



Ufficio studi e formazione della

IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI AD UN ANNO DALLA RIFORMA

Cod. P24013

4 - 6 marzo 2024. Consiglio di Stato, Palazzo Spada – Roma.

Le patologie del momento esecutivo. La risoluzione e il recesso, con particolare riguardo alle ipotesi di grave inadempimento o di ritardo per negligenza ascrivibili all'appaltatore.

Roma 6.3.24

Dott. Alberto Cianfarini. Giudice al Tribunale di Roma

Presentazione personale: ringrazio gli organizzatori di avermi dato la possibilità di effettuare, avanti una platea così prestigiosa, una riflessione su temi che attengono al variegato mondo degli appalti pubblici.

Sono in servizio presso la sezione II del Tribunale di Roma la quale ha la competenza sulle controversie che vedono, sempre, una parte la Pubblica Amministrazione a prescindere dalla tipologia della controversia. Quindi solo una sorta di apparente specializzazione poiché la P.A. è presente in tutte le tipologie di controversie, tranne le persone e famiglia e le successioni. Mi domando sempre se il g.o. ha la competenza nei rapporti paritetici allora perché creare una sezione specializzata?...la risposta ci porterebbe lontani...(una sorta di

giurisdizione esclusiva del g.o. non sempre specificatamente normata e creata dal diritto vivente).

La materia degli appalti pubblici ci vede quindi tabellarmente competenti per i contratti sotto soglia¹, anche nel caso di subappalto nella tipologia di controversia tra privati ma con originaria stazione appaltante pubblica.

Sono da pochi anni giudice civile, mentre per oltre 20 anni sono stato pubblico ministero anche in una procura distrettuale e in appello; in quella precedente veste posso ben affermare che era molto frequente il procedimento penale complesso con al centro dell'indagine un rilevante appalto di opere pubbliche.

Tale circostanza ha forse influenzato (qualcuno direbbe inquinato) il mio modo di ricostruire i fatti e la conseguente applicazione delle norme. Certamente il tema che mi è stato assegnato con il termine "Patologie del momento esecutivo" mi ha elicitato un pensiero (e una riserva) che spiegherò' al termine della relazione al momento delle conclusioni.

Sommario:

- 1) Introduzione: breve riassunto sull'evoluzione storica della normativa sugli appalti; 2) Principi: vera novità o riproposizione di vecchi concetti con nuove parole?*
- 3) Entrata in vigore della riforma o delle riforme?*
- 4) Le patologie del momento esecutivo. 4.a) La risoluzione e il recesso, nelle norme generali del codice civile; 4.b) Risoluzione e recesso articoli 122 e 123; 4.c) giurisprudenza sul concetto di inadempimento; 4.d) il concetto di ritardo.*
- 5) Giurisprudenza, premessa sistematica; 5.a) giurisprudenza sulla risoluzione; 5.b) giurisprudenza sul recesso.*
- 6) Conclusioni.*

¹ Cassazione Civile, sez. VI, con sentenza n. 6327 del 10/03/2017, "Il tribunale, sezione specializzata in materia di imprese, è competente, ai sensi dell'art. 3, comma 2, lett. f), del d.lgs. n. 168 del 2003, a conoscere delle controversie aventi ad oggetto i contratti pubblici di appalto di lavori, servizi o forniture di rilevanza comunitaria e, quindi, i contratti sottoposti al codice degli appalti (d.lgs. n. 163 del 2006, applicabile "ratione temporis"), restando pertanto esclusi i contratti ad esso antecedenti".

1) Introduzione: breve riassunto sull'evoluzione storica della normativa sugli appalti;

La pubblica Amministrazione, nella considerevole varietà di enti pubblici di cui è composta, al fine di acquisire la disponibilità di opere e servizi, si avvale con una considerevole frequenza dello strumento giuridico fornito dal contratto di appalto.

Il contratto di appalto² - nella ampia e larga accezione comunitaria - è lo strumento giuridico (ritenuto consono nel nostro Ordinamento) attraverso il quale reperire gli strumenti utili alla realizzazione dell'obiettivo perseguito all'ente pubblico.

Storicamente le principali³ norme di riferimento erano contenute all'interno del **Regio Decreto n. 2440 del 18 Novembre 1923**, denominato Legge di Contabilità di Stato, e nel suo regolamento attuativo, Decreto Regio n. 827 del 23 Maggio 1924.

Un secolo esatto di incessanti cambiamenti normativi e pur tuttavia molte delle norme citate sono ancora vigenti.

Le direttive comunitarie nei primi anni 90 iniziano ad interessarsi del mondo degli appalti:

1. la prima è la Direttiva 93/37/CEE, la quale si occupava di regolamentare le disposizioni in materia di appalti pubblici;
2. la seconda direttiva è la 92/50/CEE riguardante l'ambito della fornitura di servizi da parte di operatori privati nei confronti delle pubbliche amministrazioni;
3. la Direttiva 93/36/CEE contenente disposizioni in materia di forniture di beni nei confronti della pubblica Amministrazione;
4. le Direttive 90/53/CEE e 93/38/CEE, le quali normano i settori esclusi dai precedenti, ad es. gli appalti riguardanti la fornitura di energia, acqua e il mercato degli operatori telefonici.

Dapprima con la legge Merloni del 1994 e, successivamente, con il D.l. 3 aprile 1995, n. 101 conv. in l. 2 giugno 1995, n. 216 (Merloni-bis) e con legge 18 novembre 1998, n. 415 (Merloni-ter) viene emanato un importante **corpo normativo** in materia di lavori pubblici con il quale l'Ordinamento si dotava di un regolamento che mirava a qualificare con caratteristiche ben definite i soggetti esecutori degli stessi lavori⁴.

A seguito delle Direttive n. 17 e 18 del 2004, il legislatore italiano crea un corpo normativo unitario: vigevano quattro diverse fonti normative, relative agli appalti di lavori (Legge 109/1994, c.d. "Legge Merloni"), agli appalti di servizi (d.lgs 157/1995), agli appalti di forniture (d.lgs 358/1992) e agli appalti di lavori, servizi e forniture nei settori speciali (d.lgs 158/1995).

² voci enciclopediche di Pittalis, Appalto pubblico, in Digesto pubbl., Torino, 1987; e Carullo, Appalti pubblici, in Enc. Dir., Agg., V, Milano, 2001.

³ Domenico Tulino, 13 April 2020, in Amministrativo Salvis Juribus – Rivista di informazione giuridica Direttore responsabile Avv. Giacomo Romano

⁴ Sono gli anni bui della cd. Tangentopoli in cui il Paese si rende conto senza moralizzazione non si possono realizzare gli obiettivi cui i contratti di appalto miravano.

Oltre a tali disposizioni erano poi vigenti il d.p.r. 34/2000 relativo all'istituzione di un sistema di qualificazione unico dei soggetti esecutori di lavori pubblici, e il regolamento attuativo della legge sui lavori pubblici di cui al d.p.r. 554/1999⁵.

Nei primi anni 2000, col dichiarato fine di velocizzare e snellire la cd. "burocrazia" fino a quel momento presente, si intervenne con l'emanazione della legge n.443 del 21 Dicembre 2001 per la Realizzazione di Infrastrutture e degli Insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale. Ricordo⁶ l'art. 14 del Decreto Legislativo 20 agosto 2002, n.190 il quale introduceva un regime speciale per le gare di appalto indette per la realizzazione di infrastrutture e insediamenti produttivi strategici di cui alla legge Obiettivo (n.443 del 2001), con riferimento ai quali vengono introdotte due importanti innovazioni:

- A) l'udienza di merito nei giudizi aventi ad oggetto gare di appalto indette per la realizzazione di infrastrutture e insediamenti produttivi strategici debba essere fissata **entro il quarantacinquesimo giorno dalla data di deposito del ricorso;**
- B) nella valutazione degli interessi contrapposti alla base della istanza del provvedimento cautelare richiesto dal ricorrente, la lett. b) comma 1 dell'art.14, attribuiva valenza di valore assolutamente incompressibile all'interesse pubblico alla **tempestiva realizzazione dell'opera**⁷.

Sempre l'art. 14 comma 2 recitava: *"In applicazione delle previsioni dell'articolo 2, comma 6, delle direttive 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, e 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, la sospensione o l'annullamento giurisdizionale della aggiudicazione di prestazioni pertinenti alle infrastrutture non determina la risoluzione del contratto eventualmente già stipulato dai soggetti aggiudicatori; in tale caso il risarcimento degli interessi o diritti lesi avviene per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica"*.

Fatto ormai dato per consolidato nel diritto vivente⁸.

Questo concetto appena visto del legislatore del 2002 "ricorda" ed "echeggia" molto il **"nuovo" principio del risultato** di cui all'art.1 del Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36.

Parte della dottrina⁹ ha sostenuto "la caduta con le leggi del 2001 del concetto di preminenza del diritto": il preminente interesse pubblico alla legalità del procedere amministrativo viene sacrificato sull'altare della "celerità".

⁵ Riccardo Bianchini, Appalto pubblico, Altalex

⁶ Art.14 Decreto Legislativo 20 agosto 2002, n.190 (in G.U. n.199 del 26 agosto 2002 – Suppl. Ordinario n.174 – in vigore dal 10.09.2002 quale Attuazione della Legge 21 dicembre n.443 del 21 dicembre 2001 per la Realizzazione di Infrastrutture e degli Insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale,

⁷ concetto che richiama quello del raggiungimento del risultato.

⁸ Dover Scalera, Attuazione della Legge 21 dicembre n.443 del 21 dicembre 2001 per la Realizzazione di Infrastrutture e degli Insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale. Commento all'art.14 Decreto Legislativo 20 agosto 2002, n.190 (in G.U. n.199 del 26 agosto 2002 – Suppl. Ordinario n.174 – in vigore dal 10.09.2002. Amministrazione in Cammino, Rivista elettronica di Diritto Pubblico, di diritto dell'Economia e di scienza dell'Amministrazione a cura del Centro di Ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet

⁹ Dover Scalera, op.cit.

Il giudice accerta la illegittimità amministrativa e si concede un risarcimento del danno in via sommariamente equitativa (10%, sovente ridotto del 50%?¹⁰).

Il giudice si pone quindi quale garante ed intermediario tra gli interessi pubblici e quelli privati, sempre contrapposti in maniera alquanto netta.

Al fine di superare la oggettiva frammentazione, il legislatore emana il d.lgs 163/2006 recante “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

Il Codice¹¹ dei contratti pubblici adottato con il d.lgs. 11 aprile 2006, n. 163 aveva raccolto in un unico testo normativo tutta la materia dei contratti pubblici.

L’uso del termine Codice dei contratti pubblici – accorpando in un testo unitario la disciplina dei contratti di lavori, servizi e forniture – aveva fornito al lettore dato l’idea romantica di una auspicabile stabilizzazione della disciplina.

Il Codice del 2006 recepiva sia la Direttiva 2004/18/CE in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, sia la Direttiva 2004/17/CE che regola, invece, le procedure di appalto nei settori esclusi precedentemente come acqua, energia, trasposti e servizi postali oltre a quelli telefonici.

(artt. 134 . 135 e 136 recesso e risoluzione del contratto nel d.lgs 163.2006)

Matura la distinzione fornita dal valore economico assegnato ad ogni appalto oggetto della regolamentazione.

