

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI "FEDERICO II"  
FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA

LA PROGRAMMAZIONE NEGOZIALE PER LO SVILUPPO E LA  
TUTELA DEL TERRITORIO - XIX CICLO

TESI DI DOTTORATO

LA RINEGOZIAZIONE DELLE CLAUSOLE NEGOZIALI NEGLI ACCORDI  
PROCEDIMENTALI E NEI CONTRATTI AD EVIDENZA PUBBLICA

Il coordinatore  
Ch.mo Prof. F. Liguori

Candidata  
Dott.ssa Antonella Robustella

## INDICE

### *CAPITOLO PRIMO*

#### **LE CLAUSOLE DI RINEGOZIAZIONE**

Il ruolo del tempo nel contratto: le sopravvenienze.....	p.4
2. Origini e sviluppo nelle relazioni internazionali delle clausole di rinegoziazione..	p.11
3. Le fonti legali e convenzionali della rinegoziazione.....	p.15
4. Il contenuto della clausola di rinegoziazione.....	p.24
5. Gli effetti del procedimento rinegoziativo.....	p.28
6. La tutela contro l'inadempimento dell'obbligo rinegoziativo.....	p.32

### *CAPITOLO SECONDO*

#### **LA RINEGOZIAZIONE NEGLI ACCORDI TRA AMMINISTRAZIONE E PRIVATI.**

1. L'esercizio consensuale del poter amministrativo.....	p.37
2. La disciplina ex art.11 l.241/90 e il recesso unilaterale dell'amministrazione.....	p.40
3. La rinegoziazione negli accordi tra amministrazione e privati.....	p.46
4. La rinegoziazione come riesame della funzione contrattuale.....	p.49

## ***CAPITOLO TERZO***

### **LA RINEGOZIAZIONE NEI CONTRATTI AD EVIDENZA PUBBLICA**

1.L'evidenza pubblica:tradizione nazionale e dimensione comunitaria.....	p.55
2. La rinegoziazione nella giurisprudenza amministrativa.....	p.62
3. Revisione procedimentale e rinegoziazione in senso lato.....	p.66
4. Sopravvenienze contrattuali e tutela della concorrenza.....	p.69
5. La tutela contro l'inadempimento.....	p.73

<b>BIBLIOGRAFIA RAGIONATA.....</b>	<b>p.77</b>
------------------------------------	-------------

## **Capitolo 1**

## **LE CLAUSOLE DI RINEGOZIAZIONE**

*Sommario:* 1. Il ruolo del tempo nel contratto: le sopravvenienze. 2. Origini e sviluppo nelle relazioni internazionali delle clausole di rinegoziazione. – 3. Le fonti legali e convenzionali della rinegoziazione. – 4. Il contenuto della clausola di rinegoziazione. – 5. Gli effetti del procedimento rinegoziativo. – 6. La tutela contro l'inadempimento dell'obbligo rinegoziativo.

### **1. Il ruolo del tempo nel contratto: le sopravvenienze.**

In molti contratti l'esecuzione si protrae nel tempo. Ma il futuro mostra molte variabili incerte che potrebbero influire sull'operazione programmata incidendo sul contratto o sulla perseguibilità degli interessi dedotti.

Di fronte a siffatte evenienze, occorre stabilire precisi limiti entro i quali alle parti sia consentito invocare la perturbativa sopravvenuta come causa di liberazione dal vincolo. Si tratta di mediare tra due esigenze tra loro contrapposte: da un lato l'esigenza che il contratto sia idoneo a soddisfare gli interessi delle parti e dall'altro l'esigenza di garantire la certezza dei traffici e l'affidamento delle parti sul regolare adempimento del contratto. E' necessario valutare che rilevanza hanno, ai fini del mantenimento in vita del rapporto contrattuale, quei fattori che

sopravvengono rispetto al momento della conclusione del contratto, alterando in modo significativo l'equilibrio economico preso in considerazione e cristallizzato al momento della stipulazione contrattuale.

C'è da chiarire, inoltre, che la sopravvenienza è un fenomeno diverso dalla patologia del contratto in senso tecnico.

La patologia investe l'atto e non può che riguardare situazioni esistenti al momento della stipulazione contrattuale, salvo che nelle ipotesi residuali di invalidità sopravvenuta del contratto per effetto di leggi retroattive.

La sopravvenienza riguarda l'attuazione del contratto, incide cioè sulla possibilità che il contratto, perfettamente valido in via originaria, possa continuare a produrre i suoi effetti. Riguarda pertanto il rapporto contrattuale.

Nella nozione di sopravvenienza contrattuale non si iscrivono tutti i fatti che sopravvengono al contratto, ma solo i fatti oggettivi che non sono imputabili all'attività delle parti. Ad esempio non potrà considerarsi una sopravvenienza l'inadempimento del contratto.

Le questioni operative sollevate dal fenomeno delle sopravvenienze contrattuali sono diverse. Occorre stabilire se sia ancora dovuta la controprestazione nei casi in cui sopravvenga una situazione di fatto, in questo

caso addirittura cogente, non considerata dalle parti al momento della stipulazione del contratto, tale da impedire ad uno dei contraenti di conseguire il risultato.

Le alternative possibili sono o ritenere che la sopravvenienza non prevista al momento della stipulazione del contratto e non dedotta come condizione risolutiva nella stipulazione contrattuale, costituisca un rischio da accollarsi integralmente alla parte in concreto svantaggiata, oppure si ritiene che si tratti di un fattore che, incidendo sull'equilibrio iniziale comporta l'impossibilità di rimanere in vita la stipulazione contrattuale determinandone la risoluzione ovvero la rinegoziazione.

Laddove si ritenga rilevante la sopravvenienza, occorre valutare quale strada percorrere delle due possibili. O si ricorre a rimedi eliminatori i quali pongono nel nulla il rapporto contrattuale, caducandone vigenza ed effetti oppure rimedi manutentivi, rimedi con i quali si apportano al contratto dei correttivi ovvero delle modifiche necessarie al fine di eliminare gli effetti negativi delle sopravvenienze.

In particolare, i rimedi manutentivi si inseriscono nell'ambito del più ampio e generale principio di conservazione del contratto e come di seguito si approfondirà, pongono problemi applicativi significativi nell'ipotesi in cui non ci sia accordo delle parti sulla revisione del contratto. Per un quadro completo,

occorre sottolineare che è possibile classificare le sopravvenienze in tre tipologie diverse.

La prima tipologia ricomprende le sopravvenienze che rendono impossibile, sul piano naturalistico e/o giuridico, l'esecuzione del contratto, cioè che incidono in modo oggettivo ed assoluto sulla possibilità di eseguire una o entrambe le prestazioni contrattuali.<sup>1</sup> Tali sopravvenienze sono regolate, ove ne ricorrano i presupposti, dalla disciplina dell'impossibilità sopravvenuta.

La seconda tipologia di sopravvenienze, che è poi quella più strettamente pertinente al problema della rinegoziazione, presenta una maggiore complessità e concerne le circostanze in cui le due prestazioni siano entrambe ancora possibili, ma l'equilibrio economico tra le medesime è stato travolto dal verificarsi di sopravvenienze che abbiano reso particolarmente difficile ed eccessivamente onerosa in via diretta o indiretta l'una delle due prestazioni rispetto all'altra, alterando il rapporto sinallagmatico come originariamente considerato dalle parti. In altri termini, si tratta di eventi sopravvenuti che, nonostante non precludano l'esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto, incidono in maniera significativa sull'equilibrio economico tenuto presente dalle parti al momento

---

<sup>1</sup> Si pensi ad esempio, ad un embargo internazionale che renda impossibile l'esecuzione di un contratto di fornitura all'estero.

della stipulazione del contratto. Tali situazioni sopravvenute possono essere fronteggiate con la disciplina dell'eccessiva onerosità.

La terza tipologia riguarda le sopravvenienze non disciplinate nel nostro ordinamento giuridico.

E' dato ipotizzare che le parti stipolino un contratto in considerazione e in funzione di un determinato presupposto, di fatto o di diritto, senza però esplicitarlo nell'ambito della stipulazione contrattuale. Si ipotizzi che tale presupposto, in funzione e in considerazione del quale le parti hanno stipulato, venga meno, ovvero, se deve ancora verificarsi, che non si verifichi o si verifichi in modo diverso da come era stato considerato dalle parti al momento della stipulazione contrattuale.<sup>2</sup> Questa terza tipologia di sopravvenienza riguarda quelle ipotesi in cui, nelle more tra stipulazione del contratto e la sua compiuta esecuzione, viene meno o non si verifica quel presupposto, di fatto o di diritto, i ragione del quale il contratto era stato stipulato.

---

<sup>2</sup> Paradigmatico è il caso del contratto di compravendita di una area edificabile su cui sopravvenga una variante del piano regolatore che renda l'area in edificabile, con la conseguente reiezione dell'istanza di concessione edilizia in funzione della quale l'immobile era stato acquistato. Infatti, anche ove il carattere edificatorio dell'area non sia stato esplicitato come condizione della stipulazione contrattuale, può comunque desumersi dall'interpretazione del contratto che l'acquirente abbia acquistato il fondo perché intendeva edificare. Sempre a titolo esemplificativo si faccia il caso in cui taluno prenda in conduzione un immobile per una determinata giornata, situato nelle vie in cui in quella giornata si tiene una cerimonia religiosa, con il fine di assistervi dal balcone dell'immobile medesimo. Anche in tal caso ci si interroga sulla sorte del contratto per l'ipotesi in cui venga meno la funzionalità specifica perché la cerimonia viene disdetta o rinviata ad altra data.



Alla luce di questa sorta di suddivisione delle varie tipologie di sopravvenienza, alcune osservazioni, anche ai fini del discorso che si vuole portare innanzi nel presente lavoro, vanno opportunamente fatte. Bisogna innanzi tutto dire che un segno della sensibilità dell'ordinamento verso il fenomeno delle sopravvenienze si rinviene nella codificazione del 1942, che ha introdotto un rimedio sconosciuto all'ordinamento per vigente: la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. Più in generale si osserva che, se è vero che nel nostro ordinamento vige il principio *pacta servanda sunt* di cui all'art.1372 c.c., è pur vero che detto principio non può essere letto in modo isolato dal contesto ordinamentale, ma deve essere integrato anche con le disposizioni che esprimono principi e perseguono finalità di segno diverso, quali i principi generali di correttezza e buona fede nelle trattative, nell'esecuzione e nell'interpretazione del contratto. Orbene in applicazione del principio di buona fede, si afferma che non può essere considerato positivamente da parte dell'ordinamento giuridico il comportamento del creditore il quale, pur sapendo che, per effetto di un evento sopravvenuto, la prestazione altrui è divenuta impossibile, o più difficile o più onerosa o che il contratto non è più idoneo a realizzare la finalità perseguita. Tale pretesa è contraria a buona fede<sup>3</sup> e

---

<sup>3</sup> Che la buona fede costituisce il limite normativo alle scelte discrezionali dei contraenti

non può essere pertanto tutelata dall'ordinamento. La seconda ragione per la quale necessariamente si è dovuto dare ingresso alle sopravvenienze sta nel venir meno del cd dogma dell'intangibilità del contratto da parte del giudice. La sopravvenienze pone le parte dinanzi a due alternative: o la risoluzione del contratto o la manutenzione dello stesso. Come si vedrà in seguito, il rimedio della caducazione del contratto risulta sovente eccessivamente penalizzante per la parte non pregiudicata dalla sopravvenienza, la quale ha interesse alla conservazione del contratto. E' agevole comprendere che il fenomeno delle sopravvenienze impone di privilegiare, ove è possibile, interventi di carattere conservativo, che passano o attraverso la rinegoziazione oppure, in mancanza di accordo tra le parti, attraverso un intervento correttivo del giudice volto a valutare

---

nell'esecuzione del contratto è principio sostenuto dalla recente giurisprudenza (Cass.,9.3.1991, n. 2503, in *Corriere giur.*,1991, n.7, p.789; Cass., 20.04, n.3775, ivi, 1994, n.5, p.566, ed in *Giur.it.*, 1995, I, 1, c.852.) le limitazioni all'esercizio dei poteri discrezionali vengono realizzate dalla buona fede attraverso la previsione di doveri e regole di condotta che le parti avevano omesso di prevedere, ma che consentono la corretta attuazione del rapporto contrattuale. Le conclusioni appena riferite sono condivise in dottrina da: L. Nanni, *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede*, in *Contratto e impresa*, 1994, p.475; Id., *La buona fede contrattuale. I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, in Collana diretta da Galgano, Padova, 1988, p.336; A. Di Majo, *Le forme di tutela contro i cosiddetti poteri privati*, in *Foro it.*, 1980, I, c.440; Id., *Delle obbligazioni n generale*, art.1173-1176, in *Comm. Del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1988, p.300; Id., *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit.dir. priv.*,1995, p.22; V.Carbone, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, ivi, 1994, 5, p.570; L.Picardi, *Tutela dell'avviamento, discrezionalità e buona fede contrattuale, in una complessa vicenda di affitto d'azienda*, in *Giur.it.*, 1995, I, 1, c.852; M.R. Morbidelli, *La buona fede come limite dell'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in *Giust.civ.*, 1994, I, 1, p.2169.

la rilevanza del fattore sopravvenuto e a modificare equamente la stipulazione contrattuale.

## **2. Origini e sviluppo nelle relazioni internazionali delle clausole di rinegoziazione.**

Con il termine di rinegoziazione si intende quell'attività attraverso la quale le parti ridiscutono e ridefiniscono il contenuto di un regolamento contrattuale cui si sono vincolate con un precedente accordo, in seguito al verificarsi di sopravvenienze che ricadono sull'equilibrio giuridico ed economico precedentemente fissato al momento della stipula del contratto<sup>4</sup>. Rinegoziare, dunque, significa reiterare l'attività volta a ridefinire le conseguenze di un vincolo giuridico preesistente mediante la quale le parti rivedendo le loro rispettive posizioni giuridiche, ridiscutono il contenuto di un precedente accordo. Se la definizione del fenomeno

---

<sup>4</sup> Nell'ambito del panorama dottrinale italiano gli interventi più significativi sul tema della clausola di rinegoziazione sono stati compiuti da: V.M.Cesaro, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000 ; M.Gallo, *Sopraevenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; id., voce *Revisione del contratto*, in *Dig.disc.priv.*, sez. civ., XVII, Torino, 1998,431 ss; A. Gorni, *Le clausole di rinegoziazione*, in AAVV, *Il conflitto del Golfo e i contratti di impresa. Esecuzione, adattamento e risoluzione, in uno scenario di crisi, quaderni per l'arbitrato e per i contratti internazionali*, Milano, 1992, p.37; V. Lopilato, *Questioni attuali sul contratto*, Milano, 2004; F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; Id., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti:dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv.dir.civ.*, 2002, 63 ss; Sicchiero, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*,2002, 774 ss; M.Timoteo, *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1998, 2, 619.

di rinegoziazione risulta essere sufficientemente chiara, non altrettanto chiaro risulta essere il contenuto della clausola, non facilmente riconducibile ad un'unica e sintetica qualificazione, presentando essa un ruolo, una funzione e un contenuto tutt'altro che consolidato e costante. Questa tecnica di gestione del rischio contrattuale, sintetizzata nella formula di clausola di rinegoziazione, ha avuto origini e sviluppo negli anni '80 nell'ambito di uno scenario internazionale<sup>5</sup> caratterizzato da una forte instabilità politica ed economica che ha fatto emergere l'esigenza di conservare i rapporti contrattuali rispetto a mutamenti di circostanze nei confronti delle quali le parti avrebbero potuto porre rimedio esclusivamente con rimedi solutori.

