'operatore economico chiamato a soddisfare il fabbisogno della stazione appaltante.

Le modifiche in corso di esecuzione, infatti, sono potenzialmente idonee a produrre effetti distorsivi sull'esito della gara, nella misura in cui possono determinare un ampliamento o una trasformazione dell'oggetto contrattuale tale da attribuire all'appaltatore prestazioni ulteriori o qualitativamente diverse rispetto a quelle poste a base dell'affidamento, con un effetto sostanzialmente equiparabile a una nuova aggiudicazione, che avrebbe richiesto il ricorso a una distinta procedura selettiva³⁷. In tale prospettiva, la disciplina delle modifiche contrattuali si configura come il risultato di un bilanciamento sistemico tra il principio della concorrenza per il mercato e i principi di buon andamento, efficienza e risultato dell'a-

³⁷ Sul tema si veda tra le tante: Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 3520 del 28 maggio 2019 secondo cui «Al fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, le modifiche sostanziali apportate alle disposizioni essenziali di un contratto di concessione di servizi costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto di concessione iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto; la rinegoziazione del contratto, ove conduca a prefigurare condizioni significativamente diverse da quelle originarie, deve considerarsi alla stregua di una vera e propria trattativa privata in spregio dei principi di libera concorrenza imposti dalle regole dell'evidenza pubblica e fuori dai casi eccezionalmente e tassativamente previsti dalla legge»; Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 4918 del 23 novembre 2016 secondo cui: «Va sottolineato che l'art. 106, D. Lgs. n. 50/2016, recependo l'art. 72 della Dir. 2014/24/UE e l'art. 89 della Dir. 2014/25/UE, prevede al comma 1, lett. d), n. 2, la possibilità di modifica del contratto in corso qualora all'aggiudicatario iniziale succeda «per causa di morte o per contratto, anche a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni scissioni acquisizione o insolvenza, un altro operatore che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto. Nel segno della maggiore flessibilità della regolamentazione della continuità aziendale, si è inteso agevolare la continuazione dell'esecuzione dei contratti pubblici già stipulati».

zione amministrativa³⁸.

Il contenuto della norma può essere brevemente riassunto. Dunque, sotto il profilo strutturale, l'art. 120 riproduce l'impostazione già accolta dall'art. 106 del d.lgs. n. 50 del 2016, ricalcando la scansione concettuale delineata dall'art. 72 della direttiva 2014/24/UE. In particolare, il comma 1 individua le modifiche ammissibili sotto il profilo qualitativo, in quanto non idonee a incidere sulla struttura essenziale del contratto o dell'accordo quadro; il comma 2 definisce i limiti quantitativi entro i quali le variazioni risultano consentite; il comma 6 delinea la nozione di modifica "sostanziale" e, per via indiretta, individua l'area delle modifiche non riconducibili a tale categoria; mentre il comma 7 contempla specifiche ipotesi derogatorie che, pur incidendo sul contenuto del contratto, risultano compatibili con i vincoli imposti dal diritto dell'Unione³⁹.

Il limite della modifica sostanziale è esplicitato al sesto comma dell'art. 120. La norma, al primo periodo, considera la modifica sostanziale quando altera considerevolmente la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa. Il legislatore, consapevole della difficoltà pratica e normativa di definire in modo preciso e dettagliato la nozione di modifica sostanziale, ricorre all'uso di un concetto giuridico indeterminato, definisce cioè i presupposti e i requisiti con formule linguistiche tali da non consentire di accertare in modo univoco il loro verificar-

³⁸ V. CERULLI IRELLI, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in www.giustiziamministrativa.it.

³⁹ Si veda, tra le tante, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 07/12/2023, causa C-441/22. La Corte ha chiarito che affinché una modifica possa considerarsi "sostanziale" – tale cioè da non poter essere attuata in assenza di una nuova procedura di gara – non è necessario che le parti abbiano stipulato un accordo scritto avente ad oggetto tale modifica, dato che una volontà comune in tal senso può essere dedotta anche da altri elementi scritti provenienti dalle parti. I giudici europei hanno, pertanto, respinto l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale, perché vi possa essere una modifica sostanziale del contratto, sarebbe necessario che le parti raggiungano un accordo registrato per iscritto. In mancanza di tale accordo, nel caso in cui vi sia un ritardo nell'esecuzione dell'appalto pubblico e il ritardo sia imputabile all'aggiudicatario, si tratterebbe piuttosto di una situazione di esecuzione non conforme dell'appalto. Inoltre, la Corte ha osservato che, ai sensi dell'art. 27, Dir. 24/2014, è possibile modificare un appalto senza una nuova procedura di aggiudicazione qualora la necessità di modifica sia determinata, tra l'altro, da circostanze che un'amministrazione aggiudicatrice diligente non ha potuto prevedere.

si in concreto⁴⁰. Il secondo periodo del comma 6 specifica che la modifica è considerata in ogni caso sostanziale, fermo il disposto dei commi 1 e 3, al verificarsi di certe condizioni. Le condizioni di maggiore rilevanza, ai fini della presente indagine, sono indicate ai numeri 1 e 2. In sintesi, la modifica è da considerarsi in ogni caso sostanziale se introduce condizioni che avrebbero permesso, se contenute fin dall'inizio nella procedura d'appalto, l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o di accertare un'offerta diversa da quella selezionata, o comunque la partecipazione di altri operatori economici. È sempre sostanziale anche la modifica che cambia l'equilibrio economico del contratto in modo non previsto dal contratto iniziale.

La norma, attraverso un'ampia catalogazione delle modifiche sostanziali, si premura di tutelare i soggetti che avrebbero comunque potuto partecipare alla procedura di affidamento di un contratto, che all'esito della modifica, ha sostanzialmente cambiato la sua natura. In altri termini, la logica che sottende la disposizione in esame è di favorire la partecipazione di più operatori economici nel rispetto del principio di concorrenza nonché del risultato nell'affidamento e quindi nell'esecuzione del contratto⁴¹.

La disposizione codicistica risulta particolarmente interessante, ai fini della presente indagine, nella parte in cui prevede ai sensi del comma 8 che «[i]l contratto è sempre modificabile ai sensi dell'articolo 9 e nel rispetto delle clausole di rinegoziazione contenute nel contratto. Nel caso in cui queste non siano previste, la richiesta di rinegoziazione va avanzata senza ritardo e non giustifica, di per sé, la sospensione dell'esecuzione del contratto. Il RUP provvede a formulare la proposta di nuovo accordo entro un termine non superiore a tre mesi. Nel caso in cui non si pervenga al nuovo accordo entro un termine ragionevole, la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione».

Ebbene, il legislatore – nel prevedere il diritto alla rinegoziazione delle condizioni del contratto secondo la logica della buona fede – forgia un vero e proprio diritto a contrarre ed infatti, qualora non si pervenga

⁴⁰ Per un approfondimento sui concetti giuridici indeterminati ed in generale sul lessico normativo utilizzato dal legislatore si veda, M. CLARICH, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Bologna, 2025, pp. 120 e ss..

⁴¹ C. HORGUÉ BAENA, *Modificación de los contratos. En Tratado de contratos del sector público*. Tomo III, Valencia, 2018, pp. 2259 ss.

ad un nuovo accordo, è prevista la possibilità di adire il giudice al fine di ottenere l'adeguamento giudiziale del contratto. Tale ulteriore aspetto, che sicuramente garantisce una maggiore "tranquillità" all'operatore economico nella fase di esecuzione del contratto, intercetta la nota e controversa tematica civilistica della correzione giudiziale del contratto per il ripristino dell'equilibrio contrattuale, cd. giustizia contrattuale⁴².

L'impostazione normativa così delineata è fedele proprio ad alcuni principi internazionali in materia di contratti espressamente richiamati nella relazione di accompagnamento al nuovo codice dei contratti pubblici.

Ai sensi dell'art. 6.2.3. dei Principi Unidroit⁴³, infatti, è consentito alla parte svantaggiata di domandare alla controparte la rinegoziazione del contratto e, in caso di mancato raggiungimento del nuovo accordo entro un termine ragionevole, di agire in giudizio per domandare la risoluzione del contratto, per determinare i modi e i tempi della stessa, oppure di modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio⁴⁴.

⁴² S. P. PERRINO, *La rinegoziazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in www.lawreview.luiss.it.

⁴³ I Principi Unidroit sono un insieme di regole e linee guida che mirano a regolare i contratti commerciali internazionali. Pubblicati dall'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato (UNIDROIT), un'organizzazione intergovernativa con sede a Roma, questi principi non sono giuridicamente vincolanti come una legge nazionale o un trattato, ma sono spesso utilizzati come fonte autorevole di diritto e come modello per redigere contratti transnazionali. I Principi UNIDROIT si basano su principi di giustizia, equità e buona fede, con l'obiettivo di facilitare il commercio internazionale eliminando ostacoli derivanti dalle differenze tra i vari sistemi giuridici nazionali.

