

**IN TEMA DI RINEGOZIAZIONE DELLE CONCESSIONI PUBBLICHE.  
PROFILI GIUSCONTABILI NEL PRISMA DELLO SCHEMA DI CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI**

di *Andrea Giordano* (\*)

*Abstract:* Lo schema definitivo di codice dei contratti pubblici, elaborato dal Consiglio di Stato lo scorso 7 dicembre 2022, apre alla rinegoziazione delle concessioni pubbliche. Il tema, notevolmente dibattuto nella dottrina, merita particolare attenzione, sia alla luce dei recenti studi civilistici sulla rinegoziazione dei contratti, sia della, altrettanto recente, estensione *ex professo* (con il d.l. n. 76 del 2020) del principio di collaborazione e buona fede ai rapporti tra amministrazione e privati. Lo schema dà rinnovata linfa a tanto controversa materia, inducendo a una prima riflessione che, muovendo dai generali principi di diritto civile, vagli la piena compatibilità della rinegoziazione delle concessioni pubbliche con il diritto amministrativo-contabile.

*The final scheme for the Public Procurement Code (Dec. 7, 2022) allows the renegotiation of public concessions. The subject, which has been considerably debated in doctrine, deserves particular attention, both in light of recent private law studies on the renegotiation of contracts and of the extension – by virtue of Decree Law No. 76/2020 – of the principle of cooperation and good faith to relationships between public administration and private parties. The scheme gives new insights in relation to such a controversial subject, prompting a first analysis on the full compatibility of the renegotiation with the principles governing accounting law.*

**Sommario:** 1. *Introduzione.* – 2. *Il modello della rinegoziazione.* – 3. *Sulla compatibilità del modello con il regime della responsabilità amministrativo-contabile.* – 4. *Le frontiere della rinegoziazione alla luce dello schema di codice dei contratti pubblici.*

### 1. *Introduzione*

La rinegoziazione esprime l'essenza dell'autonomia privata (1).

Appare, in astratto, complesso applicare l'istituto, per sua natura malleabile, alla ieratica materia delle concessioni pubbliche.

Eppure, lo “Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78” (2) apre alla rinegoziazione di appalti e concessioni, configurando un vero e proprio diritto soggettivo a rinegoziare il contratto che sia divenuto eccessivamente oneroso (3); e, nel medesimo articolato, dopo un disposto di dettaglio inerente alla “Modifica di contratti durante il periodo di efficacia” (4), si rinviene una specifica disciplina sulla “Revisione del contratto di concessione” in presenza di sopravvenienze capaci di alterare, in modo rilevante, il sinallagma funzionale (5).

---

(\*) A. Giordano è magistrato della Corte dei conti.

(1) V., in merito, oltre ai testi citati nelle note successive, P. Gallo, *Revisione del contratto*, in *Digesto Sez. civ.*, vol. XVII, 431; F. Macario, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, t. II, 1026; R. Tommasini, voce *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XL, 104.

(2) Del 7 dicembre 2022, reperibile in <[www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)>. Il conseguente schema di decreto legislativo (Atto Governo n. 19) è stato, di recente, oggetto del documento Corte conti, Contributo scritto su atto di Governo n. 19, codice dei contratti pubblici, febbraio 2023.

(3) V. l'art. 9 del nuovo codice dei contratti pubblici: “1. Se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali. Gli oneri per la rinegoziazione sono riconosciuti all'esecutore a valere sulle somme a disposizione indicate nel quadro economico dell'intervento, alle voci imprevisi e accantonamenti e, se necessario, anche utilizzando le economie da ribasso d'asta. 2. Nell'ambito delle risorse individuate al comma 1, la rinegoziazione si limita al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento, quale risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione, senza alterarne la sostanza economica. 3. Se le circostanze sopravvenute di cui al comma 1 rendono la prestazione, in parte o temporaneamente, inutile o inutilizzabile per uno dei contraenti, questi ha diritto a una riduzione proporzionale del corrispettivo, secondo le regole dell'impossibilità parziale. 4. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono l'inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione, dandone pubblicità nel bando o nell'avviso di indizione della gara, specie quando il contratto risulta particolarmente esposto per la sua durata, per il contesto economico di riferimento o per altre circostanze al rischio delle interferenze da sopravvenienze. 5. In applicazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale si applicano prioritariamente le disposizioni di cui agli articoli 60 e 120”. Il testo del disposto si rinviene, con una coincidente formulazione, nel corrispondente precetto contenuto nell'Atto di governo n. 19, assegnato alle Commissioni Bilancio, Ambiente e Politiche dell'Unione europea di Camera e Senato ai fini dell'acquisizione del parere parlamentare.