A) categoria degli appalti “sotto-soglia”, cioè quelli con un valore economico relativamente basso, i quali hanno uno scarso impatto nell’economia comunitaria, regolati per lo più dal diritto interno;

B) appalti “sopra-soglia”, i quali hanno un importante valore economico sono regolati dalle Direttive Europee, destinatari gli stati membri che adeguano così le diverse regolamentazioni interne conosciute fino a quel momento¹².

Contratti sopra e sotto soglia: artt. 121 al 124 codice del 2006;

Contratti sopra e sotto soglia: artt.35 e 36 codice del 2016;

Contratti sopra e sotto soglia: art.14 codice del 2023.

NEL 2006 È LO STATO CHE CENTRALIZZA LA MATERIA

Soprattutto con la spinta delle normative comunitarie in materia di concorrenza si affida allo Stato¹³ un ruolo centrale alla tutela della concorrenza tra gli operatori economici¹⁴.

¹⁰ Nicola Alessandro Dell'Olio, La determinazione del risarcimento del danno negli appalti pubblici nota a Cons. St., sez. V, sentenza 18 marzo 2013, n. 1833.

¹¹ Da qui l’utilizzo per la prima volta del termine “Codice”.

¹² M. Clarich, Introduzione, in Commentario al Codice dei contratti pubblici, a cura di M. Clarich, Torino, Giappichelli Editore, 2011, p. XXVII.

¹³ Vincenzo Lopilato, Il riparto di competenze fra Stato e Regioni nel Codice dei contratti pubblici, in Commentario al Codice dei contratti pubblici, a cura di M. Clarich, Torino, Giappichelli Editore, 2016, pp. 95 e ss.

La tutela della concorrenza come principio ispiratore della contrattualistica pubblica è stata più volte ribadita dalla **Corte di Giustizia dell'Unione Europea** ed è stata riconosciuta come tale nell'ordinamento interno dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 401/2007, aveva respinto una serie di censure proposte dalle Regioni che lamentavano la lesione della propria competenza legislativa da parte del Codice

La norma impugnata (art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006) prevedeva che il Governo dettasse con regolamento la disciplina esecutiva e attuativa del Codice, seguendo un procedimento al quale partecipano il Consiglio superiore dei lavori pubblici e il Consiglio di Stato, ma non anche le Regioni.

La Corte costituzionale ribadisce che: “..... i lavori pubblici «non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono» e pertanto possono essere ascritti, di volta in volta, a potestà legislative statali o regionali (**sentenza numero 303 del 2003**). Non è, dunque, configurabile né una materia relativa ai lavori pubblici nazionali, né tantomeno un ambito materiale afferente al settore dei lavori pubblici di interesse regionale.

Secondo la Corte costituzionale (SENTENZA N. 401\2007) la questione non era fondata.

- A. l'attività contrattuale della pubblica Amministrazione, essendo funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, si caratterizza per la esistenza di una struttura bifasica: al momento tipicamente procedimentale di evidenza pubblica segue un momento negoziale. Nella prima fase di scelta del contraente l'Amministrazione agisce, come si è già sottolineato, secondo predefiniti moduli procedimentali di garanzia per la tutela dell'interesse pubblico, ancorché siano contestualmente presenti momenti di rilevanza negoziale, dovendo la pubblica Amministrazione tenere, in ogni caso, comportamenti improntati al rispetto, tra l'altro, delle regole della buona fede. Nella seconda fase – che ha inizio con la stipulazione del contratto (si veda art. 11, comma 7, del Codice) – l'Amministrazione si pone in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisce non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale. Tale fase, che ricomprende l'intera disciplina di esecuzione del rapporto contrattuale, incluso

¹⁴ Giuseppe Urbano, La disciplina dei contratti pubblici tra tutela della concorrenza e misure anticrisi, in NelDiritto.it, rivista telematica di Giurisprudenza. (www.neldiritto.it) osserva che “La pronuncia della Corte 401.2007 ha fatto perno proprio sull'art. 117, comma 2, lett. e) Cost., che riserva alla competenza esclusiva dello Stato la tutela della concorrenza e le libertà comunitarie di circolazione e stabilimento, ritenendo superata la concezione “contabilistica” della disciplina dei contratti pubblici. La nuova prospettiva di principio ha, dunque, effetti giuridici importanti anche nei rapporti fra legge statale e regionale, visto che il nucleo principale della disciplina pubblicistica sulle gare (qualificazione e selezione dei contraenti, procedure di affidamento, criteri di aggiudicazione, poteri di vigilanza dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, ecc.) è affidato alla competenza esclusiva dello Stato, con esclusione di ogni tentativo di differenziazione di disciplina da parte delle Regioni. Anche il Consiglio di Stato ha chiaramente affermato che il fine di tutela della concorrenza ha determinato il definitivo superamento della concezione che vedeva la proceduralizzazione dell'attività di scelta del contraente dettata nell'esclusivo interesse dell'Amministrazione.

l'istituto del collaudo – il quale è, tra l'altro, anche specificamente disciplinato dal codice civile (art. 1665 e seguenti), valendo per esso le argomentazioni già svolte a proposito del subappalto – si connota, pertanto, per la normale mancanza di poteri autoritativi in capo al soggetto pubblico, sostituiti dall'esercizio di autonomie negoziali. Ne consegue che la norma censurata – disciplinando aspetti afferenti a rapporti che presentano prevalentemente natura privatistica, pur essendo parte di essi una pubblica Amministrazione – deve essere ascritta all'ambito materiale dell'ordinamento civile. Sussiste, infatti, l'esigenza, sottesa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità di trattamento, nell'intero territorio nazionale, della disciplina della fase di conclusione ed esecuzione dei contratti di appalto avente, tra l'altro – per l'attività di unificazione e semplificazione normativa svolta dal legislatore –, valenza sistematica;

- B. spetta alla competenza esclusiva dello Stato per quanto attiene alla fissazione dei criteri in base ai quali tale attività deve essere svolta in modo da assicurare in ogni caso **la più ampia competitività e la libera circolazione degli operatori economici nel segmento di mercato in questione**, ma non si estende fino ad incidere sulla spettanza del concreto svolgimento dell'attività progettuale alle singole amministrazioni aggiudicatrici, la cui competenza non è incisa dalla normativa in esame.
- C. Nessun condizionamento di fonti primarie regionali da parte di fonti secondarie statali. I Regolamenti statali, dando attuazione ed esecuzione a disposizioni di legge, detteranno tutte le norme necessarie a perseguire l'obiettivo di realizzare assetti concorrenziali; le fonti primarie regionali disciplineranno i profili non afferenti, ancorché contigui, a quelli relativi alla tutela della concorrenza.

Tra il 2014 e il 2016, sulla disciplina dei contratti pubblici si è impiantata quella di prevenzione della corruzione con l'affidamento dei compiti di vigilanza **all'Autorità nazionale anticorruzione**.

D.lgs. 18 Aprile 2016, Codice dei Contratti Pubblici recepisce all'art.2 la sentenza della Corte 401\2007.

Art. 29 (Principio della trasparenza)

Art. 30 *L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei **principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza**. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, **proporzionalità**, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.*

Il D.l. n. 32/2019, noto come Decreto Sblocca cantieri, modifica così radicalmente il D.lgs. n. 50 del 18 Aprile 2016, Codice dei Contratti Pubblici, da considerarlo un vero e proprio

correttivo al testo visto che apporta novità, con circa 53 modifiche agli articoli dell'attuale codice. Alcune di queste modifiche portano alla sospensione dell'applicazione, fino al 31 Dicembre 2020, di tre importanti disposizioni considerate centrali dopo la riforma del 2016: l'art. 37 comma 4 sancisce il ritorno della concezione delle stazioni appaltanti "diffuse"; l'art. 59 comma 1 sospende invece il divieto dell'appalto integrato; l'art. 77 comma 3 sospende l'obbligo di ricorrere all'Albo Unico dei Commissari di Gara, gestito e redatto proprio dall'A.N.A.C.

Gli articoli 108 e 109 dlgs n. 50 del 18 Aprile 2016 disciplinano in maniera dettagliata il recesso e la risoluzione, anche in caso di superamento delle soglie oltre le quali il contratto non può subire aggiornamenti nei prezzi. **Previsto l'obbligo di segnalazione all'ANAC.**

Sinusoida normativa

Si assiste negli anni ad una sorta di sinusoida normativa: si hanno periodi in cui la disciplina dei controlli sugli appalti si irrigidisce, nelle più ferree procedure di affidamento e controllo del risultato; in questi periodi si assiste ad una lamentata paralisi generale del mondo degli appalti pubblici e una sempre più crescente perdita di fiducia degli operatori economici privati nei confronti delle stazioni appaltanti¹⁵.

Oggi si parla con il Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 di importanti ed innovativi principi che informano tutto il sistema.

Probabilmente c'era anche nella legge Merloni del 1994 la enunciazione di alti principi¹⁶, peraltro poi ripresi nei due codici del 2006 e del 2016 oltre il costante richiamo ai principi del Procedimento amministrativo affermati sin dall'inizio degli anni Novanta dello scorso secolo nel senso dell'efficienza e dell'economicità.

L'incessante evoluzione normativa non è tuttavia un fenomeno solo italiano. Il tema è europeo: ad es in Francia il legislatore del 2019 ha recepito la normativa europea in un nuovo testo organico significativamente chiamato *Code de la commande publique*¹⁷.

2) Principi: vera novità o riproposizione di vecchi concetti con nuove parole?

Com'è noto il nuovo Codice dei contratti pubblici, introdotto dal D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 si apre con un titolo dedicato ai principi generali; questa appare solo in parte un'innovazione rispetto al previgente Codice di cui al D.Lgs. n. 50/2016.

In effetti già nell'art. 4 del dlvo 50 del 2016 si parlava di:

“rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica”.

¹⁵ Gianfrancesco Fidone, Il Codice dei contratti pubblici, in Commentario al Codice dei contratti pubblici (a cura di M. Clarich), p. 3.

¹⁶ Art. 1. (Principi generali) *“In attuazione dell'articolo 97 della Costituzione l'attività amministrativa in materia di opere e lavori pubblici deve garantirne la qualità ed uniformarsi a criteri di efficienza e di efficacia, secondo procedure improntate a tempestività, trasparenza e correttezza, nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori”.*

¹⁷ È il risultato dell'ordinanza n. 2018-1074 del 26 novembre 2018 e del decreto n. 2018-1075 del 3 dicembre 2018. È entrato in vigore il 1° aprile 2019 e subentra al Codice dei contratti pubblici, ora abrogato.

Alcuni illustri relatori hanno già affrontato il tema del:

- a) **il principio del risultato;**
- b) **il principio della fiducia;**
- c) **il principio di accesso al mercato;**
- d) **il principio del legittimo affidamento;**
- e) **Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale.**

Gli “alti” principi in una norma regolatrice solitamente rischiano di rimanere propositi meramente declamatori, anche a causa di formulazioni lessicali eccessivamente generiche. Sussiste il rischio che attraverso l'utilizzo di principi ad ampio spettro, si lasci troppo spazio all'interprete, generando un basso livello di certezza del diritto e di prevedibilità nelle soluzioni giudiziali dei conflitti.