⁴⁴ Principi Unidroit, art. 6.2.3 (Definizione di *hardship*) «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 dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto; (c) gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata; e (d) il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata»; Art. 6.2.3 (Effetti dell'*hardship*) «(1) In caso di *hardship* la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto. La richiesta deve essere fatta senza ingiustificato ritardo e deve indicare i motivi sui quali è basata. (2) La richiesta di rinegoziazione non dà, di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione. (3) In caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice. (4) Il giudice, se accerta il ricorrere di una ipotesi di *hardship*, può, ove il

Analogamente, sempre nell'ambito della *soft law*, gli artt. 6:111. e ss. dei c.d. Principi Lando del diritto europeo dei contratti (PECL) stabiliscono che, se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per il mutamento delle circostanze, le parti sono tenute a intavolare trattative per modificare o sciogliere il contratto. Tale diritto alla rinegoziazione sorge nel momento in cui il mutamento di circostanze si verifica dopo la conclusione del contratto, oppure il medesimo mutamento non era una possibilità suscettibile, ragionevolmente, di essere prevista al momento della conclusione del contratto.

E allora se la norma ammette il diritto alla rinegoziazione che in caso di mancato accordo si trasforma in un vero e proprio diritto a contrarre a condizioni nuove, tali da determinare un riequilibrio delle condizioni originarie del contratto, si pone il problema, analogamente a quanto accade con le clausole di revisione prezzi, di qualificare la posizione giuridica soggettiva e di conseguenza individuare il giudice munito di giurisdizione dinanzi al quale far valere la pretesa di riequilibrare il contratto.

Un altro aspetto da considerare, di non inferiore importanza, attiene alle tecniche di tutela di quei soggetti che si lamentano della mancata indizione di una nuova gara a fronte delle sopravvenienze qualitative che hanno interessato il contratto e che hanno portato ad una modifica sostanziale non ammessa *ex art.* 120 d.lgs. n. 36 del 2023. Ebbene, anche in questa ipotesi è centrale l'indagine sulla posizione giuridica soggettiva degli operatori "pretermessi" e della conseguenziale questione della giurisdizione.

5. *La complessa questione del riparto di giurisdizione*

La dottrina ha da sempre evidenziato come il contratto pubblico rappresenti una forma di ossimoro, in quanto concilia due situazioni diametralmente opposte. Da un lato lo strumento rappresentativo della libertà negoziale per antonomasia e cioè il contratto, dall'altro, invece, il potere pubblico che evoca la negazione dell'autonomia negoziale⁴⁵.

caso, (a) risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure (b) modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio».

⁴⁵ Come evidenziato da F. CARINGELLA, *Manuale dei contratti pubblici. Principi e applicazioni*, Roma, 2019, p. 1, «[l]a locuzione "contratto pubblico" è da sempre un ossimoro, una contraddizione misteriosa, la conciliazione di poli antitetici. Si mettono insieme il

Tuttavia, tale ossimoro risulta essere solo apparente in quanto il contratto è pubblico nella fase di scelta del contraente, ossia nell'individuazione del soggetto con il quale stipulare il contratto, e quindi a cui affidare l'esecuzione del contratto, che non è libera ma è ispirata ad una procedura di selezione regolata da norme di diritto pubblico. La fase di esecuzione del contratto, invece, rappresenta una tipica esecuzione del contratto di diritto privato, pertanto disciplinata dalle disposizioni del Codice civile, salvo deroghe espressamente previste. Questa distinzione, che permea da sempre il sistema della contrattualistica pubblica, è oggi messa in evidenza chiaramente anche dal nuovo codice dei contratti pubblici il cui art 12 dispone che «[p]er quanto non espressamente previsto nel codice: a) alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241; b) alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile»⁴⁶.

concetto privatistico per antonomasia – “il contratto”, espressione di autonomia negoziale, di auto-regolamento, di libertà individuale – e un aggettivo (“pubblico”) che evoca la negazione del diritto privato, il public power unilaterale, l'imperatività, l'autoritarietà, i muscoli con i quali le pubbliche amministrazioni sono capaci di imporsi sui privati senza bisogno di cercare il loro consenso e di procurarsi il loro beneplacito. Eppure, la discrasia è solo apparente. Bisogna muovere dal rilievo che la pubblica amministrazione è una e doppia e gode di due capacità. È l'antica e sempre attuale lezione della doppia personalità dei soggetti pubblici. Ogni pubblica amministrazione è, nel nostro disegno pluralistico, un'autorità che può usare strumenti autoritativi del diritto pubblico, ma anche un soggetto di diritto comune, un cittadino dell'ordinamento generale che, al pari di ogni altro settore del diritto, può adoperare gli strumenti del diritto privato avvalendosi dell'universale capacità giuridica e di agire. Questa seconda eventualità si verifica, per l'appunto, quando una pubblica amministrazione stipula un contratto, dismette i comodi panni del potere autoritativo e decide di agire iure privatorum».

⁴⁶ Sul tema, da ultimo, S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2024, p. 1: «[s]iamo abituati, da tempo immemorabile, a dividere la vicenda degli appalti e più in generale dei contratti pubblici in due parti, quasi fossero le due metà di una medesima mela. Una prima fase, detta dell'evidenza pubblica, preordinata alla formazione del contratto e alla scelta del contraente privato; e una seconda fase in cui il contratto, oramai stipulato, generalmente ad esecuzione prolungata, è eseguito dall'amministrazione committente e dall'appaltatore privato, adempiendo alle diverse prestazioni in esso dedotte. Per tradizione inveterata, ben prima che in tempi più recenti il Legislatore dettasse norme specifiche sul riparto di giurisdizione, siamo stati indotti a credere che la prima fase avesse natura pubblicistica e fosse per questo devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo; e la seconda fase fosse retta dal diritto privato e, di conseguenza, devoluta alla cognizione del giudice civile».

Dunque, l'anima dualistica delle procedure di evidenza pubblica evoca la coesistenza di plurime e differenti situazioni giuridiche soggettive e con conseguente problema dell'individuazione del giudice munito della giurisdizione.

Si è soliti pensare che il riparto di giurisdizione in materia di contratti pubblici dipenda esclusivamente dal momento della sequenza in cui nasce l'esigenza di tutela della situazione giuridica soggettiva. In altri termini, si potrebbe dire che nella fase pubblica la posizione giuridica dell'operatore economico è sempre qualificabile come interesse legittimo pretensivo, ossia quale pretesa ad ottenere il bene della vita individuato nella stipulazione del contratto; diversamente, il momento privatistico del contratto pubblico incardina nell'operatore economico sempre un diritto soggettivo.

Tale automatismo, tuttavia, non è così scontato⁴⁷ e si deduce dal tenore letterale di alcune disposizioni del codice del processo amministrativo. In particolare, l'art. 133 c.p.a. (in materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo) attribuisce al comma 1 l. e) n. 1 alla giurisdizione esclusiva le controversie relative alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture. Ebbene, è noto che il sistema dualistico della giurisdizione è stato accolto a livello Costituzionale nell'art 103 comma 1 Cost a mente del quale «[i]l Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi»⁴⁸.

⁴⁷ S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2024, cit.

⁴⁸ Per approfondimenti sul riparto di giurisdizione si veda, tra i tanti, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, pp. 1033 ss.; M. NIGRO, A. SANDULLI, *Diritto processuale amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 73 ss.; F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2023, pp. 93 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2023, pp. 59 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2024, pp. 487 ss.; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989, pp. 313 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino pp. 381 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1989 pp. 1290 e ss.: «la regola generale (ma non inderogabile) contenuta nell'A. 2 l. cont. Amm. (e ora consacrata nella Costituzione: aa. 102, 103, 113) è, nei rapporti civili [...], che la competenza dei giudici ordinari nei confronti della pubblica amministrazione ricorre tutte le volte che si controverta dei diritti in cui si imbatte una attività di diritto amministrativo (oltre che, naturalmente, dei diritti in cui si imbatte l'attività di diritto civile dell'Amministrazione). Questo – e quindi non il *petitum*, ma la *causa petendi* – è l'unico e solo elemento che determina la competenza dei giudici ordinari [...]; A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (Diritto amministrativo)*, in

Dalla norma in esame si evince, in primo luogo, la centralità della posizione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio (cd. criterio della *causa petendi* o *petitum sostanziale*) quale criterio del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo⁴⁹.

Enc. del Dir., II agg., Milano, 1998, 966 ss.; ID., *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. Amm.*, 2006, 273 ss.; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975; ID., *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Bologna, 2001, 269 ss.; E. FOLLIERI, *Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2014, 27 ss.; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017; A. ZITO, M.R. SPASIANO, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Diritto Amministrativo* a cura di F.G. SCOCA, Torino, 2025.