(4) In termini, l'art. 189 dello schema di codice.

(5) V. l'art. 192 dello schema di codice.

Inediti orizzonti vengono, poi, dischiusi dalla recente giurisprudenza della Corte dei conti, che, con la decisione n. 7/2021 (6), ha ritenuto che lo stato di crisi economica e le perduranti difficoltà incontrate dagli esercizi commerciali possano giustificare la rinegoziazione dei contratti di locazione commerciale stipulati tra un comune e le imprese esercenti attività di ristorazione.

Quanto i principi solidaristici, che sottendono la revisione del contratto, possano incidere sull'assetto delle concessioni pubbliche è l'interrogativo da cui muove lo studio, orientato allo scopo di vagliare la compatibilità di istituti, astrattamente, afferenti a universi distinti.

## 2. Il modello della rinegoziazione

Il contratto ha forza di legge tra le parti.

Eppure, la fissità e staticità della formula, espressione tangibile del dogma della volontà, stride con i diuturni mutamenti della realtà fenomenica.

La necessità di conciliare la cosiddetta *sanctity of contract* con il principio di buona fede, già sottesa ai Pecl (7) e ai Principi Unidroit, è dapprima discesa dalla lata applicazione del canone di equità integrativa (art. 1374 c.c.) (8) – che, nei contratti di durata particolarmente lunga, avrebbe consentito di surrogare il dato obsoleto con quello aggiornato – o della clausola generale di buona fede (artt. 1366 e 1375 c.c.) (9).

L'emergenza pandemica ha rafforzato le istanze di solidarietà, compiutamente espresse dall'articolo 2 della Carta costituzionale.

Alla caducazione del contratto, che conseguirebbe all'attivazione del rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta *ex art. 1467 c.c.*, a quello della risoluzione per impossibilità sopravvenuta *ex art. 1463 c.c.* (10) o al recesso per gravi motivi di cui all'art. 27 della l. n. 392/1978 (11), si contrappone il ventaglio dei rimedi manutentivi, che traggono linfa dal citato art. 1375 c.c., letto ai lumi dell'art. 2 Cost., consentendo di preservare il contratto (12).

La logica della manutenzione salvaguarda il bene della vita della parte onerata.

I rilievi di sistema hanno trovato riflesso nel diritto positivo di recente conio.

Emblematico è l'articolo 17 del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), che, nel disciplinare la composizione negoziata della crisi, ha previsto che il fine del recupero dell'equilibrio economico-patrimoniale o finanziario dell'impresa possa essere conseguito con le più varie strategie di intervento, destinate a spaziare, in potenza, dal trasferimento dell'azienda, alla cessione di uno o più rami, sino alla rinegoziazione dei contratti ad esecuzione continuata o periodica o ad esecuzione differita che siano eccessivamente onerosi o il cui equilibrio sia stato alterato per effetto di circostanze sopravvenute (13).

La previsione, già ricognitiva del d.l. n. 118/2021 (14) e mutuata dall'esperienza giuridica francese (che, all'articolo 1195 del *Code civil*, contempla il diritto della parte onerata a domandare la rinegoziazione del contratto), ha conosciuto un precedente nel d.d.l. Senato 1151, ove si prevedeva il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali così da ripristinare la proporzione tra le prestazioni originariamente convenute dalle parti.

Che il disegno di legge non abbia avuto seguito non implica l'irrilevanza dell'istituto della "revisione" o "rinegoziazione", che ha trovato compiuta e dettagliata espressione nello schema del nuovo codice dei contratti pubblici (15).

(6) Corte conti, Sez. riun. contr., 17 maggio 2021, n. 7, in questa *Rivista*, 2021, 3, 109, con nota di P. Cosa.

(7) A propria volta radicati nei c.d. "Principi Lando".

(8) R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, Utet, 2004, 722.

