

Concorso
AVVOCATURA dello **STATO**,
CONSIGLIO di **STATO**
e **TAR**

32 Funzionari amministrativi
19 Giuridico - economici
10 Giuridico - contabili

MANUALE di **TEORIA** e **QUIZ**
per la **prova scritta**

contratto, come ad esempio la promessa al pubblico (art. 1989), sia **fonti non volontarie**, non qualificabili come fatti illeciti, quali la ripetizione di indebito e l'arricchimento senza causa.

La formula non si limita tuttavia semplicemente a rinviare a ulteriori fonti tipiche, ma consente di far discendere un'obbligazione anche da una **fonte atipica**, ossia non codificata, purché il sorgere dell'obbligazione sia coerente e consequenziale rispetto ai principi che informano l'ordinamento.

► 2.1. Il contatto sociale qualificato

Tra le menzionate "fonti atipiche", un posto di primo piano deve certamente riconoscersi al c.d. "**contatto sociale qualificato**".

Un simile "contatto" si ha quando tra due soggetti si instaura una particolare relazione, rilevante alla stregua dell'ordinamento giuridico, ancorché non direttamente e positivamente regolata, in forza della quale uno dei soggetti è tenuto al rispetto di **specifici doveri di comportamento** nei confronti dell'altro, al fine di salvaguardare l'**affidamento** da quest'ultimo prestato nel completamento e nella regolarità dell'altrui comportamento. Sorgono così "**obblighi di protezione**" dell'altrui sfera giuridica, il cui inadempimento può dar luogo a responsabilità risarcitoria.

Si pensi al noto esempio della relazione che si instaura tra l'insegnante e l'alunno, nonché tra il primo e i genitori del secondo.

La teoria qui esposta, inizialmente sorta in Germania, si è poi diffusa anche in Italia. In particolare, la giurisprudenza nazionale se ne è servita al fine di attrarre all'area della **responsabilità contrattuale** situazioni e fattispecie che, altrimenti, avrebbero dovuto ricondursi all'ambito della responsabilità aquiliana, con tutti i vantaggi che ne sono conseguiti in termini di riparto dell'onere della prova ed entità del risarcimento.

Essa è tuttavia oggi considerata da taluno recessiva, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore della L. **8 marzo 2017, n. 24** (c.d. "Legge Gelli-Bianco"), che qualifica espressamente come **aquiliana la responsabilità assunta dal sanitario nei confronti del paziente per fatti di malpractice medica**, sottraendo così alla teorica del "contatto sociale qualificato" uno dei suoi principali riferimenti, nonché una delle sue ragioni storiche.

3. Gli elementi costitutivi delle obbligazioni

Se si passa da una definizione sintetica a una ricostruzione analitica, è allora possibile descrivere i tratti fondamentali delle obbligazioni passando in rassegna gli elementi costitutivi delle stesse.

Vengono così in rilievo:

- i **soggetti**;
- la **prestazione**.

► 3.1. I soggetti

L'obbligazione costituisce oggetto di una relazione perlomeno bilaterale, che postula la **distinzione soggettiva tra debitore e creditore**. Non sarebbero pertanto ammessi **rapporti obbligatori unipersonali**, vale a dire caratterizzati dalla compresenza, in un'unica persona, tanto della qualità di debitore quanto della posizione di creditore.

A questa conclusione si giunge soprattutto sulla scorta della disciplina della **confusione** (v. *infra*), in forza della quale la predetta "confluenza" determina l'**estinzione dell'obbligazione**.

In senso contrario si è tentato, da parte di taluno, di sostenere l'ammissibilità di rapporti obbligatori unipersonali, portandosi quali esempi:

- il **rapporto esistente tra società unipersonale e socio unico della stessa**, per quanto riguarda i rapporti obbligatori derivanti dal contratto di società;
- la situazione che si determina in caso di **accettazione con beneficio di inventario dell'eredità ad opera di un erede che sia anche creditore o debitore del *de cuius***;
- l'ipotesi in cui il **soggetto che abbia emesso un certo titolo di credito venga successivamente a riacquistarne il possesso**.

