

La risoluzione e il recesso del contratto di appalto pubblico. Profili sistematici e applicativi nel D. Lgs. n. 36/2023

di , ,

Data di pubblicazione: 31-7-2026

INDICE

1. Introduzione: il contratto di appalto pubblico nel D. Lgs. n. 36/2023 e gli istituti della risoluzione e del recesso

2. La risoluzione su iniziativa dell'Amministrazione

?2.1 La risoluzione ed il potere di sospensione dell'esecuzione del contratto (art. 122, comma 1 del D. Lgs. n. 36/2023)

?2.2 Ipotesi di risoluzione (art. 122, commi 1, 2, 3 e 4 del D. Lgs. n. 36/2023):

- fattispecie civilistiche;
- fattispecie pubblicistiche.

?2.3 Il procedimento di risoluzione:

- avvio del procedimento e contestazione degli addebiti;
- contraddittorio con l'operatore economico;
- dichiarazione di risoluzione.

?2.4 Gli effetti della risoluzione:

- aspetti economici;
- risarcimento del danno.

?2.5 Risoluzione consensuale (TAR Campania – Salerno, Sez. I, Sent. n. 722 del 25 marzo 2024).

3. La risoluzione su iniziativa dell'appaltatore

- normativa di riferimento e condizioni per la risoluzione dell'appaltatore
- effetti della risoluzione dell'appaltatore

4. Il recesso dell'Amministrazione

?4.1 L'evoluzione normativa dell'istituto: dal D. Lgs. n. 163/2006 al D. Lgs. n. 36/2023

?4.2 Un'ipotesi speciale di recesso: il caso della normativa antimafia

?4.3 Il procedimento di recesso: dalla comunicazione formale all'appaltatore alla presa in consegna dei beni

4.4 Il difficile rapporto tra il potere privatistico di recesso dal contratto ed i poteri pubblicistici di annullamento d'ufficio e revoca dell'aggiudicazione

?4.5 Analisi comparativa tra il regime del recesso previsto dal Codice dei contratti pubblici e la disciplina del committente privato di cui all'art. 1671 c.c.

5. Conclusioni e prospettive evolutive della disciplina

1. Introduzione: il contratto di appalto pubblico nel D. Lgs. n. 36/2023 e gli istituti della risoluzione e del recesso.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici ha determinato una significativa riorganizzazione della disciplina dell'evidenza pubblica, nel dichiarato intento di contemperare l'esigenza di efficienza dell'azione amministrativa con quella, altrettanto rilevante, di semplificazione e razionalizzazione delle procedure. La riforma del 2023 ha segnato un marcato mutamento di prospettiva nella disciplina dei contratti pubblici, spostando l'attenzione dalla fase dell'affidamento all'intero ciclo di vita del contratto e attribuendo alla fase esecutiva una centralità coerente con il principio del risultato di cui all'art. 1 del Codice.

La fase esecutiva dell'appalto pubblico, lungi dall'esaurirsi nella mera attuazione di obbligazioni di natura sinallagmatica, costituisce il momento nel quale l'Amministrazione è chiamata a presidiare il corretto impiego delle risorse pubbliche, la qualità delle prestazioni dedotte in contratto e la continuità dei servizi rivolti alla collettività. In tale prospettiva, assumono peculiare rilievo gli istituti della risoluzione e del recesso in quanto rimedi attraverso i quali l'ordinamento regola le vicende patologiche, del rapporto contrattuale, consentendo all'Amministrazione di salvaguardare l'interesse pubblico anche mediante la cessazione anticipata del vincolo negoziale. Mentre la risoluzione costituisce la risposta dell'ordinamento all'inadempimento o ad altre vicende che rendono incompatibile la prosecuzione del rapporto, il recesso integra un potere di scioglimento unilaterale riconosciuto all'Amministrazione per ragioni riconducibili alla cura dell'interesse pubblico, secondo una logica distinta da quella dell'inadempimento contrattuale. Del resto, la dimensione patologica del rapporto contrattuale ha costituito oggetto di specifica attenzione anche da parte del legislatore eurounitario, in

ragione della sua potenziale incidenza sugli equilibri concorrenziali tra gli operatori economici e sull'interesse pubblico alla regolare esecuzione dell'appalto.[\[1\]](#)