⁴⁹ Il tema del riparto di giurisdizione viene alla ribalta all'indomani della creazione da parte della legge n. 59892/1889 della IV sezione del Consiglio di Stato, provvedimento legislativo attraverso cui il nostro ordinamento abbandona il previgente sistema di giurisdizione unica, fondato sulla legge n. 2248/1865. In presenza, infatti, di un solo plesso giurisdizionale rappresentato dal giudice ordinario la tematica del riparto non ha ragione di svilupparsi. Sicché l'attenzione, dapprima del Consiglio di Stato, quindi, a partire dalla l. 3761/1877 della Corte di Cassazione, nella veste di Giudice dei conflitti, viene calamitata dalla differente, benché prossima, questione dell'individuazione di un valido criterio di riparto di attribuzione (non di giurisdizione) tra la giurisdizione ordinaria e le competenze attribuite all'autorità amministrativa. All'indomani dell'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, non si percepì subito il passaggio dal riparto di attribuzioni al riparto di giurisdizione. Ancora forte, per qualche tempo, rimase l'idea di non essere in presenza di un nuovo ramo giurisdizionale, risultando in principio prevalente la tesi che il Consiglio di Stato fosse un organo amministrativo. Il dubbio venne fugato con la l. 62/1907 istitutiva della V sezione del Consiglio di Stato, che ne affermò chiaramente la natura giurisdizionale. A seguito di ciò la diatriba sull'individuazione del criterio di riparto si articolò lungo due direttrici, quella del *petitum formale*, che ripartiva la giurisdizione in base al tipo di pronuncia richiesta dall'attore (GA per le domande di annullamento e GO per quelle di risarcimento), in un sistema ispirato alla doppia tutela che devolveva le stesse porzioni a entrambi i Giudici che se la ripartivano in forza della misura rivendicata. E quella della *causa petendi*, maggioritaria nella giurisprudenza delle Sezioni Unite, ispirata all'idea che fosse la qualità della posizione giuridica azionata ad esigere che la tutela venga erogata dall'uno o dall'altro plesso giurisdizionale. Il criterio della *causa petendi* si affermò grazie al c.d. concordato giurisdizionale del 1929 raggiunto tra la Cassazione ed il Consiglio di Stato e tradottosi nelle note sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nn. 1 e 2 del 1930 e delle Sezioni Unite della Cassazione n. 2680 del 1930. Pronunce sorrette dall'idea, poi meglio sviluppata, che la ripartizione si basa sulla valutazione, da parte del Giudice, della consistenza sostanziale della posizione in base alla qualificazione che ne dà l'ordinamento e non sulla prospettiva che della

In secondo luogo, la Costituzione attribuisce alla giurisdizione del giudice amministrativo la tutela, in particolari materie, anche dei diritti soggettivi. La Corte costituzionale con le storiche sentenze nn. 204/2004 e 191/2006 ha chiarito che «le particolari materie devolvibili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art 103 Cost si caratterizzano per la inscindibilità delle questioni d'interesse legittimo e di diritto soggettivo, e per la prevalenza delle prime, le quali impongono di aggiungere la competenza del Consiglio di Stato per i diritti soggettivi, nelle materie specificamente indicate dalla legge». In altri termini, la giurisdizione esclusiva del g.a. si giustifica solo se vi è una situazione complessa ed «inestricabile» tra diritto soggettivo ed interesse legittimo. La giurisdizione esclusiva del g.a. trova, inoltre, fondamento a livello primario all'art. 7 co. 1 c.p.a.⁵⁰.

Ne discende, pertanto, che l'esercizio del potere amministrativo non esclude la possibilità che ci sia la inestricabile compresenza tra diritti soggettivi ed interessi legittimi. E di queste situazioni il legislatore se ne occupa proprio all'art. 133 c.p.a. nelle ipotesi in cui prevede la giurisdizione esclusiva del g.a. dove c'è comunque esercizio del potere, e se ne occupa proprio secondo una logica di concentrazione della tutela giurisdizionale⁵¹.

La conseguenza logica di tale ragionamento comporta allora l'infondatezza giuridica dell'automatismo che ammette solo interessi legittimi nella fase pubblicistica di selezione del contraente e di soli diritti soggettivi nella fase di esecuzione del contratto⁵².

posizione offre il ricorrente in giudizio.

⁵⁰ Art. 7 co. 1 c.p.a.: «Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico».

⁵¹ F. SCJARRETTA, *Giurisdizione amministrativa 'esclusiva' nella tutela dei diritti soggettivi nei confronti delle pubbliche amministrazioni* in *Federalismi.it*, n.3/2018.

⁵² Sul tema, da ultimo, Cassazione Sezioni Unite, 25 settembre 2025, n. 26080: «[i]l risarcimento del danno per lesione dell'incolpevole affidamento nel rilascio di un provvedimento annullato spetta alla giurisdizione del g.a. nelle sole materie di giurisdizione esclusiva ex art. 133 c.p.a.».

Si veda sul punto per un approfondimento anche F. LATINO, *Le Sezioni Unite della Suprema Corte tornano a pronunciarsi sul risarcimento del danno per lesione dell'affidamento*

Sempre più attuale ed importante resta allora l'individuazione del giudice munito della giurisdizione con riferimento alle ipotesi applicative del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, e sia nell'ipotesi di sopravvenienze quantitative che innescano la disciplina della revisione prezzi *ex art. 60 d.lgs. 36/2023* che nell'ipotesi di sopravvenienze qualitative che, come visto, sono diversamente disciplinate all'art. 120 del Codice dei contratti pubblici.

Occorre, tuttavia, al riguardo tenere in considerazione l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle sole controversie relative alla revisione prezzi e non delle modifiche del contratto in corso di esecuzione stando al tenore letterale dell'art. 133 c.p.a.

5.1. *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella revisione prezzi: contenuto della clausola e spazi per la giurisdizione del giudice ordinario*

Gli insegnamenti della Corte costituzionale in materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sono stati recepiti dalla giurisprudenza di legittimità e dalla giurisprudenza amministrativa circa le controversie relative alla revisione dei prezzi.

È noto che l'art. 133 let. e) n. 2 del Codice del processo amministrativo attribuisce alla giurisdizione esclusiva del g.a. le controversie aventi

incolpevole del privato nella legittimità di un provvedimento amministrativo poi annullato in Studio Claudio Scognamiglio Avvocati, 2025, disponibile all'indirizzo: www.studioclaudio.scognamiglio.it; C. FRAGOMENI, Responsabilità dell'amministrazione tra affidamento legittimo od incolpevole, in www.Giustiziainsieme.it, 2023: «La Corte di Cassazione afferma che la giurisdizione si determina in base alla domanda e al petitum sostanziale e precisa che, in caso di lesione dell'affidamento incolpevole, l'azione risarcitoria non si fonda sull'illegittimità dell'atto, bensì sulla scorrettezza del comportamento della pubblica amministrazione. La p.a. è tenuta a conformare la propria condotta in modo da non ingenerare indebite interferenze nella sfera giuridica dei destinatari, anche a prescindere dalla fondatezza della pretesa al bene della vita. Le Sezioni Unite riconoscono come fisiologica, nelle materie di giurisdizione esclusiva, la coesistenza di interesse legittimo e diritto soggettivo, poiché l'esercizio del potere autoritativo si confronta anche con situazioni giuridiche soggettive piene, ai sensi dell'art. 7, comma 1, c.p.a. I comportamenti della p.a., comprese le condotte antecedenti al procedimento, sono ricondotti all'esercizio del potere amministrativo quando abbiano ingenerato un affidamento incolpevole nel rilascio di un provvedimento ampliativo. Ne consegue che l'azione risarcitoria per lesione dell'affidamento, pur avendo ad oggetto un diritto soggettivo, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle materie di cui all'art. 133 c.p.a., restando ferma la giurisdizione del giudice ordinario negli altri casi».

ad oggetto le clausole di revisione prezzi. Tuttavia, questa disposizione deve essere letta in chiave costituzionale, per cui non tutte le controversie relative alla revisione dei prezzi sono devolute alla giurisdizione esclusiva del g.a., ma solo quelle in cui vi sia comunque esercizio del potere amministrativo.

Pertanto, è possibile distinguere tra clausole di revisione prezzi che attribuiscono uno spazio di discrezionalità alla pubblica amministrazione e la cui attuazione richiede l'esercizio del potere amministrativo e clausole la cui attuazione, invece, è automatica e non comporta alcuna valutazione discrezionale della stazione appaltante. Nel primo caso l'aggiudicatario si confronta, seppur nella fase esecutiva del contratto, con il potere amministrativo, con la conseguenza che le controversie aventi ad oggetto clausole di tal fatta sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Nel secondo caso, invece, l'assenza del potere amministrativo pone le parti in una posizione paritetica, per cui la controversia sulla modifica del prezzo non può che essere devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario.

