

## La rinegoziazione del contratto: principio “estrinseco” o “intrinseco” al nostro ordinamento giuridico?

Natale Gaetana\*

Esiste un diritto alla rinegoziazione del contratto nel nostro ordinamento o prevale il principio della “immutabilità della volontà delle parti”?

È un principio c.d. “eccentrico”, “estrinseco” o “intrinseco” al nostro sistema giuridico?

Le c.d. “*hardship clauses*” proprie del commercio internazionale possono diventare la regola nei contratti pubblici?

L’aumento del costo dei carburanti e dell’energia dovuto all’attuale scenario internazionale sta ponendo nella fase esecutiva di molti contratti di appalti il problema della c.d. “**rinegoziazione**” delle condizioni contrattuali, nello specifico il problema della revisione dei prezzi, qualora le parti non abbiano previsto nel contratto, apposite clausole contrattuali relative alle *sopravvenienze*, intese come eventi imprevedibili ed eccezionali capaci di incidere sul sinallagma dei contratti ad esecuzione periodica e continuata, alterando in modo significativo il c.d. “equilibrio o simmetria” delle prestazioni. L’aumento del costo dell’energia sta mettendo in luce il limite del TTF (*Title Transfer facility*), il mercato virtuale per lo scambio di gas naturale con sede in Olanda. Occorre chiedersi se l’Energy Release messo in campo dall’ARERA con il c.d. *decoupling*, ossia lo scorporo del prezzo del gas da quello dell’elettricità e delle fonti energetiche rinnovabili e il tanto auspicato *price cap*, potranno bilanciare i costi della produzione riportando i consumi sulla c.d. “*curva di indifferenza*”.

Il diritto con le sue categorie concettuali può in situazioni di emergenza introdurre dei meccanismi correttivi per fronteggiare la grave crisi economica che stiamo vivendo? In attesa di future politiche legislative sia nazionali che euro-unitarie (la c.d. “*Common response*” la comune risposta europea per sottrarsi alla dipendenza dalla Russia) volte a contrastare in maniera efficace il fenomeno della speculazione in corso, è opportuno analizzare l’istituto della revisione dei prezzi sul piano strettamente tecnico-giuridico per poter individuare le c.d. “regole operazionali”, ossia le c.d. “regole concrete” per gli operatori del diritto che si trovano ad operare in una situazione di totale emergenza.

L’istituto della revisione dei prezzi è un meccanismo che consente la

---

(\*) Avvocato dello Stato, Professore a contratto di Sistemi Giuridici Comparati, Consigliere giuridico del Garante per la Privacy.

Un ringraziamento alla Dott.ssa Anna Pagano per la redazione delle note.

definizione di un “nuovo” corrispettivo per le prestazioni oggetto del contratto, conseguente alla dinamica dei prezzi registrata in un dato arco temporale (1); in particolare, ha la finalità di salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non siano esposte col tempo al rischio di una diminuzione qualitativa; al contempo, è posta a tutela dell'interesse dell'impresa a non subire l'alterazione dell'equilibrio contrattuale conseguente alle modifiche dei costi sopraggiunte durante l'arco del rapporto (2).

La disciplina dell'istituto della revisione dei prezzi è oggi contenuta nell'art. 106 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (3).

In precedenza, la materia era regolata dall'art. 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 il quale prevedeva che: *“tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture devono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui all'articolo 7, comma 4, lettera c) e comma 5”*.

Pertanto, la clausola di adeguamento dei prezzi costituiva un obbligo per le stazioni appaltanti le quali dovevano, in tali casi, procedere agli adempimenti istruttori normativamente previsti (4).

Con l'introduzione del nuovo codice degli appalti, invece, la revisione dei prezzi è divenuta facoltativa (5); opera, quindi, solo se prevista nei documenti di gara.

L'art. 106 disciplina al comma 1, lettere a), b), c) ed e), nonché al successivo comma 2, le modifiche concernenti l'oggetto del contratto mentre, le modificazioni di ordine soggettivo sono quelle previste dal comma 1, lettera d).

Tali disposizioni individuano i casi - **eccezionali e tassativi** - in cui i contratti di appalto, nei settori ordinari e speciali, possono essere modificati **senza fare ricorso ad una nuova procedura di gara**.

Le modifiche di ordine oggettivo sono ammesse senza necessità di una nuova gara nei cinque casi di seguito indicati.

Il primo è quello delle varianti previste nelle clausole contenute nei **documenti iniziali di gara**. Tali clausole, che possono prevedere anche la revisione dei prezzi, devono essere *“chiare, precise e inequivocabili”*, al fine di definire con esattezza la portata e la natura di eventuali modifiche, nonché le

---

(1) M. FRATINI, “Manuale sistematico di diritto Amministrativo”, 2021, *Accademia del Diritto*.