(9) V., in questo senso, F. Galgano, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contratto e impr.-Europa*, 2005, 509; V. Roppo, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Pol. dir.*, 2007, 451.

(10) La cui applicazione troverebbe suffragio nella giurisprudenza che equipara all'impossibilità oggettiva la soggettiva inutilizzabilità della prestazione – v. Cass., Sez. III, 24 luglio 2007, n. 16315; 10 luglio 2018, n. 18047.

(11) In questo senso, V. Cuffaro, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in <www.giustiziacivile.com>, 31 marzo 2020, 5; sul tema, più in generale, B. Inzitari, voce *Locazione*, I) *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, vol. XIX, 11.

(12) V., per la dottrina, F. Macario, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in <www.giustiziacivile.com>, 17 marzo 2020; A.M. Benedetti, R. Natoli, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in <www.diritto bancario.it>, 25 marzo 2020; A. De Mauro, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in <www.giustiziacivile.com>, 27 marzo 2020.

(13) V. A. Giordano, *Sub art. 17*, in F. Di Marzio (diretto da), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, Giuffrè, 2022, 61.

(14) In argomento, A. Giordano, *Misure premiali aggiuntive per far crescere l'appeal delle procedure di emersione*, in *Il Sole 24 ore*, 4 ottobre 2021.

(15) Come si dirà *infra* (par. 4), il decalogo dei principi dello schema del nuovo codice, cui seguono i disposti di dettaglio, contempla *ex professo* il diritto della parte onerata alla rinegoziazione secondo buona fede dei contratti pubblici, onde conservarne l'equilibrio negoziale. In sintonia con il principio, l'art. 192 del codice applica il "principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale" alle concessioni pubbliche, consentendo al concessionario di chiedere la revisione del contratto nella misura strettamente necessaria a ricondurlo ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto.

### 3. Sulla compatibilità del modello con il regime della responsabilità amministrativo-contabile

Il modello, come disegnato, apparirebbe difficilmente conciliabile con il regime della responsabilità amministrativo-contabile.

Dalla rinegoziazione può, infatti, astrattamente discendere una violazione del canone concorrenziale, che informa di sé l'intera materia delle concessioni pubbliche (16); violazione che può risolversi in un danno erariale alla concorrenza (17).

Il rischio di un attrito con la disciplina della responsabilità amministrativa può, poi, essere più o meno evidente a seconda del concreto atteggiarsi di detta posta di danno.

Maggiore è il rischio se si ritiene che al mancato rispetto delle regole a presidio del principio di concorrenza corrisponda, sempre e comunque, un pregiudizio qualificabile in termini di danno alla concorrenza (18).

Minori, ma comunque concreti, appaiono i profili di rischio allorché si ritenga che, insieme all'infrazione delle regole concorrenziali contenute nello schema di codice dei contratti pubblici, si debba positivamente ravvisare la totalità degli elementi costitutivi della responsabilità amministrativo-contabile (segnatamente, la prova dell'*an* e del *quantum* del pregiudizio) (19).

In ogni caso, rinegoziare la concessione può comportare un minore introito per le casse erariali e, con questo, un correlato e proporzionale pregiudizio pari alla *deminutio patrimonii*.

Emblematica appare, *mutatis mutandis*, la giurisprudenza contabile scaturita da fattispecie di omessa riscossione di entrate patrimoniali e, più in particolare, di atti dispositivi di crediti derivanti da contratti di locazione.

Ferme le differenze con la precipua materia oggetto del presente studio, l'estinzione di crediti siffatti (o la loro riduzione) integrerebbe un danno erariale pari all'entità del canone non riscosso. La riscossione delle entrate patrimoniali sarebbe un "atto doveroso di recupero delle indispensabili risorse materiali necessarie a far fronte della spesa pubblica" (20); tutte le entrate, ancorché di natura extratributaria, sarebbero tese al perseguimento di pubblici fini: come tali, potrebbero divenire oggetto di atti di disposizione delle amministrazioni titolari solo in presenza di un interesse pubblico concreto e attuale.

Le concessioni pubbliche sarebbero – tanto quanto le locazioni – "strumenti di incremento delle risorse pubbliche" (21); in quanto tali, dovrebbero essere improntate a criteri di stretta economicità, "con l'effetto che si dovrebbero garantire, da un lato, livelli ottimali di soddisfazione dell'interesse pubblico generale attraverso l'impiego di risorse proporzionate; dall'altro, il massimo valore ottenibile dall'impiego delle risorse a disposizione" (22).