Tali strumenti di autotutela “di stampo privatistico”, intesa quale insieme degli istituti applicabili in sede di esecuzione del contratto, sono disciplinati dagli artt. 122 e 123 del D. Lgs. n. 36/2023 — corrispondenti, rispettivamente, agli artt. 108 e 109 del D. Lgs. n. 50/2016 e, prima ancora, quanto alla disciplina della risoluzione e delle modifiche contrattuali rilevanti in sede esecutiva, agli artt. 72 e 73 della direttiva 2014/24/UE, nonché agli artt. 89 e 90 della direttiva 2014/25/UE — le cui disposizioni dettano, per gli appalti pubblici, una disciplina speciale e integrativa rispetto agli ordinari rimedi previsti dal Codice civile per la fase esecutiva del rapporto. Ne consegue che, in forza delle disposizioni richiamate, l'Amministrazione può disporre la risoluzione del contratto ovvero esercitare il recesso mediante determinazione unilaterale, senza dover promuovere un'azione giudiziaria.

Muovendo da tali premesse, il presente contributo si propone di esaminare, con taglio sistematico e ricostruttivo, la disciplina della risoluzione e del recesso nel nuovo Codice dei contratti pubblici, soffermandosi sui rispettivi presupposti applicativi, sulle scansioni procedurali, sugli effetti giuridici ed economici che ne discendono, nonché sui principali approdi interpretativi maturati nella più recente elaborazione giurisprudenziale.

2. La risoluzione su iniziativa dell'Amministrazione

L'art. 122 del D. Lgs. 36/2023 disciplina la risoluzione del contratto per iniziativa dell'Amministrazione nella fase esecutiva, recependo nell'ordinamento nazionale l'art. 73 della direttiva 2014/24/UE in materia di appalti pubblici. La disposizione si pone in linea di continuità con il previgente art. 108 del D. Lgs. n. 50/2016. La disposizione in esame ha mantenuto l'impostazione di fondo del Codice del 2016 intervenendo con modifiche volte a precisare e razionalizzare la disciplina complessiva dell'istituto.

Merita di essere sin d'ora evidenziata una delle innovazioni di maggiore rilievo introdotte dal D. Lgs. n. 36/2023 attinente all'istituto della risoluzione rispetto alla disciplina previgente. L'art. 122 comma 1, in merito alle ipotesi risolutorie “facoltative”, prevede che l'Amministrazione possa disporre la risoluzione del contratto *senza limiti di tempo*, e correlativamente non ha riproposto il comma 1bis dell'art.108 del D. Lgs. 50/2016, che escludeva l'applicabilità dei termini di cui all'art.21nonies della L.241/1990[\[2\]](#). Ciò ha indotto la dottrina a ritenere che la soppressione di tale previsione appare sintomatica della volontà del legislatore di porre definitivamente fine al dibattito in ordine alla natura giuridica del potere di risoluzione del contratto pubblico, tradizionalmente oscillante tra la ricostruzione pubblicistica[\[3\]](#), incentrata sull'esercizio di un potere di autotutela amministrativa, e quella privatistica[\[4\]](#), che afferma l'assenza di poteri di autotutela pubblicistica dopo la stipula del contratto. Il previgente richiamo all'annullamento d'ufficio, infatti, non si era rivelato idoneo a risolvere le incertezze interpretative, poiché l'art. 108 del D. Lgs. n. 50/2016 contemplava una pluralità di fattispecie tra loro eterogenee. Accanto ad ipotesi riconducibili alla risoluzione civilistica per inadempimento, del tutto estranee alla logica dell'annullamento d'ufficio, la disposizione disciplinava infatti anche fattispecie riconducibili all'autotutela pubblicistica, con la conseguenza che l'unitario richiamo all'art. 21-nonies della legge n. 241/1990 risultava

sistematicamente inappropriato. Proprio tale eterogeneità aveva reso necessario escludere, per alcune delle ipotesi disciplinate, qualsiasi riferimento al regime dell'annullamento d'ufficio del provvedimento amministrativo illegittimo e, in particolare, ai relativi termini decadenziali. Il nuovo Codice sembra invece aver operato una scelta di maggiore coerenza sistematica, recependo l'orientamento ormai prevalente della giurisprudenza, secondo cui il potere di risoluzione disciplinato dall'art. 122 costituisce espressione di un diritto potestativo di natura contrattuale, il cui esercizio integra una forma di autotutela privatistica^[5].