(2) Consiglio di Stato, sez. IV, 7 luglio 2022, n. 5667; Consiglio di Stato, sez. V, 16 giugno 2020, n. 3874.

(3) <https://www.codicecontrattipubblici.com/parte-ii/art-106-modifica-di-contratti-durante-il-periodo-di-validita/>.

(4) R. BERLOCO, “La revisione dei prezzi negli appalti pubblici: focus sui lavori” in *Legal-team.it*.

(5) È stato, altresì, previsto che la disciplina di revisione dei prezzi si applichi anche ai settori speciali, in precedenza esclusi.

condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard. Esse incontrano tuttavia un limite di ordine generale: non posso prevedere modifiche negoziali che abbiano l'effetto di alterare la natura generale del contratto (**articolo 106, comma 1, lett. a**).

Il secondo caso è quello delle varianti per lavori, servizi o forniture **supplementari** che non erano incluse nell'appalto iniziale. In questo caso, è consentito affidare la loro esecuzione al contraente originario, quando il mutamento del medesimo non risulti possibile per motivi economici o tecnici oppure comporti per l'Amministrazione "*notevoli disagi*" o "*una consistente duplicazione dei costi*" (**articolo 106, comma 1, lettera b**).

Il terzo caso riguarda le **varianti in corso d'opera**, che racchiudono le fattispecie in cui la necessità di modifica del contratto derivi da "*circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore*". Tali modifiche non possono alterare la natura generale del contratto e, a norma del comma 7, sono consentite soltanto se contenute entro determinati limiti di natura economica (**articolo 106, comma 1, lettera c**).

Il quarto caso è quello delle varianti c.d. "**non sostanziali**" (**articolo 106, comma 1, lettera e**). La definizione di varianti non sostanziali si ricava *a contrario* da quella di varianti "*sostanziali*" di cui al successivo comma 4.

Le varianti - sotto il profilo relativo all'oggetto del contratto - sono considerate "**sostanziali**", laddove:

a) la modifica introduca condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati, l'accettazione di una offerta differente oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di gara;

b) la modifica alteri l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale; o ancora,

c) la modifica estenda notevolmente l'ambito di applicazione del contratto.

Il quinto caso, infine, individua **soglie di carattere quantitativo** al di sotto delle quali le varianti sono comunque consentite senza una nuova procedura di gara. Il loro valore deve essere **inferiore** alle soglie di rilevanza comunitaria e - in ogni caso - al 10% del valore iniziale del contratto per gli appalti di servizi e di forniture ovvero del 15% per quelli di lavori (**articolo 106, comma 2**).

La modifica sotto il profilo soggettivo, invece, è consentita solo nel caso in cui un contraente sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di una delle seguenti circostanze:

1) una clausola di revisione inequivocabile in conformità alle disposizioni di cui alla lettera a);

2) all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o (...) a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisi-

zione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice;

3) nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori.

Dalla disciplina appena esaminata, si evince che - nei contratti di appalto pubblico - la revisione dei prezzi è consentita esclusivamente alle condizioni previste dall'articolo 106, comma 1, lettera a), vale a dire:

1) se essa è prevista nei **documenti di gara iniziali**;

2) se la relativa clausola è formulata in modo "**chiaro, preciso e inequivocabile**"; e

3) se la modifica **non** altera la natura generale del contratto o dell'accordo quadro.

Al di fuori di tali ipotesi, l'impresa aggiudicataria non può aspirare ad una revisione dei prezzi pattuiti: infatti, il menzionato articolo 106, diversamente dal previgente articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, rimette alla **discrezionalità** della stazione appaltante la scelta di inserire o meno nei bandi di gara una clausola di revisione periodica del prezzo, vincolando ulteriormente l'esercizio di tale scelta discrezionale alla sussistenza delle **condizioni** sopra indicate.

Tale disciplina è stata ritenuta compatibile con il diritto comunitario dalla Corte di giustizia, che - nella sentenza del 19 aprile 2018, pronunciata nella causa C-152/17 (6) - ha evidenziato come le direttive dell'Unione europea in materia di appalti pubblici non ostino a norme di diritto nazionale, che escludano la revisione dei prezzi dopo l'aggiudicazione del contratto.

In questo settore, peraltro, il legislatore italiano è recentemente intervenuto al fine di incentivare gli investimenti pubblici e fronteggiare le ricadute economiche negative conseguenti alle misure di contenimento adottate contro il virus SARS-CoV-2.