Eppure, se è vero che il principio di buona fede sagoma anche i rapporti tra amministrazione e privati, appare complesso ignorare il flusso delle sopravvenienze.

Noto è come l'espressa estensione del canone ai rapporti tra amministrazione e cittadino abbia trovato cittadinanza nell'art. 10 della l. 27 luglio 2000, n. 212 (c.d. Statuto dei diritti del contribuente) e – prima ancora del decreto Semplificazioni (23) – nell'art. 1, c. 1-*bis*, della l. 7 agosto 1990, n. 241, che ha aperto all'applicazione delle norme di diritto

(16) V. l'art. 3 dello schema del nuovo codice dei contratti pubblici, a tenore del quale "1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità".

(17) Da intendersi come lesione alla concorrenza e al correlativo interesse pubblico alla più ampia partecipazione dei privati alla fase di selezione del contraente, preliminare alla stipula del contratto pubblico (così, L. Caso, *Il concetto di danno erariale nella dottrina e nella giurisprudenza e le sue prospettive evolutive*, in D. Bolognino, H. Bonura, A. Canale (a cura di), *La responsabilità per danno erariale*, Bari, Cacucci, 2022, 37). Lo stesso sarebbe, in generale, ipotizzabile – secondo la giurisprudenza (Corte conti, Sez. II centr. app., 1 febbraio 2019, n. 19) – tanto nei confronti del privato, rispetto a un contratto pubblico concluso con altro contraente in violazione delle regole sulla trasparenza, quanto nei confronti della p.a. procedente sotto il profilo del danno derivante da un'aggiudicazione che, in quanto non effettuata alle migliori condizioni di mercato, potrebbe risolversi in un pregiudizio economicamente valutabile. In tema, v. L. Caso, *op. cit.*; P. Clarizia, *Danno alla concorrenza o da omessa concorrenza*, in A. Canale *et al.* (a cura di), *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, Milano, Giuffrè, 2019, 149; A. Di Sciascio, *Il danno erariale (alla concorrenza): tra sussistenza in re ipsa e parametri presuntivi di riferimento*, in questa *Rivista*, 2020, 2, 217; M. Perin, *Lavori pubblici e responsabilità erariali. Riflessioni sui fenomeni distorsivi nei lavori pubblici*, in <www.lexitalia.it>, 2016; V. Tenore, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in V. Tenore (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, Giuffrè, 2018, 325.

(18) L'assenza della procedura concorsuale a monte determinerebbe la nullità del contratto pubblico, cosa che – a propria volta – renderebbe indebito il pagamento del prezzo corrisposto all'impresa aggiudicataria. In senso favorevole alla tesi per cui la violazione delle regole della concorrenza determinerebbe un danno *in re ipsa*, v., ad es., Corte conti, Sez. II centr. app., 29 gennaio 2019, n. 89; 29 marzo 2019, n. 99.

(19) Assumendo la violazione delle norme del diritto dei contratti pubblici valenza di indizio del danno erariale. Per questa impostazione, v., ad es., Corte conti, Sez. giur. reg. Trentino-Alto Adige, Bolzano, 10 gennaio 2020, n. 1.

(20) Corte conti, Sez. II centr. app., 12 marzo 2019, n. 78.

(21) *Ibidem*. In tale ottica, v., del resto, Corte conti, Sez. centr. contr. gestione, 21 dicembre 2021, n. 20, "La gestione delle entrate derivanti da beni demaniali marittimi".

(22) *Ibidem*.

(23) D.l. 16 luglio 2020, n. 76, su cui *infra* nel testo.

privato alle attività di natura non autoritativa e, per estensione, agli aspetti delle stesse attività autoritative che non risultino strettamente funzionali al perseguimento di interessi di pubblica utilità.

Come è pure noto, il retroterra delle dette previsioni è da imputarsi non solo alla tendenza “pan-privatistica” di applicare il diritto privato ad ambiti tradizionalmente riservati al diritto pubblico, ma anche all’onda lunga della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo (24), che ha valorizzato il fecondo portato dell’esperienza giuridica tedesca.