Il fenomeno della gestione del rischio contrattuale nell'ambito delle relazioni del commercio internazionale, trova origine e sviluppo non solo e non tanto nella lunga durata del rapporto contrattuale ma anche nella complessità che connota tali rapporti.

---

<sup>5</sup> Un dato di fatto non trascurabile è quello secondo il quale nell'ambito del mercato internazionale le operazioni contrattuali per la dimensione economica che spesso assumono, hanno una durata molto lunga e talvolta anche non preventivamente determinata con la conseguenza che l'esigenza della gestione dell'alea contrattuale si manifesta nei contratti internazionali piuttosto che per le operazioni dei mercati interni. Tale esigenza inoltre, emerge non solo al fine di mantenere in vita il rapporto contrattuale così come determinato inizialmente dalla autonomia privata ma manifesta la tendenza ad espandersi in funzione di una più limitata serie di regole e principi inderogabili, legata più saldamente all'ordine pubblico internazionale piuttosto a quello interno. Tale specifica problematica è stata trattata approfonditamente da M. Costanza, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e dei rimedi. Diritto e prassi degli scambi internazionali*, Milano, 1992, p.313.

Con riguardo al primo profilo vi è da dire che perdurando molto a lungo nel tempo le operazioni contrattuali è inevitabile che l'instabilità politica sullo scenario internazionale possa condizionare i rapporti contrattuali, fino a determinarne lo scioglimento definitivo, andando ad incidere sull'equilibrio e sull'assetto degli interessi stabiliti delle parti. Si pensi agli effetti che i conflitti bellici possono provocare ai rapporti contrattuali. Spesso, infatti, è accaduto che in tali occasioni le autorità politiche adottassero provvedimenti restrittivi quali per esempio l'embargo nei confronti di un paese, facendo divieto, di svolgere qualsiasi attività commerciale con il paese da isolare.

Provvedimenti del genere non possono che mettere in crisi i contratti commerciali conclusi con contraenti appartenenti allo stato colpito con il provvedimento di embargo portando inevitabilmente alla impossibilità sopravvenuta delle prestazioni contrattuali. Inoltre proprio per la peculiarità della lunga durata di tali operazioni contrattuali, l'esigenza di controllare l'incidenza delle sopravvenienze e di conservare il contratto trova la propria giustificazione nell'assunto che l'eventuale risoluzione del vincolo contrattuale non permetterebbe di recuperare il danaro investito in vista di una lunga durata contrattuale così come accade quando una parte contrattuale si impegna nei confronti dell'altra di fornire per un periodo

decennale un determinato tipo di merce, la cui produzione ha dei costi molto elevati tali da consentire un margine di guadagno solo con il trascorrere del tempo e comunque a partire dagli anni successivi al primo. In queste ipotesi la caducazione del contratto graverebbe unicamente sulla parte contrattuale che si è impegnata a produrre i prodotti richiesti. In ordine al secondo profilo, occorre sottolineare che nella maggior parte dei casi i rapporti contrattuali presentano una natura complessa in quanto le operazioni economiche che hanno ad oggetto sono così numerose da dar vita a fenomeni di collegamento negoziale di grande portata, così che la risoluzione di un singolo contratto porterebbe alla caducazione dei contratti collegati. In questi casi l'unica alternativa alla estinzione del rapporto contrattuale è stata la previsione nel contratto della cd clausola di rinegoziazione, o come viene chiamata in ambito internazionale di *hardship*, nella quale le parti prevedendo l'eventuale verificarsi di fatti giuridici idonei ad incidere sull'equilibrio contrattuale lo avessero regolato con una disposizione volta ad escludere, al concreto verificarsi nella realtà di tali accadimenti, la fine del rapporto contrattuale ma una rinegoziazione degli equilibri contrattuali tale da consentire una conservazione del contratto sulla base di nuovi assetti di interessi. Questo fenomeno dell'inserimento di clausole volte a gestire il rischio

contrattuale, maturatosi, come si è visto in scenari internazionali, ha finito con il diffondersi nel mercato interno con riguardo ai contratti che avessero le caratteristiche tipiche della complessità, della grande dimensione economica e della durata molto lunga. I regolamenti contrattuali avente tali caratteristiche sono più esposti ad accadimenti perturbatori rispetto ad altri di diversa natura. A ciò si aggiunge anche la difficoltà delle parti di predeterminare e predefinire in via preventiva tutte le possibili variabili che potrebbero influire sull'equilibrio contrattuale. Ne consegue che grazie alla rinegoziazione è possibile superare tutte le suddette difficoltà attraverso il ricorso ad una clausola convenzionale che vincoli le parti contrattuali, ma il cui contenuto non è né rigido né schematizzato che permette ai contraenti, qualora il fatto o l'evento si verifichi concretamente sono obbligate a rivedere e rinnovare l'assetto degli interessi adottando una soluzione in linea con l'originaria composizione degli interessi.

### **3. Le fonti legali e convenzionali della rinegoziazione**

Messo in evidenza che le parti contrattuali in sede di conclusione del contratto intendono raggiungere un assetto equilibrato di interessi e conservare nel tempo e comunque fino al momento dell'esecuzione le utilità perseguite, occorre ora

sottolineare che l'accresciuto interesse per il fenomeno rinegoziativi è stato fortemente accentuato da organismi internazionali, come l'Istituto internazionale per il diritto privato (UNIDROIT)<sup>6</sup> o come la Commissione Europea dei contratti che hanno elaborato regole e procedure volte ad agevolare i privati nell'utilizzazione del modello della rinegoziazione.<sup>7</sup> Pur trattandosi di interventi non organici e con ambiti applicativi limitati, essi certamente rispecchiano la volontà degli operatori di "istituzionalizzare" la procedura rinegoziativi. Proprio attraverso l'utilizzo di questa tecnica di gestione del rischio contrattuale la regola aurea del *pacta servanda sunt* trova un ragionevole limite proprio nelle

---

<sup>6</sup> L'interesse per l'attività svolta dalla Commissione di *Unidroit* è confermato da una copiosa letteratura in materia. Si vedano i contributi di: G. Alpa, *Prime note di raffronto tra i principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, in *Contratti*, 1996 p.316 e ss.; G. De Nova, *I Principi Unidroit come guida nella stipula dei contratti internazionali*, in *Contratti*, 1995, p.1995, p.5; A. Di Majo, *I principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1996, 1, p.287 e ss.; F.Ferrara, *I Principi per i contratti commerciali internazionali dell'Unidroit ed il loro ambito di applicazione*, ivi, 1996, p.300 e ss.;

<sup>7</sup> La Commissione ha dettato all'art.6:111 le seguenti disposizioni dirette a disciplinare gli effetti del mutamento delle circostanze:

1) Ciascuna parte è tenuta ad adempiere le sue obbligazioni anche quando la prestazione sia divenuta più onerosa o perché il costo ne sia aumentato o perché sia diminuito il valore della prestazione alla quale ha diritto.

2) Se però la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per il mutamento delle circostanze, le parti sono tenute ad intavolare trattative per modificare o sciogliere il contratto, nel caso in cui:

- a) il mutamento di circostanze si verifichi dopo la conclusione del contratto,
- b) il mutamento di circostanze non fosse una possibilità ragionevole suscettibile di essere presa in considerazione al momento della conclusione del contratto, e
- c) il rischio di mutamento delle circostanze non sia uno di quelli che, in relazione al contratto, la parte che lo subisce possa essere tenuta a sopportare.

3) Se le parti non riescono a raggiungere un accordo in un tempo ragionevole, il giudice può:

- a) sciogliere il contratto a far data da un termine e alla condizioni che il giudice stesso stabilirà, o
- b) modificare il contratto in modo da distribuire tra le parti in maniera giusta ed equa le perdite e i vantaggi derivanti dal mutamento di circostanze. Nell'un caso e nell'altro il giudice può condannare al risarcimento dei danni per la perdita cagionata dal rifiuto di una parte di intavolare trattative o dalla rottura di esse in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza.



sopravvenienze che incidono sull'assetto che le parti hanno concordato nella redazione del contratto. Infatti, la variazione delle condizioni esistenti al momento della conclusione del contratto può essere tale da sollevare problemi di equità e di giustizia distributiva nella divisione dei vantaggi e degli oneri che le parti avevano fissato. Tra i principi elaborati dall'Istituto internazionale del diritto privato spicca con riguardo al tema della rinegoziazione la seguente disposizione: "in caso di *hardship* la parte svantaggiata ha il diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto. La richiesta deve essere fatta senza ingiustificato ritardo e deve indicare i motivi su cui è basata. La richiesta di rinegoziazione non dà, di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione. In caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice. Il giudice, se accerta il ricorrere di una ipotesi di *hardship*, può dove è il caso risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure modificare il contratto al fine di ripristinare l'originario equilibrio." Ancora tra i principi elaborati dalla Commissione Europea dei contratti interessante appare la norma secondo la quale: "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, nel caso in cui: a) il mutamento

delle circostanze si verifichi dopo la conclusione del contratto; b) il mutamento delle circostanze non fosse una possibilità ragionevolmente suscettibile di essere presa in considerazione al momento della conclusione e c) il rischio del mutamento delle circostanze non sia uno di quelli che, in relazione al contratto, la parte che lo subisca possa essere tenuta a sopportare; laddove l'accordo non si riesca a raggiungere, il giudice può sciogliere il contratto oppure modificarlo in modo da distribuire tra le parti equamente le perdite e i vantaggi derivanti dal mutamento di circostanze.” Va, opportunamente sottolineato che tali principi non costituiscono fonti del diritto pur rivestendo una gran rilevanza attesa l'autorevolezza degli organi dai quali provengono. Allora ci si chiede quali possano essere identificate come fonti della pratica rinegoziativa. La pratica contrattuale conosce distinte fonti di rinegoziazione.<sup>8</sup> Volendo restringere il campo ai casi in cui essa è prevista dalla legge, appare subito evidente che l'azione del legislatore ha un campo assai ridotto. La volontà del legislatore del 1946 si muove in mezzo a due posizioni opposte tra loro, da un alto, infatti prevedendo l'intangibilità del principio *pacta servanda sunt*, ha fissato l'irrelevanza

---

<sup>8</sup> V. Gentilini in *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione e rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e Impresa*, 2003, p.701, propone tre distinte fonti di rinegoziazione. Alcune di queste fonti rientrerebbero nella libera scelta delle parti, altre rientrerebbero nell'ambito delle scelte legislative del legislatore, e una terza ipotesi di fonti riguarderebbe lo strumento negoziale della clausola rinegoziativa.

di tutte le modificazioni di fatto o di diritto intervenute successivamente alla conclusione del contratto, dall'altro prevedendo delle regole flessibili di gestione del rischio contrattuale e attribuendo, dunque un valore agli eventi sopravvenuti, ha dato la possibilità alle parti del rapporto contrattuale di salvaguardare l'equilibrio economico- giuridico del rapporto contrattuale. Se da un lato la legge, in ottemperanza al principio della libertà di contrattare, non può ingerire nei rapporti fino al punto di tutelare le parti contro le possibili sopravvenienze che turbino l'equilibrio contrattuale, dall'altro lato non può sottrarsi dal prevedere un rimedio contro il rischio di sopravvenienze che superino la soglia della normalità. Una soluzione intermedia di mediazione tra le due opposte disposizioni si riscontra nella previsione dell'art. 1467 c.c. con la quale il legislatore ha inteso dare la giusta rilevanza non a qualunque tipo di modificazione successiva alla conclusione del contratto ma solo a quelle modificazioni che risultano straordinarie e imprevedibili. Recita l'art.1467c.c. intitolato Contratto con prestazioni corrispettive : “ Nei contratti ad 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 c.c. la risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.”

Come si può notare il legislatore ha offerto al contraente onerato dagli effetti negativi dell'evento sopravvenuto solo e unicamente la possibilità di ottenere la risoluzione del contratto. La parte contrattuale nell'ipotesi prevista dalla menzionata disposizione si troverebbe a scegliere tra l'alternativa di proseguire il rapporto ormai squilibrato o sciogliere definitivamente il vincolo contrattuale. L'operatività della norma contenuta nell'art. 1467 c.c. ha senza dubbio carattere generale, ma sul piano particolare il legislatore nel disciplinare alcuni rapporti negoziali ad esecuzione continuata o differita, ha ammesso l'utilizzo del rimedio mantenitivi.

Valgano da esempio le seguenti disposizioni: In tema di appalto art.1664 c.c. Onerosità o difficoltà dell'esecuzione: “Qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni del costo dei materiali o della mano d'opera , tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, 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”; in tema di affitto art.1623 c.c. Modificazioni sopravvenute al rapporto contrattuale: “Se, in conseguenza ad una disposizione di legge o di un provvedimento di una autorità riguardanti la gestione produttiva , il rapporto contrattuale risulta notevolmente modificato in modo che le parti ne risentano rispettivamente una perdita e un vantaggio, può essere richiesto un aumento o una diminuzione del fitto , ovvero secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto.”; in tema di assicurazione art.1897 c.c. Diminuzione del rischio: “Se il contraente comunica all’assicuratore mutamenti che producono una diminuzione del rischio tale che, se fosse stata conosciuta al momento della conclusione del contratto, avrebbe portato alla stipulazione di un premio minore, l’assicuratore, a decorrere dalla scadenza del premio o della rata del premio successiva alla comunicazione suddetta, non può esigere che il minor premio, ma ha facoltà di recedere dal contratto entro due mesi dal giorno in cui è stata fatta la comunicazione.” In altre ancora disposizioni particolari del codice civile il legislatore ammette l’utilizzo del rimedio manutentivo, come nell’art. 1450 che disciplina l’offerta di modificazione del contratto rescindibile, nell’art. 1384 in cui è previsto il potere del giudice di

ridurre equamente la penale manifestatamente eccessiva, nell'art. 1432, prevede il mantenimento del contratto viziato da errore rispetto al quale la parte il cui consenso non sia viziato offra di eseguirlo in modo conforme al contenuto e alle modalità del contratto che l'errante avrebbe voluto concludere, e nell'art. 1467 l'offerta di modifica del contratto a prestazioni corrispettive e ad esecuzione continuata e periodica, divenuto eccessivamente oneroso.

In dottrina si discute se dalla previsione di tutte queste singole disposizioni non sia possibile individuare un principio di carattere generale di revisione contrattuale.

Mentre una parte della dottrina ritiene che ciò non sia possibile<sup>9</sup>, dovendosi considerare i rimedi manutentivi di natura eccezionale, secondo una altra parte sarebbe configurabile l'esistenza di un obbligo generale di rinegoziazione che troverebbe la sua origine e la propria fonte legale nel dovere di buona fede.