In particolare, l'**articolo 29, comma 1, lettera a)**, del decreto-legge 27 gennaio 2022 (7), n. 4, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 marzo

---

(6) Sentenza della Corte (Nona Sezione) 19 aprile 2018, Causa C-152/17 consultabile al seguente link <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=4CD63F4F007C6708E37D6B45175E3166?text=&docid=201263&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=887092>.

(7) Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 28 marzo 2022, n. 25 in <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:2022;4~art29!vig>. Sul punto si leggano: P. FRANCESCHINI, "Articolo 29 del D.L. 4/2022 "Sostegni-ter" - Obbligo di inserire le clausole di revisione dei prezzi nei documenti di gara" su <https://www.appaltiamo.eu/news/dl-42022-obbligo-di-inserire-in-capitolato-clausole-di-revisione-dei-prezzi>; R. BERLOCO, P. FALCICCHIO "Caro materiali: convertito in legge il de-

2022, n. 25, ha introdotto una deroga “*temporanea*” alla disciplina prevista dal codice degli appalti pubblici, introducendo l’obbligo - per le gare indette **dopo** la sua entrata in vigore e fino al **31 dicembre 2023** - di inserire le clausole di revisione dei prezzi nei **documenti di gara iniziali**.

Tale disposizione se - da un lato - introduce l’obbligatorietà, nei documenti di gara, delle clausole di revisione dei prezzi, dall’altro, conferma che, per le fattispecie non rientranti nel proprio ambito di applicazione temporale, gli operatori economici **non** possono aspirare ad una modificazione dei prezzi originariamente pattuiti con la stazione appaltante, qualora tale possibilità non fosse già prevista negli atti di gara.

Tale soluzione è confortata dagli orientamenti giurisprudenziali formatisi in materia, i quali hanno affermato che “*da nessuna disposizione della direttiva (2004/17/UE n.d.r.) emerge che quest’ultima debba essere interpretata nel senso che essa osta a norme di diritto nazionale, ... che non prevedono la revisione periodica dei prezzi dopo l’aggiudicazione di appalti rientranti nei settori considerati dalla medesima direttiva, dal momento che quest’ultima non impone agli Stati membri alcun obbligo specifico di prevedere disposizioni che impongano all’ente aggiudicatore di concedere alla propria controparte contrattuale una revisione al rialzo del prezzo dopo l’aggiudicazione di un appalto*” (8).

Secondo la giurisprudenza amministrativa, infatti, la disciplina della revisione dei prezzi si esaurisce nelle disposizioni previste dall’articolo 106, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016, con l’ulteriore precisazione che - in assenza delle condizioni previste dalla lettera a) - gli operatori economici non possono richiamare a fondamento dell’istanza la diversa disciplina prevista dalla successiva lettera c).

Difatti, la disposizione da ultimo citata disciplina i casi in cui, nel corso di svolgimento del rapporto contrattuale, si renda necessario, per circostanze impreviste e imprevedibili, modificare “*l’oggetto del contratto*” attraverso “*varianti in corso d’opera*”, ossia “*modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale*” (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 15 novembre 2021, n. 7602); sicché, essa non può trovare applicazione nei diversi casi in cui “*la domanda formulata [...] all’amministrazione [...] concern[a] unicamente l’adeguamento del prezzo dell’appalto ad asseriti aumenti dei costi del servizio*” (cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 10 marzo 2022, n. 239).

Peraltro, “*tale norma prevede la possibilità di modificare il contratto per ‘circostanze impreviste e imprevedibili per l’amministrazione aggiudicatrice’, ossia per situazioni che determinino per l’Amministrazione la ‘necessità di modifica’ considerata dalla legge, e non, invece, per circostanze impreviste e*

---

creto “Sostegni ter”. Novità e conferme su revisione prezzi, compensazioni, accordi quadro” in <https://legal-team.it/caro-materiali-sostegni-ter-revisione-prezzi-compensazioni-accordi-quadro/>.

(8) Consiglio di Stato, sez. IV, 4 aprile 2022, n. 2446.

*imprevedibili per l'appaltatore*" (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, sent., (ud. 7 ottobre 2021) 26 gennaio 2022, n. 178).

Tali conclusioni non sono contraddette dalla delibera dell'ANAC n. 227 del 11 maggio 2022 (9), con cui l'Anac ha raccomandato di "valutare l'opportunità di integrare i contratti in corso di validità con clausole *ad hoc* per la disciplina di situazioni di forza maggiore".

A tal fine è pur sempre necessario che la fattispecie rientri nell'ambito di applicazione oggettiva della disposizione appena citata, la quale fa espressamente riferimento:

1) a "*circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore*";

2) tra le quali possono "*rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti*".