La giurisprudenza amministrativa e le più recenti novelle hanno fatto il resto.

Emblematica è, infatti, la pronuncia Consiglio di Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, che ha affermato che, nei procedimenti a evidenza pubblica per l’affidamento dei contratti di appalto, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dall’aggiudicazione, nell’ambito di tutte le fasi delle procedure di gara, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento (25).

In sintonia con l’indirizzo pretorio, l’art. 1, c. 2- *bis*, della l. 7 agosto 1990, n. 241 – per come novellato dal decreto Semplificazioni – dà ampia cittadinanza al principio di collaborazione e buona fede (26).

Applicare le regole di diritto privato e, più in particolare, estendere i principi di collaborazione e buona fede ai rapporti tra amministrazione e privati, significa – pena l’inevitabile contraddizione con le premesse – applicare alle concessioni i principi che informano la giustizia contrattuale.

La giurisprudenza contabile riflette tale impostazione.

A rilevare è la recente decisione n. 7/2021 delle Sezioni riunite della Corte dei conti (27), che ha consentito di rinegoziare i contratti di locazione commerciale stipulati tra un comune e le imprese esercenti attività di ristorazione, in ragione dello stato di crisi economica e delle perduranti difficoltà incontrate dagli esercizi commerciali.

Secondo la Corte, l’emergenza pandemica integrerebbe un evento “per definizione imprevedibile” e al contempo “straordinario, non essendosi verificato nel nostro Paese in epoca recente”.

La straordinarietà consentirebbe di dare corso alla richiesta di rinegoziazione; ciò in linea con quelle regole di correttezza che, obbligando l’esecuzione del contratto secondo buona fede, imporrebbero sia la salvaguardia delle legittime aspettative della controparte sia l’adozione di contegni idonei a tutelare il suo interesse (28).

Meriterebbe, dunque, apprezzamento l’opzione favorevole a una revisione del negozio che, nel salvaguardare il rapporto contrattuale in corso, soddisferebbe “ragioni di indubbio interesse pubblicistico, evitando tra l’altro azioni giudiziarie del privato” (29).

Se è vero che il venir meno del vincolo negoziale consentirebbe il ritorno del bene nella disponibilità dell’ente (che potrebbe direttamente gestirlo in modo proficuo o procedere a nuovo affidamento), ciò si scontrerebbe con lo sfavorevole scenario economico; non essendo agevole addivenire a un’allocazione del bene che consenta di trarne utilità più consistenti.

Tutto ciò non legittimerebbe, tuttavia, un’indiscriminata apertura delle porte della rinegoziazione.

(24) A rilevare è, in particolare, il caso *de Compte* (Corte giust. 17 aprile 1997, C-90/95), a partire dal quale la Corte ha ravvisato la lesione del principio del legittimo affidamento ove ricorrano: una posizione soggettiva di affidamento legittimo (a propria volta dipendente dallo stato di buona o mala fede del privato); la non prevalenza dell’interesse pubblico rispetto a quello del cittadino alla conservazione dello *status quo* (così, in particolare, si legge nella decisione: “si deve ricordare che la revoca retroattiva di un atto amministrativo favorevole è generalmente soggetta a condizioni molto rigorose (v. sentenza 9 marzo 1978, causa 54/77, *Herpels c. Commissione*, Race. pag. 585, punto 38). Secondo una giurisprudenza costante, se bisogna riconoscere ad ogni istituzione comunitaria che accerta che un atto da essa appena emanato è viziato da illegittimità il diritto di revocarlo con effetto retroattivo entro un termine ragionevole, tale diritto trova un limite nella necessità di rispettare il legittimo affidamento del beneficiario dell’atto [...] Si deve sottolineare, da un lato, che, se è nato a buon diritto, il legittimo affidamento nella legittimità di un atto amministrativo favorevole non può poi venire scalzato. D’altro canto, tenuto conto delle circostanze della fattispecie, non vi è alcun interesse di ordine pubblico che prevalga sull’interesse del destinatario alla conservazione di una situazione che egli poteva considerare stabile”.

(25) Per i successivi sviluppi pretori, si confrontino anche le note pronunce Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19, e 29 novembre 2021, n. 20.

(26) V. S. Cimini, *Collaborazione e buona fede nei rapporti tra Amministrazione e privati*, in A. Giordano (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra regole e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2021, 21. In tema, si rinvia altresì a M. D’Alberti, *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1023; S. Tarullo, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008, 125.