I principi fondamentali: risultato, fiducia, accesso al mercato, legittimo affidamento e equilibrio contrattuale sono per molta parte della dottrina, una sorta di nuova chiave ermeneutica ed operativa. Secondo la nuova legge si deve privilegiare tra opposte interpretazioni quella funzionale a realizzare il risultato amministrativo, che sia coerente con la fiducia nei confronti dell'Amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici, e che permetta di favorire il più ampio accesso al mercato dei vari attori¹⁸.

DECRETO LEGISLATIVO 31 marzo 2023 , n. 36

Il legislatore indica che a prevalere, almeno per l'Amministrazione, dovrà essere il principio del risultato anche se tale valore non sempre appare totalmente conciliabile con protezione delle libertà di circolazione e della concorrenza imposta dalle direttive europee.

Il principio del risultato - art. 1, comma 1, D.Lgs. n.36/2023.

“le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e dalla sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza”.

Si passa dallo “Stato Banditore” e regolatore della concorrenza allo “Stato Committente”.

Il nuovo Codice è stato descritto come una significativa discontinuità con il percorso seguito dal legislatore negli ultimi vent'anni, perché colloca al proprio vertice proprio quello del risultato, correttamente individuato nell'affidamento del contratto e nella sua esecuzione con “la massima tempestività” e “il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo.

Il legislatore italiano chiarisce che concorrenza e trasparenza non costituiscono più finalità e valori in sé, ma strumenti al servizio del risultato.

Le amministrazioni, infatti, erano indotte a non discostarsi dalla stretta osservanza della procedura maggiormente formalizzata che le avrebbe condotte a un'aggiudicazione quanto più possibile automatica.

¹⁸ Giulio Napolitano, **IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI: I PRINCIPI GENERALI**, *Giornale Dir. Amm.*, 2023, 3, 287.

Se invece l'obiettivo primario diventa quello del risultato finale, le amministrazioni saranno obbligate a individuare caso per caso il *modus procedendi* migliore che non necessariamente coincide con lo svolgimento di una gara pubblica e non con l'esclusione di tutti i partecipanti le cui offerte presentino vizi anche meramente formali.

Il principio del risultato costituisce criterio prioritario anche per valutare la "responsabilità del personale" lungo tutte le fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti e per "attribuire incentivi e premi.

Si Passa alla nuova figura del "responsabile unico del progetto" e non più del procedimento. Art. 15. (Responsabile unico del progetto, RUP)

Si è sostenuto – forse con troppa enfasi - che col nuovo Codice, diversamente dal passato, l'attività dell'Amministrazione contraente non è rigidamente vincolata, ma al contrario postula un margine di valutazione e di scelta necessario per il raggiungimento del risultato. Il codice mira a favorire l'esercizio della discrezionalità delle stazioni appaltanti e il dialogo con gli operatori secondo l'approccio tradizionale proprio dell'ordinamento britannico¹⁹. Ciò che più colpisce della disposizione è il riferimento all'"iniziativa" e all'"autonomia" decisionale dei funzionari pubblici (art.2)

Iniziativa e autonomia.

Principio della fiducia (art.2)

Si proclama che il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato.

Nel nuovo Codice, diversamente dal passato, l'attività dell'Amministrazione contraente appare non rigidamente vincolata, postulando un margine di valutazione e di scelta necessario per il raggiungimento del risultato.

Tuttavia questo non significa che il legislatore abbia inteso operare un *revirement* del regime giuridico nell'attività di committenza pubblica e di selezione del contraente, che, come meglio si vedrà più avanti, rimane rigorosamente ancorato al tradizionale paradigma pubblicistico della spendita di potere autoritativo e dell'esercizio di discrezionalità amministrativa.

La questione della responsabilità erariale

Art.2 comma 3 e 4

Principio della fiducia

¹⁹ L. Zanettini, Le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici nel Regno Unito. La fiducia nella discrezionalità della stazione appaltante e l'importanza del dialogo con le imprese, in G.D. Comporti, Le gare pubbliche: il futuro di un modello, Napoli, 2011, 237-264.

1. *L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'Amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici.*
2. *Il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato.*
3. *Nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti²⁰.*
4. *Per promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'Amministrazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i piani di formazione di cui all'articolo 15, comma 7.*

Nel nuovo quadro normativo, le amministrazioni devono predisporre convenzioni-quadro finalizzate alla stipula delle polizze assicurative ai livelli dirigenziali.

Chi paga il premio assicurativo?²¹ La legge speciale sembra contraddire quella generale?

PRINCIPIO DI CONSERVAZIONE DELL'EQUILIBRIO CONTRATTUALE²² **Art. 9, D.Lgs. n. 36/2023.**

Sui prezzi vi era stato già il D.L. 25 maggio 2021, n. 73²³

²⁰ I pareri alle autorità competenti sembra alludere alla richiesta all'ANAC circa la formulazione del nuovo costo dell'appalto per il principio dell'equilibrio.

²¹ l'art. 3, comma 59, della legge 244/2007. Norma vigente:” 59. *È nullo il contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicuri propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile. I contratti di assicurazione in corso alla data di entrata in vigore della presente legge cessano di avere efficacia alla data del 30 giugno 2008. In caso di violazione della presente disposizione, l'amministratore che pone in essere o che proroga il contratto di assicurazione e il beneficiario della copertura assicurativa sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto medesimo.*

²² In materia di appalto di opere pubbliche, l'applicazione dell'istituto della revisione prezzi presuppone l'effettiva esecuzione dei lavori; Sez. 1, Sentenza n. 16152 del 26/06/2013 (Rv. 626899 - 01) la quale richiama Legge 20/03/1865 num. 2248 art. 345 e il DPR 16/07/1962 num. 1063 art. 37

L'affermazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale mira a codificare una disciplina generale da applicare per la gestione delle sopravvenienze straordinarie e imprevedibili tali da determinare una sostanziale alterazione nell'equilibrio contrattuale.

La scelta del legislatore di fare riferimento al diritto comune dei contratti commerciali, invece che al diritto speciale dei contratti pubblici, tipico di altri ordinamenti indica una precisa opzione normativa.

Parificazione della posizione delle parti?

Art. 9. (Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale)

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**²⁴, 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 le disposizioni di cui agli articoli 60 e 120.

Triade di norme gli articoli 9,60,120 Codice dei contratti = art.1664 c.c. 1\10 decimo del prezzo convenuto.

Tutela rafforzata dell'esecutore rispetto a quanto attualmente previsto dal codice civile

²³ Art. 1-septies (Disposizioni urgenti in materia di revisione dei prezzi dei materiali nei contratti pubblici) 1. Per fronteggiare gli aumenti eccezionali dei prezzi di alcuni materiali da costruzione verificatisi nell'anno 2021, per i contratti in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili rileva, entro il 31 ottobre 2021 e il 31 marzo 2022, con proprio decreto, le variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione, superiori all'8 per cento, verificatesi rispettivamente nel primo e nel secondo semestre dell'anno 2021, dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi.

²⁴ Quindi è derogabile la disposizione.

Oltre alla tutela demolitoria apprestata dal codice civile, il nuovo Codice dei contratti pubblici mira a garantire la sopravvivenza del contratto e la salvaguardia degli interessi economici delle parti.

Il codice ha l'obiettivo di conciliare lo speciale interesse dell'Amministrazione committente alla continuità delle prestazioni e delle forniture con quello degli operatori alla tutela dell'equilibrio economico-finanziario (a garanzia anche dei loro lavoratori e fornitori).

Alcuni autori hanno sostenuto che il diritto alla rinegoziazione è ora riconosciuto per legge, prescinde da una specifica pattuizione, ed è sempre tutelabile mediante il ricorso alla determinazione equitativa da parte del giudice ordinario²⁵.

LA PREVIA INTRODUZIONE DI CLAUSOLE DI RINEGOZIAZIONE; posizione paritetica e quindi g.o.

Rimane però da verificare l'effettiva volontà di investire nel miglioramento della capacità amministrativa indispensabile a un pieno esercizio di una discrezionalità orientata al risultato e di creare un più ampio quadro normativo e giurisprudenziale a ciò favorevole.

L'affermazione di nuovi principi non sembra corrispondere una revisione del sistema di governo e di vigilanza, ancora imperniato su una cultura del sospetto.

Ma la norma era già sostanzialmente presente nell'art. 106 del Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Art. 106. (Modifica di contratti durante il periodo di efficacia) anche qui il legislatore prevedeva – in un lungo ed articolato testo composto da ben 14 commi - parametri vincolanti ((sotto la vigilanza ANAC) con i quali riequilibrare il sinallagma contrattuale.

Art. 5 del codice BUONA FEDE

1. 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 di tutela dell'affidamento.
2. 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.
3. In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti. Nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico.
4. Ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito.

²⁵ B. Marchetti, Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici: prime osservazioni, Firenze, 14 aprile 2023.

**In materia contrattuale la buona fede è menzionata dal codice civile:
all'art. 1337 c.c sulla fase precedente delle trattative e formazione del contratto;
all'art. 1366 c.c. sulla sua interpretazione;
all'art. 1375 c.c. sulla sua esecuzione.**

Buona fede dell'art. 5 ha un'ulteriore finalità integrativa del contratto?²⁶ Appare essere una norma ultronea nella quale, peraltro, si perfeziona l'indicazione al giudice del quantum risarcibile al soggetto risultato non assegnatario dell'appalto

Si intravede l'esiziale rischio che attraverso il concetto di buona fede e rinegoziazione dei contratti nell'ottica dell'equilibrio possano essere scardinate le norme sulla concorrenza.

3) Entrata in vigore della Riforma o delle riforme?

Ogni decisione giurisprudenziale troviamo sempre la dizione “*ratione temporis*” applicabile?

Le ragione è da individuare nella contemporanea applicazione sul territorio di un variegato e stratificato compendio normativo, in funzione (spesso ma non sempre) della data della pubblicazione dell'appalto.

Ogni nuova riforma, ogni nuovo codice, non abroga immediatamente la precedente normativa ma dichiara la sua applicazione, spesso a decorrere dalla data di pubblicazione dell'appalto.

Ad es. ai sensi dell'art. 226 del nuovo codice del 2023, il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 del 2016, è abrogato dal 1° luglio 2023. A decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2, le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso.

Norma analoga era l'**Art. 216 del Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Disposizioni transitorie e di coordinamento)**: 1. *Fatto salvo quanto previsto nel presente articolo ovvero nelle singole disposizioni di cui al presente codice, lo stesso si applica alle procedure e ai contratti per le quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte..*

Precedentemente l'art. 253 del codice del 2006.

Art. 253. Norme transitorie 1. *Fermo quanto stabilito ai commi 1-bis, 1-ter, 1-quater e 1-quinquies, le disposizioni di cui al presente codice si applicano alle procedure e ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o*

²⁶ Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede 1375 c.c.

avvisi, alle procedure e ai contratti in cui, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.

Questa particolare tecnica normativa deve tenere conto della peculiare natura oggettiva del contratto di appalto²⁷ pubblico il quale, pur non essendo propriamente un contratto di durata, appare essere un contratto con condotte prolungate frazionate nel tempo (tempo necessario sia per la scelta del contraente sia per la esecuzione dell'opera, la quale può richiedere fisiologicamente anni).

Com'è noto nell'ordinamento italiano la nozione di appalto rinvia la propria disciplina nelle previsioni codicistiche di cui agli artt. 1655 e seg. c.c. laddove viene affermato che *“L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro”*.