Va da sé che nel caso in cui non vengano in rilievo modifiche della prestazione contrattuale per garantire l'osservanza di misure disposte *ex auctoritate*, ma semplicemente istanze di revisione dei prezzi formulate dai contraenti privati, al fine di ristabilire l'equilibrio contrattuale alterato dall'attuale situazione economica globale, si è in presenza di un'ipotesi che esula dall'ambito di applicazione dell'articolo 106, comma 1, lettera c), del codice dei contratti pubblici per rientrare nella diversa fattispecie disciplinata dalla precedente lettera a).

Pertanto, in assenza di previsioni "*chiare, precise e inequivocabili*" nei documenti iniziali di gara, il codice dei contratti pubblici **non** consente l'accoglimento di istanze di revisione dei prezzi.

Nell'ipotesi in cui la *lex specialis* non preveda la revisione prezzi, si può ricorrere all'art. 1664, comma 1 del Codice civile, giacché la sua applicazione non è espressamente esclusa dall'art. 106, comma 1, lett. a) come accadeva nella previgente disciplina prevista dall'art. 133, comma 2, del D.Lgs. 163/2006 nonché dall'art. 26, comma 3, della L. 109/1994.

Tale disposizione normativa, in via generale, consente di ottenere la revisione dei prezzi qualora, "*per effetto di circostanze imprevedibili*" si siano verificati aumenti o diminuzioni del costo dei materiali o della mano d'opera, che hanno determinato un aumento o una diminuzione superiore al decimo del prezzo complessivo convenuto. La revisione può essere richiesta limitatamente alla differenza che eccede il decimo (10).

---

(9) Consultabile al seguente link: <https://www.anticorruzione.it/-/delibera-numero-227-del-11-maggio-2022>.

(10) "*Materie prime e appalti pubblici, i nuovi meccanismi di revisione dei prezzi tramite compensazioni e il fondo statale da € 100 milioni introdotti dal decreto "sostegni bis". Gli aspetti contrattualistici da approfondire*" <https://www.klgates.com/it-IT/Materie-primi-e-appalti-pubblici-i-nuovi-mecanismi-di-revisione-dei-prezzi-tramite-compensazioni-e-il-fondo-statale-da-100-milioni-introdotti-dal-decreto>

A differenza dell'art. 1467 c.c., è sufficiente in tal caso che gli eventi siano solo imprevedibili e non anche straordinari.

A fronte di un eventuale diniego alla revisione del prezzo, i contraenti privati hanno ancora la possibilità di esperire il rimedio della **risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta**, disciplinato dagli articoli 1467 e seguenti cod. civ.

Nei contratti ad esecuzione continuata, periodica o differita, tale istituto giuridico consente alla parte, la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, di sciogliersi dal vincolo contrattuale (art. 1467, comma 1, cod. civ.).

Tuttavia, la risoluzione del contratto **non** può essere richiesta:

- 1) se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto (art. 1467, comma 2, cod. civ.);
- 2) se la parte contro la quale è domandata offre di modificare equamente le condizioni contrattuali (art. 1467, comma 3, cod. civ.);
- 3) se il contratto stipulato è aleatorio per sua natura o per volontà delle parti (art. 1469 cod. civ.).

Con riguardo all'ipotesi da ultimo citata, l'articolo 1469 cod. civ. pone sullo stesso piano, ai fini dell'esclusione dei rimedi civilistici contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta, i contratti aleatori per loro natura e quelli aleatori per volontà delle parti.

Nei primi l'alea è elemento coesenziale al tipo negoziale e alla correlativa operazione economica. Nei secondi, invece, essa diviene elemento essenziale della fattispecie per volontà delle parti mediante l'inserimento in uno schema contrattuale di per sé non aleatorio di una clausola che introduce un rischio estraneo al tipo, rendendo - per tale motivo - il contratto aleatorio.

Difatti, *“nell'esplicazione della loro autonomia privata, ben possono le parti di un contratto convenire l'unilaterale o reciproca assunzione di un prefigurato possibile rischio futuro, estraneo al tipo contrattuale prescelto, a tale stregua modificandolo e rendendolo per tale aspetto aleatorio, con l'effetto di escludere, nel caso che tale rischio si verifichi, l'applicabilità dei meccanismi di riequilibrio previsti nell'ordinaria disciplina del contratto”* (cfr., *ex plurimis*, Cass. n. 16568 del 2002).