(27) Corte conti, Sez. riun. contr., n. 7/2021, cit.

(28) Corte conti, Sez. riun. contr., n. 7/2021, cit.: «[...] la scienza giuridica ha individuato ulteriori strumenti idonei a fondare l’obbligo di rinegoziazione, in presenza di mutate condizioni di mercato. Il punto di partenza di tale operazione è rappresentato dall’articolo 1175 del codice civile, che nei rapporti obbligatori impone alle parti il dovere di rispettare “le regole della correttezza” e dall’articolo 1375 del codice civile, che contempla l’esecuzione del rapporto contrattuale “secondo buona fede” (analoga clausola generale è poi menzionata dall’articolo 1366 in tema di interpretazione). Tali principi impongono, da un lato, la salvaguardia delle legittime aspettative della controparte, dall’altro, un comportamento idoneo a tutelare l’interesse della medesima, ove non determinanti un apprezzabile sacrificio».

(29) *Ibidem*.

Non potrebbe difettare la ponderazione dei diversi interessi coinvolti (30), che dovrebbe trovare riflesso nella motivazione del provvedimento, né potrebbe mancare la (prioritaria) considerazione degli equilibri di bilancio dell'ente.

Il percorso motivo della Corte può essere adattato al caso della concessione pubblica.

Circostanze straordinarie e imprevedibili potrebbero giustificare la rinegoziazione della concessione, purché delle prime si dia puntualmente atto e la revisione non alteri la sostanza economica del contratto ma miri al solo ripristino dell'originario equilibrio negoziale.

L'esigenza di selezione comparativa dei contratti, che opera in relazione alla locazione commerciale, appare rafforzata nel caso della concessione pubblica.

Se l'istanza di rinegoziazione incidesse sugli elementi essenziali della commessa, il suo accoglimento finirebbe per snaturare la fase pubblicistica di scelta del concessionario più idoneo ad appieno valorizzare il bene pubblico, con conseguente pregiudizio dell'interesse erariale.

Il principio dell'equilibrio di bilancio avrebbe pure particolare rilevanza, dovendosi in ogni caso garantire che le minori entrate trovino adeguata copertura.

#### 4. *Le frontiere della rinegoziazione alla luce dello schema di codice dei contratti pubblici*

La descritta cornice sembra trovare, come si è anticipato (31), precisi riscontri nello schema del nuovo codice dei contratti pubblici.

Dopo un articolo (il 189) segnatamente dedicato alla “Modifica di contratti durante il periodo di efficacia”, si rinvia un disposto (il successivo articolo 192) che disciplina la revisione del contratto al cospetto di sopravvenienze tali da significativamente alterare l'equilibrio che avvince le corrispettive prestazioni.

Come recita l'articolo, “Al verificarsi di eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili, ivi compreso il mutamento della normativa o della regolazione di riferimento, che incida in modo significativo sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione, il concessionario può chiedere la revisione del contratto nella misura strettamente necessaria a ricondurlo ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto. L'alterazione dell'equilibrio economico e finanziario dovuto a eventi diversi da quelli di cui al primo periodo e rientranti nei rischi allocati alla parte privata sono a carico della stessa”.

La previsione è espressione di due generalissimi principi a monte, portati tangibili delle più moderne frontiere della giustizia contrattuale.

Merita, anzitutto, menzione l'articolo 5 dello schema di codice, che applica il principio di buona fede all'intera materia dei contratti pubblici.

Secondo il disposto, espressivo della più lata previsione l'art. 1, c. 2- *bis*, della l. 7 agosto 1990, n. 241, “Nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e tutela dell'affidamento. Nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede”.

A seguire, l'articolo 9 dello schema consacra un vero e proprio diritto della parte onerata a chiedere la rinegoziazione del contratto, al ricorrere di circostanze straordinarie e imprevedibili, tali da significativamente alterare l'equilibrio contrattuale.

Il “diritto” del contraente svantaggiato alla rinegoziazione non è, tuttavia, incondizionato.