Il concetto si amplia e si complica poiché la presenza di una disciplina normativa di origine comunitaria, comporta che la **nozione di “appalto (pubblico)” abbracci una serie più ampia di fattispecie contrattuali rispetto alla definizione del codice civile.**

Questo perché nell'ambito della legislazione comunitaria la figura dell'appalto è valsa ad individuare qualsiasi forma di rapporto contrattuale posto in essere fra un soggetto pubblico ed un soggetto privato in cui la parte pubblica debba sostenere dei costi al fine di beneficiare di una controprestazione che può riguardare la consegna di beni (appalto di forniture), l'esecuzione di un servizio (appalto di servizi) o l'esecuzione di un'opera (appalto di lavori)²⁸.

Definizione: I “contratti” o i “contratti pubblici” sono i contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori, dai soggetti aggiudicatori.”

Si tratta di contratto a titolo oneroso, stipulato per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, avente per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi come definiti dal presente codice (Art. 3, D.Lgs. n. 163/2006).

Sostanzialmente può dirsi che si tratta di un contratto “passivo” per l'Amministrazione: contratto in cui la parte pubblica sopporta un costo (generalmente attraverso l'erogazione di una somma di denaro) al fine di acquisire una prestazione.

²⁷ Per i contratti istantanei non si può parlare di recesso se il contratto ha avuto un principio d'esecuzione. Il recesso può esercitarsi solo e fino a quando l'esecuzione delle prestazioni non sia iniziata oppure sia stata differita, per l'apposizione di un termine iniziale o di una condizione che siano ancora pendenti. Nei contratti di durata o a esecuzione periodica o continuata il secondo comma del 1373 c.c. dispone che il recesso si possa esercitare quando l'esecuzione sia ancora incorso, ma non possa aver effetto per le prestazioni già eseguite (effetto naturale dei contratti di durata). Appare fisiologico che il recesso non possa avere un'efficacia retroattiva, non potendo operare sulle prestazioni già eseguite

²⁸ Riccardo Bianchini, Appalto pubblico, Altalex

Inoltre esistono le concessioni che complicano gli aspetti definitivi²⁹. “Le «concessioni di lavori pubblici» sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto, in conformità al presente codice, l’esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l’esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l’esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l’opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo...”

Il tempo trascorre perché molte sono le fasi del procedimento (in estrema sintesi):

- decisione di stipulare un contratto di appalto;
- predisposizione e pubblicazione del bando di gara, o della lettera di invito (qualora alla procedura possano partecipare soltanto i concorrenti invitati dall’Amministrazione);
- esame delle domande di partecipazione e confronto delle offerte presentate;
- aggiudicazione dell’appalto previa eventuale verifica dell’anomalia dell’offerta;
- stipula del contratto di appalto³⁰.

Il legislatore, consapevole che la caratteristica comune del contratto di appalto è la durata prolungata nel tempo del rapporto obbligatorio, che si crea tra P.A. ed il privato non abroga la precedente normativa che regola il rapporto, ma lo disciplina ex novo a partire – sovente e semplificando³¹ - dalla data della pubblicazione del bando.

Questo (necessitato) modo di legiferare crea nell’interprete la preliminare necessità di individuare la normativa *ratione temporis* applicabile.

Il problema si complica maggiormente perché ogni legge e codice degli appalti rimanda alla legge sul procedimento amministrativo 241 1990 (quale? Quella vigente al momento del fatto?) e al codice civile.

Si veda ad esempio l’art. 12 Dlgs 2023 n.36 (Rinvio esterno)

1. Per quanto non espressamente previsto nel codice:

a) alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241;

²⁹ Art. 3 comma 11 dlvo del 2006.

³⁰ Momento da cui decorre la giurisdizione del g.o.

³¹ L’art. 229 del codice del 2023 dichiara che Il codice entra in vigore, con i relativi allegati, il 1° aprile 2023. Le disposizioni del codice, con i relativi allegati, acquistano efficacia il 1° luglio 2023. Tuttavia leggendo l’art. 225 comma 10 si scopre che “Per gli interventi ricompresi tra le infrastrutture strategiche di cui alla disciplina prevista dall’articolo 163 e seguenti del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, già inseriti negli strumenti di programmazione approvati e per i quali la procedura di valutazione di impatto ambientale sia già stata avviata alla data di entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, i relativi progetti sono approvati secondo la disciplina prevista dall’articolo 163 e seguenti del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”.

b) alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile.

Il codice successivo quindi si applica alla data di entrata in vigore dettata dalla norma ma fa sempre salve alcune disposizioni della precedente normativa che sopravvivono alla nuova riforma.

Come detto il problema preliminare per l'interprete è, sovente, la ricerca della norma esattamente applicabile alla fattispecie.

Curioso osservare come statisticamente non poche controversie sorgano per legittime aspettative interpretative sulla più vantaggiosa norma nel tempo applicabile.

4) Le patologie del momento esecutivo.

4.a) La risoluzione e il recesso, nelle norme generali del codice civile.

Proprio per quanto si osservava pocanzi, in ordine alla costante evoluzione e produzione normativa, anche il nuovo codice dei contratti pubblici dedica alla risoluzione e al recesso contrattuale una specifica disciplina agli articoli 122 (risoluzione) e 123 (recesso): essa si muove nel solco del previgente Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (artt. 108 e 109) e precedentemente ancora al D.Lgs. n. 163/2006 (artt. 134, 135 e 136).

In via sistematica giova ricordare che in tema di appalto di opere pubbliche, le disposizioni speciali dettate con riferimento alle ipotesi di inadempimento del contratto di appalto (oggi dlgs 2023 n.36) integrano, senza peraltro sostituirli, i principi generali dettati dal legislatore in tema di mancato adempimento e di risoluzione del contratto di cui agli artt. 1453 -1458 c.c.

Consegue che, in ipotesi, tornano ad applicarsi le disposizioni generali di cui agli artt. 1453 e 1455 c.c. ove l'appaltatore (le parti io direi) non possa invocare i più favorevoli presupposti della norma speciale. **Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 10968 del 26/04/2023 (Rv. 667679 - 02); Sez. 1 - , Ordinanza n. 10968 del 26/04/2023 (Rv. 667679 - 02)**

Certamente, “a scalare”, le norme dall’art.1655 all’art.1677 c.c. se non derogate dalla norma speciale.

Inoltre, non pare escludersi che il contratto di appalto possa (anche) essere munito di una **clausola risolutiva espressa** e, quindi, soggetto ai rimedi privatistici di diritto comune (v. implicitamente **Cass. Sez. 1- n. 3455-15; Corte di Cassazione Sez. Prima civile Sentenza N. 21740 del 27.10.2016 secondo la quale**

“In un appalto pubblico, accanto alla facoltà della P.A. committente di sciogliersi mediante la procedura prevista dalla disciplina speciale, potrebbe essere inserita nel contratto una clausola risolutiva espressa, quale espressione dell'autonomia negoziale

discendente dalla posizione non autoritativa ma paritetica in cui opera la P.A. in sede contrattuale”.

Si è già detto sopra che l'appalto quale contratto³² non è a prestazione continuata ma è caratterizzato dalla durata prolungata; la durata prolungata del contratto lo espone fisiologicamente ad eventi esterni capaci di modificarne la struttura e di alterare il costante equilibrio del sinallagma, sia da eventi che mettono in discussione la natura e la utilità dell'opera. In questo modo si spiegano gli istituti della risoluzione del recesso.

Il legislatore nelle norme sopra evidenziate ha sempre disciplinato la risoluzione ed il recesso integrando le norme del codice civile le quali ultime hanno, anche loro, un funzionamento in regime di specialità.

Come già esposto trattasi di un contratto a durata prolungata in cui l'alea è presente maggiormente rispetto ad altri contratti per cui lo *ius variandi*, investe sia il progetto che non è invariabile (artt. 1659-1661 c.c.), sia tutto il percorso dalla realizzazione alla persistenza e tenuta del sinallagma contrattuale.

La giurisprudenza ammette che l'art. 1467³³, norma generale, sia invocabile solo in ipotesi diverse da quelle riconducibili all'art. 1664, norma speciale altrimenti applicabile con carattere di esclusività (C. 9060/1994) al contratto di appalto.

Continua manutenzione dei rapporti economici tra le parti.

³² In tema d'appalto di opera pubblica, la controversia relativa alla risoluzione del contratto per inadempimento del subappaltatore, afferendo esclusivamente alla fase esecutiva del rapporto, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, sul presupposto che, intervenuta la stipulazione del contratto, la pubblica Amministrazione non può più spendere alcun potere d'imperio, neppure in via di autotutela, Cass. Sez. U - , Ordinanza n. 32148 del 31/10/2022 (Rv. 666065 - 01).

³³ Art. 1467 c.c. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo.

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.

Art. 1664 c.c. Qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel 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.

Se nel corso dell'opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendono notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto a un equo compenso.

L'art. 1664 c.c. per il caso di circostanze imprevedibili (aumenti e diminuzioni del costo materiali o mano d'opera) opta per la revisione del prezzo ed esclude la risoluzione del contratto.

In dottrina come in giurisprudenza si considera ormai che l'istituto della «revisione» dei prezzi dell'appalto, disciplinato dall'art. 1664 c.c., altro non sia che una particolare (e più ampia) applicazione del più ampio istituto della «eccessiva onerosità» disciplinato dall'art. 1467 c.c. il quale – a ben vedere costituisce l'origine dell'odierno istituto di cui all'art. 9 del **Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36** (Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale).

La norma 1664 c.c. è disponibile (C. 5267/2018). Le parti possono fissare un diverso limite di aumento, oppure escludere dalla revisione l'aumento del costo di talune prestazioni. Ovvero pattuire l'invariabilità del corrispettivo, ponendo così interamente a carico dell'appaltatore (c.d. appalto a *forfait*) il rischio correlato ad una sopravvenuta maggiorazione dei costi: ma neppure un simile patto rende l'appalto un contratto aleatorio determinandosi semplicemente un ulteriore allargamento del rischio, senza che si esorbite dall'alea normale di questo tipo contrattuale (C. 11478/2016; C. 4198/2014)³⁴.

La speciale responsabilità dell'appaltatore inerente alla garanzia per vizi o difformità dell'opera prevista dagli artt. 1667 e 1668 c.c. ricorre quando l'appaltatore ha consegnato un'opera completa ma affetta da vizi o non conforme, così violando le prescrizioni pattuite per l'esecuzione dell'opera o le regole imposte dalla tecnica.

Osservazione- Gli appaltatori, nel momento del ribasso e per vincere la gara, tengono basso il corrispettivo iniziale perché auspicano di aumentarlo, dopo la conclusione del contratto, invocando l'art. 1664 c.c.: gonfiano *ex post*, infatti, il costo dei materiali e della manodopera per ottenere la revisione del corrispettivo. I committenti, da parte loro, tentano altrettanto spesso di scongiurare questa eventualità pretendendo l'inserimento in contratto di una clausola che preveda la rinuncia alla revisione del prezzo.

Il diritto dell'appaltatore alla revisione dei prezzi in presenza delle condizioni oggettive previste dall'art. 1664 c.c., quale elemento naturale del contratto, opera anche se non sia stato espressamente ribadito in occasione della sua stipulazione, ferma peraltro la facoltà delle parti di accordarsi per la sua esclusione o per una diversa disciplina.