Pertanto, i contraenti privati che abbiano stipulato per loro volontà contratti aleatori non possono avvalersi dei meccanismi di riequilibrio previsti nell'ordinaria disciplina del contratto; e quindi, in caso di inadempimento, non potranno richiamare l'attuale situazione economica globale per sottrarsi alle

---

*Sostegni-Bis-Gli-aspetti-contrattualistici-da-approfondire-11-5-2021; “La revisione dei prezzi negli appalti privati per lavori edilizi” <https://legal-team.it/la-revisione-dei-prezzi-negli-appalti-privati-per-lavori-edilizi/>.*

conseguenze giuridiche della “*responsabilità del debitore*”, disciplinata dagli articoli 1218 e seguenti cod. civ.

È bene ricordare, inoltre, come affermato anche da costante orientamento dell’Altissimo Consesso della Giustizia Amministrativa che, la disposizione di cui all’art. 1467 c.c. limitata ai contratti a esecuzione continuata o periodica o a esecuzione differita, non assegna al contraente il diritto potestativo di determinare la risoluzione del contratto mediante atto unilaterale (il recesso), ma subordina un effetto di tal fatta a una pronuncia dell’autorità giudiziaria di natura costitutiva (11).

La pandemia da Covid-19 ha imposto al legislatore di intervenire più volte al fine di regolare la materia degli appalti e della revisione dei prezzi. Sono stati, infatti, introdotti il D.L. n. 73 del 2022 “Decreto Sostegni bis”, il D.L. 4 del 2022 “Decreto Sostegni ter” ed il Decreto Aiuti, D.L. 50 del 2022. Tutti gli interventi legislativi si sono concentrati soprattutto nell’ambito dei lavori pubblici, lasciando i contratti di beni e servizi quasi del tutto privi di copertura emergenziale.

In particolar modo, il Decreto Sostegni ter, convertito in legge n. 25 il 28 marzo 2022 ha introdotto misure urgenti in materia di sostegno alle imprese connesse all'emergenza COVID-19, nonché misure per il contenimento degli effetti degli aumenti dei prezzi.

In particolare, con riferimento alla disposizione di cui all'articolo 29, 1° comma della citata legge, viene previsto che fino al 31 dicembre 2023 tanto nel caso in cui ci siano procedure di affidamento dei contratti pubblici, i cui bandi o avvisi per la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del testo normativo, nonché, in caso di contratti pubblici senza pubblicazione di bandi e avvisi, nell'invito a presentare le offerte è obbligatorio l'inserimento delle clausole di revisione dei prezzi.

Appare tuttavia auspicabile, che si valuti l’opportunità di un urgente e specifico intervento normativo, che integri le previsioni recentemente introdotte dall’articolo 29, comma 1, lettera a), del citato decreto-legge n. 4 del 2022, consentendo l’introduzione - sia pure entro determinati limiti di natura economica - di una clausola di revisione dei prezzi anche per i contratti in corso di esecuzione.

Si precisa che nella recente legge 15 luglio 2022 n. 91 di conversione del Decreto Aiuti, l’art. 26 introduce la possibilità di una revisione dei prezzi solo per gli appalti di lavori e non per gli appalti di servizi, lasciando aperto il problema (12).

---

(11) Consiglio di Stato, sez. IV, 7 luglio 2022, n. 5667.

(12) Decreto MIMS: “fondo adeguamento prezzi materiali da costruzione - modalità accesso” <https://www.sentenzeappalti.it/2022/08/03/decreto-mims-fondo-adequamento-prezzi-materiali-da-costruzione-modalita-di-accesso/>; DE MARINIS, “Revisione prezzi nei contratti pubblici: ulteriori assestamenti normativi e giurisprudenziali in attesa della futura attuazione della legge delega”,



Sul piano dell'elaborazione scientifica la Suprema Corte di Cassazione ha redatto la relazione n. 56/2020 (13), in cui si è prospettata la "rinegoziazione" come rimodulazione del rapporto contrattuale sulla base di principi generali di buona fede secondo la c.d. *théorie de l'imprévision* francese o la *doctrine of frustration* inglese. In altri termini la Suprema Corte di Cassazione ha sostenuto che l'appaltatore e il committente devono cooperare per il riequilibrio del rapporto compromesso. Il rimedio della rinegoziazione è insito nel sistema giuridico ed opera attraverso la clausola generale di buona fede e il principio costituzionale di solidarietà tenendo presente la causa concreta economica del contratto. Tale relazione però, rappresenta un documento di studio e di elaborazione scientifica che non può incidere in assenza di un'espressa previsione normativa.