Ebbene, così ragionando il baricentro dell'indagine si sposta sull'individuazione ed interpretazione del contenuto della clausola. Se l'adeguamento del contratto, finalizzato a garantire l'equilibrio economico originario, presuppone l'esercizio del potere amministrativo, la giurisdizione è del giudice amministrativo. Diversamente, invece, se l'adeguamento del contratto al suo equilibrio originario non contempla alcun potere ed anzi pone le parti sullo stesso piano, la posizione giuridica soggettiva dell'operatore economico assume la consistenza del solo diritto soggettivo e pertanto il giudice munito di giurisdizione è il giudice ordinario.

Tale distinzione è messa in evidenza anche dalla giurisprudenza amministrativa.

Con riferimento alle clausole che non implicano alcuna valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante, la quinta sezione del Consiglio di Stato con la sentenza n. 9568 del 2025, confermando la decisione del T.A.R. per il Friuli-Venezia Giulia, ha affermato che la clausola da cui discende la pretesa dell'operatore economico ad ottenere la revisione prezzi stabilisce un meccanismo automatico di adeguamento del prezzo, per cui non è possibile individuare alcun margine di discrezionalità della s.a. e pertanto il giudice munito di giurisdizione deve essere correttamente

individuato nel giudice ordinario⁵³.

Analogamente, il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio con la sentenza n. 17417 del 2025 ha ritenuto fondata l'eccezione relativa al difetto di giurisdizione del giudice amministrativo con riferimento alla controversia sottoposta al suo esame in quanto avente ad oggetto una clausola di revisione prezzi che si caratterizza per l'assenza di un potere valutativo-discrezionale della stazione appaltante (nella vicenda in esame, il capitolato tecnico prevede – impregiudicata ogni valutazione sulla sua coerenza – un adeguamento automatico annuale rapportato agli indici ISTAT), con la conseguenza che la posizione giuridica soggettiva del contraente privato si sostanzia nel solo diritto soggettivo venendo a mancare quell'inestricabile nodo gordiano diritto soggettivo – interesse legittimo che giustifica, come si è visto, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁵⁴.

⁵³ Consiglio di Stato Sez. V sentenza del 4 dicembre 2025 n. 9568 ha affermato che «se il contenuto della clausola esprime e quindi implica la persistenza di una discrezionalità, vale a dire di una posizione di potere, dell'autorità amministrativa, si rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; se invece il contenuto della clausola individua puntualmente e compiutamente un obbligo della parte pubblica del contratto, deve riconoscersi la corrispondenza a tale obbligo di un diritto soggettivo dell'appaltatore, così da confluire nella giurisdizione ordinaria. La natura del contratto quale fonte di posizione paritetica per le parti che lo hanno stipulato rispetto agli obblighi esecutivi e ai correlati diritti soggettivi trova allora logicamente, prima ancora che normativamente, un limite nel contenuto delle specifiche clausole. Se, dunque, la clausola di revisione dei prezzi non include alcuna discrezionalità determinativa della parte pubblica, ai fini del riparto giurisdizionale vale la situazione paritetica che ne discende, salvo, ex art. 386 c.p.c., ogni successivo esito nel merito, inclusa l'eventuale nullità della clausola stessa. Se, invece, la clausola rimette alla stazione appaltante una discrezionalità nella determinazione della debenza della revisione e/o del suo quantum, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ricorre, perché la pariteticità non è stata raggiunta nella specifica regola negoziale della revisione e pertanto non può sussistere nella fase esecutiva di detta regola». Cfr. con Corte di Cassazione Civile, ordinanza Sezioni Unite del 12 ottobre 2020 n. 21990 che con specifico riferimento al tema della revisione dei prezzi nei contratti pubblici e nel solco dei principi tracciati dal Giudice delle leggi, hanno osservato come l'art. 133, co. 1, n. 2, lett. e), c.p.a., «logicamente non è stato inteso, nella giurisprudenza del riparto, come conferente al giudice amministrativo qualunque controversia relativa alla revisione dei prezzi degli appalti pubblici per servizi ad esecuzione continuata o periodica, sviluppandosi un'applicazione (peraltro non del tutto uniforme, ma sovente plasmata dai casi specifici) del criterio fondato sulla sussistenza o meno di esistenza ed esercizio di potere, per tutela dei correlati pubblici interessi».

⁵⁴ La sentenza in esame rinvia ad un principio di diritto del Consiglio di Stato Sez. V, affermato con la sentenza n. 489 del 2025, a mente del quale «[n]elle controversie in

Altre pronunce del giudice amministrativo, invece, mettono in evidenza la sussistenza di un potere valutativo della stazione appaltante e quindi della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ossequio dell'art. 133 c.p.a.

In primo luogo, il Consiglio di Stato con la sentenza n. 5082 del 2025⁵⁵ censura la declinatoria di giurisdizione emessa dal T.A.R. ed accoglie l'appello proposto. In particolare, dalla motivazione del Collegio si evince che il giudice amministrativo, dinanzi al quale è portata la controversia avente ad oggetto la revisione prezzi, deve indagare il concreto contenuto della clausola. L'esito di tale indagine è ricco di conseguenze applicative poiché solo se emerge un potere discrezionale in capo alla stazione appaltante è possibile affermare la giurisdizione del g.a. *ex art. 133 c.p.a.* Il Collegio pone a fondamento della propria decisione tutta l'evoluzione relativa alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo poi culminata con le sentenze, precedentemente citate, della Corte costituzionale sul significato da attribuire alla locuzione "particolari materie". Tale locuzione deve essere intesa quale catalogo aperto che può, quindi, essere arricchito dal legislatore purché la situazione giuridica soggettiva del soggetto che richiede tutela sia connotata da quella complessità che rende inscindibile il diritto soggettivo dall'interesse legittimo e quindi la necessaria presenza del potere amministrativo⁵⁶.

materia di revisione prezzi la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in conformità alla previsione di cui all'articolo 133, comma 1, lettera e), n. 2), c.p.a. sussiste nell'ipotesi in cui il contenuto della clausola implichi la permanenza di una posizione di potere in capo all'Amministrazione committente, attribuendo a quest'ultima uno spettro di valutazione discrezionale nel disporre la revisione; mentre, nella contraria ipotesi in cui la clausola individui puntualmente e compiutamente un obbligo della parte pubblica del contratto, deve riconoscersi la corrispondenza di tale obbligo ad un diritto soggettivo dell'appaltatore, il quale fa valere una mera pretesa di adempimento contrattuale, come tale ricadente nell'ambito della giurisdizione ordinaria».

⁵⁵ Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 11 giugno 2025 n. 5082

⁵⁶ Negli stessi termini vd. Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte Sez. III, sentenza del 19 giugno 2025 n. 1038: «Le controversie riguardanti la revisione dei prezzi e il riconoscimento di compensazioni a fronte della variazione sopravvenuta del costo di materie prime appartengono alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133 co. 1, lett. e) n. 2 c.p.a., in quanto l'Amministrazione abbia esercitato anche indirettamente un potere amministrativo (Cass. Civ., SS.UU. ord. 05/02/2025, n. 2934). L'istituto della revisione prezzi si atteggia, infatti, secondo un modello procedimentale volto al compimento di un'attività di preventiva verifica dei presupposti necessari per il riconoscimento del compenso revisionale, modello che

La dogmatica distinzione tra le due diverse tipologie di clausole, seppur accolta dalla dottrina, è però oggi in parte messa in discussione dalla nuova formulazione del codice dei contratti pubblici che prevede l'obbligatorio inserimento delle clausole di revisione prezzi⁵⁷.

Preliminarmente si evidenzia che l'istituto delle clausole di revisione dei prezzi ha conosciuto, nell'ordinamento italiano, un'evoluzione tutt'altro che lineare, caratterizzata da un andamento oscillante che riflette il mutare delle priorità del legislatore in materia di contratti pubblici. Un primo momento significativo è rappresentato dalla legge c.d. Merloni, che sancì espressamente il divieto di revisione dei prezzi nei contratti di appalto di lavori pubblici, escludendo al contempo l'applicazione dell'art. 1664, co. 1, c.c., norma che consente all'appaltatore o al committente di chiedere la revisione del prezzo in presenza di variazioni dei costi dovute a circostanze imprevedibili tali da incidere in misura superiore al decimo del prezzo complessivo convenuto. Con il Codice dei contratti pubblici del 2006, il legislatore abbandonò parzialmente tale impostazione, reintroducendo l'obbligatorietà della clausola di revisione dei prezzi, ma limitatamente ai contratti di servizi e forniture, con esclusione dei contratti di lavori e dei settori speciali, proprio quelli nei quali il tema della variabilità dei costi si pone con maggiore intensità. Il d.lgs. n. 50 del 2016, invece, prevedeva il facoltativo inserimento delle clausole di revisione prezzi all'art. 106. La legittimità di tale scelta è stata sottoposta al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea, che, con la sentenza 19 aprile 2018, causa C-152/17, ha chiarito come i principi delle direttive europee in materia di appalti non impongano la previsione generalizzata di meccanismi di revisione dei prezzi, rimettendo al legislatore nazionale la scelta circa l'ambito e le modalità della loro operatività.