L'ART. 1664 È DEROGABILE DALLE PARTI PRIVATE; nell'appalto pubblico interviene il principio della equipollenza contrattuale del dlvo 36\2023.

Ad es. Si parla di “sorpresa geologica” per indicare la fattispecie regolata dall'art. 1664, comma 2, c.c.: «Se nel corso della opera si manifestano difficoltà derivanti da cause geologiche, idriche e simili non previste dalle parti, che rendono notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto ad un equo compenso»

RECESSO

³⁴ Antonio Albanese, *Contratto e Impr.*, 2023, 2, 494 (commento alla normativa) LO SCIOGLIMENTO DELL'APPALTO TRA NORMATIVA SPECIALE E DISCIPLINA DEL CONTRATTO IN GENERALE.

Sotto altro profilo l'art. 1671 c.c. riconosce **il diritto di recesso** al committente, anche se è stata iniziata l'opera o il servizio, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno.

Il recesso è esercitabile *ad nutum*: esso non esige una giusta causa³⁵ - Il committente esercita un diritto potestativo che, come tale, è sottratto al controllo dei terzi e dell'appaltatore e non necessita di accettazione da parte dell'altro contraente. Si tratta quindi di un'eccezione, ex art. 1372 c.c., al principio della forza obbligatoria del contratto. Il compimento dell'opera o l'esecuzione del servizio risponde esclusivamente all'interesse del committente e se l'interesse viene meno, la legge ammette l'interruzione dell'opera o del servizio.

Il committente rimane, quindi, responsabile degli obblighi esistenti a suo carico, ma gli è reso possibile, in certo qual modo, anticiparne l'inadempimento, in modo da limitare l'entità della responsabilità; si raggiunge, così, il duplice risultato di evitare la produzione di un'opera e l'esplicazione di un'attività produttiva divenute economicamente inutili, salvaguardando l'adempimento delle obbligazioni contrattuali e l'interesse della controparte.

L'art. 1671 c.c. costituisce Norma speciale rispetto all'art. 1373 c.c. (derogabile) ancora una volta emerge l'appalto come contratto a prestazione cd. prolungata.

Tuttavia l'art. 1671 c.c. riconosce al solo committente la facoltà di recedere.

I rapporti tra il diritto (del committente) di recedere dal contratto di appalto in ogni momento, ai sensi dell'art. 1671 c.c., e la domanda di risoluzione per inadempimento, sono delineati dalla giurisprudenza in relazione di reciproca esclusione:

- che il recesso non possa più essere esercitato dal committente che abbia già proposto domanda di risoluzione per inadempimento;
- che ove il committente, invece, abbia dapprima optato per il recesso, determinando lo scioglimento del rapporto, gli rimane preclusa la successiva proposizione della domanda di risoluzione al fine di ridurre o eventualmente anche eliminare l'indennizzo da lui dovuto.

L'indennizzo del committente conferisce al suo recesso carattere di atto lecito, che peraltro obbliga al committente stesso al pagamento del mancato guadagno. Nella liquidazione di tale indennizzo, il giudice del merito ha facoltà di applicare il criterio equitativo quale normale criterio per la valutazione del lucro cessante (art.2056 c. c.), il quale può essere utilizzato per qualsiasi danno ed, in particolare, per la determinazione della quota di spese generali, costi di ammortamento, impegno improduttivo di materiali e mano d'opera ecc., quando sia impossibile o assai difficoltoso, sulla base di una valutazione discrezionale del giudice, fornire la prova precisa dell'entità del pregiudizio sofferto (debito di valore).

Nessun elemento di diritto positivo consente di ritenere che il diritto di recesso sia circoscritto alla sola ipotesi che il rapporto si svolga regolarmente; pertanto, il recesso potrà essere motivato anche dalla sfiducia del committente verso l'appaltatore per fatti d'inadempimento

³⁵ in dottrina Musolino, Il recesso ad nutum nel contratto di appalto, in Riv. giur. edil., 2002, I, p. 387 ss.;

Impossibilità sopravvenuta, 1672 c.c. Se il contratto si scioglie perché l'esecuzione dell'opera è divenuta impossibile in conseguenza di una causa non imputabile ad alcuna delle parti (1464), il committente deve pagare la parte dell'opera già compiuta, nei limiti in cui è per lui utile (1675, 2228, 2231, 2237), in proporzione del prezzo pattuito per l'opera intera.

Nell'ipotesi normale di fornitura della materia da parte dell'appaltatore, questi sopporta il rischio integrale per il perimento od il deterioramento dell'opera sino a quando la stessa non sia stata accettata dal committente: pertanto l'appaltatore continua ad essere obbligato all'esecuzione, e deve ricostruirla o ripararla, senza diritto a compenso aggiuntivo³⁶. L'accettazione determina il passaggio del rischio: in tal caso, e sino alla consegna, l'appaltatore mantiene gli obblighi di custodia, e risponde per sua colpa, ma non sopporta più le conseguenze del fortuito.

Norme ormai sostanzialmente inapplicabili ex art. 9 dlvo 2023 n.36?

In tema di appalto di opere pubbliche, la posizione soggettiva dell'appaltatore in ordine alla facoltà dell'Amministrazione di procedere alla revisione dei prezzi è tutelabile dinanzi al giudice amministrativo quando attenga all'*an* della revisione, in quanto correlata all'esercizio di un potere discrezionale riconosciuto dalla norma alla stazione appaltante, sulla base di valutazioni correlate a preminenti interessi pubblicistici.

Oggi con l'art. 9 acquista natura e consistenza di diritto soggettivo, tutelabile dinanzi al giudice ordinario, sussistendo un diritto alla revisione, così che la controversia riguarda soltanto il *quantum* della stessa (C., S.U., 18126/2005).

Sembra sussistere oggi - negli appalti di opere pubbliche - il diritto alla revisione prezzi in capo all'appaltatore affinché sia riconosciuto il relativo credito allo stesso.

Con l'art. 9 sussiste un diritto soggettivo in tal senso in capo all'impresa appaltatrice (C., S.U., 23072/2006).

4.b) Risoluzione e recesso articoli 122 e 123

L'art. 122 del dlgs 36/2023 deriva direttamente dall'art.108 del D.Lgs. n. 50/2016 il quale a sua volta concentrava in sé la disciplina prima contenuta negli artt. 135-139 del D.Lgs. n. 163/2006, unitamente ad altre specifiche disposizioni contenute nell'art. 44 della direttiva 2014/23, nell'art. 73 della Dir. 2014/24, nonché nell'art. 90 della Dir. 2014/25.

La norma prevede una facoltà in capo all'Amministrazione³⁷ che nelle ipotesi di cui al comma 1 e 3 può "discrezionalmente" essere esercitata, mentre nei casi di cui al comma secondo deve essere esercitata.

³⁶ Antonio Albanese, op.cit.

³⁷ Sez. U - , Ordinanza n. 32148 del 31/10/2022 (Rv. 666065 - 01) in tema d'appalto di opera pubblica, la controversia relativa alla risoluzione del contratto per inadempimento del subappaltatore, afferendo esclusivamente alla fase esecutiva del rapporto, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, sul presupposto che, intervenuta la stipulazione del contratto, la pubblica Amministrazione non può più spendere alcun potere d'imperio, neppure in via di autotutela. Analoga Sez. U - , Ordinanza n. 10705 del 03/05/2017 (Rv. 644249 - 01).

La risoluzione è discrezionale nel caso di modifiche sostanziali al contratto, ossia quando si registra un'alterazione considerevole degli elementi essenziali del contratto, tra le quali viene puntualmente dettagliata quella relativa al superamento delle soglie di cui all'art. 120. Ovvero nel caso in cui si verifichi in capo al contraente privato una delle situazioni che ne avrebbe imposto l'esclusione dalla procedura di gara. Un'ultima ipotesi concerne l'eventualità in cui l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato, ricorrendo una grave violazione degli obblighi derivanti dai Trattati riconosciuta dalla Corte di Giustizia all'esito di una procedura di infrazione promossa dalla Commissione europea.

Per il caso di risoluzione discrezionale non vale il termine di 18 mesi previsto dall'art. 21 *nonies*, L. 241/1990 in tema di annullamento d'ufficio.

La specificazione in questione è riferita solo alla risoluzione discrezionale e non anche a quella obbligatoria, per quest'ultima infatti, il termine in questione non potrebbe in ogni caso valere dal momento che le cause della risoluzione poggiano o sul mendacio del contraente o su di una misura di prevenzione o condanna definitiva del giudice penale che, secondo i principi contenuti nella legge generale sul procedimento, rappresentano ipotesi eccezionali che fanno sopravvivere sine die il potere di autotutela dell'Amministrazione. I restanti commi dell'art. 122 disciplinano le conseguenze della risoluzione.

Art. 122. (Risoluzione)

1. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 121, le stazioni appaltanti possono risolvere un contratto di appalto senza limiti di tempo, se si verificano una o più delle seguenti condizioni:

- a) modifica sostanziale del contratto, che richiede una nuova procedura di appalto ai sensi dell'articolo 120;*
- b) con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 120, comma 1, lettere b) e c), superamento delle soglie di cui al comma 2 del predetto articolo 120 e, con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 120, comma 3, superamento delle soglie di cui al medesimo articolo 120, comma 3, lettere a) e b);*
- c) l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una delle situazioni di cui all'articolo 94, comma 1, e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura di gara;(ma come sono reati?)*
- d) l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.*

2. Le stazioni appaltanti risolvono un contratto di appalto qualora nei confronti dell'appaltatore:

- a) sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci;*
- b) sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, ovvero*

sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del presente Libro³⁸.

3. Il contratto di appalto può inoltre essere risolto per grave inadempimento delle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da compromettere la buona riuscita delle prestazioni. Il direttore dei lavori o il direttore dell'esecuzione, se nominato, quando accerta un grave inadempimento ai sensi del primo periodo avvia in contraddittorio con l'appaltatore il procedimento disciplinato dall'articolo 10 dell'allegato II.14. All'esito del procedimento, la stazione appaltante, su proposta del RUP, dichiara risolto il contratto con atto scritto comunicato all'appaltatore.(questo comma non è altro che la risoluzione del codice civile)

4. Qualora, al di fuori di quanto previsto dal comma 3, l'esecuzione delle prestazioni sia ritardata per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del contratto, il direttore dei lavori o il direttore dell'esecuzione, se nominato, gli assegna un termine che, salvo i casi d'urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni, entro i quali deve eseguire le prestazioni. Scaduto il termine, e redatto il processo verbale in contraddittorio, qualora l'inadempimento permanga, la stazione appaltante risolve il contratto, con atto scritto comunicato all'appaltatore, fermo restando il pagamento delle penali.

5. In tutti i casi di risoluzione del contratto l'appaltatore ha diritto soltanto al pagamento delle prestazioni relative ai lavori, servizi o forniture regolarmente eseguiti.

*6. Nei casi di risoluzione del contratto di cui ai commi 1, lettere c) e d), 2, 3 e 4, le somme di cui al comma 5 sono decurtate degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto, e in sede di liquidazione finale dei lavori, servizi o forniture riferita all'appalto risolto, l'onere da porre a carico dell'appaltatore è determinato anche in relazione alla maggiore spesa sostenuta per il nuovo affidamento, se la stazione appaltante non si sia avvalsa della facoltà prevista dall'articolo **124, comma 2, primo periodo**.*

7. L'allegato II.14 disciplina le attività demandate al direttore dei lavori e all'organo di collaudo o di verifica di conformità in conseguenza della risoluzione del contratto.