Naturalmente la procedura della rinegoziazione potrà essere opportunamente ricondotta al principio di buona fede anche e soprattutto in base alla valenza che si intende conferire alla stessa regola della buona fede. Nello svolgimento delle

---

<sup>9</sup> Si veda G. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano 1975, p. 352.

trattavi e nella formazione del contratto le parti devono comportarsi secondo la buona fede (1337 c.c.). La buona fede rileva qui come regola di condotta , e cioè buona fede in senso oggettivo.<sup>10</sup>

La buona fede oltre ad esprimere il principio della solidarietà contrattuale, specificandosi nei due fondamentali aspetti della lealtà e della salvaguardia, ha una grande potenzialità a tradursi in un ragionevole criterio di controllo dell'attività negoziale attento alle circostanze e ai concreti interessi coinvolti. La buona fede, infatti, impone all'altra parte di comportarsi lealmente e soprattutto di attivarsi per salvaguardare l'utilità dell'altra nei limiti di un apprezzabile sacrificio. Ed ecco che gli obblighi tipici di buona fede si sostanziano non solo nel dovere di informazione, dovere di chiarezza, esige che i contraenti non divulgino notizie riservate, nel compimento di atti necessari per la validità o efficacia del contratto. In realtà è attuale la discussione in base alla quale ci si chiede se il campo di applicazione della disciplina dell'art.1337c.c., che da vita ad una responsabilità precontrattuale, presupponendo che il contratto non ancora si sia concluso, possa applicarsi validamente anche per contratti già conclusi. Se la giurisprudenza ritiene che dopo la conclusione del contratto non ci sia più spazio

---

<sup>10</sup> Così C.M.Bianca, Il contratto, Milano, 1998, p.166.

per l'applicazione della disciplina di cui all'art.1337c.c., di differente avviso è la dottrina che precisa che le regole di responsabilità non coincidono con quelle di validità del contratto, avendo le prime un raggio di azione più ampio, con conseguente possibilità di invocare l'art.1337c.c., e a fondamento di tale impostazione dottrinale si ritroverebbe nella presenza della disposizione di cui all'art. 1440c.c. Ma quella parte di dottrina<sup>11</sup> che ritiene che la buona fede non possa avere una valenza di fonte legale dell'obbligo di revisione del contratto, sostiene, invece che rientri nel potere di autonomia delle parti inserire nei contratti di durata, clausole di rinegoziazione, considerate meritevoli di tutela giuridica ex art. 1322 c.c. Aderendo a siffatta impostazione, sarà necessaria, al fine di attivare la procedura rinegoziativa, una esplicita previsione negoziale di un tale rimedio che consenta la gestione del rischio, evitando l'inesorabile scioglimento del vincolo contrattuale.

#### **4. Il contenuto della clausola di rinegoziazione.**

Nell'ambito della autonomia privata, intesa come esercizio di un potere, è possibile per le parti contraenti compiere delle attività che abbiano una funzione

---

<sup>11</sup> M.Costanza, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, cit.



integrativa ed innovativa rispetto ai modelli predisposti dall'ordinamento giuridico e innestare su di essi regole dirette a salvaguardare interessi reali e concreti non sufficientemente disciplinati dal legislatore.

Alla luce di ciò la prassi della rinegoziazione del contratto troverebbe proprio nell'autonomia privata e nel conseguente giudizio di congruità alla composizione degli interessi la propria fonte convenzionale. A questo punto dell'indagine l'attenzione si sposta sul profilo strutturale di questo modello convenzionale. Nella prassi contrattuale è agevole registrare inserzioni di clausole il cui contenuto può essere tanto generico che specifico. Ciò dipende senz'altro da molte circostanze, dalla natura del contratto e dal settore economico in cui è prevista la procedura rinegoziativa, o anche dalle finalità che hanno indotto i contraenti a stipulare.

Vi è da dire che la volontà dei contraenti di controllare l'incidenza delle sopravvenienze sull'assetto negoziale si traduce sul piano redazionale attraverso la predisposizione di clausole che talvolta hanno un contenuto generico, altre volte indicazioni particolareggiate delle sopravvenienze.

Per quanto concerne le clausole di rinegoziazione dal contenuto generico, occorre sottolineare che emerge dalla prassi negoziale un numero rilevante di clausole in

cui le parti subordinano l'attività di rinegoziazione al mero verificarsi nel corso dell'esecuzione del rapporto contrattuale di eventi sopravvenuti, prevedibili o imprevedibili tali da incidere sull'equilibrio giuridico ed economico esistente al momento della stipula. La previsione di un contenuto generico della clausola di rinegoziazione consente alle parti di riservare alla propria sfera di controllo la determinazione degli effetti delle sopravvenienze sull'assetto degli interessi e di impedire che l'alea normale del rischio contrattuale porti alla risoluzione del contratto. Inoltre il contenuto generico della clausola rinegoziativa ha una motivazione di ordine pratico, nel senso che l'individuazione di ipotesi di sopravvenienze ben precise in via preventiva sulla base di una individuazione originaria prevede un processo di adattamento delle condizioni negoziali molto lento e graduale, richiedendo una complessa concertazione delle parti. Se il contenuto generico della clausola ha dei vantaggi di ordine pratico, c'è da sottolineare che fa sorgere anche molti inconvenienti svantaggiosi. Infatti data la previsione generica della clausola di rinegoziazione è facile che ciascun contraente possa approfittare del contenuto generico della clausola per tentare di risolvere nel senso più favorevole a sé il riequilibrio contrattuale. In questo senso la clausola di rinegoziazione presenta ancora di una certa fragilità, che può essere

superata dalla elaborazione da parte dei contraenti di indicazioni sempre più particolareggiate. Da ciò è scaturita la nascita di una rosa di ipotesi di clausole di rinegoziazione che presentano caratteristiche e contenuti tipici alle quali le parti sono solite fare riferimento.

La clausola di negoziazione spesso contiene la previsione di alcune eventi modificativi che possono verificarsi dopo la conclusione del contratto, della descrizione delle conseguenze che queste circostanze previste devono produrre sull'assetto degli interessi originariamente concordato e infine nella previsione della disciplina da applicare qualora si verificano i presupposti dedotti dalla regola convenzionale.

E' importante precisare che la disciplina prevista dalle parti qualora si verificano gli eventi previsti dalla clausola rinegoziativa, può limitarsi o semplicemente alla mera previsione dell'obbligo di rinegoziare l'intero contratto o una parte di esso o anche sostanziarsi nella previsione di un procedimento, talvolta anche complesso, come nell'ipotesi in cui vengono stabiliti in modo preciso e pedissequo i criteri soggettivi e oggettivi, che devono informare la trattativa negoziativa, o come quando viene previsto l'intervento di un terzo per accertare che si sia verificata la

circostanza prevista.<sup>12</sup> Per quanto concerne il carattere di rilevanza delle sopravvenienze previste, cioè l'indicazione negoziale delle sopravvenienze rilevanti ai fini della rinegoziazione, queste possono riguardare non solo il venire ad esistenza nel corso dell'esecuzione del rapporto di una nuova situazione giuridica ed economica ma anche della modificazione di una situazione già esistente, o ancora alla sopravvenuta conoscenza di eventi già verificatosi.

Fino a questo punto si è parlato di obbligo di rinegoziazione avente carattere bilaterale, ma è ben possibile che tale obbligo possa essere anche unilaterale, cioè può essere imposto anche da una sola parte, spettando all'altro contraente la facoltà di scelta se instaurare o meno la procedura conservativa.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Come si può notare l'autonomia privata nell'esercizio concreto dei suoi poteri, può esprimersi in modo diverso, e dar vita a clausole di rinegoziazione contraddistinte da un contenuto diverso. Tant'è vero che è addirittura possibile assistere ad ipotesi in cui le parti contrattuali riconoscono la nascita del diritto di rinegoziare le condizioni contrattuali in ragione del mero verificarsi di determinate sopravvenienze, indipendentemente dall'indicazione preventiva delle conseguenze che esse devono produrre sull'economia negoziale. Per questo aspetto si veda *amplius* V.M.Cesaro, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio negoziale*, cit, p.1234 e ss.

<sup>13</sup> A.Gorni, *Le clausole di rinegoziazione*, cit., p.41, riporta alcuni testi di regole convenzionali che condizionano l'attivazione del procedimento rinegoziativo. Significativa può essere una clausola di questo tipo: "ogni difficoltà che dovesse sorgere dopo l'accettazione di una ordinazione relativa all'ottenimento di monete od a misure di politica commerciale, alla contingenza, alla modifica monetaria ecc., si conferisce il diritto, a seconda delle circostanze, di modificare le condizioni di pagamento, di prorogare i termini di consegna, di revocare il contratto. Questo diritto non è reciproco." Oppure: "la banca potrà porre fine ad ogni utilizzazione del credito nel caso di sopravvenienza di eventi, in particolare politici esterni o interni, suscettibili di turbare il funzionamento normale dell'impresa del debitore o delle autorità politiche o finanziarie del suo paese."

Si tratta, dunque dell'attribuzione ad una delle parti contrattuali di un diritto potestativo, di fronte al quale vi è la situazione di soggezione della controparte che si vede costretta a subire l'altrui volontà rinegoziativa.

### **5. Gli effetti del procedimento rinegoziativo.**

Le parti contrattuali durante la redazione del contratto, dopo aver individuato i criteri e i parametri che garantiscono un ambito di operatività fattibile della rinegoziazione, criteri che si informano al principio della buona fede, dovrebbero cercare di individuare un contenuto della clausola che possa rispettare la scelta di un criterio di equità. Ma quali possono essere i possibili effetti della rinegoziazione al verificarsi degli eventi dedotti nella clausola rinegoziativa? Si tratta in realtà di stabilire se il nuovo accordo ha una valenza novativa, con effetti estintivi - costitutivi, oppure modificativa.<sup>14</sup> Anticipando un po' la soluzione dell'indagine che riguarda specificatamente questo aspetto, può dirsi che aprioristicamente risposte certe non possono essere formulate, dovendosi valutare il contenuto della clausola e le modalità di sviluppo del procedimento rinegoziativo, anche se

---

<sup>14</sup> Sui contratti modificativi si veda: Rendenti, *Dei contratti nella pratica commerciale*, Padova, 1931; Criscuoli, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, in Giust.civ.1957,847; Nicolò, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in Raccolta di scritti, Milano 1980, 398.

chiaramente la rinegoziazione per sua natura dovrebbe comportare la conclusione di un contratto modificativo, non determinando una alterazione strutturale o funzionale dell'assetto di interessi originariamente programmato.

Dalla caratteristica tipicamente modificativa dell'accordo rinegoziativi è possibile far emergere la natura e gli effetti del negozio diretto a riequilibrare l'assetto di interessi inciso dagli eventi sopravvenuti.

La qualificazione dell'accordo che si conclude in sede di rinegoziazione è abbastanza complessa solo se si pensi che anche se secondo il codice civile che regola il fenomeno della novazione, l'effetto novativo non si realizza per il semplice cambiamento dell'oggetto o del titolo del rapporto novativo occorrendo il requisito dell'*animus novandi*, all'autonomia privata è riconosciuta la possibilità di produrre la vicenda estintivo-costitutiva anche per semplici modifiche accessorie. L'art.1231 c.c. in realtà non contiene limiti per l'autonomia privata ma propone l'elenco in via esemplificativa di atti considerati idonei a produrre modifiche solo accessorie e non sostanziali, la norma non contiene nessuna preclusione alla libertà delle parti di estinguere una obbligazione precedente, costituendone una nuova in cui ricorra una sia pure minima modificazione.

E' proprio per effetto della buona fede esecutiva che le parti devono essere spinte a trovare in un quadro di interessi mutato, un equilibrio tra le prestazioni.

C'è da dire che spesso accade che la rinegoziazione si risolve il più delle volte in un semplice adattamento delle condizioni negoziali al nuovo contesto fattuale, e nella ricerca di un equilibrio contrattuale che sia in linea con quello superato dalle sopravvenienze. Per cui dall'attività rinegoziativa non deriva né la nascita di una nuova obbligazione né l'alterazione strutturale e funzionale di quella negoziale ma solo l'adeguamento del rapporto di equivalenza tra le prestazioni alla nuova realtà fattuale.

Nasce dalla procedura rinegoziativa un negozio di secondo grado che, sia pur presentando una struttura autonoma, risulta collegato al rapporto sul quale dispiega i suoi effetti, andando a regolare alcuni profili disciplinari.

Questo negozio, infatti, interviene sul rapporto giuridico preesistente andando sostituire la clausola incisa dall'evento sopravvenuto con una nuova pattuizione attraverso la quale la composizione di interessi viene adeguata alla nuova situazione fattuale riequilibrando le posizioni contrattuali.

E' pacifico che questo nuovo accordo modificativo abbia, nel silenzio delle parti, efficacia *ex nunc*. Nel ridisegnare il rapporto di equilibrio economico-

giuridico tra le prestazioni le parti sono tenute a manifestare in modo espresso l'intenzione di anticipare gli effetti dell'accordo modificativo riportandolo ad esempio al momento in cui si è realizzata la sopravvenienza.

## **6. La tutela contro l'inadempimento dell'obbligo rinegoziativo.**

L'esistenza di un obbligo rinegoziativo, sia esso di fonte legale che convenzionale, impone alle parti di iniziare a svolgere delle trattative finalizzate alla conclusione di un accordo di secondo grado che vada a modificare il contenuto delle condizioni contrattuali originarie.

Tale obbligo a rinegoziare può tuttavia rimanere inadempito dalla parte su cui esso grava. E in particolare si ha inadempimento non solo nel caso di rifiuto della parte a trattare delle modificazioni del regolamento contrattuale, ma anche nel caso in cui la parte assuma un comportamento durante l'esecuzione solo apparentemente improntato alla regola della buona fede oggettiva.

E' quanto mai evidente l'importanza crescente del criterio della buona fede nelle fattispecie prospettate. Il contraente adempiente, sia nel caso di mancata esecuzione che nel caso di esecuzione in realtà intesa a non modificare i patti originari, cioè nel caso di una cd trattativa maliziosa, potrà essere garantito dalla



tutela risolutoria, nonché dalla tutela risarcitoria, autonoma ed accessoria alla risoluzione<sup>15</sup>.