In questo quadro, il nuovo Codice dei contratti pubblici segna un deciso cambio di paradigma, prevedendo l'inserimento obbligatorio delle

sottende l'esercizio di un potere autoritativo tecnico-discrezionale dell'Amministrazione nei confronti del privato contraente, potendo quest'ultimo collocarsi su un piano di equiordinazione con l'Amministrazione solo con riguardo a questioni involgenti l'entità della pretesa».

⁵⁷ V. CERULLI IRELLI, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in www.giustiziamministrativa.it, 2024; P. PATATINI, *Rinegoziazione e rimedi manutentivi alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici* in *Convegno "Nuovo Codice degli Appalti Riflessi sulle società quotate"*, tenutosi presso la LUISS, Roma, il 20 ottobre 2023, in www.giustiziamministrativa.it.

clausole di revisione dei prezzi per tutte le tipologie contrattuali disciplinate. Si è così compiuto il passaggio, nei contratti di appalto di lavori, dal divieto introdotto nel 1994, alla progressiva riemersione dell'istituto, sino all'attuale previsione di obbligatorietà, coerente con il principio del risultato che oggi informa la materia dei contratti pubblici e che ha definitivamente superato le precedenti resistenze, ispirate a una concezione prevalentemente – e non senza miopia – orientata alla sola tutela della spesa pubblica.

Dunque, il nuovo assetto normativo potrebbe aver determinato una modifica della posizione giuridica soggettiva di cui è titolare l'operatore economico tale da non giustificare più la duplice natura delle clausole di revisione prezzi.

Tale assunto troverebbe fondamento in due aspetti essenziali del nuovo art. 60 del codice dei contratti pubblici. In primo luogo, la previsione obbligatoria delle clausole di revisione prezzi attribuisce alla parte che risulta svantaggiata dalle sopravvenienze un vero e proprio diritto alla rinegoziazione secondo buona fede e non un interesse legittimo. In altri termini, la pubblica amministrazione non esercita mai un potere amministrativo, ma opera con veste paritetica a quella del privato⁵⁸.

In secondo luogo, e aldilà della obbligatorietà delle clausole, la formulazione letterale della norma depone per un'attività vincolata della pubblica amministrazione che deve accertare il verificarsi delle condizioni. L'art. 60 del codice prevede che dette clausole, purché non tali da alterare «la natura generale del contratto», si attivano al verificarsi, come si è visto,

⁵⁸ F. LIGUORI, P. LA SELVA, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, a cura di AA.VV., Napoli, 2023. pp. 205-206. Gli autori evidenziano che dal Codice dei contratti pubblici si evince che le clausole di revisione prezzi devono essere chiare precise ed inequivocabili tali da determinare un esaurimento del potere amministrativo: «Il Codice sembra, comunque, orientato a richiedere la specificazione di questi concetti, con un integrale esaurimento della discrezionalità amministrativa in sede di predisposizione delle regole di gara, sia per le “condizioni oggettive” che determinano la revisione dei prezzi (art. 60) che per le altre ipotesi che legittimano le modifiche (art. 120) e che sono dettagliate dall'art. 120 o vanno “previste in clausole chiare, precise e inequivocabili”»; per modo che, quello che si concepiva come un interesse legittimo del privato al riequilibrio del sinallagma del contratto, è ora inquadrato come una vera e propria pretesa all'adempimento della clausola contrattuale. Un diritto soggettivo, così lo qualifica l'art. 9 con una scelta lessicale che appare coerente con il contenuto effettivo della posizione giuridica se si considera che sia l'an che il quantum della pretesa vanno compiutamente disciplinati ex ante».

«di particolari condizioni di natura oggettiva [...] che determinano una variazione del costo dell'opera della fornitura o del servizio» nella misura citata. Dal dato positivo sembra potersi affermare che la clausola di revisione prezzi opera automaticamente al ricorrere dei presupposti oggettivi indicati dalla norma e che escludono ontologicamente la presenza di una attività discrezionale della stazione appaltante. In un tale quadro l'appaltatore è titolare di una pretesa all'adempimento di una prestazione già puntualmente descritta nel contratto e dunque l'eventuale giudizio avrà ad oggetto l'accertamento dell'esistenza di un diritto soggettivo.

Così ragionando, ne discende l'inopportunità della norma processuale che prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in caso di revisione prezzi, e più che di inopportunità dovrebbe trattarsi di incostituzionalità della norma poiché nessuna clausola di revisione prezzi potrebbe essere ricondotta all'esercizio del potere e quindi non avremmo mai la sussistenza dell'inscindibile nodo gordiano tra interessi legittimi e diritti soggettivi⁵⁹.

⁵⁹ In questi termini si veda la ricostruzione di V. CERULLI IRELLI, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, cit. Secondo l'autore «La pretesa dell'appaltatore alla revisione del prezzo, a fronte delle intervenute circostanze modificatorie dell'equilibrio economico del contratto al di là delle soglie previste dalla norma ("al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva che determinano una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5 % dell'importo complessivo"), è stata tradizionalmente configurata come interesse legittimo e quindi la relativa tutela affidata al giudice amministrativo, restando la giurisdizione ordinaria limitata alla determinazione del quantum della revisione, una volta riconosciuta fondata la pretesa. D'altra parte, l'art. 133 del Codice del processo amministrativo prevede tra le materie di giurisdizione esclusiva, le controversie relative "al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica" ed altre (lett. e) n. 2). Questo assetto della giurisdizione potrebbe ritenersi modificato dal nuovo Codice laddove, al di là dell'obbligatorietà delle clausole di revisione, esso prevede che dette clausole, purché non tali da alterare "la natura generale del contratto", si attivano al verificarsi, come si è visto, "di particolari condizioni di natura oggettiva... che determinano una variazione del costo dell'opera della fornitura o del servizio" nella misura citata. Tra l'altro il testo finale del Codice sopprime il riferimento alla non prevedibilità del verificarsi di dette condizioni al momento della formulazione dell'offerta (contenuto nella legge delega (art. 1 lett. g), e nello stesso art. 9, come s'è visto); sulla base dei rilievi emersi nell'ambito dei primi commenti, che avevano evidenziato come l'aumento dei costi nella misura prevista, tale da rendere necessaria la revisione, possa essere senz'altro prevedibile in determinate circostanze

Tuttavia, questo ragionamento può essere contraddetto in quanto non esiste alcun automatismo che escluda la sussistenza del potere amministrativo nell'attività vincolata tale quindi da incardinare sempre la giurisdizione del giudice ordinario. La questione di pura teoria generale, che non può essere affrontata compiutamente in questa sede, attiene alla sussistenza del potere amministrativo autoritativo nelle attività cd. vincolate.

Ebbene, l'attività vincolata si caratterizza per il fatto che la legge predetermina in tutti i suoi aspetti le modalità di azione della pubblica amministrazione nel perseguimento dell'interesse pubblico. Pur se l'effetto finale non deriva direttamente dalla legge ma dall'atto conclusivo del procedimento, il contenuto di quest'ultimo è definito dalla norma attributiva del potere⁶⁰.

La giurisprudenza ha ormai chiarito che la tradizionale distinzione tra atto discrezionale e atto vincolato non è di per sé decisiva ai fini del riparto di giurisdizione. In tal senso si è espressa l'Adunanza Plenaria

(come eventi bellici, crisi petrolifere attese, etc.) già al momento della formulazione dell'offerta, e ciò non di meno, tali da supportare l'esigenza della revisione del prezzo. In base al Codice la clausola di revisione sembra quindi applicarsi in maniera automatica, al verificarsi delle condizioni oggettive previste dalla norma (la variazione del costo, come fattore oggettivo) e opera in conseguenza nella misura dell'80% della variazione accertata. Ciò farebbe ritenere, come esplicitato nella relazione ANAC, sullo schema di decreto legislativo che la posizione dell'appaltatore sia da ascrivere oramai al genus dei diritti piuttosto che degli interessi legittimi, ciò che potrebbe far dubitare della validità della norma che attribuisce la giurisdizione in materia al giudice amministrativo. Tuttavia, ci sarebbero anche argomenti in contrario rispetto a questa soluzione, ché margini di apprezzamento discrezionale circa il riconoscimento all'appaltatore della revisione del prezzo, sicuramente restano (non alterazione della "natura generale del contratto", individuazione della "natura oggettiva" delle condizioni sopravvenute). Talché, mi sembra che la giurisdizione in materia potrà trovare conferma nei criteri tradizionali». La medesima conclusione è, inoltre, condivisa da P. PATATINI, *Rinegoziazione e rimedi manutentivi alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.; F. LIGUORI, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2013, spec. 82, in cui già si era espressa qualche perplessità sulla scelta del legislatore di riservare alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative all'adeguamento e alla revisione dei prezzi. Le disposizioni, allora, e ancor più adesso, non sembrano configurare (se strettamente osservate da parte dell'amministrazione) alcun potere autoritativo quanto piuttosto delineare un rapporto bilaterale basato sul necessario riconoscimento del diritto in presenza di presupposti da accertare in termini oggettivi.