Se è, infatti, vero che il principio di buona fede trova ormai piena applicazione anche nella materia delle concessioni pubbliche, resta l'impossibilità di *tout court* assimilare il diritto dei contratti pubblici, orientato verso la stella polare del pubblico interesse, a quello dei contratti tra privati, fondato sul puro principio di autonomia, insofferente a eterodeterminati interessi.

Devono, anzitutto, ricorrere “eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili” (la formula appare mutuata dal dettato dell'art. 1467 c.c.); e le sopravvenienze devono essere tali da alterare “in modo significativo” (art. 192 del codice) l'equilibrio originario del contratto.

---

(30) Nella specie, il valore di mercato del bene locato e la possibilità o meno di utilizzare in modo proficuo per la collettività il bene, tramite gestione diretta o locazione (*ibidem*: “gli enti locali, in presenza di una richiesta di riduzione del corrispettivo dei contratti di locazione di diritto privato stipulati con imprese esercenti attività di ristorazione, motivata dai plurimi provvedimenti di chiusura al pubblico emanati nel corso dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, e dalla conseguente crisi economica, possono assentirvi, in via temporanea, all'esito di una ponderazione dei diversi interessi coinvolti, da esternare nella motivazione del provvedimento, in particolare considerando elementi quali: i. la significativa diminuzione del valore di mercato del bene locato; ii. l'impossibilità, in caso di cessazione del rapporto con il contraente privato, di utilizzare in modo proficuo per la collettività il bene restituito, tramite gestione diretta ovvero locazione che consenta la percezione di un corrispettivo analogo a quello concordato con l'attuale gestore o, comunque, superiore a quello derivante dalla riduzione prospettata; iii. la possibilità di salvaguardia degli equilibri di bilancio dell'ente, e nello specifico la mancanza di pregiudizio alle risorse con cui la medesima amministrazione finanzia spese, di rilievo sociale, del pari connesse alla corrente emergenza epidemiologica, anche alla luce della diminuita capacità di entrata sempre correlata alla situazione contingente”).

(31) V. *supra*, par. 2.

E ancora, la rinegoziazione non può essere tale da alterare la “sostanza economica” del contratto (art. 9 del codice); cosa che, quanto alle concessioni pubbliche, è esplicitata dall’articolo 192, comma 2 (“In sede di revisione non è consentito concordare modifiche che alterino la natura della concessione”), oltre a essere implicita al primo comma del disposto, per cui la revisione del contratto è ammessa nella misura strettamente necessaria a ricondurre il contratto ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della sua conclusione.

Mutazioni genetiche della “natura della concessione” (o analoghe “modifiche sostanziali”) implicherebbero, invero, l’indizione di una nuova gara, pena lo svilimento dei principi di concorrenza e massima partecipazione degli operatori.

La già richiamata giurisprudenza contabile (32) induce all’integrazione dei presupposti in armonia con il principio costituzionale di equilibrio di bilancio.

E invero, ferma la necessità di distinguere tra appalto e concessione (quest’ultima strutturalmente connotata dall’assunzione del rischio da parte del concessionario), l’eventuale diminuzione delle entrate conseguente alla rinegoziazione (in ipotesi, del canone concessorio) dovrebbe sempre trovare adeguata copertura.

Fatta salva la doverosa protezione dell’interesse erariale, il diritto a rinegoziare – e il correlato obbligo che specularmente grava sulle amministrazioni – arricchisce il rapporto tra p.a. e privato di contenuti conformi alla buona amministrazione (33), andando oltre la “siepe” (34) del diritto positivo di matrice privatistica.

Aver codificato la rinegoziazione secondo buona fede dischiude prospettive sfidanti non solo nell’ottica del diritto amministrativo e della contabilità pubblica. La novella del codice dei contratti pubblici apre la breccia di una giustizia contrattuale solidale, capace, nel tempo, di erodere – come fa la goccia con la pietra – l’ancora monolitica impostazione del codice civile.

\* \* \*

---

(32) Corte conti, Sez. riun. contr., n. 7/2021, cit.

(33) Su cui, ad es., P. Calandra, voce *Efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII; S. Pignataro, *Il principio costituzionale del “buon andamento” e la riforma della pubblica amministrazione*, Bari, Cacucci, 2012; A. Zito, *Il “diritto ad una buona amministrazione” nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e nell’ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 433.

(34) Si richiama G. Leopardi, *L’infinito*, 28 maggio 1819 (*Canti*, XII).