Tuttavia vi è da sottolineare che entrambe le forme di tutela prospettate che può azionare la parte non inadempiente, sia la tutela risarcitoria che risolutoria<sup>16</sup>, sono prive di quella utilità o vantaggio che la parte avrebbe dovuto conseguire proprio in virtù della previsione di una rinegoziazione prevista dalle parti, proprio per risolvere con esito positivo, mantenendo in piedi il contratto, lo squilibrio contrattuale provocato dalle sopravvenienze. Il problema

---

<sup>15</sup> Nell'ambito dei suoi studi condotti sulla clausola di rinegoziazione, V.M. Cesaro, nella sua opera *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit, evidenzia come la via di risoluzione comportando l'estinzione del contratto a causa del comportamento di una delle parti segnerebbe una scelta di campo assolutamente incompatibile con l'obiettivo prefissato. Tuttavia, l'autore precisa che "il motivo di insoddisfazione ceserebbe di essere presente se, in alternativa alla risoluzione del contratto per inadempimento dell'obbligo rinegoziativi, fosse riconosciuta una tutela diversa che garantisca, seppur in via giudiziaria, la conservazione del rapporto. Conviene verificare, in particolare, se il giudice, su iniziativa della parte adempiente, possa intervenire nella vicenda rinegoziativi con una pronuncia con una pronuncia attraverso la quale, compiuto se è necessario l'accertamento dei fatti costitutivi richiesti per la negoziabilità, e constatato che il potere di adattamento non risulti essere stato attribuito ad arbitri, proceda alla determinazione di nuove e diverse condizioni negoziali in ogni caso adeguate e proporzionate agli equilibri fissati dalle parti in sede di elaborazione del regolamento contrattuale(...) Nel tentativo di verificare la concreta realizzabilità di questo intervento occorre prendere atto, che se da un lato il nostro ordinamento offre un quadro ampio e ricco di esempio nei quali il giudice attraverso una propria pronuncia costituisce nuovi rapporti giuridici tra i contraenti, non altrettanto sembra potersi dire in relazione ai provvedimenti per effetto dei quali il giudice non si limita alla costituzione del rapporto, ma interviene direttamente sul contenuto di esso, enunciando le regole secondo le quali la vicenda deve essere disciplinata. Ed è proprio per questa ragione, per la difficoltà di riconoscere nel nostro sistema sicure fattispecie di questo genere, autorevole dottrina è giunta alla conclusione secondo la quale tra i compiti e le funzioni deferibili all'autorità giudiziaria, non rientrerebbe anche quella di pronunciare sentenze determinative (...). Per un quadro sulle sentenze costitutivo-determinative si v. L. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Tratt. Dir.civ.*, diretto da Vasalli, Torino, 1994, p.152 e ss.

<sup>16</sup> In dottrina una ampia analisi sull'aspetto della tutela giurisdizionale conferita alla parte in seguito al rifiuto dell'altra a rinegoziare è stata compiuta da V. Clerico G., *Minaccia di inadempimento contrattuale e rinegoziazione e forme di risarcimento*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2004, p.279.

dell'inadempimento dell'obbligo a rinegoziare passa attraverso la domanda se è possibile ritenere che da una clausola di rinegoziazione nasca un vero e proprio obbligo a contrarre, o comunque un obbligo per le parti di avviare la trattativa modificativa e condurre la stessa secondo la buona fede in *executivis*.

Data la ratio della previsione di una clausola rinegoziativa all'interno del contratto, perché la sua previsione non sia vanificata, deve necessariamente ammettersi, ogni qualvolta non sia possibile addivenire all'accordo modificativo a causa del comportamento ostruzionistico di una delle parti, può trovare ingresso una pronuncia del giudice che accordi alla parte adempiente la modifica e quindi l'adattamento del contratto alle condizioni originarie.

Questo intervento del giudice può essere senz'altro ammesso poiché esso modificando un regolamento dal contenuto già definito dalle parti, non va a creare un nuovo rapporto contrattuale che è vincolato a criteri già predeterminati dalle parti nella clausola di rinegoziazione o in via suppletiva alla regola normativa della buona fede.

La tutela in forma specifica ex art. 2932 c.c. garantirebbe il mantenimento in vita del rapporto emanando una sentenza determinativa del nuovo contenuto del contratto che tenga conto dell'evento sopravvenuto. Tale rimedio ben potrà essere

esperito, poiché la pronuncia giudiziale che determina il nuovo assetto di interessi, non rappresenta una scelta discrezionale, che si rifà ad un mero senso di giustizia, ma trova nella previsione negoziale o nella buona fede il criterio cui fare riferimento.

E' opinione comune che pronunce dell'autorità giudiziaria di tipo determinativo rappresentino una compressione dell'autonomia contrattuale delle parti, non potendo spingersi il giudice adito all'emanazione di una sentenza costitutiva a fronte di un obbligo inadempito, ma non anche modificare l'equilibrio negoziale prefissato dai contraenti al momento della conclusione del contratto<sup>17</sup>. Come in tutte le problematiche la soluzione è nel mezzo.

L'evoluzione giurisprudenziale ci sta consegnando un nuovo quadro in cui è consentito all'autorità giudiziaria modificare il contenuto del contratto, come è accaduto in tema di contratto preliminare e di clausola penale sproporzionata. Pertanto dovrebbe ritenersi ammissibile il rimedio di cui all'art. 2932 c.c. che permetta l'adeguamento al contenuto negoziale, solo quando le parti contrattuali abbiano determinato nella prevedere la clausola rinegoziativa parametri e valori

---

<sup>17</sup> Da una analisi di tipo comparatistico con gli ordinamenti di altri paesi emerge che il potere di rideterminare l'assetto contrattuale stabilito dai contraenti è pacificamente conferito all'autorità giudiziale. Si veda sul punto F.P.Traisci, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil law*, Napoli, 2003.

ben precisi a cui fare riferimento, ma non anche nell'ipotesi di una clausola generica che lascerebbe troppo argine al potere del giudice comprimendo in modo inammissibile la sfera dell'autonomia privata delle parti.

## **Capitolo II**

### **LA RINEGOZIAZIONE NEGLI ACCORDI TRA AMMINISTRAZIONE E PRIVATI.**

Sommario: 1. L'esercizio consensuale del potere amministrativo. 2. La disciplina ex art. 11 l.241/90 e il recesso unilaterale dell'amministrazione. 3. La rinegoziazione negli accordi tra amministrazione e privati. 4. La rinegoziazione come riesame della funzione contrattuale.

#### **1. L'esercizio consensuale del potere amministrativo.**

La capacità giuridica del diritto privato di cui gode la pubblica amministrazione, fa sì che quest'ultima possa utilizzare, per l'esercizio della propria azione e il conseguimento delle proprie finalità, strumenti di diritto comune, tra cui il contratto.

La tensione verso l'affermazione del principio generale dell'autonomia negoziale della pubblica amministrazione, si è tradotta nell'esercizio dell'azione amministrativa per moduli negoziali di rilevanza sempre più ampia, con la conseguenza dell'affermazione della possibilità da parte della pubblica amministrazione di avvalersi oltre che di contratti tipizzati dall'ordinamento,

anche di contratti per i quali non sussista una norma specifica, avvalendosi della disposizione di cui all'art.1322c.c.

Questa tensione verso una autonomia negoziale di carattere generale ha raggiunto il suo punto di svolta con la riforma della legge n. 241 del 90, che ha previsto accordi ex art.11, e nella sua nuova formulazione che all'art.1 stabilisce il principio della preferenza per il modulo privatistico di azione, scandisce la soggezione dell'azione privatistica della pubblica amministrazione alle regole del diritto comune. Certamente ciò segna un punto di arrivo di un percorso dei poteri pubblici, volto al progressivo abbandono dell'ambito pubblicistico per inserirsi in quello negoziale, non senza un carattere di problematicità attesa la difficoltà di individuare forme, contenuti, procedimenti con la logica privatistica e al tempo stesso garantistici dell'effettività dell'esercizio del potere amministrativo nei limiti e nelle finalità indicate dalla Costituzione. Questo percorso inizia con una premessa esattamente opposta che sancisce l'idea che normalmente la P.A. agisce per provvedimenti mentre l'attività paritetica è una ipotesi solo derogatoria rispetto al principio generale dell'autorità praticabile solo in ipotesi specifiche e tassative. Ma l'attività contrattuale della P.A. non è disciplinata solo dal diritto privato, ma è sottoposta anche alla disciplina delle regole del diritto

amministrativo, poiché si tratta pur sempre di una attività posta in essere dal soggetto pubblico e non può mai essere libera per definizione funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico.

L'accordo rispecchia la logica della consensualità nell'esercizio del potere pubblico, differenziandosi nettamente dal contratto, in quanto ha ad oggetto direttamente l'esercizio del potere amministrativo. Diversamente il contratto è caratterizzato dalla irrilevanza dell'interesse pubblico in ordine al regime di validità del negozio e dalla insensibilità in linea di principio del rapporto contrattuali nei confronti delle variazioni dell'interesse dell'amministrazione contraente.

L'istituto degli accordi evidenzia una situazione che vede l'amministrazione andare alla ricerca del consenso del privato per l'esercizio di un potere del quale era solita fare uso in forma unilaterale. In tal modo viene superata la visione tradizionale in base alla quale la spendita del potere amministrativo è per definizione esercizio solitario, nel quale l'amministrazione usa unilateralmente la potestà imperativa che il privato subisce.

A seguito dell'avvento dell'art.11 della legge 241/90 si accede ad un modulo attraverso cui l'amministrazione procedente acquisisce in via preventiva il

consenso del privato che costituirà il contenuto del provvedimento o in casi tassativamente delimitati dal legislatore, sostituirà il provvedimento stesso. Gli accordi procedimentali e sostitutivi sono l'ultima tappa che il legislatore ha compiuto dall'autorità al consenso.

## **2. Gli accordi ex art. 11 l. 241 del 90 e il recesso unilaterale dell'amministrazione.**

Il legislatore della legge 241 del 90 sancisce all'art.11, letto in connessione con le diverse disposizioni contenute nella legge, in tema di procedimento, un principio di carattere generale del pieno riconoscimento della negoziabilità della funzione e del poter amministrativo, non solo sul piano dell'esercizio autoritativo del potere ma anche nella ricerca del consenso in vista di una maggiore utilità individuata l'alterità fra esercizio del poter in forma autoritativa, ed esercizio del poter in forma consensuale, vi è da dire che il legislatore mostrandosi prigioniero del passato, nella formulazione originaria della legge sul procedimento ha optato per una soluzione compromissoria nel prevedere all'art.11, due tipi di accordi: gli accordi procedimentali, figura generale, che non incontra limiti di utilizzazione e gli accordi sostitutivi di provvedimenti consentiti solo nelle ipotesi tassativamente



previste dalla legge. La legge 15 del 2005 rinnovando la disposizione di cui all'art.11, ha reso atipici anche gli accordi sostitutivi<sup>18</sup>, fermo restando che al pari di ogni provvedimento amministrativo di esercizio del potere, deve affondare nella legge le radici per quanto riguarda il presupposto e il contenuto essenziale.

L'attuale normativa, la legge 241 del 1990, consente, dunque, che le amministrazioni pubbliche possano sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune.

Inoltre, la legge sul procedimento amministrativo, dispone all'art.11 che "in accoglimento di osservazioni proposte presentate a norma dell'art.10, l'amministrazione procedente può concludere senza pregiudizio dei diritti dei terzi e, in ogni caso, nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo". L'accordo si caratterizza per il necessario coinvolgimento di profili diversi da quelli patrimoniali, in particolare

---

<sup>18</sup> La caduta della riserva di legge in tema di accordi sostitutivi si unisce all'introduzione nel corpo dell'art.11, del comma 4 bis, in forza del quale la conclusione di accordi da parte della P.A. deve essere necessariamente preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento. In giurisprudenza, cfr. Cons.Stato, sez.Vi, 15 maggio 2002, n.2636, si sposa una tesi restrittiva in base alla quale l'accordo sarebbe sempre conseguente ad una decisione unilaterale dell'amministrazione di completare in via discrezionale il contenuto di un provvedimento che, altrimenti potrebbe essere adottato in via unilaterale per cui dovrebbe sempre essere preceduto da una fase di scelta, che dia conto, con una motivazione apposita delle ragioni per cui l'amministrazione scende dal piano pubblicistico autoritativo a quello privatistico.

dell'esercizio di potere amministrativo che, con formula descrittiva, viene qualificato come bene sottratto alla comune circolazione giuridica.<sup>19</sup>

Pur senza tacere rilevanti differenze tra le due tipologie di accordi tra amministrazione e privati, importanti tratti della loro disciplina possono essere analizzati in modo unitario. Inutile dire che sugli accordi ex art.11 l. n. 241 del 1990 esiste una produzione scientifica sterminata e analizzare i vari snodi problematici porterebbe davvero troppo lontano, per cui precisando che naturalmente non vi sono in dottrina univocità di vedute sul tema, di seguito l'attenzione sarà focalizzata all'analisi di quegli aspetti che sono strettamente collegati con la tematica della rinegoziazione. Ai fini del discorso che si vuole portare avanti, è importante ribadire che, a differenza delle fattispecie contrattuali, l'interesse affidato alla cura di una delle parti – la P.A. – assume nell'ambito dell'accordo un ruolo peculiare rispetto a quello della parte privata. Nell'ambito del diritto privato, al di là degli interessi avuti di mira dalle parti, non ne rilevano

---

<sup>19</sup> Al riguardo in dottrina si puntualizza che il potere amministrativo, in quanto possibilità di produrre effetti giuridici in vista di interessi pubblici, rientra nella titolarità esclusiva della pubblica amministrazione. Esso, dunque non può costituire materia di negoziazione con i terzi, in capo ai quali difetta un potere omogeneo destinato a fondersi con il primo, ed è suscettibile esclusivamente di costruire l'oggetto di disposizione unilaterale da parte dell'amministrazione stessa. Ciò non vuol significare la negazione di ogni rilevanza del momento patrizio all'interno delle fattispecie considerate: tale momento perviene tuttavia al solo momento dell'esercizio del potere. La legge non parla di contratto di diritto pubblico, ma di accordo. Così R. Ferrara, *La pubblica amministrazione tra autorità e consenso: dalla specialità amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?*, in *Dir. Ammin.*, 1997, p.226.

altri, sempre che il loro schema negoziale serva per realizzare un interesse meritevole di tutela. Irrilevante è poi la natura pubblica o privata dell'interesse perseguito dall'amministrazione parte del contratto. L'accordo invece stipulato ad ogni costo nel perseguimento dell'interesse pubblico e "per sopravvenuti motivi di interesse pubblico l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo". In altri termini, il vincolo posto all'amministrazione che deve mirare al migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico si traduce in un regime giuridico dell'atto. La validità e la vincolatività dell'accordo dipendono dalla compatibilità con l'interesse pubblico che risulta essere il vero e proprio elemento definitorio.

Ed in particolare l'istituto della revoca, cui è ascrivibile il recesso contemplato all'art.11, l.241/90 si profila come non conciliabile all'idea del contratto. Un rilevante aspetto, ai fini del discorso sulla rinegoziazione, riguarda la disciplina, sempre in tema di accordi, che regola il potere in capo all'amministrazione di recedere unilateralmente, con l'obbligo, tuttavia, di provvedere alla liquidazione di un indennizzo<sup>20</sup> in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato. Il recesso dall'accordo corrisponde

---

<sup>20</sup> Il termine *indennizzo* sta a dimostrare che l'attività della pubblica amministrazione è lecita, pur se può arrecare un pregiudizio economico al privato.

secondo l'impostazione maggioritaria in dottrina<sup>21</sup>, in parte alla revoca del provvedimento. Il recesso viene dunque inquadrato secondo coordinate pubblicistiche e viene escluso qualsiasi inquadramento privatistico in termini di diritto potestativo di recesso ex art.1373c.c. ovvero alla luce della teoria della condizione risolutiva ex lege o della presupposizione. Si osserva che mentre il recesso nel diritto privato ha carattere eccezionale ai sensi dell'art.1373 c.c., potendo esercitato solo prima che il contratto abbia ad esecuzione, e più in generale solo per i contratti ad esecuzione continuata, secondo la disciplina dettata dall'art.11 il recesso ha carattere generale non tollerando limiti dell'art.1373c.c. Inoltre, se il recesso nel diritto civile è facoltà del privato, nel caso di recesso ex art.11 l'amministrazione si trova di fronte ad un recesso sostanzialmente obbligato, perché la verifica della non perdurante funzionalità rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico comporta il dovere di recedere.