⁶⁰ La definizione di attività vincolata secondo V. LOPILATO, *Manuale di Diritto Amministrativo, Parte generale*, cit., pp. 3 e ss.

del Consiglio di Stato n. 8 del 2007, la quale ha precisato che il carattere vincolato dell'attività amministrativa non determina automaticamente la qualificazione della posizione del privato come diritto soggettivo, né comporta conseguenze immediate sul piano della giurisdizione. Anche all'interno delle attività vincolate, infatti, occorre distinguere tra quelle attribuite all'amministrazione per la tutela primaria dell'interesse del privato e quelle che, invece, sono finalizzate alla salvaguardia dell'interesse pubblico. Pertanto, anche quando l'amministrazione non dispone di margini di discrezionalità, valutativa o tecnica, la qualificazione della posizione giuridica del privato dipende dalla finalità perseguita dalla norma attributiva del potere: laddove l'attività amministrativa, pur vincolata, sia diretta alla tutela immediata dell'interesse pubblico, la posizione del privato resta protetta solo in via mediata e assume, quindi, la natura di interesse legittimo⁶¹. Ne consegue che la dicotomia tra atto discrezionale e atto vincolato non può ritenersi determinante ai fini della giurisdizione, sebbene conservi rilievo sotto il profilo delle tecniche di tutela e dell'intensità del sindacato giurisdizionale, che si atteggia come pieno e sostanziale nel caso degli atti vincolati, mentre si limita a un controllo di legittimità nelle ipotesi di esercizio di poteri discrezionali⁶².

⁶¹ F. CARINGELLA, *Il riparto di Giurisdizione*, in www.cortecostituzionale.it.

⁶² Si veda tra le tante, Consiglio di Stato Adunanza Plenaria, sentenza del 24 maggio 2007 n. 8 secondo cui «la natura vincolata dell'attività demandata all'amministrazione non comporta in modo automatico la qualificazione della corrispondente posizione soggettiva del privato in termini di diritto soggettivo, con il conseguente precipitato processuale in punto di giurisdizione. Deve infatti distinguersi, anche in seno alle attività di tipo vincolato, tra quelle ascritte all'amministrazione per la tutela in via primaria dell'interesse del privato e quelle, viceversa, che la stessa amministrazione è tenuta ad esercitare per la salvaguardia dell'interesse pubblico. Anche a fronte di attività connotate dall'assenza in capo all'amministrazione di margini di discrezionalità valutativa o tecnica, quindi, occorre avere riguardo, in sede di verifica della natura della corrispondente posizione soggettiva del privato, alla finalità perseguita dalla norma primaria, per cui quando l'attività amministrativa, ancorché a carattere vincolato, tuteli in via diretta l'interesse pubblico, la situazione vantata dal privato non può che essere protetta in via mediata, così assumendo consistenza di interesse legittimo»; C.G.A. per la Regione Sicilia, Sezione Giurisdizionale sentenza del 13 settembre 2021 n. 802. Ha chiarito il C.g.a. che si deve escludere che il carattere vincolato dell'attività svolta denoti ipso facto l'assenza, in capo alla P.A., di una posizione di supremazia, nonché la conseguente natura paritetica degli atti adottati dalla stessa P.A. nel rapporto con l'amministrato. La circostanza che il potere amministrativo sia vincolato – e cioè che il suo esercizio sia predeterminato dalla legge nell'an e nel quomodo – non trasforma il potere medesimo in una categoria civilistica, assimilabile ad

Dunque, ragionando in questi termini e tenendo in considerazione l'elaborazione giurisprudenziale in tema di attività vincolata e riparto di giurisdizione è possibile fornire una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 133 c.p.a. laddove prevede la giurisdizione esclusiva del g.a. per le controversie relative alle clausole di revisione prezzi⁶³. L'art. 60 d.lgs. n. 36 del 2023, pur prevedendo un'attività vincolata della stazione appaltante nel rideterminare i prezzi così come indicato nelle clausole appositamente previste, contempla comunque l'esercizio di un potere amministrativo. In altri termini, il vincolo indicato dalla norma soddisfa due interessi coesistenti. Il primo è l'interesse del privato ad ottenere un riequilibrio delle condizioni economiche del contratto all'esito delle sopravvenienze. Il secondo e prevalente è, invece, l'interesse pubblico alla corretta gestione dell'economia e delle finanze dello Stato. Tale interesse si evince anche dal dato normativo di cui all'art. 9 co. 1 secondo periodo del Codice dei contratti pubblici a mente del quale «[g]li oneri per la rinegoziazione sono riconosciuti all'esecutore a valere sulle somme a disposizione indicate nel quadro economico dell'intervento, alle voci imprevisi e accantonamenti e, se necessario, anche utilizzando le economie da ribasso d'asta».

5.2. La frammentata giurisdizione in caso di modifica del contratto in corso di esecuzione

L'art. 120 del nuovo Codice dei contratti pubblici, come visto, ripropone sostanzialmente la disciplina delle cd. varianti in corso d'opera già contenuta nell'art. 106 del d.lgs. n. 50 del 2016. Le modifiche del contratto in corso d'opera permettono alla stazione appaltante di adeguare il contenuto del contratto alle sopravvenute esigenze imprevedibili e straor-

un diritto potestativo, ove l'Amministrazione eserciti una funzione di verifica, controllo, accertamento tecnico dei presupposti previsti dalla legge, quale soggetto incaricato della cura di interessi pubblici generali, esulanti dalla propria sfera patrimoniale: il potere vincolato, dunque, resta comunque espressione di "supremazia" o di "funzione", con il corollario che dalla sua natura vincolata derivano conseguenze non sul piano della giurisdizione, ma su quello delle tecniche di tutela (si pensi al potere del giudice in sede di giudizio sul silenzio di pronunciarsi, ai sensi dell'art. 31, comma 3, c.p.a., sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio). Del resto, che l'attività della P.A., per il solo fatto di essere vincolata, non cessi di essere attività autoritativa e di tradursi in atti aventi natura non già paritetica, bensì provvedimentale, sottoposti alla giurisdizione del G.A., emerge con chiarezza da molteplici istituti del diritto amministrativo.

⁶³ M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, *En. dir.*, 2016.

dinarie senza dover ricorrere ad una nuova procedura di aggiudicazione. Le sopravvenienze che vengono in rilievo sono di tipo qualitativo, ossia attengono alle modalità di esecuzione della prestazione da parte dell'aggiudicatario. Come si è detto, la norma analogamente al passato e in linea di conformità con le direttive europee pone un limite alla modifica del contratto rappresentato dalla non alterazione sostanziale del contratto. La modifica è sostanziale a mente dell'art. 120 co. 6 quando altera considerevolmente la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa. Inoltre, la norma stessa tipizza dei casi in cui la modifica è comunque considerata sostanziale e quindi non ammessa.

Il profilo di novità dell'art. 120 rispetto al previgente regime si coglie al comma 8 che si coordina con gli artt. 9 e 60.⁶⁴ L'eventuale accordo raggiunto all'esito della rinegoziazione dà luogo ad un nuovo contratto, che sostituisce quello originario. La norma sancisce un diritto alla rinegoziazione secondo buona fede e sancisce che la parte svantaggiata, ove non si pervenga al nuovo accordo modificativo in un termine ragionevole, può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario. Il diritto alla rinegoziazione si trasforma, a ben vedere ed utilizzando le categorie del diritto civile, in un diritto a contrarre che può essere fatto valere in giudizio. La parte svantaggiata può allora ottenere l'adeguamento del contratto al suo equilibrio originario attraverso l'intervento del giudice. Tale scelta intercetta, come si è già detto, la tematica della giustizia contrattuale e dell'ammissibilità dell'intervento da parte del giudice nel sindacare l'equilibrio del contratto e dei relativi poteri⁶⁵. Il

⁶⁴ Art. 120 co. 8 d.lgs. n. 36 del 2023: [i]l contratto è sempre modificabile ai sensi dell'articolo 9 e nel rispetto delle clausole di rinegoziazione contenute nel contratto. Nel caso in cui queste non siano previste, la richiesta di rinegoziazione va avanzata senza ritardo e non giustifica, di per sé, la sospensione dell'esecuzione del contratto. Il RUP provvede a formulare la proposta di un nuovo accordo entro un termine non superiore a tre mesi. Nel caso in cui non si pervenga al nuovo accordo entro un termine ragionevole, la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione».