8. Nei casi di risoluzione del contratto, l'appaltatore provvede al ripiegamento dei cantieri già allestiti e allo sgombero delle aree di lavoro e relative pertinenze nel termine assegnato dalla stazione appaltante; in caso di mancato rispetto del termine, la stazione appaltante provvede d'ufficio addebitando all'appaltatore i relativi oneri e spese. In alternativa all'esecuzione di eventuali provvedimenti giurisdizionali cautelari, possessori o d'urgenza comunque denominati che inibiscano o ritardino il ripiegamento dei cantieri o lo sgombero delle aree di lavoro e relative pertinenze, la stazione appaltante può depositare cauzione in conto vincolato a favore dell'appaltatore o prestare fideiussione bancaria o polizza assicurativa con le modalità di cui all'articolo 106, pari all'1 per cento del valore del contratto. Resta fermo il diritto dell'appaltatore di agire per il risarcimento dei danni.

³⁸ **Ossia dall'articolo 94 al 98: tuttavia nell'art. 94 è richiamato l'art. 98 Illecito professionale grave, il quale concetto richiama tutti i reati.**

Ricordiamo comunque l'art. 1453 c.c.

Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno.

Si tratta di un evento verificatosi successivamente alla stipula del contratto.

Certamente anche l'eccessiva onerosità sopravvenuta permane quale istituto ed è applicabile (art.1467-1469 c.c.).

Art. 123. (Recesso)

L'articolo dispone testualmente:

1. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-ter³⁹ e 92⁴⁰, comma 4, del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, la stazione appaltante può recedere dal contratto in qualunque momento purché tenga indenne l'appaltatore mediante il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavori o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite, calcolato secondo quanto previsto dell'allegato II.14.

³⁹ Dlvo 159\2011: art.88 comma

*4-bis. Decorso il termine di cui al comma 4, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, procedono anche in assenza della comunicazione antimafia, previa acquisizione dell'autocertificazione di cui all'articolo 89. In tale caso, i contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni di cui all'articolo 67 sono corrisposti sotto condizione risolutiva e i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti, **fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite.***

4-ter. La revoca e il recesso di cui al comma 4-bis si applicano anche quando la sussistenza delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 è accertata successivamente alla stipula del contratto, alla concessione di lavori o all'autorizzazione al subcontratto.

⁴⁰ D.lgs. 159\2011: art.92 commi:

3. Decorso il termine di cui al comma 2, primo periodo, ovvero, nei casi di urgenza, immediatamente, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, procedono anche in assenza dell'informazione antimafia.

*I contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni di cui all'articolo 67 sono corrisposti sotto condizione risolutiva e i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti, **fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite.***

*4. **La revoca e il recesso di cui al comma 3** si applicano anche quando gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa siano accertati successivamente alla stipula del contratto, alla concessione dei lavori o all'autorizzazione del subcontratto.*

2. *L'esercizio del diritto di recesso è manifestato dalla stazione appaltante mediante una formale comunicazione all'appaltatore da darsi per iscritto con un preavviso non inferiore a venti giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori, servizi o forniture ed effettua il collaudo definitivo o verifica la regolarità dei servizi e delle forniture.*
3. *L'allegato II.14 disciplina il rimborso dei materiali, la facoltà di ritenzione della stazione appaltante e gli obblighi di rimozione e sgombero dell'appaltatore.*

NOTA: T.A.R. Calabria Reggio Calabria Sent., 24/02/2016, n. 220 La giurisdizione del Giudice Amministrativo in tema di interdittiva antimafia si estende pure sulle connesse controversie relative agli atti di recesso e (o) risoluzione (ovvero sospensione del rapporto) che vengono adottati dalle Amministrazioni una volta ricevuta un'informativa antimafia negativa la quale attesti il pericolo di contaminazione mafiosa nelle compagini controparti contrattuali dell'Amministrazione medesima.

Art. 21 sexies 241/1990.

L'art. 21 *sexies* della L. n. 241/1990, nelle modifiche introdotte dalla L. n. 15/2005, così dispone: "il recesso unilaterale dai contratti della pubblica Amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto.

Pertanto, all'indomani della stipulazione del contratto, la stazione appaltante non può esercitare il potere di revoca di cui all'art. 21 quinquies, L. n. 241/1990, ovvero il potere di recesso di cui all'art. 21 sexies, L. n. 241/1990, ma deve utilizzare la disposizione espressamente contenuta nel codice dei contratti pubblici.

La revoca incide sui provvedimenti amministrativi della fase prenegoziale, mentre il recesso incide sul rapporto negoziale.

Il recesso è un negozio giuridico unilaterale con il quale la parte manifesta la volontà di liberarsi dal vincolo contrattuale. Lo stesso è consentito nei contratti ad esecuzione immediata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione; mentre per quelli ad esecuzione continuata o periodica il recesso non ha efficacia per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione.

L'art. 1373 c.c. I comma c.c., disciplina il c.d. RECESSO CONVENZIONALE e prevede la corresponsione di un corrispettivo per lo ius poenitendi.

Diversamente l'art. 1671 c.c. costituisce un'ipotesi di recesso legale e ne presuppone l'esercizio, in qualunque momento, anche posteriore alla conclusione del contratto d'appalto.

Diversamente dal recesso del dlgs 159/2011, si tratta di un diritto potestativo, con efficacia *ex nunc* quanto agli effetti, dovendo comunque il committente tenere indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno. Il committente ha, infatti, un obbligo indennitario nei confronti dell'appaltatore ed è ammissibile anche nell'ipotesi di contratti ad esecuzione istantanea o non di durata.

La ratio di tale disposizione va ricercata nell'esigenza di tutelare l'interesse del committente che vuole impedire la realizzazione o l'ultimazione dell'opera per qualsiasi ragione.

Il potere di revoca è una forma di autotutela che consente alla PA di incidere ex post su un atto unilaterale e autoritativo (provvedimento):

1. è diversa la posizione giuridica vantata dal privato nei confronti della **revoca** pubblicistica (**interesse legittimo**) e del **recesso** contrattuale (**diritto soggettivo**);
2. la **revoca** può essere adottata in presenza delle **condizioni legittimanti previste in generale dall'art. 21 quinquies**, mentre il **recesso** è disciplinato da **specifiche disposizioni di legge**;
3. nella revoca la **determinazione dell'indennizzo** segue le regole stabilite dall'art. 21 quinquies, co. 1 bis, mentre il ristoro pecuniario dovuto dalla PA recedente è oggetto di un'apposita disciplina nelle diverse disposizioni di legge che lo regolano

Ci si è chiesti se la revoca potesse esercitarsi anche nei contratti pubblici, con interruzione del rapporto negoziale.

Certamente con l'art. 21 quinquies la revoca è più economica e vantaggiosa per la PA:

Adunanza plenaria CDS⁴¹: la revoca può esercitarsi solo nelle Concessioni e non anche ai contratti di appalto.

Accordi pubblici presuppongono (revoca) potere pubblico valutazioni di opportunità;

Potere esorbitante visto che è previsto il recesso.

La differenza economica è rilevante:

Revoca comporta l'indennizzo – Recesso danno emergente e lucro cessante!

Nel recesso la p.a. non è tenuta a giustificare le motivazioni del pentimento - diritto potestativo che incontra solo il limite della buona fede.

Si tratta in definitiva di poteri distinti⁴² che tendono ad escludersi e che soggiacciono a regole differenti in quanto:

- a) il potere di revoca della procedura di affidamento si colloca nell'ambito dell'azione amministrativa di tipo pubblicistico, mentre il recesso contrattuale, lasciando impregiudicata la serie pubblicistica degli atti, incide solo sul vincolo contrattuale;
- b) è differente la qualificazione della posizione giuridica vantata dal privato nei confronti della revoca pubblicistica (interesse legittimo) e del recesso contrattuale (diritto soggettivo);
- c) la revoca può essere adottata in presenza delle condizioni legittimanti previste dall'art. 21 quinquies L. 7 agosto 1990, n. 241 mentre il potere di recesso è disciplinato da specifiche disposizioni di legge, tra cui l'art. 134, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e l'art. 1, comma 13, D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, in L. 7 agosto 2012, n. 135;

⁴¹ L'irrevocabilità del provvedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico a contratto siglato (Cons. Stato, Ad. Plen., sent., n. 14 del 2014).

⁴² Luigi Tarantino, Urbanistica e appalti, 2017, 4, 584 (commento alla normativa) L'INEFFICACIA DEL CONTRATTO PUBBLICO.

d) nel caso di revoca la determinazione dell'indennizzo segue le regole stabilite dall'art. 21 quinquies, comma 1 bis, L. 7 agosto 1990, n. 241 mentre il ristoro pecuniario dovuto dall'Amministrazione recedente è fatto oggetto di apposita disciplina nelle diverse disposizioni di legge che lo regolano, oltre che innestarsi sulla previsione generale di cui all'art. 1373, comma 3, c.c. (se non derogata) (C.G.A. 21 gennaio 2015, n. 49)

Quindi, anche se è vero che l'Amministrazione non può procedere alla revoca del contratto, di cui all'art. 21 quinquies della L. n. 241 del 1990, dopo la stipula del contratto stesso, sussiste tuttavia la possibilità della risoluzione.

A differenza della risoluzione che fonda su di un diritto potestativo utilizzabile dall'Amministrazione solo nelle tassative ipotesi individuate dal legislatore, il recesso si caratterizza per l'assoluta discrezionalità da parte dell'Amministrazione nel suo utilizzo, non dovendo ricorrere all'uopo particolari presupposti.

In questo senso il nuovo codice si allinea all'impostazione del vecchio codice.

Recesso, pur comportando anch'esso lo scioglimento del rapporto per volontà unilaterale dell'Amministrazione, costituisce espressione di un diritto potestativo il cui esercizio non postula la sussistenza di particolari condizioni ma può aver luogo in qualsiasi momento, senza che assumano rilievo i motivi che lo hanno determinato, richiedendosi soltanto, a tal fine, la corresponsione di un indennizzo in favore dell'appaltatore (Cons. Stato, Sez. V, 10 ottobre 2016, n. 3573; Cass., Sez. I, 13 ottobre 2014, n. 21595).

La nuova norma riguarda non solo gli appalti strettamente intesi anche i contratti di servizi e di forniture.

Nel procedimento di affidamento di un appalto pubblico se, una volta stipulato il contratto di appalto, le Pubbliche amministrazioni rinvenivano sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione, ma devono esercitare il diritto potestativo (di recesso) regolato (oggi) dall'art. 123 (Cons. Stato, Sez. V, 13 settembre 2016, n. 3865).