Tuttavia, secondo l'opinione prevalente, gli esempi passati in rassegna non varrebbero a contraddire la conclusione sopra raggiunta, essendo la permanenza del rapporto obbligatorio giustificata dalla

possibilità di ravvisare o due soggetti distinti (primo caso) o due masse patrimoniali distinte, ancorché facenti capo al medesimo soggetto (secondo caso) ovvero un'obbligazione incorporata in un titolo capace di circolare a prescindere dall'attuale individuazione delle parti attiva e passiva del sotteso rapporto (terzo caso).

► 3.2. La prestazione

La **prestazione** costituisce il contenuto dell'obbligazione e si sostanzia nel **comportamento che il debitore è obbligato a tenere** al fine di adempiere all'obbligazione stessa. Esso può consistere in un *dare*, in un *facere* ovvero in un *non facere*.

Ad ogni modo, la prestazione, ai sensi dell'art. 1174 c.c., deve:

- essere **suscettibile di valutazione economica**.

Si dubita in dottrina se la patrimonialità debba accertarsi alla stregua di un **criterio oggettivo**, verificando se la prestazione in discorso sia generalmente remunerata nelle dinamiche economico-sociali esistenti in un determinato momento storico, ovvero in base a un **criterio soggettivo**, valorizzando la valutazione che della medesima prestazione abbiano dato le parti, stabilendo un corrispettivo o prevedendo una qualche penale in caso di inadempimento.

- corrispondere ad un **interesse, anche non patrimoniale, del creditore**.

L'interesse potrà dunque essere anche solo culturale, ricreativo, solidaristico e via discorrendo, a patto però che esso abbia una propria consistenza oggettiva e non sia "capriccioso" o immeritevole di tutela alla stregua dell'ordinamento.

Accanto a quelli pocanzi esaminati, la prestazione deve poi presentare ulteriori elementi caratteristici, ricavabili dalla definizione di **oggetto contrattuale** fornita dall'art. 1346 c.c. Essi sono:

- la **possibilità**, intesa sia in senso **materiale** sia in senso **giuridico**;
- la **liceità**, in virtù della quale la prestazione non può consistere in un comportamento contrario a **norme imperative, ordine pubblico o buon costume**;
- la **determinatezza o determinabilità**, che richiede l'esatta definizione dei **termini qualitativi e quantitativi** della prestazione o, perlomeno, la possibilità di individuarli attraverso un semplice procedimento logico e/o matematico.

4. La buona fede oggettiva

L'art. 1175 c.c. stabilisce che *"il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza"*.

Il richiamo alla **buona fede** è ribadito, in materia contrattuale, in ogni fase del rapporto negoziale, sia durante lo svolgimento delle **trattative** (art. 1337 c.c.) sia in **fase di esecuzione** (art. 1375 c.c.) sia nell'**interpretazione** della volontà negoziale (art. 1366 c.c.).

Viene qui in rilievo la c.d. **buona fede in senso oggettivo**, intesa come obbligo per le parti di comportarsi in maniera onesta e leale in tutte le fasi del rapporto obbligatorio, evitando che la controparte possa essere ingiustamente svantaggiata da comportamenti che non rispondano a reali interessi della parte che li abbia posti in essere.

La nozione qui delineata va quindi tenuta distinta dalla c.d. **buona fede in senso soggettivo**, definibile come **ignoranza della lesione dell'altrui diritto**.

Tornando alla buona fede in senso oggettivo, essa va intesa quale **regola di comportamento**, vera e propria fonte di **obblighi ulteriori** rispetto a quelli prefigurati dalle parti del rapporto obbligatorio cui accede, espressione del principio di **solidarietà sociale** di cui all'**art. 2 della Cost.**

Pertanto, la buona fede, intesa come vera e propria fonte di obbligazioni, impone ai soggetti del rapporto obbligatorio di porre in essere **condotte ulteriori rispetto a quelle programmate nel regolamento negoziale** e di apportare **delle modifiche alla prestazione** laddove le stesse si rendono necessarie per salvaguardare le ragioni della controparte.