⁶⁵ La prima dottrina che si è formata sull'art. 9 e norme connesse, con alcuni significativi contributi (v. part. S. VINTI, *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, in *Federalismi.it*, 2023; P. PATATINI, *Rinegoziazione e rimedi manutentivi alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Atti convegno LUISS nuovo codice degli appalti* 20 ottobre 2023, 2023; L. PERFETTI, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. App.*, 2023 e precedentemente, con importanti risvolti teorici, ID., *Oltre il teorema della scimmia instan-*

diritto alla rinegoziazione così ricostruito è allora suscettibile di tutela giudiziale *ex art.* 2932 co. 1 c.c. a mente del quale «[s]e colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso». Tuttavia, in questa ipotesi la peculiarità si coglie nel potere del giudice di individuare il contenuto del nuovo accordo⁶⁶.

La disciplina di cui all'art. 120 riapre la questione del riparto di giurisdizione, che si articola lungo due distinti e autonomi profili problematici.

cabile, in *Scritti Cerulli Irelli*, II, Torino, 2021) ne pone in luce la innovatività ma anche la difficile compatibilità con i tradizionali principi della contrattazione pubblica, diversi e in qualche modo contrapposti, come si è accennato, a quelli della contrattazione privata: il giudice chiamato al ripristino dell'equilibrio contrattuale, in assenza dell'accordo delle parti, si muove lungo un «filo sottile» (Vinti) che corre tra interessi contrapposti. La preferenza per la soluzione manutentiva, rispetto a quella demolitoria del contratto (sulla quale insiste la Relazione al *Codice*, circa l'introduzione di «un rimedio manutentivo del contratto, maggiormente conforme all'interesse dei contraenti e dell'amministrazione in particolare, in considerazione della inadeguatezza della tutela meramente demolitoria apprestata dall'art. 1467»: sull'art. 9 si trova sempre di fronte l'esigenza della tutela dei terzi che hanno partecipato alla procedura di aggiudicazione. Anche da tenere conto circa la applicazione della norma, il rilievo affacciato da Vinti dei possibili abusi cui si può andare incontro a fronte di una prassi che si venisse a formare da parte delle stazioni appaltanti di inserimento diffuso nei documenti di gara di clausole di assunzione volontaria del rischio (art. 9, co. 1), da parte degli appaltatori, che vanificherebbe la *ratio* stessa della nuova disciplina.

⁶⁶ P. PATATINI, *Rinegoziazione e rimedi manutentivi alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., «L'obbligazione di rinegoziare è stata inquadrata come un'obbligazione di risultato, e non di mezzo, sicché l'intervento del giudice potrebbe concretizzarsi in un intervento di tipo sostitutivo nell'individuazione del risultato, sino ad arrivare, per alcuni, ad una pronuncia *ex art.* 2932 cc, salvo interrogarsi sulla fattibilità in concreto di tale rimedio, atteso che il giudice non avrebbe a disposizione – specialmente nel caso di mancata previsione di clausole di rinegoziazione – dei parametri per ricostruire *ex post* la volontà originaria delle parti.

Soluzione invero criticata da una parte della dottrina che ha ritenuto discutibile l'attribuzione al giudice di una discrezionalità molto ampia, che si spingerebbe a valutazioni di opportunità sulla conservazione o meno del contratto, ponderando anche interessi pubblici, all'interno di vincoli finanziari e procedure di spesa imposte. Alla luce di ciò, si è ritenuto preferibile presidiare l'obbligo di rinegoziazione con il solo strumento della responsabilità contrattuale, prospettando alcuni anche il ricorso ad un meccanismo analogo a quello della composizione negoziata prevista dal Codice della crisi (d.lgs. n. 14/2019), incentrata sul potere di un esperto che inviti entrambe le parti a rideterminare secondo buona fede il contenuto dei contratti».

In primo luogo, viene in rilievo l'individuazione del giudice munito di giurisdizione in ordine alle controversie aventi ad oggetto l'adeguamento del contratto. In secondo luogo, si pone il problema della corretta individuazione del plesso giurisdizionale competente nelle ipotesi in cui l'accordo modificativo presenti natura sostanziale, incidendo in modo rilevante sull'assetto originario del rapporto contrattuale.

Ebbene, con riferimento al primo aspetto il codice del processo amministrativo non prevede, a differenza della clausola di revisione prezzi, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Il dato letterale mancante della norma depone, ragionando a contrario, a favore della giurisdizione del giudice ordinario circa l'adeguamento del contratto in caso di mancato raggiungimento dell'accordo modificativo. La posizione giuridica soggettiva di cui è titolare il contraente è qualificabile come diritto soggettivo analogamente a quanto accade nel caso di cui al primo comma dell'art. 120 del codice. Il diritto soggettivo è un diritto alla rinegoziazione secondo buona fede che si concretizza in un vero e proprio diritto a contrarre a fronte del quale sussiste l'obbligo dell'altra parte. Dunque, le parti si trovano in una posizione di parità non essendo contemplato dalla norma alcun potere valutativo della stazione appaltante. La parte svantaggiata può allora chiedere al giudice civile di adeguare il contratto al suo equilibrio originario *ex art. 2932 c.c.*

Questa impostazione teorica però solleva più di qualche perplessità. Si è detto che la modifica del contratto in corso di esecuzione si sostanzia in uno strumento di adeguamento del contratto previsto dall'ordinamento a fronte di sopravvenienze qualitative straordinarie ed imprevedibili. La differenza con le clausole di revisione prezzi attiene dunque al contenuto della modifica. Mentre con la revisione prezzi viene modificata la prestazione da un punto di vista quantitativo, con la modifica in corso di esecuzione la prestazione è modificata sotto il profilo qualitativo. I due fenomeni sono allora in parte sovrapponibili.

In tale prospettiva, l'attribuzione indiscriminata al giudice ordinario delle controversie relative al mancato adempimento dell'obbligo di rinegoziazione da parte della stazione appaltante appare eccessivamente semplificatoria. È, infatti, configurabile l'ipotesi in cui l'amministrazione non pervenga alla conclusione dell'accordo modificativo in quanto ritenga che la modifica richiesta determini un'alterazione sostanziale del contratto, tale da tradursi in una violazione del principio di par condicio tra gli

operatori economici. Parimenti, può darsi il caso in cui la modifica non presenti carattere sostanziale e risulti, dunque, astrattamente ammissibile, ma la definizione del contenuto concreto della nuova prestazione – e, segnatamente, del *quomodo* dell'assetto negoziale – implichi l'esercizio di valutazioni discrezionali da parte della stazione appaltante, funzionali al perseguimento del miglior risultato possibile nella fase esecutiva del contratto.

In entrambe le ipotesi, la controversia investe l'esercizio di poteri autoritativi e valutativi riconducibili alla funzione amministrativa e, pertanto, il plesso giurisdizionale competente dovrebbe essere individuato in quello amministrativo, in conformità ai principi costituzionali e alla disciplina primaria in materia.

In questa prospettiva, può utilmente richiamarsi l'elaborazione giurisprudenziale formatasi in materia di clausole di revisione dei prezzi. Un analogo criterio discreitivo potrebbe coerentemente essere adottato anche con riferimento alle modifiche del contratto in corso di esecuzione ai sensi dell'art. 120, ammettendo che, a seconda che l'intervento modificativo presupponga o meno l'esercizio di potere autoritativo da parte della stazione appaltante, la giurisdizione spetti, rispettivamente, al giudice amministrativo ovvero al giudice ordinario.

Con riguardo al secondo profilo problematico, invece, il nuovo codice pur configurando la posizione della parte svantaggiata quale diritto soggettivo alla rinegoziazione, nei termini e con le precisazioni fatte, non sembra aver devoluto la giurisdizione in capo al giudice ordinario nel caso in cui l'accordo abbia leso gli interessi dei partecipanti alla gara che si vedano vanificate le condizioni sulle quali avevano impostato le proprie offerte. La tutela giurisdizionale in questi casi resta affidata al giudice amministrativo⁶⁷. La tutela della *par condicio* degli operatori economici si

⁶⁷ Per l'ampia giurisprudenza in materia, v. di recente Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza dell'11 luglio 2023 n. 6797 che ha riconosciuto la giurisdizione del giudice amministrativo in un contenzioso nel quale si contestava la sussistenza dei presupposti per la modifica del contratto affermando che nel caso di specie «il contratto non viene in rilievo di per sé, ma in quanto, ove risultasse illegittima la modifica contrattuale disposta, verrebbe a configurarsi l'affidamento diretto in violazione dei principi della gara pubblica». V. anche Consiglio di Stato, Sez. IV, 19 giugno 2023 n. 5989 che ha riconosciuto la giurisdizione amministrativa in relazione ad un contenzioso sulla gestione dei rifiuti nella Regione Calabria vertente sulle modifiche proposte dall'aggiudicatario, risultato non in possesso delle necessarie autorizzazioni, in ordine alle modalità di stoccaggio e smalti-

pone in assenza delle clausole revisionali nei documenti di gara cui il comma 8 fa riferimento.