Se guardiamo agli altri ordinamenti europei, ad esempio quello francese, in base all'*Avant-project Catala* le parti ben possono negoziare clausole con cui si regolano in vario modo le conseguenze delle sopravvenienze. La giurisprudenza ha riconosciuto sia pure con i correttivi della buona fede tesi ad evitare eventuali comportamenti abusivi, la legittimità di :

1) *Clausole di adattamento automatico* (c.d. *clauses d'adaptation automatique*);

2) *Clausole di rinegoziazione* (*clauses de renégociation*);

3) *Clausole di revisione unilaterale* (*clauses de révision unilatérale*).

In mancanza di previsioni pattizie, ci si è chiesti se, in accoglimento della c.d. "*Théorie de l'imprévision*", il giudice sia o meno legittimato ad intervenire a salvaguardia dell'equilibrio originario previsto dalle parti. In proposito, a partire dall'*affaire du Canal de Craponne* che ha esercitato sino ad oggi grande autorità e continua a fissare un principio di diritto ampiamente condiviso dalla giurisprudenza civile anche recente, ha negato che il giudice possa essere autorizzato alla revisione del prezzo (nel caso richiamato rigettò la richiesta di rivalutazione del prezzo dovuto per la manutenzione di un canale di irrigazione costruito nel XVI secolo). Il Consiglio di Stato francese, a differenza della Cassazione, sin dall'*affaire Gaz de Bordeaux*, onde assicurare una piena tutela dell'interesse generale alla continuità del servizio pubblico, ha, invece, dato ingresso alla *théorie de l'imprévision*, facendo leva sul consueto principio di specialità del diritto amministrativo che consente la praticabilità di soluzioni derogatorie del diritto comune. La giurisprudenza amministrativa francese, quindi, salvaguardando le esigenze dell'interesse pubblico, assegna uno specifico rilievo alle sopravvenienze non previste che

---

<https://www.mediappalti.it/revisione-prezzi-nei-contratti-pubblici-ulteriori-assistenti-normativi-e-giurisprudenziali-in-attesa-della-futura-attuazione-della-legge-delega/>

(13) Consultabile al seguente link: [https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione\\_Tematica\\_Civile\\_056-2020.pdf](https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Tematica_Civile_056-2020.pdf).

superano l'alea ordinaria ed ostacolano la corretta esecuzione di un contratto di servizio pubblico, onde salvaguardare l'utenza. La dottrina, da parte sua, propone l'adozione di un principio che imponga la rinegoziazione del contratto per "*imprévision*", prospettando una soluzione intermedia di compromesso tra la "revisione convenzionale" ("*mode autogestionnaire*") e quella "giudiziale" ("*mode dirigiste*"), fondata sul principio di buona fede nell'esecuzione del contratto. *L'Avant-project Catala* consacra questa soluzione intermedia, introducendo una revisione convenzionale spontanea o indotta dal giudice su domanda di una delle parti.

Nel diritto tedesco è centrale la buona fede contrattuale § 242 BGB (*Treu und Glauben*) e ad essa si ispira il contratto di risoluzione (*Aufhebungsvertrag*) che ha un suo riferimento normativo nel § 311 BGB. Nel contratto di risoluzione le parti dispongono della più ampia libertà di decidere se estinguere singole prestazioni ovvero di modulare gli effetti risolutivi, scegliendo tra una terminazione retroattiva *ex tunc* ed una *ex nunc*.

Nel diritto inglese manca una definizione legale di contratti, come quella contenuta nell'art. 1321 c.c. e l'art. 1101 del Code civil. Nella Common Law, conformemente alla tradizione romanistica e medioevale, si nega ogni valore giuridico vincolante al *nudum pactum*, ossia al mero accordo quale pura volontà di obbligarsi. Pertanto, nel sistema di Common Law la vincolatività giuridica del contratto presuppone che l'accordo (*agreement*) sia accompagnato da una controprestazione (*consideration*) che conferisce al *contract* la particolare natura di rapporto di scambio. Nei contratti in cui manchi la *consideration* (contratti a titolo gratuito) l'effetto vincolante dell'impegno assunto dalle parti è, invece, garantito mediante l'adozione di uno schema formale tipico (*Act under seal*). La *consideration* si configura, quindi, quale scambio di prestazioni tra le parti contraenti: può essere *executory* o *executed*. Si parla di *executory consideration* nei *bilateral contracts*, ossia i contratti con i quali le parti si impegnano ad adempiere alle proprie reciproche prestazioni. La *consideration* deve, inoltre, costituire "*something of value in the eye of the law*", ossia una prestazione suscettibile di valutazione economica ai sensi della legge. Le Corti inglesi non sono tuttavia tenute ad accertare l'"*adequacy*" dell'affare concluso dalle parti, ossia che il valore della prestazione promessa da una parte sia proporzionata a quello della prestazione promessa o eseguita dall'altra. Ciò nonostante non possono restare insensibili a quei contratti contraddistinti da una sperequazione delle prestazioni. Pertanto, il fatto che una parte paghi troppo o troppo poco se da un lato non inciderà sulla validità del contratto, dall'altro verrà valutato dai Tribunali in sede di risarcimento del danno.