2.1 La risoluzione ed il potere di sospensione dell'esecuzione del contratto (art. 122, comma 1 del D. Lgs. n. 36/2023)

L'art. 122 del D. Lgs. n. 36/2023 fa salvo quanto previsto dall'art. 121 del medesimo Codice, dedicato alla sospensione dell'esecuzione del contratto. Tale inciso, già presente nella corrispondente disposizione del previgente art. 108 del D. Lgs. n. 50/2016, sembrerebbe sottendere un preciso criterio ordinatore dei rimedi esperibili dall'Amministrazione dinanzi alle vicende patologiche del rapporto. In questa prospettiva, la sospensione si colloca quale misura destinata a presidiare l'interesse pubblico alla corretta esecuzione dell'appalto senza determinare, almeno nell'immediato, la definitiva rescissione del vincolo contrattuale^[6].

L'espresso richiamo a questa norma implica che il periodo di sospensione legittimamente disposto non può essere valutato, in danno dell'esecutore, ai fini dell'apprezzamento dell'esatto e tempestivo adempimento delle obbligazioni contrattuali, né può essere surrettiziamente valorizzato quale presupposto di una successiva risoluzione imputabile all'appaltatore. Diversa è l'ipotesi in cui la sospensione, per durata o intensità degli effetti prodotti, ecceda i limiti fisiologici dell'istituto e finisca per incidere in modo apprezzabile sull'equilibrio esecutivo del contratto. In tal caso, l'esecutore può domandare la risoluzione del rapporto, fermo restando che lo scioglimento non consegue automaticamente alla protrazione della sospensione, ma presuppone l'accoglimento della relativa istanza da parte dell'Amministrazione^[7]. Ove, invece, l'Amministrazione ritenga di opporsi alla risoluzione, il contratto conserva la propria efficacia e l'esecutore resta tenuto alla prosecuzione dell'esecuzione, salva la spettanza dei maggiori oneri causalmente riconducibili al protrarsi dei tempi contrattuali per effetto della sospensione.

2.2 Ipotesi di risoluzione (art. 122, commi 1, 2, 3 e 4 del D. Lgs. n. 36/2023): fattispecie civilistiche e pubblicistiche

Analogamente a quanto previsto dall'art. 108 del D. Lgs. n. 50/2016, anche l'art. 122 del D. Lgs. n. 36/2023 disciplina una pluralità di ipotesi di risoluzione del contratto tra loro eterogenee. Talune presentano natura pubblicistica, in quanto attribuiscono all'Amministrazione peculiari poteri di autotutela funzionali alla tutela dell'interesse pubblico; altre, invece, hanno natura civilistica, poiché configurano strumenti volti a consentire lo scioglimento del vincolo contrattuale in presenza di un inesatto adempimento o di un inadempimento delle obbligazioni gravanti sull'appaltatore. **Sebbene l'art. 122 del d.lgs. n. 36/2023 non utilizzi espressamente le categorie della risoluzione "facoltativa" e della risoluzione "obbligatoria", dalla disciplina delle diverse fattispecie è stata ricavata, in dottrina, una distinzione tra ipotesi nelle quali la stazione appaltante dispone di un**

marginale di apprezzamento nell'esercizio del potere risolutorio e ipotesi nelle quali, invece, la risoluzione costituisce un atto dovuto. È proprio tale ricostruzione ad aver alimentato un vivace dibattito dottrinale, volto a verificarne la tenuta sistematica e la reale portata applicativa[8].