Ebbene, gli operatori economici che hanno partecipato alla gara potrebbero avere interesse a contestare l'accordo di modifica in corso di esecuzione concluso tra l'aggiudicatario e la stazione appaltante in quanto la modifica risulta essere sostanziale e, pertanto, la stazione appaltante avrebbe dovuto indire una nuova procedura di gara. In altri termini, qualora difettino i presupposti applicativi di cui all'art. 120 del codice e, nondimeno, l'amministrazione proceda a una modifica contrattuale di natura sostanziale in assenza dell'indizione di una nuova procedura di gara, si realizza, in termini sostanziali, un affidamento diretto illegittimo. La relativa contestazione, sebbene si collochi sul piano dell'esecuzione del rapporto contrattuale, è riconducibile al contenzioso concernente le procedure di affidamento e rientra, pertanto, nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In tale ipotesi, l'operatore economico che agisce in giudizio è titolare di un interesse pretensivo alla corretta esplicitazione delle regole concorrenziali e alla paritaria apertura del mercato mediante l'attivazione di una procedura selettiva conforme ai principi dell'evidenza pubblica⁶⁸.

Ne deriva un assetto di giurisdizione intrinsecamente frammentato in relazione alle vicende modificative del contratto, poiché la cognizione delle relative controversie risulta ripartita in funzione della soggettività del ricorrente. In particolare, qualora l'azione sia promossa dalla parte contraente, la controversia è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario poiché investe direttamente il rapporto negoziale; viceversa, laddove l'iniziativa giudiziale provenga da un terzo estraneo al rapporto contrattuale, che lamenta la mancata indizione di una nuova gara, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo. In tale seconda ipotesi, si pone ulteriormente il

mento dei rifiuti, affermando che «l'accettazione della variante [...] alterando la sostanza economica del contratto, avrebbe introdotto condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito di ammettere candidati diversi e conseguentemente di accettare offerte diverse da quella realmente accettata»; vedi anche Corte di Cassazione Civile Sezioni Unite, ord. del 31 ottobre 2019 n. 28211, che ha dichiarato sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione ad un contenzioso sulla modifica sostanziale del contratto di appalto che nella "sostanza" si configura come "aggiramento della gara pubblica" e conseguente affidamento diretto.

⁶⁸ In tal senso si veda Corte di Cassazione Civile Sezioni Unite, ord. del 31 ottobre 2019 n. 28211.

problema della legittimazione ad agire, che deve essere scrutinata alla luce della posizione del soggetto ricorrente: essa è pacificamente riconosciuta in capo all'operatore economico che abbia partecipato alla procedura di gara senza risultarne aggiudicatario, mentre, per il soggetto del tutto estraneo alla gara, è subordinata alla dimostrazione che, alle mutate condizioni contrattuali, egli avrebbe avuto un concreto interesse a partecipare alla selezione⁶⁹.

6. Conclusioni

Le considerazioni svolte nel corso dell'indagine dimostrano come la tematica della rinegoziazione e della conservazione dell'equilibrio economico del contratto pubblico non possa essere confinata al piano sostanziale, ma investa inevitabilmente il problema, ben più complesso, della qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive nella fase esecutiva e, di riflesso, del riparto di giurisdizione. Gli istituti della revisione dei prezzi e delle modifiche contrattuali in corso di esecuzione si configurano, infatti, quali ambiti paradigmatici della persistente ambivalenza del contratto pubblico, nel quale la dimensione negoziale continua a intrecciarsi con l'esercizio del potere amministrativo.

L'analisi del nuovo Codice dei contratti pubblici ha evidenziato come il legislatore abbia inteso attribuire centralità alla funzione conservativa del rapporto, valorizzando la rinegoziazione quale strumento fisiologico di gestione delle sopravvenienze. Tale scelta normativa, tuttavia, non è stata accompagnata da un corrispondente intervento sul piano processuale. Ne deriva un sistema nel quale la qualificazione della posizione dell'operatore economico non può essere desunta in modo automatico dalla collocazione della vicenda nella fase esecutiva del contratto, ma richiede un'indagine ulteriore circa la presenza, la natura e la funzione del potere amministrativo eventualmente esercitato dalla stazione appaltante.

Proprio la disciplina della revisione dei prezzi mette in luce questa tensione sistemica. Da un lato, la struttura della norma e l'obbligatorietà delle clausole sembrano orientare verso una configurazione della posizione dell'appaltatore in termini di diritto soggettivo all'adeguamento del sinallagma contrattuale. Dall'altro lato, la permanenza della giurisdizione

⁶⁹ Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza dell'11 luglio 2023 n. 6797.

esclusiva del giudice amministrativo presuppone che, anche in tale ambito, l'attività dell'amministrazione continui ad essere caratterizzata dall'esercizio del potere e connessa alla tutela dell'interesse pubblico. L'interprete è pertanto chiamato a muoversi entro un quadro nel quale la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo non si presta a soluzioni aprioristiche, ma impone una ricostruzione caso per caso, con inevitabili margini di incertezza.

La complessità del sistema emerge in modo ancor più evidente con riferimento alle modifiche del contratto in corso di esecuzione. In tale ambito, la distribuzione della giurisdizione si presenta strutturalmente frammentata, poiché la cognizione delle controversie varia in funzione della posizione del soggetto che agisce e dell'interesse azionato. La medesima vicenda modificativa può così generare controversie devolute al giudice ordinario, quando si discute del rapporto contrattuale tra le parti, e controversie attribuite al giudice amministrativo, quando vengono in rilievo le regole dell'evidenza pubblica e la tutela della concorrenza. Un simile assetto rischia di compromettere non soltanto la concentrazione delle tutele, ma anche la prevedibilità delle soluzioni processuali e, in ultima analisi, l'effettività della protezione giurisdizionale.

Sotto questo profilo, il nuovo Codice dei contratti pubblici sembra aver mancato un'occasione di sistemazione complessiva della materia. A fronte di un significativo rinnovamento della disciplina sostanziale – che ha posto al centro il principio del risultato, la sostenibilità dell'esecuzione e la conservazione dell'equilibrio economico del contratto – il legislatore non è, invece, intervenuto sul versante del riparto di giurisdizione. Ne deriva una evidente asimmetria sistemica: a una crescente valorizzazione degli strumenti di adattamento del contratto non corrisponde una parallela razionalizzazione del sistema di tutela. Se la rinegoziazione costituisce ormai un istituto ordinario della fase esecutiva, volto a garantire la continuità dell'azione amministrativa e la sostenibilità economica del rapporto, allora il permanere di un modello di giurisdizione fondato su distinzioni incerte e su criteri applicativi mutevoli rischia di compromettere proprio quegli obiettivi di efficienza, stabilità e certezza che la riforma sostanziale intendeva perseguire.

Abstract

Il contributo esamina il sistema della rinegoziazione nel d.lgs. n. 36 del 2023, con riferimento ai meccanismi di revisione dei prezzi e alle modifiche contrattuali in corso di esecuzione quali strumenti di conservazione dell'equilibrio economico del contratto. L'analisi indaga l'emersione di un diritto alla rinegoziazione fondato sui principi di buona fede e proporzionalità e le sue ricadute sulla qualificazione delle posizioni giuridiche soggettive nella fase esecutiva del contratto pubblico. In tale prospettiva, vengono approfondite le criticità del vigente riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, evidenziando il rischio di frammentazione della tutela e di compromissione del principio di concentrazione delle controversie connesse. Il lavoro propone una rilettura funzionale del riparto di giurisdizione, volta ad assicurare coerenza sistemica ed effettività della tutela giurisdizionale.

Public Contract Management: Price Revision, Contractual Modifications, and Renegotiation. Reflections on Jurisdictional Allocation in the Light of Administrative Case Law

This article examines the system of renegotiation under Legislative Decree No. 36/2023, focusing on price revision mechanisms and contractual modifications during the performance phase as instruments for preserving the economic balance of public contracts. It explores the emergence of a right to renegotiation grounded in the principles of good faith and proportionality and analyses its implications for the classification of legal positions in the performance phase of public procurement contracts.

From this perspective, the study addresses the critical issues arising from the current allocation of jurisdiction between ordinary and administrative courts, highlighting the risk of fragmented judicial protection and the potential erosion of the principle of concentration of related disputes. The article ultimately proposes a functional reinterpretation of jurisdictional allocation aimed at ensuring systemic coherence and the effective protection of rights.