Riportando l'analisi sul nostro ordinamento nazionale si rinvergono varie ipotesi di sopravvenienze che impongono la rideterminazione degli aspetti del rapporto contrattuale alterati dall'imprevisto. In questi casi, peraltro, circo-

scritti, non si rinviene una “*regola di contenuto*”, ma una “*regola di mera condotta*”. Le fattispecie legali sono varie e si rinvencono sia all’interno di leggi speciali che nel codice civile. Si pensi alla copiosa legislazione sulla rinegoziazione dei mutui. L’art. 2, comma 450 della legge 24 dicembre 2007 n. 244 introduce nel sistema dei mutui ipotecari il meccanismo della surrogazione per volontà del debitore *ex art. 1202 c.c.* attecnicamente definita “*portabilità dei mutui ipotecari*”. Il codice civile contiene norme che prevedono la rinegoziazione all’interno di vari tipi contrattuali. In tema di affitto, l’art. 1623 c.c. disciplina l’eventualità di un “*factum principis*”, disposizione di legge o provvedimento dell’autorità che produce una notevole modifica del rapporto contrattuale, prevedendo in tali ipotesi la richiesta di un aumento o diminuzione del prezzo. Si pensi ancora agli artt. 1492 c.c., 1578 c.c., all’art. 1450 in tema di rescissione, all’art. 1664 c.c., casi in cui i contraenti possono chiedere di rinegoziare il prezzo. Gli artt. 1560 e 1561 c.c. in tema di somministrazione prevedono un meccanismo legale di determinazione del contenuto contrattuale, sottraendo alla volontà delle parti la fissazione dei nuovi termini dell’accordo (c.d. eterodeterminazione). Ma si pensi anche agli artt. 1537 e 1540 c.c., articoli che autorizzano il compratore ad ottenere una riduzione del prezzo nel caso in cui la misura dell’immobile compravenduto sia inferiore a quella indicata nel contratto. Lo stesso art. 1710 c.c. prevede espressamente una modificazione del mandato per circostanze sopravvenute.

Tutte le citate disposizioni di legge hanno una caratteristica comune che è quella di garantire che le posizioni contrattuali, inizialmente assunte dalle parti, non siano del tutto o in gran parte, modificate dagli effetti di cambiamenti che superano il confine della normale alea del contratto. In base a questa osservazione ed all’esame dell’art. 1467 c.c. (che disciplina i casi in cui nei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero differita sia intervenuta una circostanza causata da “*eventi straordinari ed imprevedibili*” che abbia reso eccessivamente onerosa una delle prestazioni), parte della dottrina ha visto la possibilità che “*il rimedio revisionale abbandoni il ruolo proprio dell’eccezione per assumere dignità di regola generale*”. Questa posizione dottrina attribuisce all’art. 1467 c.c. un ruolo centrale sul piano della generalizzabilità dell’istituto, pur considerando che solo la parte convenuta in giudizio che ha tratto vantaggio dalla sopravvenienza è legittimata alla formulazione di un’offerta di riconduzione ad equità del rapporto contrattuale, mentre la parte sfavorita può chiedere solo la risoluzione del contratto. Altra dottrina, al contrario, partendo dal presupposto che le disposizioni sopra indicate non prevedono un intervento legislativo diretto alla modifica del contenuto di determinati rapporti contrattuali, ne traggono la conseguenza che dette disposizioni, da sole, non possono individuare un meccanismo operativo idoneo a costituire un nuovo istituto che disciplini senza limiti il diritto e il rispetto dell’obbligo alla rinegoziazione. La proposta di adeguamento è una facoltà e