Le fattispecie di risoluzione facoltativa di natura pubblicistica sono individuate dal comma 1 dell'art. 122 e ricomprendono:

- a) la modifica sostanziale del contratto, sopravvenuta alla stipulazione, tale da rendere necessaria una nuova procedura di affidamento ai sensi dell'art. 120;
- b.1) la sopravvenuta necessità di lavori, servizi o forniture supplementari non previsti nell'appalto iniziale, ovvero l'esigenza di introdurre varianti in corso d'opera, qualora l'aumento di prezzo ecceda il 50% del valore del contratto iniziale;
- b.2) le varianti che superino le soglie di rilevanza europea e, al contempo, il 10% del valore iniziale del contratto per servizi e forniture ovvero il 15% per i lavori;
- c) la circostanza che l'aggiudicatario si trovasse, al momento dell'aggiudicazione, in una delle situazioni di cui all'art. 94, comma 1, e avrebbe pertanto dovuto essere escluso dalla procedura di gara;
- d) il caso in cui l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in ragione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai Trattati, accertata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nell'ambito di un procedimento ai sensi dell'art. 258 TFUE.

Le fattispecie di risoluzione obbligatoria di natura pubblicistica, nelle quali viene meno ogni margine di discrezionalità dell'Amministrazione, sono individuate dal comma 2 dell'art. 122 e ricorrono quando:

- 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 previste dal Codice delle leggi antimafia, oppure una sentenza di condanna passata in giudicato per i reati individuati dall'art. 94 del D. Lgs. 36/2023.

Le fattispecie di risoluzione di matrice più propriamente civilistica, invece, hanno carattere facoltativo e sono previste dai commi 3 e 4 dell'art. 122. Esse riguardano:

- a. il grave inadempimento contrattuale imputabile all'operatore economico, in coerenza con la disciplina generale di cui all'art. 1453 c.c.;
- b. il mancato rispetto dei termini di esecuzione delle prestazioni contrattuali, quando il

ritardo sia imputabile a negligenza dell'appaltatore.

Rileva, in merito, la centralità dell'Amministrazione nell'accertamento del grave inadempimento. La valutazione circa la sussistenza dei presupposti per la risoluzione del contratto compete, infatti, all'Amministrazione, mentre l'intervento dell'ANAC assume carattere meramente eventuale e circoscritto. In particolare, il sindacato dell'ANAC si limita alla verifica della veridicità delle informazioni trasmesse dall'Amministrazione e all'accertamento dell'eventuale manifesta infondatezza della segnalazione. Tale riparto di competenze conferma la peculiare configurazione dei poteri riconosciuti all'Amministrazione nella fase esecutiva del contratto: pur essendo il rapporto assoggettato, quanto alla sua esecuzione, ai principi del diritto privato, l'Amministrazione conserva poteri speciali funzionali alla tutela dell'interesse pubblico. Ne discende la possibilità di procedere unilateralmente alla risoluzione del contratto in presenza di un grave inadempimento dell'appaltatore, senza necessità di una preventiva pronuncia del giudice ordinario, al fine di evitare i rallentamenti che deriverebbero dall'instaurazione di un contenzioso giudiziale preliminare. Resta fermo, in ogni caso, che la determinazione dell'Amministrazione è soggetta al successivo sindacato giurisdizionale, nelle forme e nei limiti previsti dall'ordinamento.

Occorre ora procedere all'analisi delle singole fattispecie di risoluzione previste dall'art. 122 del D. Lgs. n. 36/2023, verificando, per ciascuna di esse, le ragioni per le quali dottrina e giurisprudenza tendono a ricondurle, alternativamente, all'area pubblicistica ovvero a quella civilistica. Il criterio distintivo non può essere individuato in modo meramente formale, sulla base della collocazione della norma nel Codice dei contratti pubblici, ma deve essere ricercato nella funzione concretamente assolta dalla singola causa di scioglimento: sono pubblicistiche le ipotesi in cui la risoluzione è preordinata a rimuovere o neutralizzare effetti incompatibili con i principi dell'evidenza pubblica, della concorrenza, della legalità della procedura e dell'affidabilità dell'operatore; sono invece civilistiche le ipotesi in cui lo scioglimento costituisce reazione all'inadempimento, grave o persistente, dell'appaltatore rispetto alle obbligazioni contrattualmente assunte.