4.c) GIURISPRUDENZA SUL CONCETTO DI INADEMPIMENTO

(come la realtà, a volte, possa essere più complessa di qualsiasi ardita fantasia)

Principio risalente ma ancora applicabile;

Ai fini della risoluzione del contratto di appalto per i vizi dell'opera si richiede un inadempimento più grave di quello richiesto per la risoluzione della compravendita per i vizi della cosa, atteso che, mentre per l'art. 1668, secondo comma, c.c. la risoluzione può essere dichiarata soltanto se i vizi dell'opera sono tali da renderla del tutto inidonea alla sua destinazione. **Sez. 2, Sentenza n. 9613 del 20/09/1990 (Rv. 469297 - 01)**

*Quindi non è sufficiente un semplice inadempimento ma occorre che
L'opera si inidonea alla sua destinazione....*

La possibilità di chiedere la risoluzione del contratto di appalto è ammessa nella sola ipotesi in cui l'opera, considerata nella sua unicità e complessità, sia assolutamente inadatta alla destinazione sua propria in quanto affetta da vizi che incidono in misura notevole - sulla struttura e funzionalità della medesima sì da impedire che essa fornisca la sua normale utilità.

Se i vizi e le difformità sono facilmente e sicuramente eliminabili, il committente può solo richiedere, a sua scelta, uno dei provvedimenti previsti dal primo comma dell'art. 1668 c.c. salvo il risarcimento del danno nel caso di colpa dell'appaltatore.

La valutazione delle difformità o dei vizi deve avvenire in base a criteri obiettivi, ossia considerando la destinazione che l'opera riceverebbe dalla generalità delle persone, mentre deve essere compiuta con criteri subiettivi quando la possibilità di un particolare impiego o di un determinato rendimento siano dedotti in contratto.

Incombe al committente l'onere probatorio in ordine alla sussistenza dei vizi dedotti a fondamento della domanda di risoluzione del contratto di appalto, mentre compete all'appaltatore addurre l'esistenza di eventuali cause che impediscano al committente di far valere il suo diritto. Sez. 2, **Sentenza n. 5250 del 15/03/2004** (Rv. **571164 - 01**).

Il principio sancito dall'art.1455 cod. civ., secondo cui il contratto non può essere risolto se l'inadempimento ha scarsa importanza in relazione all'interesse dell'altra parte, va adeguato anche ad un criterio di proporzione fondato sulla buona fede contrattuale. Pertanto, la gravità dell'inadempimento di una delle parti contraenti non va commisurata all'entità del danno, che potrebbe anche mancare, ma alla rilevanza della violazione del contratto con riferimento alla volontà manifestata dai contraenti, alla natura e alla finalità del rapporto, nonché al concreto interesse dell'altra parte all'esatta e tempestiva prestazione Sez. 2, **Sentenza n. 14034 del 01/07/2005** (Rv. **582469 - 01**);

CASS: Sez. 1 - , **Ordinanza n. 11189 del 09/05/2018** (Rv. **648900-01**): Costituisce grave inadempimento dell'impresa appaltatrice consistito l'abbandono del cantiere senza provvedere al completamento delle opere commissionate; totale inosservanza delle regole sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro; utilizzo di materiali non idonei all'impiego e nella misura inferiore al capitolato; grava sull'appaltatore, e non sul committente, ex art. 4 della l. n. 1086 del 1971, l'obbligo di denunciare all'ufficio del Genio civile competente per territorio le dette opere corredate dai calcoli, sicché l'ingiustificata omissione di tale attività prima dell'inizio dei lavori rileva quale grave inadempimento, ex art. 1455 c.c., ai fini dell'accoglimento della domanda di risoluzione contrattuale. Sez. 2, **Sentenza n. 1981 del 02/02/2016** (Rv. **638793 - 01**),

In materia di SUBAPPALTO (il quale anche oggi rimane vietato ma con alcune ampie concessioni possibiliste ex art. 119 dlvo 36 del 2023).

L'art. 21 della legge 646 del 1982 (modificata dalle leggi n. 726 del 1982 e n. 936 del 1982), contenente la normativa penale antimafia in materia di appalti pubblici, vieta all'appaltatore di opere appaltate dalla p.a. di concedere in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte, le opere stesse senza l'autorizzazione dell'Amministrazione committente; per cui il subappalto stipulato in violazione di tale norma imperativa è nullo ai sensi dell'art. 1418 cod. civ., perché in contrasto con una norma imperativa, e costituisce nel contempo grave inadempimento dell'appaltatore, che legittima la stazione appaltante a chiedere la risoluzione del contratto. Pertanto, posto che detto comportamento vietato dalla menzionata norma costituisce un fatto illecito dell'appaltatore in danno dell'Amministrazione committente, lo stesso non può nel contempo rappresentare il titolo sul quale detto imprenditore fonda la richiesta di pagamento delle prestazioni fatte eseguire da un terzo in violazione della norma integratrice del contratto di appalto risolto per inadempimento; il che, peraltro, si tradurrebbe nell'esecuzione di quest'ultimo contratto, invece già risolto proprio in conseguenza dell'illiceità delle prestazioni suddette. Sez. 1, **Sentenza n. 11131 del 16/07/2003 (Rv. 565134 - 01)**.

Il contratto di appalto, inoltre, potrebbe (rectius può art.122 codice) essere risolto per grave inadempimento delle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da compromettere la buona riuscita delle prestazioni.

Due importanti principi:

1. In tema di appalto privato o pubblico, la responsabilità dell'assuntore del lavoro inerente alla **garanzia per vizi e difformità dell'opera eseguita**, prevista dagli artt. 1667 e segg. cod. civ., può configurarsi unicamente quando lo stesso, **nell'intervenuto completamento dei lavori**, consegna alla controparte un'opera realizzata nel mancato rispetto dei patti o non a regola d'arte, mentre nel caso di **non integrale esecuzione dei lavori o di ritardo o rifiuto della consegna del risultato di questi a carico dell'appaltatore può operare unicamente la comune responsabilità per inadempimento contrattuale di cui agli artt. 1453 e segg. cod. civ.;**
2. **Il ritardo nel completamento delle opere** non costituisce fattispecie che rientri nell'ambito dell'esecuzione del collaudo di opere pubbliche, non afferendo a questione tecnico-contabile, integrando, una forma d'inadempimento contrattuale, di cui agli art 1453 ss., c.c., che l'ente committente può far valere nel termine di prescrizione; pertanto **non può configurarsi nel collaudo** un termine finale per contestare all'appaltatore i ritardi dell'opera consegnata, esulando dall'ambito delle questioni tecnico-contabili che ne costituiscono il tradizionale ambito, venendo in rilievo un inadempimento contrattuale disciplinato secondo le norme generali.

Corte di Cassazione, Sezione Prima, ordinanza 25 gennaio 2022 n. 2075

Risoluzione ma sempre con attenzione al RISULTATO

Il giudice deve compiere un'indagine globale e unitaria coinvolgente nell'insieme il comportamento di ciascuna delle parti, anche con riguardo alla durata del protrarsi degli effetti dell'inadempimento, in quanto l'unitarietà del rapporto obbligatorio cui ineriscono tutte le prestazioni inadempite, non tollera una valutazione frammentaria e settoriale del comportamento del contraente, ma esige un apprezzamento complessivo. Sez. 1, **Sentenza n. 2799 del 28/03/1997 (Rv. 503388 - 01)**;

4.d) Il concetto di ritardo

Ritardo dell'appaltatore (art.122 comma 4):

Sez. 1 - , Ordinanza n. 20874 del 21/07/2021 (Rv. 661972 - 01)

In tema di appalto di opere pubbliche, la rilevanza dei ritardi dell'appaltatore ai fini della risoluzione del contratto, secondo la procedura prevista dall'art. 119 del d.P.R. n. 554 del 1999 (applicabile "ratione temporis"), dipende dal riscontro dei presupposti della gravità *ed* imputabilità, la cui valutazione deve essere operata non solo alla stregua di un **criterio oggettivo**, attraverso la verifica che l'inadempimento abbia inciso in misura apprezzabile nell'economia complessiva del rapporto, ma anche di eventuali elementi **di carattere soggettivo**, consistenti nel comportamento di entrambe le parti che possano, in relazione alla particolarità del caso concreto, incidere sul giudizio di gravità. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza con la quale la Corte d'appello, dopo aver considerato che il ritardo dell'appaltatore non poteva oggettivamente considerarsi sufficiente a legittimare la risoluzione contrattuale, aveva però trascurato di esaminare l'aspetto soggettivo e cioè che i numerosi inviti e richiami erano rimasti senza risposta, sì da far insorgere nella stazione appaltante il fondato dubbio sulla affidabilità dell'appaltatore e sulle sue possibilità di rientro).

NOTA: SOVENTE il ritardo nella risoluzione investe anche (oserei dire soprattutto) la stazione appaltante⁴³:

Gli eventi che spesso determinano ritardi dipendono da vari fattori che possono così raggrupparsi:

- 1) ritardo nella stipula del contratto;
- 2) ritardo nella consegna dei lavori;
- 3) sospensione totale o parziale dei lavori;
- 4) ritardo nella contabilizzazione dei lavori;
- 5) ritardo nella collaudazione dell'opera dopo l'ultimazione;
- 6) ritardo nello svincolo delle garanzie fidejussorie....

In tema di appalto di opere pubbliche, la scelta se disporre o meno varianti in corso d'opera, non può essere rimandata sine die: facoltà discrezionale deve essere esercitata nel rispetto dei principi generali di correttezza, lealtà e buona fede e del dovere di cooperare

⁴³Giuseppe.Liotine; <https://www.provveditoratooppuglia.it> - *I ritardi nella esecuzione di opere pubbliche il danno per gli appaltatori e le conseguenze risarcitorie a carico dell'Amministrazione appaltante*

all'adempimento dell'appaltatore ai sensi dell'art. 1206 c.c. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la decisione impugnata, che aveva ritenuto la Stazione appaltante responsabile della risoluzione del contratto non già per non aver dato corso alle varianti, ma per aver ritardato indebitamente nella relativa decisione). Sez. 1 - , Sentenza n. 5848 del 22/02/2022 (Rv. 664029 - 01)

In tema di appalto di opere pubbliche, il superamento del termine di sei mesi dalla data di ultimazione dei lavori per la conclusione del collaudo fa sorgere il diritto dell'impresa alla restituzione della cauzione prestata; Sez. 1 - , *Ordinanza n. 7194 del 13/03/2019* (Rv. 653632 - 01)

In tema di appalti di opere pubbliche, l'ente pubblico committente (nella specie, un comune) è responsabile del mancato tempestivo pagamento degli acconti. Sez. 1, *Sentenza n. 22580 del 23/10/2014* (Rv. 632618 - 01)

Diversamente però....

“In tema di appalti pubblici, in caso di ritardo nell'adempimento per fatto dell'Amministrazione appaltante, non trova applicazione la disciplina civilistica in materia di risoluzione del contratto. Sez. 1 - , *Ordinanza n. 18897 del 11/09/2020* (Rv. 658971 - 01); **ed ancora;**

In tema di appalto di opere pubbliche regolato dal d.P.R. n. 1063 del 1962, la mancata (o tardiva) consegna dei lavori da parte della P.A., al pari della loro consegna parziale, non conferiscono all'appaltatore il diritto di risolvere il rapporto, ai sensi degli articoli 1453 e 1454 c.c., Sez. 1, **Sentenza n. 22112 del 29/10/2015** (Rv. 637502 - 01);

5) Giurisprudenza, premessa sistematica.

È stata selezionata solo la giurisprudenza che esprime, alti e generali principi applicabili ai giorni nostri anche ai conflitti ancora da iscrivere al Registro generale. Presso la Corte di Cassazione, spesso, il mestiere del giudice assume un aspetto da storico del diritto.

Come detto il giudice applica le norme come esse esistevano talvolta 20, 30 (o anche di più) anni or sono.