Non convincente è la tesi della presupposizione o della condizione, posto che nella specie si è al cospetto di un ripudio unilaterale che passa attraverso una esplicita manifestazione di volontà.

---

<sup>21</sup> Si veda sul punto M. D'Alberti, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento nel tempo*, in *Dir. Ammin.*, 2003, p.1; M. Immondino, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; F. Ledda, *Appunti per uno studio sugli accordi preparatori di provvedimenti amministrativi*, in *Dir. Amm.* 1996, p.391.

Il recesso, in definitiva non sarebbe altro che un provvedimento di revoca, esercizio del potere di autotutela. Autotutela che nella fattispecie si considera legata, in quanto il legislatore la considera doverosa e ne disciplina gli effetti sul piano patrimoniale. L'art.11, inoltre, prende in considerazione, a differenza della disciplina in tema di revoca provvedimento, solo la revoca per ragioni sopravvenute e non l'altra collegata ad una differente ponderazione delle originarie ragioni, lasciando l'impressione di una scelta limitativa che restringe la revoca dell'accordo rispetto a quella rivolta al provvedimento unilaterale.<sup>22</sup> Il recesso è ammissibile soltanto per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, per cui si profila insufficiente, ai fini del legittimo recesso, una rinnovata e differente, rispetto a quella in origine effettuata, valutazione dell'interesse pubblico.

A seguito della stipulazione dell'accordo scaturisce dunque un rafforzamento della situazione giuridica della parte privata rispetto a quella in cui essa verserebbe nell'ipotesi di azione unilaterale, caratterizzata da un più ampio potere di revoca.

Il recesso è da configurare come mezzo autoritativo di risoluzione del rapporto, espressione di un potere a fronte del quale la posizione del privato si

---

<sup>22</sup> Sui presupposti per l'esercizio del recesso da parte dell'amministrazione cfr. Cons.Stato, sez.IV, 4 febbraio 2004, n.390, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

atteggia ad interesse legittimo. Il recesso incide, sciogliendoli, sui rapporti piuttosto che sugli atti. L'atto originario non diviene illegittimo, illegittima o inopportuna è la permanenza del rapporto da esso costituito.

### **3. La rinegoziazione negli accordi tra amministrazione e privati.**

La presenza nella disciplina degli accordi della previsione in capo all'amministrazione di recedere unilateralmente per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, senza l'aggiunta di nessuna altra condizione, fa presumere che la pubblica amministrazione qualora vi fosse un sopravvenuto interesse pubblico, non importa se conciliabile o non con l'originario assetto dell'accordo, atteso che le norme nulla specificano al riguardo, si troverebbe di fronte a due possibilità tra loro inconciliabili: o mantenere in vita il rapporto o risolverlo definitivamente. Questa vera e propria *clausola rebus sic stantibus*<sup>23</sup> sancita dall'art.11, si riferisce alla stabilità del rapporto nei limiti della sopravvenienza degli scopo e degli obiettivi iniziali. Non consente al rapporto di sopravvivere al mutare delle

---

<sup>23</sup> Dal punto di vista storico il principio *rebus sic stantibus*, ha avuto alterna fortuna nel nostro ordinamento e anche negli ordinamenti europei. Nato nel diritto romano classico, ha trovato applicazione durante l'evo intermedio, ma non fu poi codificata nell'ambito del codice napoleonico, né nei codici, come il nostro, che ad esso si ispirarono. Il principio *rebus sic stantibus* resta però una categoria fondamentale del pensiero giuridico. La dottrina e in qualche misura anche la giurisprudenza, vi fa ricorso per tentare di conciliare ciò che forse è inconciliabile: il principio della rilevanza della sopravvenienze con il principio *pacta sunt servanda* di cui all'art.1372 c.c.

condizioni e i presupposti originari.<sup>24</sup> Ma al sopraggiungere di sopravvenienze che mutino l'originario assetto dell'accordo è possibile una rinegoziazione dell'accordo con il privato al mutare dell'interesse pubblico iniziale? Alla luce delle caratteristiche della disciplina degli accordi evidenziate precedentemente, bisognerebbe rispondere negativamente al quesito appena posto, tuttavia c'è chi sostiene che sarebbe assurdo che il potere unilaterale non possa contenere al suo interno anche spazi per un potere rinegoziativi.<sup>25</sup> Inoltre se è vero che l'interesse pubblico informa l'intero accordo tra pubblica amministrazione e privato rendendolo un meccanismo peculiare e per certi aspetti lontano da un accordo di diritto privato inteso tout court, non può negarsi l'ammissione che nell'art.11 di un generale principio di negoziabilità del poter amministrativo che negando la

---

<sup>24</sup> La clausola *rebus sic stantibus*, quale titolo di legittimazione di una potestà di risoluzione del contratto per motivi di interesse pubblico, va considerata esterna al contratto. Questa tesi si spiegava con l'esigenza di giustificare e temperare i limiti di negoziabilità della funzione pubblica, con i principi generali del contratto: l'opinione consentiva infatti di ritenere che l'esercizio di un diritto potestativo, attinente alla sfera autoritativa dell'amministrazione, si collocasse all'esterno del contratto e, per ciò stesso, non venisse ad incidere sul *proprium* dell'assetto consensuale degli interessi, per rimanere relegato nella sfera interna dell'amministrazione, alla stregua di una irrinunciabile qualità dei rapporti con il soggetto pubblico. Così A. Rallo, *Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi di provvedimenti*, in *Dir.proc.amm.*, 2/1993, p.298.

<sup>25</sup> A tal proposito A.Rallo, *Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi di provvedimenti*, cit., chiarisce dal suo punto di vista che “ Quanto alla esclusione di ogni possibile rinegoziazione dell'accordo con il privato al mutare dell'interesse pubblico – per così dire – iniziale, occorre riflettere come una simile interpretazione si risolverebbe in un assurdo logico e giuridico, oltre a porsi in contrasto con gli stessi obiettivi generali della legge 241 del 1990 e con quelli alla propulsione degli accordi negoziali contenuti nel medesimo art.11. già sul piano logico, infatti, la considerazione di comune esperienza secondo la quale il più contiene il meno porta ad escludere in via tendenziale la possibilità che il potere di risoluzione unilaterale, quale espressione estrema di un potere di riesame, non contenga al suo interno spazi per affermare anche una potestà di rinegoziazione.”

rinegoziazione andrebbe a negare la stessa conciliabilità e compatibilità di interessi autonomi (pubblici e privati) nello strumento consensuale. Non solo, ma andrebbe a svilire il lungo percorso all'affermazione di questo modulo di dialogo tra amministrazione e privati quale superamento dell'azione autoritativa dei pubblici poteri. Se non fosse così si dovrebbe allora ammettere che la funzione di collaborazione e partecipazione nell'azione amministrativa è limitata e ristretta all'ambito della fase costitutiva del rapporto e non anche alla fase di esecuzione verificandosi un inammissibile arretramento di posizioni rispetto agli scopi dell'azione amministrativa che la norma tende a realizzare<sup>26</sup>.

Ci troviamo ancora in un terreno abbastanza scivoloso dove è pacifica l'esistenza di una clausola *rebus sic stantibus* accompagnata da tutte le altre caratteristiche porterebbe a precludere l'eventuale ingresso a una procedura rinegoziativa. Secondo alcuni<sup>27</sup> infatti, da un lato la presenza di un vincolo funzionale e dall'altro l'inquadramento del recesso nella dimensione

---

<sup>26</sup> “In sintesi, quindi se il potere amministrativo si riconosce come negoziabile e se l'accordo ha un valore solo *rebus sic stantibus*, allora la potestà di recesso consentita nell'art.11 potrà essere interpretata come obbligo di recesso da quell'assetto dedotto nello specifico accordo (allo scopo di offrire immediata risposta ai nuovi interessi pubblici sorti *medio tempore*), ma coniugato con un onere di rinegoziazione dell'accordo originario fondato sulle premesse e sui patti rispondenti al nuovo assetto di interessi pubblici, ed avente titolo nell'affidamento del contraente privato, che interagisce con la finalizzazione del potere (trasfuso nel vincolo contrattuale), anche in funzione di quel coordinamento sempre più ampio tra interesse pubblico e attività economica privata indicato dall'art.41 Cost.” così A.Rallo, *Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi di provvedimenti*, cit., trova un possibile spazio per l'attuazione della procedura rinegoziativa nell'ambito degli accordi sostitutivi.

<sup>27</sup> Greco, *Il regime degli accordi pubblicistici*, in *Riv. Trim. amm.*,2003, 54 ss.



squisitamente pubblicistica, renderebbe il recesso non altro che un provvedimento di revoca, esercizio del potere di autotutela.

Autotutela che nella specie si considera legata, in quanto il legislatore la considera doverosa e ne disciplina gli effetti sul piano patrimoniale l'art.11, inoltre, prende in considerazione, a differenza dalla disciplina prima ricordata in tema di revoca provvedimento, solo la revoca per ragioni sopravvenute e non l'altra collegata ad una differente ponderazione delle originarie ragioni, lasciando l'impressione di una scelta limitativa che restringe la revoca dell'accordo rispetto a quella rivolta al provvedimento unilaterale.

#### **4. La rinegoziazione come potere di riesame.**

L'ipotesi di una procedura rinegoziativa che la pubblica amministrazione possa mettere in atto allorquando sopravvenuti motivi di interesse pubblico risultino incompatibili con l'originario accordo stipulato con il privato, è ancora lontana dall'attuazione nella prassi concreta rimanendo per il momento oggetto di studio dai risultati ancora incerti. Infatti, parte di questa difficoltà di ammettere la possibilità di rinegoziare l'accordo concluso tra amministrazione e privati deriva dalla presenza del tutto consolidata del principio *rebus sic stantibus*.

L'elaborazione di questo principio conserva ancora una valenza di carattere generale, che va al di là sia della presupposizione che della eccessiva onerosità in campo civilistico. In particolare, e come si è visto in parte innanzi, la clausola *rebus sic stantibus* ha trovato applicazione in tema di accordi tra coniugi e in tema di accordi tra P.A. e privati.

L'efficacia intervenuta tra i coniugi in sede di separazione o in sede di divorzio è strettamente collegata alla persistenza delle condizioni personali e patrimoniali dei coniugi al momento della stipulazione dell'accordo. Sia le statuizioni di carattere personale sia quelle di carattere patrimoniale sono suscettibili di rivisitazione ogni qualvolta vengano meno i relativi presupposti. Analogo discorso vale per gli accordi tra pubblica amministrazione e privati. L'art.11 legge 241 del 1990 ha di fatto riconosciuto alla pubblica amministrazione la possibilità di addivenire ad accordi con i soggetti privati al fine di determinare il contenuto dei provvedimenti.

Trattandosi di una forma consensuale di esercizio del potere, tali accordi, secondo l'impostazione dominante, hanno natura pubblicistica e al pari dei provvedimenti possono essere revocati, modificati o annullati in ogni tempo per motivi di legittimità e di merito. Il recesso, giova ripeterlo, non è un diritto

potestativo di recesso in senso tecnico di natura privatistica, bensì un potere pubblicistico di revoca per sopravvenuti motivi di interesse pubblico.

E' dunque evidente che, similmente a quanto accade negli accordi tra coniugi, anche gli accordi tra amministrazione e privati, quanto meno quelli di cui all'art.11, sono caratterizzati dalla clausola *rebus sic stantibus* in relazione alle situazioni di fatto rilevanti per l'interesse pubblico.

Interessante appare la tesi che può essere proposta per offrire una verifica alla possibile conclusione positiva dell'indagine riguardante la possibilità da parte della pubblica amministrazione di esercitare un potere rinegoziativi sull'accordo concluso precedentemente con il privato.<sup>28</sup> Secondo tale impostazione se l'esercizio del potere negoziale, come è ampiamente affermato in dottrina, costituisce espressione di una funzione amministrativa piena, allora ben potrà affermarsi all'interno di un tale potere la possibilità da parte della pubblica amministrazione di riesaminare i precedenti provvedimenti. Va qui ricordato, per conferire completezza al discorso che si vuole portare innanzi, che secondo l'insegnamento tradizionale, il potere di ritiro o di riesame degli atti amministrativi, che può concretarsi nella revoca e nell'annullamento, costituisce

---

<sup>28</sup> Tale tesi è sostenuta da A. Rallo, ult.op.cit.

espressione del potere di autotutela. In particolare la manualistica riconduce il potere di ritiro all'ambito dell'autotutela decisoria, ossia il poter amministrativo di risolvere i conflitti attraverso un'autonoma determinazione, senza necessità di ricorrere all'autorità giudiziaria.

L'inquadramento del potere di riesame dei provvedimenti amministrativi, nella specie annullamento e revoca, nell'ambito dell'autotutela è in realtà frutto di una lunga e dibattuta evoluzione dottrinale e giurisprudenziale.

Il primo problema è individuare il fondamento normativo di un potere che altrimenti non sarebbe ammissibile alla luce del principio di legalità e tipicità degli atti amministrativi. Nel sistema precedente, mettendo in attimo da parte la novella della legge 241, non vi è alcuna disposizione di carattere generale che attribuisca all'amministrazione il generale poter di revocare o annullare i propri provvedimenti amministrativi. Ci si chiede allora se il poter di annullamento o di revoca sussiste solo nei casi previsti dalla legge, come dovrebbe discendere dal principio di legalità, oppure se si tratti, come si ritiene pressochè unanimemente, di un potere generale.

E se così, qual è la norma attributiva che fonda detto potere generale? Ai fini del nostro discorso basta dire che il problema del fondamento positivo non si

pone se si ritiene che il potere di riesame rientri nell'ambito dell'amministrazione attiva. Così opinando, il potere di riesame non è qualitativamente diverso dall'originario potere di provvedere, ma anzi costituisce una espressione temporalmente successiva. Secondo questa tesi, il potere riconosciuto alla pubblica amministrazione in ordine all'adozione del provvedimento originario, include in sé pure il potere di provvedere nuovamente, in un momento successivo sul medesimo oggetto. di conseguenza, il principio di legalità può dirsi rispettato, perché è la norma attributiva del potere di adottare il provvedimento originario che implicitamente attribuisce pure il poter di adottare tutti i provvedimenti correttivi successivi.<sup>29</sup>

Se tale premessa è vera, se cioè l'esercizio del poter di riesame è espressione di una funzione amministrativa piena, allora potrà affermarsi che il riesame ha e può avere ad oggetto una funzione contrattata, costituendo espressione di quella funzione originariamente esercitata.

La conseguenza di una tale premessa è che il riesame non può certamente condurre all'esercizio di una discrezionalità minore di quella originariamente

---

<sup>29</sup> E' doveroso sottolineare che molti ritengono che il poter di riesame sia qualitativamente diverso dal potere di amministrazione attiva, e che piuttosto debba essere ricondotto secondo alcuni nell'ambito del potere di controllo, secondo altri ancora al poter di autotutela. Resta fermo allora il problema di individuare, alla luce del principio di legalità, il fondamento normativo del potere di annullamento e di revoca.

considerata dunque deve ritenersi esistenti all'interno di quel potere non solo interventi demolitori ma anche interventi di rivisitazione e revisione.