Vengono così di nuovo in rilievo i cc.dd. **"obblighi di protezione"**, già menzionati con riferimento al contatto sociale qualificato, i quali sono diretti a tutelare **interessi diversi e ulteriori** da quelli espressamente considerati nella definizione dell'oggetto del rapporto obbligatorio.

c) gli interventi imposti dal direttore dei lavori per la soluzione di questioni tecniche emerse nell'esecuzione dei lavori che possano essere finanziati con le risorse iscritte nel quadro economico dell'opera

Altra modifica in corso di esecuzione è costituita dalla c.d. **regola del quinto** secondo cui, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni **fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto**, la stazione appaltante può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario. In tal caso l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto. Detta regola del quinto (cosiddetto d'obbligo), già presente nel vecchio codice, assolve ad una duplice funzione: per un verso, limita il diritto potestativo della stazione appaltante di apportare modifiche al contratto; per altro verso, predetermina il contenuto della prestazione cui è tenuto l'appaltatore, nel senso che tale contenuto va riferito ad un importo che può oscillare tra i 4/5 ed i 6/5 dell'importo originariamente stabilito in contratto.

► **15.3.1. Revisione dei prezzi. Le novità del D.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209 e del D.l. 21 maggio 2025, n. 73, come conv. in L. 18 luglio 2025, n. 105 (c.d. Decreto Infrastrutture)**

Il D.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209 è intervenuto in particolare sulla regolamentazione delle **clausole di revisione dei prezzi**, di cui dall'art. 60 del codice, all'esito di un ampio confronto con gli operatori del settore attraverso l'istituzione di un apposito Tavolo Tecnico.

Il dibattito si è incentrato sull'individuazione di **nuovi indici sintetici** per misurare l'adeguamento dell'importo contrattuale e sul momento di riferimento per il calcolo della variazione (sia in aumento che in diminuzione). È stato deciso di mantenere il sistema delineato dal Codice, assicurando però la sua piena applicazione attraverso **criteri di calcolo semplificati**, grazie anche al supporto dell'ISTAT. Più nel dettaglio, l'art. 60 come riformulato dal **Correttivo Contratti Pubblici** prevede che:

1. *Nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento è obbligatorio l'inserimento delle clausole di revisione prezzi riferite alle prestazioni oggetto del contratto.*

2. *Queste clausole non apportano modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell'accordo quadro; si attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, che determinano:*

a) una variazione del costo dell'opera, in aumento o in diminuzione, superiore al 3 per cento dell'importo complessivo e operano nella misura del 90 per cento del valore eccedente la variazione del 3 per cento applicata alle prestazioni da eseguire;

b) una variazione del costo della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5 per cento dell'importo complessivo e operano nella misura dell'80 per cento del valore eccedente la variazione del 5 per cento applicata alle prestazioni da eseguire.

2-bis. *Per gli appalti di servizi e forniture, resta ferma la facoltà di inserire nel contratto, oltre alle clausole di cui al comma 1, meccanismi ordinari di adeguamento del prezzo del contratto all'indice inflattivo convenzionalmente individuato tra le parti. In tale ipotesi, l'incremento di prezzo riconosciuto in virtù dei meccanismi ordinari di adeguamento del prezzo del contratto non è considerato nel calcolo della variazione del costo del servizio o della fornitura rilevante, ai sensi del comma 2, lettera b), ai fini dell'attivazione delle clausole di revisione prezzi.*

3. *Ai fini della determinazione della variazione dei costi e dei prezzi di cui al comma 1, si utilizzano i seguenti indici sintetici [elaborati dall'ISTAT]:*

a) con riguardo ai contratti di lavori, gli indici sintetici individuati ai sensi del comma 4-quater;

b) con riguardo ai contratti di servizi e forniture, gli indici, anche disaggregati, dei prezzi al consumo, dei prezzi alla produzione dell'industria e dei servizi e gli indici delle retribuzioni contrattuali orarie.

4. *Con provvedimento adottato dal Ministero dell'infrastrutture e dei trasporti, sentito l'ISTAT, sono adottati i singoli indici di costo delle lavorazioni, sulla base delle tipologie omogenee di cui alla tabella A dell'allegato II.2-bis, per la determinazione degli indici sintetici individuati ai sensi del comma 4-quater.*

4-bis. *Gli indici di prezzo di cui al comma 3, lettera b), sono pubblicati, unitamente alla relativa metodologia di calcolo, sul portale istituzionale dell'ISTAT in conformità alle pertinenti disposizioni normative europee e nazionali in materia di comunicazione e diffusione dell'informazione statistica ufficiale.*

4-ter. *In relazione agli appalti di servizi e forniture che, in ragione dei settori di riferimento, dispongono*