La più recente sentenza massimata Sez. 3, l'ordinanza n. 33858 del 04/12/2023 (Rv. 669510 - 01) la quale dichiara che

“ in tema di appalto di opere pubbliche, in caso di risoluzione anticipata del contratto per fatto e colpa dell'appaltatore, quando i lavori, sebbene non integralmente ultimati, siano stati almeno parzialmente eseguiti e l'interesse creditorio sia stato, almeno in parte, soddisfatto, l'ente pubblico appaltante è tenuto ad emettere **il certificato di collaudo sia pure parziale**, ossia limitato alla parte dei lavori eseguiti, ha fatto applicazione delle seguenti norme: Legge 10/12/1981 num. 741; l'art. 5 co. 4, Legge 11/02/1994 num. 109; **Decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554 Regolamento di**

attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni.

Il giudice di merito applica norme, come visto stratificate sia cronologicamente, sia per compendio (codice civile parte generale, parte del contratto di appalto, legge sul procedimento, legge speciale appalti e direttive europee (quali?), non da ultimo la legge sul processo civile, ossia quella vigente al momento della iscrizione a ruolo o quella del correttivo prossimo venturo?).

5.a) Giurisprudenza sulla risoluzione

Differenza tra risoluzione e recesso quanto alla corresponsione.

In tema di appalto di opere pubbliche, il diritto alla risoluzione del contratto rientra nell'ambito dell'autotutela amministrativa e (*nel presupporre il grave inadempimento dell'appaltatore*⁴⁴), va tenuto distinto dal diritto di recesso che costituisce piuttosto una speciale facoltà del committente, riflesso di un diritto potestativo collegato a insindacabili scelte discrezionali della pubblica Amministrazione, con la conseguenza che, in ipotesi di esercizio del diritto alla risoluzione contrattuale, la stazione appaltante non è tenuta ad alcun obbligo di corresponsione all'appaltatore del decimo del valore delle opere non eseguite, previsto esclusivamente nell'ipotesi di esercizio del recesso. Cass. Sez. 1 - , Ordinanza n. 11361 del 02/05/2023 (Rv. 667800 - 01)

Art.122 comma 3, grave inadempimento delle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da compromettere la buona riuscita delle prestazioni.

Risoluzione chiesta dall'appaltatore. Sez. 1 - , Ordinanza n. 38188 del 03/12/2021 (Rv. 665214 - 01) la domanda di risoluzione del contratto avanzata dall'appaltatrice per grave inadempimento dell'appaltante non presuppone la previa instaurazione della procedura di risoluzione in via amministrativa;

Eppure In tema di appalti pubblici, in caso di ritardo nell'adempimento per fatto dell'Amministrazione appaltante, non trova applicazione la disciplina civilistica in materia di risoluzione del contratto bensì la norma speciale di cui all'art. 10, comma 8, del D.P.R. n. 1063 del 1962 (Capitolato generale di appalto delle opere pubbliche), che riconosce all'appaltatore la sola facoltà di presentare istanza di recesso dal contratto, al mancato accoglimento della quale consegue il sorgere del diritto al compenso per i maggiori oneri derivanti dal ritardo (Cass. Sez. 1 - , Ordinanza n. 18897 del 11/09/2020, Rv. 658971 - 01).

In tema di appalto di opere pubbliche, la sospensione dei lavori disposta dall'Amministrazione giustifica l'applicazione delle norme sull'inadempimento delle

⁴⁴ l'art. 136 del d. lgs. n. 163 del 2006

obbligazioni e sulla risoluzione del contratto quando dipenda da fatto imputabile alla stazione appaltante. Sez. 1 - , Ordinanza n. 15700 del 14/06/2018 (Rv. 649276 - 01).

In tema di appalti di opere pubbliche, la causa di forza maggiore che deve ricorrere per la **sospensione dei lavori**, deve essere di natura “temporanea”, ossia destinata ad essere rimossa dalle parti o a cessare entro un termine ragionevole, da determinarsi caso per caso; ne consegue che, nel perdurare, oltre detto periodo, della sospensione, trova applicazione l’ordinaria disciplina del codice civile sull’inadempimento delle obbligazioni, dalla quale derivano il diritto dell’appaltatore ad una congrua proroga del termine per l’ultimazione dell’opera ed al rimborso delle maggiori spese sostenute, ovvero operano, in alternativa, i rimedi della risoluzione del contratto per inadempimento della stazione appaltante e del risarcimento del danno subito. Sez. 1 - , Sentenza n. 3611 del 10/02/2017 (Rv. 643872 - 01)

In tema di risoluzione del contratto di appalto di opera pubblica, l’impossibilità sopravvenuta della prestazione (C.C. artt.1256,1453 e 1463) è configurabile qualora siano divenuti impossibili l’adempimento della prestazione da parte del debitore o l’utilizzazione della stessa ad opera della controparte, purché tale impossibilità non sia imputabile al creditore ed il suo interesse a ricevere la prestazione medesima sia venuto meno, dovendosi in tal caso prendere atto che non può più essere conseguita la finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto, con la conseguente estinzione dell’obbligazione. Sez. 1, Sentenza n. 20811 del 02/10/2014 (Rv. 632493 - 01). Nella fattispecie la possibilità di eseguire l’opera commissionata era stata impedita dall’esistenza di un vincolo archeologico sull’area interessata dai lavori di costruzione di alloggi, conosciuto dal committente solo attraverso la concessione edilizia rilasciatagli dal comune, per effetto del quale la Soprintendenza aveva ordinato la sospensione dei lavori, disponendo, altresì, per la loro ripresa, prescrizioni tali che, se osservate, avrebbero determinato un rilevante aumento dei costi e la cospicua riduzione degli alloggi originariamente previsti.

Ritardo: art. 126. (Penali e premi di accelerazione)

In tema di appalto di opere pubbliche, la rilevanza dei ritardi dell’appaltatore ai fini della risoluzione del contratto, dipende dal riscontro dei presupposti della gravità ed imputabilità, la cui valutazione deve essere operata **non solo alla stregua di un criterio oggettivo**, attraverso la verifica che l’inadempimento abbia inciso in misura apprezzabile nell’economia complessiva del rapporto, ma anche di eventuali elementi di carattere soggettivo, consistenti nel comportamento di entrambe le parti che possano, in relazione alla particolarità del caso concreto, incidere sul giudizio di gravità. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza con la quale la Corte d’appello, dopo aver considerato che il ritardo dell’appaltatore non poteva oggettivamente considerarsi sufficiente a legittimare la risoluzione contrattuale, aveva però trascurato di esaminare l’aspetto soggettivo e cioè che i numerosi inviti e richiami erano rimasti senza risposta, sì da far insorgere nella stazione appaltante il fondato dubbio sulla affidabilità dell’appaltatore e sulle sue possibilità di rientro) Cass. Sez. 1 - , Ordinanza n. 20874 del 21/07/2021 (Rv. 661972 - 01); Sez. 1 - , Ordinanza n. 20874 del 21/07/2021 (Rv. 661972 - 01)

5.b) Giurisprudenza sul recesso

Nella sentenza (Cass. Sez. 1 - , Ordinanza n. 26009 del 17/10/2018 (Rv. 651301 - 01) si applica il recesso “ad nutum” del committente, previsto dall’art. 345 della l. n. 2248 del 1865, all. F).

Il recesso è espressione di un diritto potestativo il cui esercizio può avere luogo in qualsiasi momento e non richiede particolari presupposti o motivi, restando tuttavia l’Amministrazione tenuta a pagare i lavori già eseguiti in base all’appalto, e avendo l’appaltatore il diritto di ottenere, in aggiunta, il risarcimento del danno calcolatoin quale modo (123 codice)

Sez. 1 - , Ordinanza n. 11188 del 09/05/2018 (Rv. 648925 - 01)

Quello previsto dalla legge vigente al momento del recesso.

6) Conclusioni.

Dopo questa, senz’altro arbitraria e insufficiente, elencazione di norme e giurisprudenza, stratificata nel tempo e nelle finalità, devo sciogliere la riserva che avevo fatto in apertura.

Il titolo che mi è stato assegnato riferisce di “momento patologico” della fase esecutiva del contratto. Bisogna tuttavia riflettere sull’accezione del termine “patologia”: patologia giuridica lo è senz’altro se parametrata al contratto senza criticità.

Ma quale criticità?

Sarà per la mia esperienza professionale ma credo che occorrerebbe maturare la consapevolezza che nei nostri processi di giudice civile o di giudice amministrativo, non vi sia sempre l’evidenza della (“vera”) patologia dell’appalto.

In effetti, a ben vedere, la risoluzione o il recesso sono negozi giuridici che esprimono la piena vitalità della Pubblica Amministrazione, la quale palesa in questo modo la cura dell’interesse pubblico ex art. 97 Cost.

Si chiede la risoluzione perché il sinallagma contrattuale è venuto meno o la PA si rende conto che manca un elemento strutturale della fattispecie che non era stato considerato al momento della stipula.

Lo stesso per il recesso il quale attiene alla rivalutazione degli interessi della P.A. sulla determinata opera da realizzare la quale può, ex post, ritenersi perfino inutile e/o dannosa nell’ottica della rivalutazione dell’interesse amministrativo.

La (vera) patologia risiede, spesso, all’interno di un procedimento amministrativo che ha dato luogo alla scelta del contraente e successiva stipula del contratto senza alcuna doglianza dei “soggetti pretermessi” avanti il g.a. e delle “parti” che stipularono il contratto avanti il g.o.

Io la chiamo la “*fattispecie patologica silente*” che interessa larga parte dei procedimenti di prevenzione e di diritto penale sostanziale.

In questi casi l’appalto è stato assegnato, il contratto stipulato, l’opera realizzata, il collaudo non ha evidenziato criticità, il pagamento è avvenuto nei tempi e modi stabiliti dal contratto; eppure, dopo qualche tempo (anche non necessariamente breve) l’opus realizzato o il servizio fornito non regge le (prevedibili) ingiurie del tempo per inesatta/impropria realizzazione del bene della vita appaltato, nelle appropriate modalità esecutive e/o nei corretti materiali impiegati.

Forse, anche per rispondere a questa esigenza, il legislatore, come visto senza sosta, continua ad emanare nuove e sempre più complesse normative che consentano la realizzazione dei beni e servizi di cui la collettività ha bisogno, al riparo dalle aggressioni di questi fenomeni.

Certamente la Storia ci dice che il Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, dopo 100 anni esatti dal Regio Decreto n. 2440 del 18 Novembre 1923 non sarà l'ultimo e definitivo intervento del nostro legislatore.

Occorre chiedersi se non sia giunto il momento, nell'ottica del maggior risultato ottenibile in materia di appalti pubblici, di soggettivamente modernizzare\potenziare la P.A. e la stazione appaltante (attraverso la piena responsabilizzazione del R.U.P., Direttore cantiere, Direttore lavori, ecc.) piuttosto che continuare sempre e comunque con questa incessante produzione normativa volta alla disciplina della specifica e singola casistica.

Probabilmente la soluzione non va rintracciata solo nella tecnica della novella normativa, sempre più perfetta e settoriale, ma nella valorizzazione dell'elemento soggettivo di cui la P.A. è già riccamente dotata.

Grazie dell'attenzione.

Roma 6.3.24

Alberto Cianfarini