Chi porta innanzi una tale impostazione tuttavia avverte<sup>30</sup> che una tale impostazione può essere di aiuto per sostenere la possibilità da parte della pubblica amministrazione di rinegoziare le clausole dell'accordo concluso con il privato al sopraggiungere di eventi che modificano gli interessi pubblici in gioco cambiando gli assetti dell'accordo originario, ma che nella pratica di fatto non si riscontrano concrete ipotesi di iniziative di tal fatta da parte della P.A.

---

<sup>30</sup>“naturalmente si tratta solo di una ipotesi di lavoro e non di un risultato già acquisito: l'incerta qualificazione ed ampiezza della potestà rimediative riconosciuta dall'amministrazione, il pericolo di confondere piano negoziale con il piano autoritativo, la stessa tipologia delle situazioni soggettive coinvolte nei procedimenti di riesame e la loro dinamicità relazionale rispetto all'esercizio del potere pubblico, sono tutti elementi che devono indurre ad una cautela di fondo nelle affermazioni di principio: mentre queste ultime dovrebbero comunque subire un attento vaglio nella verificabilità concreta delle eventuali conclusioni. L'ipotesi illustrata muove dalla difficilmente negabile constatazione che la questione generale delle sopravvenienze o degli interessi sopravvenuti, costituisce il punto di partenza della potestà di riesame del proprio operato da parte dell'amministrazione, comune sia alla sfera autoritativa che a quella consensuale: unicamente con il sorgere di interessi sopravvenuti infatti, nell'amministrazione può sorgere il potere dovere di dare un apprezzamento alla realtà vera ed esercitare, nei limiti delle proprie attribuzioni, tutte quelle posizioni di vantaggio riconosciutegli nell'ordinamento in vista della funzionalizzazione dei suoi scopi.” Così A. Rallo, op.cit.

## **CAPITOLO TERZO**

### **LA RINEGOZIAZIONE NEI CONTRATTI AD EVIDENZA PUBBLICA**

Sommario: 1. L'evidenza pubblica: tradizione nazionale e dimensione comunitaria. 2. La rinegoziazione nella giurisprudenza amministrativa. 3. Revisione procedimentale e rinegoziazione in senso lato. 4. Sopravvenienze contrattuali e tutela della concorrenza. 5. La tutela contro l'inadempimento.

#### **1.L'evidenza pubblica: tradizione nazionale e dimensione comunitaria.**

La caratterizzazione generale dell'autonomia negoziale trova conferma positiva nel testo del nuovo art.1 comma 1 bis, della legge n.241 del 1990, come modificato dalla legge n.15 del 2005, secondo cui “ la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritaria, agisce secondo le norma di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente”, aggiungendo subito dopo tuttavia che “i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1”.

La norma dà voce al ricordato principio in tema di generale capacità negoziale della pubblica amministrazione e della soggezione dell'attività paritetica alle normali regole del diritto comune, di cui è esemplificativa l'esclusione del recesso unilaterale della P.A. dai contratti in assenza di previsione

di legge o contrattuale specifica: nuovo art.21 *sexies*. Da qui il via dei moduli operativi e l'abbandono di logiche di privilegio del diritto privato della P.A. di cui vi è traccia nella norma in parola.

Secondo alcuni parte della norma sottintende anche una sorta di preferenza per il diritto privato dove lo strumento paritetico, anche in omaggio al principio di sussidiarietà, possa in modo altrettanto efficiente ma meno invasivo soddisfare l'interesse pubblico. L'attività contrattuale è dunque, disciplinata in primo luogo dal diritto privato, oltre che ad essere sottoposta a regole di diritto amministrativo.

Ma il contratto si differenzia nettamente dall'accordo, poiché in tale ipotesi è irrilevante ai fini della validità del contratto la variazione del pubblico interesse. Questa irrilevanza dell'interesse pubblico è invece presente nel procedimento che segna la formazione della volontà dell'amministrazione. L'espressione evidenza pubblica, utilizzata per descrivere il procedimento amministrativo che accompagna la conclusione dei contratti della pubblica amministrazione, indica il fatto che questa fase deve svolgersi in modo da esternare l'iter seguito dall'amministrazione, anche al fine di consentirne il sindacato alla luce del criterio della cura dell'interesse pubblico.



Tale procedura è caratterizzata dalla presenza di atti amministrativi mediante i quali l'amministrazione rende note le ragioni di pubblico interesse che giustificano in particolare l'intenzione del contraente, la scelta della controparte e la formazione del consenso.

La normativa interna di evidenza pubblica risale addirittura agli ordinamenti preunitari, allo Stato unitario dell'ottocento e trova una conferma nella legge di contabilità di Stato del '23 e nel regolamento di contabilità di Stato del '24. La normativa sull'evidenza pubblica aveva una chiara finalità evincibile dall'inserimento della stessa nell'ambito della disciplina dei conti pubblici, di tutelare l'interesse dell'amministrazione al conseguimento della miscela ottimale tra qualità ed economicità. Era cioè tutta diretta ad imporre una procedura pubblicistica capace di assicurare alla Amministrazione stessa il conseguimento della migliore prestazione alle condizioni economicamente più favorevoli. L'evidenza pubblica nazionale non è allora diretta alla tutela dei potenziali contraenti a partecipare ad una procedura che consenta loro di giocare le proprie *chances* competitive e le proprie possibilità di teorico successo, ma è tutta, invece, proiettata verso l'interesse della Pubblica Amministrazione.

Ma se la procedura serve solo alla tutela dell'interesse della P.A., i vizi dell'evidenza erano civilisticamente riqualificabili come vizi del procedimento di formazione della volontà del contraente pubblico. La caducazione della procedura di evidenza portava come risultato non la nullità né l'eliminazione automatica del contratto nelle more stipulato, ma solo la annullabilità del contratto azionabile in sede civilistica esclusivamente dalla P.A. le cose cambiano quando si passa all'evidenza pubblica comunitaria.

Cambia di netto la filosofia delle regole di evidenza pubblica, e con essa le finalità perseguite dalle norme di evidenza pubblica che si occupano, diversamente della disciplina nazionale, solo del momento della scelta del contraente. Si deve osservare, innanzi tutto che, la disciplina dettata dalle direttive in materia di appalti, costituisce attuazione, oltre che delle norme del Trattato che sanciscono la libertà di circolazione delle merci, lavoratori, servizi, capitali ed i diritti di stabilimento (artt.28 ss., 39 ss., 43 ss., 49 ss.,56 ss.9 delle norme dettate dagli artt.81 e ss. In tema di tutela e di valorizzazione della concorrenza tra le imprese dei paesi della Comunità Europea nell'ambito di un mercato unico ed economico, comprensivo di un mercato unico degli appalti. Con tale normativa si vuole allora consentire a tutte la imprese della Comunità Europea di poter avere

secondo il principio di “*par condicio*” una chance concorrenziale di partecipazione e di procedura di gara e di stipulazione del relativo contratto.

E’ quindi evidente come le norme sulla concorrenza, in generale e in Particolare in questo settore, sono norme strumentali nella misura in cui garantiscono un effetto utile alle norme sulla libertà di stabilimento; più precisamente si può dire che le norme sulla concorrenza, infatti concorrere significa letteralmente dal latino correre insieme a parità di condizioni verso un tipo di risultato, servono a dare sostanza a due principi fondamentali del Trattato, che sono la libertà di circolazione dei servizi, quindi la libertà di un imprenditore o di un professionista di svolgere l’attività di impresa e professionale anche fuori del proprio ambito territoriale; nonché la libertà di stabilimento, che si differenzia dalla prima nella misura in cui comporta il radicamento di una organizzazione stabile. le libertà di stabilimento e di circolazione sarebbero quindi delle libertà puramente virtuali se i concreto il soggetto, che ha la teorica libertà di agire al di fuori del proprio ambito territoriale e la teorica libertà di stabilire delle sedi al di fuori del proprio territorio nazionale, fosse impedito nello svolgimento delle proprie attività in quanto discriminato per effetto della propria nazionalità da certe opportunità economiche come la partecipazione a procedure di appalto. libertà di

stabilirsi e libertà di prestare l'attività professionale nell'ambito di altri Stati significa diritto a non essere discriminati una volta che si decida l'esercizio di questa libertà per motivi legati alla propria nazionalità e alla propria residenza. La concorrenza nel settore degli appalti<sup>31</sup> e nell'ambito di essa la trasparenza e la *par condicio* viene tutelata obbligando l'Amministrazione ad una procedura caratterizzata dalla pubblicità e dall'obbligo di valutazione comparativa di tutte le offerte che vengono ad essere presentate.

La tutela della concorrenza nel settore degli appalti viene allora assicurata in modo ben diversa da come la concorrenza nel settore degli appalti viene tutelata, non già obbligando a procedure di evidenza, ma impedendo forme restrittive della concorrenza e condotte abusive cristallizzate dalla legge n.287 /1990 in attuazione del Trattato.

La ragione di questa necessità risiede nella considerazione che, siccome l'amministrazione non agisce per fini di lucro e non è naturalmente portata a privilegiare nelle proprie scelte contrattuali i criteri di efficienza, di convenienza e quindi, di effettiva competitività, vi è il rischio che l'amministrazione, se libera di agire, scelga il contraente ma in base a parametri funzionali rispetto alla

---

<sup>31</sup> Va precisato che i contratti della pubblica amministrazione sono quasi tutti appalti.

concorrenza, quali la nazionalità, il rapporto politico, la vicinanza clientelare. Con l'evidenza comunitaria l'Amministrazione viene però costretta a fare ciò che altrimenti non farebbe naturalmente, ossia premiare l'imprenditore più competitivo e quindi logiche di mercato. E ciò sulla base di una procedura nella quale tutti gli imprenditori ed operatori abbiano la possibilità di formulare l'offerta e di vedersela valutata comparativamente alla stregua di regole il più possibile chiare ed oggettive che devono essere fissate nell'ambito del bando di gara. Tutto ciò è necessario per quegli operatori che agendo per scopo di lucro, criteri di convenienza, premiano naturalmente il mercato, scegliendo l'interlocutore più competitivo e capace. Da quanto detto ricaviamo che le norme sugli appalti sono norme che tutelano la concorrenza e le libertà comunitarie; esse allora tutelano il mercato e con esso, i diritti degli operatori di mercato nei settori interessati dalla procedura e i diritti a partecipare e a giocare le proprie chance competitive in una procedura che segua regole trasparenti, compatibili con il corretto funzionamento del mercato.

## **2. La rinegoziazione nella giurisprudenza amministrativa.**

Identificato il terreno su cui si muove la disciplina dei contratti della pubblica amministrazione, occorre adesso analizzare l'orientamento che la giurisprudenza amministrativa ha assunto negli ultimi anni in merito alla procedura rinegoziativa nell'ambito dei contratti ad evidenza pubblica<sup>32</sup>. I giudici amministrativi, lungi dall'aver assunto delle interpretazioni unanime con riguardo all'utilizzo dello strumento della rinegoziazione, hanno dato vita ad una serie di indirizzi giurisprudenziali che seguono inevitabilmente esiti e soluzioni diverse. L'impostazione giurisprudenziale dominante ha sposato una tesi molto rigorosa, assumendo un atteggiamento assai restrittivo con riguardo alla rinegoziazione. Secondo questo indirizzo la natura inderogabile e imperativa delle norme riguardanti l'evidenza pubblica non lascia all'amministrazione sia prima che dopo l'aggiudicazione spiragli di luce a modificazioni delle condizioni di affidamento di un servizio o di una fornitura o della realizzazione di un'opera. Secondo una tale impostazione, infatti qualunque modifica del contratto dovrebbe seguire la medesima procedura che ha condotto alla conclusione di esso e cioè quella

---

<sup>32</sup> Consiglio di Stato, sez.V, 13 novembre 2002, n.6281, in *Gior. dir.amm.*, 2003, p.53, con nota di B.Marchetti, *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica*; Consiglio di Stato, sez.V, 18 gennaio 2006, n.126, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2006; Tar Lazio Roma, sez. 1 bis, 11 luglio 2006, n.5766, *ivi*; Tar Lazio Roma, sez.II ter, sentenza 20 aprile 2006, n.2883, *ivi*; Tar Lazio Roma, sez.1 bis, sent.14 febbraio 2005, n.1467, *ivi*, 2005

dell'evidenza pubblica. Bisogna seguire i medesimi procedimenti che hanno portato la P.A. ad esprimere la propria volontà, se non si vogliono eludere i principi della concorrenza che impongono la rigida osservanza della procedura stessa. Da tale indirizzo sfocia l'inevitabile conclusione che l'ente pubblico non possiede per la presenza di tali limiti, la capacità di diritto privato di rinegoziare le condizioni contrattuali pattuite. La conseguenza di ciò è la nullità che verrebbe a colpire l'assetto di interessi conferito senza la prescritta osservanza delle regole dell'evidenza pubblica. Una diversa conclusione porterebbe a ritenere ammissibile una serie indeterminata di richieste di modifica delle condizioni stesse da parte di aggiudicatari che sarebbero indotti a mantenere le offerte al minimo al momento della prestazione per conseguire l'aggiudicazione, per poi recuperare le condizioni più favorevoli nel corso dell'esecuzione del contratto, negoziando modifiche vantaggiose quanto al prezzo e al contenuto della prestazione ovvero le modalità di esecuzione della prestazione stessa.<sup>33</sup>

Ad eguali conclusioni è possibile addivenire anche nell'ipotesi in cui la revisione si risolva in un concreto vantaggio per l'amministrazione. Quest'ultima pertanto non avrebbe altra possibilità che annullare la procedura concorsuale che

---

<sup>33</sup> Consiglio di Stato, sez.V, 13 novembre 2002, n.6281, cit.

aveva espletato per l'aggiudicazione, i ipotesi troppo onerose per l'amministrazione stessa, considerando l'interesse pubblico ad equilibrata gestione delle risorse disponibili come prevalente sulla necessità di avere immediatamente a disposizione il servizio o il bene richiesto, o di provvedere all'aggiudicazione o di proseguire nell'esecuzione del rapporto nel rispetto degli identici termini pattuiti. A questa impostazione chiaramente di chiusura nei confronti della possibilità di rinegoziare da parte della P.A., bisogna sottolineare che la Commissione speciale del Consiglio di Stato, pronunciandosi in ordine alla legittimità della prassi seguita dalle amministrazioni aggiudicatrici di richiedere la disponibilità di concedere una riduzione del prezzo concordato, con il parere del 12 ottobre 2001, ha reso noto la sue osservazioni in tema di rinegoziazione, osservando che la rinegoziazione dell'offerta può indurre l'impresa aggiudicataria a recuperare lo sconto concesso fornendo un servizio o un prodotto di qualità inferiore, a quella concordata in contrasto anche con la ratio della disciplina legislativa in materia di controllo del fenomeno delle offerte basse in misura anomale.<sup>34</sup> La Commissione ha inoltre sottolineato che la modificazione dell'offerta dopo l'aggiudicazione determinerebbe una indebita trasformazione di

---

<sup>34</sup> Consiglio di Stato, sez.V, 18 gennaio 2006, n.126, cit.



una procedura aperta o chiusa in una negoziata, in violazione dei limiti posti dal legislatore europeo all'applicazione di tale ultimo modulo procedurale.