non un obbligo ed espandere i meccanismi giudiziari di adeguamento non è giustificato né in nome di una più ampia “giustizia contrattuale” né in nome di un concetto economico di efficienza. La rinegoziazione riguarda solo le circostanze eccezionali: al di là di queste, il rischio delle sopravvenienze costituisce una conseguenza dell’accordo, essendo rimesso alla volontà delle parti regolare con il contratto, la ripartizione del rischio stesso, c.d. *risk assessment*. In questo senso si è affermato che non esiste tra le regole contrattuali un principio di necessaria equivalenza economica tra le prestazioni al di fuori dei casi espressamente menzionati dalla legge. In quest’ottica il contratto non ancora eseguito è costituito dall’elemento dello scambio che si realizza con il reciproco adempimento (*performance* secondo i giudici anglosassoni). L’allocazione del rischio delle sopravvenienze è decisa al momento della determinazione dei reciproci impegni: il diritto interviene solo quando sulle scelte delle parti incidono eventi eccezionali ed imprevedibili. **Ecco che allora in materia di contratti pubblici la legge delega 21 giugno 2022 n. 78 all’art. 1, comma 2, lettera g introduce un regime obbligatorio di revisione dei prezzi. Tale articolo prevede l’obbligo per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, un regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell’offerta, stabilendo che gli eventuali oneri derivanti dal suddetto meccanismo di revisione dei prezzi siano a valere sulle risorse disponibili del quadro economico degli interventi e su eventuali altre risorse disponibili per la stazione appaltante.**

In sede referente è stato introdotto un ulteriore obbligo di inserimento nei bandi delle stazioni appaltanti riguardante il costo da rinnovo dei CCNL sottoscritti dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicabili in relazione all’oggetto dell’appalto e delle prestazioni da eseguire anche in materia prevalente.

La problematica della revisione dei prezzi dei contratti pubblici investe un triplice profilo:

1) Il contenimento della spesa pubblica o comunque la certezza degli oneri a carico dell’Amministrazione;

2) Il mantenimento di un equilibrio economico tra costi e ricavi dell’appaltatore, anche a garanzia delle qualità delle prestazioni da questo eseguite;

3) **Il principio di concorrenza**, che vieta di apportare, ai contratti in corso di esecuzione, modifiche “sostanziali”, ossia condizioni che se fossero state previste fin dall’origine, avrebbero potuto portare a un esito diverso della gara (in questo senso le sentenze della Corte di Giustizia dell’Unione Europea 7 settembre 2016, C-549/14, *Finn Frogne A/S* e 19 giugno 2008, C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*).

La previsione della legge delega soprarichiamata prevede, senza alcun limite quantitativo, che i presupposti da cui far discendere la revisione dei prezzi non siano predeterminati né predeterminabili a priori, ma debbano essere valutati caso per caso dall'Amministrazione, con apprezzamento sindacabile dinanzi al giudice amministrativo, secondo l'orientamento della Suprema Corte di cassazione sezioni unite (vedi sentenza n. 35952/2021) per cui sono attribuite a quest'ultimo le controversie sulla spettanza della revisione, quando l'Amministrazione gode di una sfera di discrezionalità ampia, mentre rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario quelle in cui siano individuati puntualmente i presupposti dell'obbligo.

Secondo uno schema analogo a quello previsto dall'articolo 1467 c.c. per l'eccessiva onerosità sopravvenuta che giustifica la domanda di risoluzione del contratto (o la sua riduzione ad equità su richiesta della parte avvantaggiata), si dovrebbe dare rilievo solo a "condizioni particolari", dunque eccedenti la normale alea del contratto; di "natura oggettiva", dunque valutate obiettivamente in rapporto ad un'impresa media, alla natura del negozio e alle condizioni del mercato; "non prevedibili", secondo un requisito che ha fondamento soggettivo, facendo riferimento alla c.d. "fenomenologia della conoscenza" (si veda sentenza della Corte di Appello di Roma n. 2565/2020).

Interpretare la nuova norma in armonia con l'art. 1467 c.c. appare giustificato non solo dalla similarità dei testi delle due disposizioni, ma anche perché questa ben può considerarsi una speciale applicazione di quella lettura dell'art. 1664 c.c. per gli appalti di diritto comune, che a sua volta rappresenta una normativa speciale della fattispecie di eccessiva onerosità sopravvenuta, volta a conservare il contratto.

Il "*fair balance test*" della norma contenuta nella legge delega è volto, dunque, ad evitare il c.d. *breach of contract*. Gli inglesi distinguono tra *termination* e *rescission*, ma l'adempimento, *performance*, deve essere completo ed esatto, *complete and exact* per avere piena efficacia solutoria. Vedremo come verrà attuato tale punto della legge delega, ma possiamo affermare che in questo delicato periodo di crisi economica sembra affermarsi un modello neoKeynesiano dello Stato che interviene con una logica redistributiva a sostenere gli assett economici del Paese per fronteggiare la crescente inflazione che sta colpendo tutti i paesi occidentali. Il diritto sta facendo la sua parte: offre strumenti e categorie concettuali ad un sistema economico che è in grande difficoltà, predisponendo delle regole e delle soluzioni alternative.