Questa posizione alquanto restrittiva della giurisprudenza amministrativa viene affiancata da un altro indirizzo giurisprudenziale che assumerebbe, invece, un atteggiamento più permissivo, in presenza di una procedura negoziale procedimentalizzata con previa pubblicazione del bando di gara. (art.56 dlgs n. 163 del 2006). In tale caso, infatti, si è di fronte ad una procedura composta da una prima fase di gara che è pubblica, e da una seconda fase di negoziazione diretta. Nell'espletamento della prima fase sarebbero rispettate le regole della concorrenza con conseguente possibilità di procedere successivamente, senza ledere il principio della *par condicio* tra i contraenti, alla rinegoziazione con la impresa risultata la migliore offerente. E in relazione alla possibile violazione delle regole in materia di offerte anomale che anche le offerte che maturano in sede di rinegoziazione sono suscettibili di un controllo di affidabilità e plausibilità analogo a quello disciplinato dalle norme in materia di anomalia. E' da segnalare poi, un orientamento intermedio ai due precedenti in tema di rinegoziazione delle condizioni contrattuali nelle ipotesi in cui tali revisioni siano conseguenze di fattori sopravvenuti esterni alle parti che vanno ad incidere sull'assetto deciso

dalle parti. In questi casi la condizione *sine qua non* per l'eventuale rinegoziazione nel corso dell'esecuzione del contratto è la preventiva indicazione di una tale eventualità nel bando di gara ovvero nella lettera di invito. nota. secondo la giurisprudenza amministrativa in ipotesi di tal fatta non verrebbero ad essere violate le regole della concorrenza in quanto tutti i concorrenti si sarebbero trovati nella medesima condizione, qualora, ove fossero risultati aggiudicatari, si fosse verificata la sopravvenienza modificatrice delle condizioni contrattuali originariamente stabilite. Tuttavia seguendo tale indirizzo giurisprudenziale non appare chiaro se la possibilità della rinegoziazione contrattuale debba essere comunque espressamente prevista dal contratto ovvero se sia sufficiente la sola prescrizione inclusa nel bando di gara o nella lettera di invito.

### **3.Rinegoziazione ed evidenza pubblica.**

Come si può notare gli orientamenti giurisprudenziali in tema di rinegoziazione sono sostanzialmente tre.

Tra uno più rigoroso ed uno più permissivo esiste un indirizzo intermedio per il quale nelle ipotesi in cui tali revisioni siano conseguenze di fattori sopravvenuti esterni alle parti che vanno ad incidere sull'assetto deciso dalle parti,

è possibile l'eventuale rinegoziazione nel corso dell'esecuzione del contratto, purchè vi sia la preventiva indicazione di una tale eventualità nel bando di gara ovvero nella lettera di invito. Secondo tale indirizzo in questi casi non verrebbero ad essere violate le regole della concorrenza in quanto tutti i concorrenti si sarebbero trovati nella medesima condizione, qualora, ove fossero risultati aggiudicatari, si fosse verificata la sopravvenienza modificatrice delle condizioni contrattuali originariamente stabilite. L'orientamento giurisprudenziale più rigoroso esclude in via generale l'ammissibilità della rinegoziazione delle condizioni contrattuali sulla base di un presupposto ben preciso. La possibilità che sia durante l'espletamento della gara che successivamente al momento dell'aggiudicazione, la pubblica amministrazione possa accordarsi con il privato per la modificazione delle condizioni stabilite originariamente al momento dell'indizione della gara, è esclusa a priori da questo orientamento. Se, infatti, la modifica interviene prima del momento dell'aggiudicazione e della stipulazione non potrà parlarsi di vera e propria rinegoziazione.

Come si è ampiamente fatto notare, la rinegoziazione è uno strumento per la gestione del rischio nell'ambito dei contratti di durata, nella fase di esecuzione del contratto e non nella fase di formazione della volontà delle parti. Secondo una

parte della dottrina<sup>35</sup> la rinegoziazione può addirittura intervenire prima della fase dell'aggiudicazione, con la conseguenza che la volontà delle parti formatosi prima della stipula definitiva del contratto debba restare sottoposta non all'accordo e alle condizioni della rinegoziazione ma alla normativa che regola il procedimento stesso.

Tuttavia come suggerisce il significato della parola ri-negoziazione, questo tipo di revisione negoziale interviene su un assetto di interessi già perfetto, cioè su clausole negoziali già pienamente operanti. Ma se così è, nel caso in cui tale rinegoziazione incide sulle condizioni non del contratto ma sulle condizioni della gara occorrerà verificare se tale rinegoziazione possa esplicarsi nel rispetto delle norme che disciplinano la procedura di evidenza pubblica, non solo, ma anche con i principi di concorrenza, trasparenza ed imparzialità che informano la procedura dell'evidenza pubblica. Qualora si propendesse per l'effettiva esistenza di un contrasto di tal fatta, allora l'accordo raggiunto potrebbe essere tacciato di nullità non tanto e non solo per violazione delle norme in tema di rinegoziazione ma per contrasto con la disciplina dell'evidenza pubblica. Secondo una tale impostazione non troverebbe spazio una rinegoziazione prima del perfezionamento del vincolo

---

<sup>35</sup> G. Palleggiano, *La rinegoziazione nei contratti di evidenza pubblica*, 2006.

negoziale. Discorso diverso, invece, quando l'accordo modificativo interviene nella fase dell'esecuzione del contratto. In tale caso potrà esserci spazio per la procedura rinegoziativa in seguito al verificarsi di un evento sopravvenuto idoneo ad incidere in maniera significativa sul contenuto delle clausole negoziali originariamente pattuite. Tra queste varie posizioni emerge, sia pure timidamente, una voce che ammetterebbe la rinegoziazione anche nell'ambito di quegli accordi tra P.A. e privato in assenza di una specifica sopravvenienza contrattuale.<sup>36</sup>

#### **4. Sopravvenienze e tutela della concorrenza.**

Alla luce di quanto detto sin qui, è evidente che l'orientamento giurisprudenziale che ritiene ammissibile la rinegoziazione in presenza di sopravvenienze durante l'esecuzione del contratto è destinato in futuro ad avere ampio seguito. Per cui ripetute taluni condizioni e presupposti, la rinegoziazione potrà considerarsi come una legittima revisione negoziale effettuata nella fase esecutiva. Il pericolo naturalmente riguarda l'assunto che la rinegoziazione potrebbe trasformarsi in uno

---

<sup>36</sup> Anche questi casi dovrebbero essere risolti alla stregua delle discipline generali di disciplina di esecuzione dei contratti di evidenza pubblica e valutare se le modificazioni concordate violino o meno le regole della concorrenza, senza che ciò possa implicare un giudizio negativo sull'istituto della rinegoziazione nel suo complesso. Anche in assenza di evento sopravvenuto si potrebbe parlare di rinegoziazione, purchè si abbia la consapevolezza, che ci muoviamo fuori dai confini del fenomeno fin qui illustrato e che pertanto l'espressione impiegata avrebbe una valenza solo descrittiva. La mancanza di sopravvenienze giuridicamente rilevanti renderebbe invalido l'accordo raggiunto tra le parti nella fase di esecuzione del rapporto contrattuale se ed in quanto lo stesso si risolve nella violazione delle regole della concorrenza.

strumento elusivo delle regole della concorrenza. Ma quand'è che il principio della concorrenza e dunque la regola della parità di trattamento può dirsi rispettata in presenza di una procedura rinegoziativa?

In primo luogo l'accordo raggiunto dalle parti deve rispettare la scadenza originaria, in linea con la natura di negozio di secondo grado avente efficacia modificativa e non novativa dell'originario contratto stipulato. La previsione di un differimento temporale oltre la naturale scadenza inizialmente pattuita si potrebbe risolvere in una violazione delle regole della concorrenza, ameno che non si tratti di prorogare il termine finale proprio allo scopo di ripristinare l'equilibrio economico giuridico esistente. In secondo luogo deve essere rispettato tale equilibrio.

Se l'autonomia negoziale potesse spingersi fino a determinare un'alterazione sostanziale dell'assetto di interessi programmato dalle parti è evidente che l'accordo modificativo potrebbe di fatto celare un nuovo contratto con conseguente violazione dei principi concorrenziali. L'accordo di rinegoziazione deve perseguire il solo scopo di ripristinare l'equilibrio negoziale che è andato perduto a seguito del verificarsi della sopravvenienza. Solo così nessuno potrà lamentarsi del fatto che il contratto concluso abbia offerto nuove

possibilità all'impresa aggiudicataria che non sia stato oggetto di procedura concorsuale.

La ratio della rinegoziazione deve essere quello di garantire l'equilibrio contrattuale come stabilito in origine, garantendo al privato una prosecuzione del rapporto contrattuale conformi alle originarie pattuizioni e assicurando alla P.A. la possibilità di continuare ad acquisire quelle utilità senza dover sciogliere necessariamente il vincolo contrattuale, con conseguente interruzione delle prestazioni ed esborso relativamente alle spese di indizione di una nuova procedura di gara.

Ma perché queste condizioni siano rispettate è necessario: a) una specifica prescrizione contrattuale che sancisca espressamente nel contratto la clausola di rinegoziazione, che contenga, sia essa generica o specifica, la previsione secondo cui se sopraggiunga un evento in grado di alterare l'assetto negoziale programmato le parti hanno l'obbligo di modificare il contenuto del contratto rispettando l'equilibrio economico giuridico stabilito al momento della stipula del contratto stesso; b) se l'obbligo dell'espletamento della procedura rinegoziativa

non discenda da una volontà negoziale ma dal dovere di buona fede<sup>37</sup>, il contenuto della correttezza garantisce il rispetto della condizione posta. Infatti, in presenza di una lacuna contrattuale, il contenuto dell'obbligo di correttezza si determina alla luce dei valori esterni ed interni all'assetto negoziale, con conseguente necessità di osservare la ripartizione dei rischi definita al momento della conclusione del contratto; c) qualora la P.A. e il privato dovessero prevedere una clausola che definisca le regole di distribuzione dei rischi in maniera non conforme al canone dell'equilibrio economico giuridico definito al momento della stipulazione del contratto, si potrebbe ritenere che la clausola sia nulla per violazione del principio di buona fede, attribuendo ad esso una funzione integratrice cogente. Se invece, non si condivide tale assunto, la mancata riproposizione dell'assetto degli interessi inizialmente pattuito potrebbe far nascere una presunzione di invalidità della clausola negoziale perché la rinegoziazione andrebbe a celare un accordo del tutto nuovo.

Da questo quadro emerge chiaramente che per la giurisprudenza amministrativa condizione di validità del negozio di rinegoziazione è la previa indicazione della

---

<sup>37</sup> Le parti potrebbero prevedere anche una clausola di recesso, con attribuzione ad una o entrambi i contraenti del dovere di scioglimento del vincolo negoziale in presenza di un evento sopravvenuto. E' noto che il potere di recesso è stato espressamente codificato dall'art.21 sexies della legge 241/90, introdotto dalla legge 15 del 2005: " il recesso unilaterale dei contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto".



possibilità di revisione nel bando di gara o nella lettera di invito. Un atteggiamento molto garantista questo dell'orientamento maggioritario della giurisprudenza volto a conferire all'azione amministrativa la maggiore trasparenza possibile, che non ritiene che le sopravvenienze nel corso del contratto possano giustificare una legittima revisione delle condizioni pattuite. Probabilmente però la rinegoziazione trova spazio, sempre a favore della P.A., quando nonostante la mancata previsione è rispettato l'equilibrio economico giuridico originario.

#### **5. Giurisdizione e profili di tutela.**

Anche nel caso in cui una delle parti sia una pubblica amministrazione, bisogna chiedersi quali siano i possibili profili di tutela qualora rimanga inadempito l'obbligo di rinegoziazione. Ma ancor prima di affrontare tale problematica, preliminarmente va chiarito in che ambito di giurisdizione ci troviamo. Più volte il Consiglio di Stato<sup>38</sup> in tema di rinegoziazione ha potuto chiarire che le controversie sulla legittimità della rinegoziazione delle condizioni dei contratti stipulati in esito a procedure di selezione pubblica, appartengono alla giurisdizione esclusiva, perché appartenenti alla verifica della regolarità

---

<sup>38</sup>V. sent. Consiglio di Stato, sez.V, n. 4167 del 14 luglio 2003

dell'aggiudicazione e non alla fase esecutiva del rapporto. Ancora il Supremo Consesso puntualizza che sono invalidi per difetto di capacità di agire della P.A., gli accordi con il contraente privato che contemplino diritti ed obblighi diversi da quelli sanciti con l'aggiudicazione e con la stipula del contratto. Infatti con la cristallizzazione negli atti di gara delle condizioni del contratto e con la conseguente e coerente conclusione dell'accordo con l'impresa selezionata, l'Ente precedente perde la disponibilità del contenuto del rapporto contrattuale già istaurato, che resta inderogabilmente regolato dallo schema approvato con l'indizione della gara, e quindi la capacità di convenire con la controparte condizioni diverse da quelle conosciute dai partecipanti al confronto concorrenziale, con conseguente invalidità degli accordi di tal fatta.

Per quanto concerne gli strumenti di tutela esperibili è innegabile che questo settore dei contratti non risenta pienamente delle influenze civilistiche. Ma quand'è che è possibile invocare tutela a fronte di un inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione? In presenza di inadempimento dell'obbligo che impone alle parti di iniziare a svolgere le trattative nonché a concludere un accordo di secondo grado volto alla modificazione del contenuto delle condizioni inizialmente pattuite l'inadempimento si profila quando una delle parti o si rifiuta di condurre le

trattative o le conduce in maniera maliziosa, cioè ha assunto solo apparentemente la posizione di volontà di rinegoziazione ma in realtà non ha intenzioni di modificare i patti originari.

Poiché il contenuto della clausola non è tipizzato, potendo essere predeterminato in ordine a tipologia della sopravvenienza o in ordine ai parametri e ai valori che devono essere osservati dalle parti nel corso del procedimento di rinegoziazione oppure essere una clausola non predeterminata ma generica in ordine a contenuto e procedimento, la tutela potrà concretarsi in un intervento del giudice ex art. 2932 c.c. che dopo aver constatato l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione, potrebbe emanare una sentenza determinativa del contenuto del contratto che tenga conto dell'evento sopravvenuto, offrendo così una tutela in forma specifica.

Qualcuno paventa in tal caso una compressione inaccettabile dell'autonomia delle parti e anche della P.A. Ma tale compressione potrebbe non esserci quando le parti abbiano determinato preventivamente il contenuto della clausola. La perplessità in merito ai profili di tutela che possono essere offerte alla parte non inadempiente sono molte come per la questione di un ampio margine di discrezionalità che disporrebbe il giudice soprattutto nel caso in cui si tratta di una

clausola generica in ordine al contenuto e al procedimento di rinegoziazione. Inoltre l'ottenimento di una sentenza costitutiva del contratto modificato non garantisce che la controparte adempirà alle nuove condizioni contrattuali ma almeno consente per il caso che rifiuti di adempierle di commisurare su di esse il danno risarcibile. Nel caso poi, in cui non sia possibile richiedere la tutela in forma specifica l'unico rimedio azionabile è quello della risoluzione del contratto.

## BIBLIOGRAFIA RAGIONATA

La presente bibliografia va oltre gli autori indicati nel testo e vuole costituire un percorso per quei lettori e studiosi che volessero approfondire le varie tematiche oggetto del presente lavoro.

### **1. La conservazione dell'equilibrio contrattuale, il ruolo del tempo nel contratto, e la clausola di rinegoziazione.**

Nell'ambito di questa sezione bibliografica vengono indicati i punti di riferimento che possono consentire una lettura critica del percorso compiuto dalla rinegoziazione delle clausole contrattuali verso la cd istituzionalizzazione. Molti contratti impegnano il futuro. Il futuro non è mai uguale al presente. Nei contratti la cui esecuzione si protrae nel tempo che rilevanza hanno la vicende perturbative non previste dalle parti che interferiscono con l'operazione programmata incidendo sull'equilibrio del contratto o sulla perseguibilità degli interessi dedotti?

ALPA G., *Prime note di raffronto tra i principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, in *Riv.dir.civ.*, 1996, p.316 e ss.

AMBROSOLI M., *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002.

BESSONE M., D'ANGELO A., (voce) *Presupposizione*, in *Enc.dir.*, XXXV, Milano 1986, p.348.

BIANCA C.M., *Diritto civile, Il contratto*, 3, Milano, 1984.

CASTRONOVO C., *I principi di diritto europeo dei contratti e l'idea del codice*, in *Riv.dir. comm.*, 1995, p.21.

- CASTRONOVO C., *Il diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, 1998, p.1018.
- DE NOVA G., *I Principi Unidroit come guida nella stipula dei contratti internazionali*, in *Contratti*, 1995, p.1995, p.5.
- DI MAJO A., *I principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1996, 1, p.287 e ss.
- DI MAJO, *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto. Incontro di studio del C.S.M., 22-24 aprile 2002*, in *Lexfor – Diritto e formazione, rivista giuridica on line*.
- CARINGELLA F., *Studi di diritto civile*, II tomo, Milano 2005.
- CESARO V.M., *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000.
- CLERICO G., *Minaccia di inadempienza contrattuale, rinegoziazione e forme di risarcimento*, in *Riv. crit. di dir. priv.*, 2004, p.279.
- FERRARA F., *I Principi per i contratti commerciali internazionali dell'Unidroit ed il loro ambito di applicazione*, ivi, 1996, p.300 e ss.;
- FRIGNANI A., *Factoring, leasing, franchising, venture capital, leveraged buy-out, hardship clause, countertrade, cash and carry merchandising, know how, securitization*, Torino, 1996.
- GALLETTO T., (voce) *Clausola rebus sic stantibus*, in *Dig.disc.priv. Sez.civ.*, II Torino, 1988, p.389.

GALLO M., *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992.

GALLO M., voce *Revisione del contratto*, in dig.disc.priv., sez. civ., XVII, Torino, 1998, p. 431 ss.

GALLO P., *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano 1992.

GENTILINI A., *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2003, p.70.

GORNI A., *Le clausole di rinegoziazione*, in AAVV, *Il conflitto del Golfo e i contratti di impresa. Esecuzione, adattamento e risoluzione, in uno scenario di crisi, quaderni per l'arbitrato e per i contratti internazionali*, Milano, 1992, p.37.

LOPILATO V., *Questioni attuali sul contratto*, Milano, 2004.

F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

MACCARIO F., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti:dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in Riv.dir.civ., 2002, 63 ss.

SCALERA A., *La revisione del contratto con particolare riferimento alle cosiddette clausole di rinegoziazione*, in *Diritto e Formazione*, n.6/2003, 954.

SICCHIERO C., *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*,2002, 774 ss

SICCHIERO G., *Studi preliminari sulla clausola del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1999, p.1199.

SCHLESINGER S., *Poteri unilaterali di modificazione del rapporto contrattuale*, in *Giur.comm.* 1992, I, 18 e ss.

TIMOTEO M., *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1998, 2, 619.

TRAISCI F.P., *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil law e common law*, Napoli, 2003, p.34 e ss.

## **2. Gli accordi pubblicistici: disciplina sostanziale e processuale.**

Il percorso bibliografico consente di riflettere sul percorso compiuto dalla pubblica amministrazione con riguardo all'esercizio consensuale della potestà amministrativa.

Il provvedimento amministrativo, dunque, era, di regola, lo strumento dell'agire amministrativo; l'accordo fra privato e pubblica amministrazione, era uno strumento eccezionale. Le riforme che negli anni '90 hanno interessato la pubblica amministrazione e, in particolare, la legge generale sul procedimento amministrativo (L. 241/90), attribuiscono alla pubblica amministrazione la facoltà di concludere con il privato, in via alternativa, accordi endoprocedimentali, e, nei casi previsti dalla legge, accordi sostitutivi di provvedimento. Ciò consente, attualmente, di superare il problema dell'ammissibilità degli accordi fra pubblica amministrazione e privati.

La scarsa previsione contenuta nell'art. 11 della L. 241 del 1990 ripropone, però, il problema della qualificazione giuridica di tali accordi e dei principi e norme ad essi applicabili. Ampio dibattito dottrinario si apre, quindi, fra coloro i quali, pur ritenendo ammissibile l'accordo fra pubblica amministrazione e privato, ne



definiscono tuttavia in maniera differente la natura giuridica. Di recente, si rinviene, in parte della dottrina, un orientamento che si può definire “panprivatistico”, al quale si contrappongono posizioni “pubblicistiche”.

Le recenti riforme del processo amministrativo, infine, non paiono risolvere in modo esaustivo alcuni nodi problematici in relazione all’effettività della tutela giurisdizionale della parte privata dell’accordo e del terzo nei confronti del quale, per espressa previsione dell’art. 11 della L. n. 241/90, la conclusione dell’accordo «non deve arrecare pregiudizio». Il presente percorso bibliografico inoltre, mette in luce gli aspetti del dovere di rinegoziazione applicato agli accordi amministrativi e al rapporto tra rinegoziazione e recesso.

AMIRANTE C., *La contrattualizzazione dell’azione amministrativa*, Torino, 1993, p. 87 ss.

AICARDI N., *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1997, p. 1 ss.

ARGENIO C., *L’accordo nell’azione amministrativa*, in *Cons. Stato*, 1992, p. 3499 ss.

AZZARITI G., *La prima scuola italiana di diritto pubblico, tra continuità e rotture*, in *Pol.Dir.*, 1997, p. 55.

BARBAGALLO G., *Il nuovo riparto di giurisdizione: una scelta coerente*, in *Corr. Giur.*, 1998, p. 1471 ss.

BASSI F., *Autorità e consenso*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1992, p. 749 ss.

BENVENUTI F., *Nuovi indirizzi nel processo amministrativo*, in *Dir. Econ.*, 1998, p. 523 ss.

BENEDETTI G., *L'accordo procedimentale tra autorità e libertà*, in *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, a cura di Barbagallo, Follieri, Vettori, Napoli, 1995, p.83 ss.

BERTONAZZI L. , *In tema di giurisdizione esclusiva*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2000, p. 929 ss.

BERTI G., *Dall'unilateralità alla consensualità nell'azione amministrativa*, in A.A.V.V.; *L'accordo nell'azione amministrativa*, *Quaderni Formez*, 1998, p. 27 ss.

BIANCA C.M., *Diritto civile, Il contratto*, 3, Milano, 1984.

BRUTI LIBERATI E., *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996.

CANGELLI M., *Potere discrezionale e fattispecie consensuale*, Milano 2004.

CANIGGIA M., *Accordo bonario e modelli procedimentali*, Legge "241/90, in *L'Amm. It.*, 1998, p. 1428 ss..

CAVALLO B., *Il procedimento amministrativo e attività patrizia*, in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2000, p. 119 ss.

CERULLI IRELLI V., *Qualche riflessione su "accordi" e "contratti di diritto pubblico"* in *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione e la disciplina*

*generale del contratto*, A cura di Barbagallo, Follieri, Vettori ( a cura di), Napoli, 1995, p. 77 ss.

COMOGLIO L., *Valori etici e ideologie del giusto processo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1998, p. 887 ss.

D'AURIA G., *Autorità e contratto nell'amministrazione italiana oggi*, in *Pol. Dir.*, 1998, p. 201 ss.

DE ROBERTO A., *La legge sul procedimento amministrativo: ambito di operatività e contenuto della nuova disciplina*, in *Procedimento amministrativo e diritto di accesso*, a cura di Cavallo ( a cura di), Napoli, 1993, p. 25 ss.

FALCON G., *Convenzioni e accordi amministrativi*, in *Enc. Giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, p.1 ss.

FERRARA R., *La pubblica amministrazione tra autorità e consenso: dalla specialità amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?*, in *Dir. Amm.*, 1997, p. 225 ss.

FRANCO I., *Il nuovo procedimento amministrativo*, Bologna, 1995.

FRANCO I., *Strumenti nuovi di tutela: accordi procedurali e tempi del procedimento*, in *Strumenti di tutela del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Padova, 1999.

GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, p. 248.

IMMORDINO M., *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. Amm.*, 1997, p. 103 ss.

LEDDA F., *Appunti per uno studio sugli accordi preparatori di provvedimenti amministrativi*, in *Dir. Amm.*, 1996, p. 391 ss.

LEDDA F., *Dall'autorità al consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro Amm.*, 1997, I, p. 1273 ss.

MACCARIO F., *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, in *Appalto pubblico e privato, Problemi e giurisprudenza attuali*, a cura di Iudica, Padova, 1997, p.135 e ss.

MANFREDI G., *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001.

PERICU G., *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, **A.A.V.V.**, *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2001, pp. 1697 ss..

PORTALURI P. L., *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998.

RALLO A., *Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi di provvedimenti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1993, p. 483 ss.

SCHLITZER E.F., *Accordi amministrativi e responsabilità*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, *Atti del Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1997.

SCOCA F. G., *Autorità e consenso tra legge e interesse pubblico*, relazione al XLVII Convegno di studi amministrativi "Autorità e consenso nell'attività amministrativa", Varenna (Lc), 20-22 settembre 2001.

SORDI B., *Pubblica amministrazione , negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. Amm.*, 1995, p. 483 ss.

SORICELLI G., *Premesse per un'analisi giuridica degli accordi amministrativi ex art.11, legge 7 agosto 1990 n.241*, in *Foro Amm.*, 2000, p. 1597 ss.

STELLA RICHTER P. , *Un "nuovo modo di amministrare": dall'autorità alla partecipazione*, in *Riv. Amm.*, 1998, p. 3 ss.

TRAVI A., *Nuovi fermenti del diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro It.*, 1997, n. 6, p. 168 ss.

VILLATA R. SALA G., *Il procedimento amministrativo*, in *Digesto Discipline pubblicistiche*, vol XI, Torino, 1996, p. 574 ss.

ZITO A., *Le pretese partecipative dei privati nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996.

### **3. I contratti della pubblica amministrazione**

Il percorso bibliografico è di seguito dedicato all'esame dei contratti della pubblica amministrazione. Segnatamente concerne le regole in punto di autonomia negoziale e di evidenza pubblica a cavallo tra diritto interno ed innovazioni comunitarie, tenendo presente la tendenziale generalizzazione dell'autonomia negoziale sancita dalla legge n. 15/2005 di riforma del procedimento amministrativo. In particolare poi, l'indagine bibliografica che segue vuole essere un punto di riferimento per quanti abbiano voglia di approfondire i risultati interpretativi cui è pervenuta la giurisprudenza amministrativa alla luce della nozione che identifica le clausole di rinegoziazione, nella loro origine storica tenendo conto anche delle elaborazioni maturate nel

settore civilistico. Tale percorso, inoltre vuole essere di ausilio per la verifica della reale portata applicativa delle regole della revisione contrattuale nel settore del diritto amministrativo ed in particolare nei contratti ad evidenza pubblica.

AMORTH A., *Osservazioni sui limiti delle attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1938.

ANGIULLI A., *Consenso e autorità nell'evidenza pubblica*, in *Dir. Amm.* 1998, 167.

BARETTONI A., voce *Obbligazioni pubbliche*, in *Enc. Dir.* XXIX, Milano 1989.

BUSCEMA S. – BUSCEMA A., *I contratti della pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, 1987.

CAGNASSO S., *Appalto pubblico e sopravvenienza contrattuale*, Milano 1979.

CARANTA R., *I contratti pubblici*, in F.SCOCA- F.A. ROVERSI MONACO- G.MORBIDELLI, ne *Il sistema di diritto amministrativo italiano*, Torino, 2004.

CASSETTA E., *Pubblico e privato nelle concessioni e nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Dir.economia* 1992, p. 275;

CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, quarta edizione aggiornata alle leggi 15/2005 e 80/2005, Milano, 2005.

CARINGELLA F., GARIFOLI R., *Giurisprudenza amministrativa 2005*, Giuffè ed.

- CARINGELLA F., *Studi di diritto civile*, Tomo II, 2005, Giuffrè ed.
- CAVALLO N., PIOGGIA A., ed altri, *Il procedimento amministrativo, tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2002 .
- CERULLI IRELLI V., *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del XLVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2002, p. 84;
- Corso G., *L'attività amministrativa*, Torino, 1999.
- CROSETTI A., *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, Torino, 1984.
- DE CAROLIS D., *Il recesso nei contratti*, in F.CARINGELLA- D.DE CAROLIS-G.DE MARZO, a cura di, *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi 15/2005 e 80/2005*, 2005, p.1259.
- DI MAJO A., *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, Milano, 2002.
- GALLI D., GUCCIONE C., *La Giurisprudenza sull'attività negoziale della pubblica amministrazione (dal 1 gennaio 1998 al 30 luglio 1999)* in *Giornale di Dir.Amm.* 2000.
- GAROFOLI R., ed altri, (a cura di), *Quaderni Diritto e formazione* n.1, n.2, n3, 2005.
- GIANI L., *Commento all'art.21 sexies*, in A. PAOLANTONIO, A. POLLICE, A. ZITO, (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione, saggi critici sulla legge 241/90 riformata dalle leggi 15/2005 e 80/2005*, Torino, 2005.

- GRECO G., *I contratti dell'amministrazione fra diritto pubblico e privato*, Milano 1986.
- GRECO G., *I contratti di evidenza pubblica*, in *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 200, p.158.
- LEDDA F., *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, Milano 1993.
- LOPILATO V., *Recesso e rinegoziazione e buona fede*, in R. CHIEPPA-V. LOPILATO V., *Studi di diritto amministrativo*, Milano 2006.
- MACCARIO F., *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, in *Appalto pubblico e privato, Problemi e giurisprudenza attuali*, a cura di Iudica, Padova, 1997, p.135 e ss.
- MARCHETTI B., *Atto di aggiudicazione e poter di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Gior. dir.amm.*, 2003, p.503.
- MARRA A., *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giurisdizione*, nota a Consiglio di Stato, sez.V, luglio 2003, n.4167, in *Dir.proc.amm.*, 2004, 1166.
- PALLIGGIANO G., *La rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2006.
- SEGRE' F., *Sulla clausola autorizzante la sospensione dell'esecuzione nei contratti di somministrazione ad una pubblica amministrazione*, in *Riv.dir.comm.*, 1920, II, p.216.