- **Fattispecie pubblicistiche**

Le ipotesi contemplate dall'art. 122, comma 1, lett. a) e b), assumono natura eminentemente pubblicistica, poiché attengono ai limiti entro i quali il contratto pubblico può essere modificato in corso di esecuzione senza che ciò determini l'elusione della gara. Esse rinviano direttamente all'art. 120 del Codice, il quale, in attuazione dell'art. 72 della direttiva 2014/24/UE, individua le condizioni tassative in presenza delle quali la modificazione del contratto è consentita senza una nuova procedura di affidamento. La ratio della disciplina è evidente: impedire che, attraverso modifiche sopravvenute, si alteri l'oggetto economico e funzionale dell'appalto originario, trasformando il contratto eseguito in un rapporto

sostanzialmente diverso da quello posto a base della competizione. In tale prospettiva, la risoluzione non opera come rimedio all'inadempimento dell'appaltatore, bensì come strumento di tutela dell'interesse pubblico alla conservazione della legalità concorrenziale della procedura.

In particolare, la lett. a) riguarda la modifica sostanziale del contratto, ossia quella modificazione che, secondo la definizione offerta dall'art. 120, altera in modo considerevole la struttura del rapporto o l'operazione economica sottesa. La causa di risoluzione è pubblicistica perché il vizio non risiede nella condotta esecutiva dell'appaltatore, ma nell'incompatibilità della prosecuzione del rapporto con il principio per cui l'appalto deve essere eseguito secondo i contenuti economici e contrattuali risultanti dalla procedura di affidamento. Se la modifica fosse tale da richiedere una nuova gara, la permanenza del contratto originario determinerebbe un indebito vantaggio per l'aggiudicatario e una lesione potenziale degli operatori che, ove il diverso assetto fosse stato noto sin dall'origine, avrebbero potuto partecipare alla competizione o formulare un'offerta diversa.

La lett. b), relativa al superamento delle soglie quantitative previste dall'art. 120, è ancor più sintomatica dell'esercizio di un potere pubblicistico. Le soglie del cinquanta per cento del valore del contratto iniziale per lavori, servizi o forniture supplementari e per talune varianti, nonché quelle collegate al superamento delle soglie europee e dei limiti del dieci per cento per servizi e forniture e del quindici per cento per lavori, non hanno infatti una funzione meramente contabile. Esse rappresentano il limite esterno oltre il quale la modificazione del contratto cessa di essere una vicenda interna all'esecuzione e torna a incidere sulla legittimità dell'affidamento. Il superamento di tali soglie è, dunque, indice normativo della possibile alterazione dell'equilibrio concorrenziale e, proprio per questo, rivela la natura pubblicistica del potere risolutorio: l'Amministrazione non scioglie il contratto perché l'appaltatore è inadempiente, bensì in quanto la prosecuzione del rapporto, a quelle mutate condizioni economiche o qualitative, si pone in contrasto con i principi di trasparenza, parità di trattamento e apertura al mercato.

Parimenti pubblicistiche sono le ipotesi di cui alle lett. c) e d) del comma 1. La lett. c) concerne il caso in cui l'aggiudicatario si trovi, già al momento dell'aggiudicazione, in una delle situazioni di esclusione di cui all'art. 94, comma 1, e avrebbe pertanto dovuto essere escluso dalla procedura di gara. La lett. d) riguarda, invece, l'ipotesi in cui l'aggiudicazione dell'appalto non sarebbe dovuta avvenire in ragione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai Trattati, accertata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nell'ambito di un procedimento ai sensi dell'art. 258 TFUE. In entrambe le fattispecie, lo scioglimento del contratto è collegato non a un vizio dell'esecuzione, ma a un vizio genetico della fase pubblicistica di affidamento. La risoluzione assume, pertanto, una funzione assimilabile alla rimozione degli effetti di un'aggiudicazione illegittima, pur operando ormai sul piano del rapporto contrattuale già instaurato. Ne deriva una disciplina speciale, che si affianca al generale potere di annullamento d'ufficio di cui all'art. 21-nonies della legge n. 241/1990, senza tuttavia identificarsi integralmente con esso.

Le due ipotesi di risoluzione obbligatoria previste dall'art. 122, comma 2, presentano anch'esse natura pubblicistica, sebbene con tratti peculiari rispetto alle fattispecie del comma 1. Esse ricorrono quando, nei confronti dell'appaltatore, sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione per falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, oppure quando sia divenuto definitivo un provvedimento applicativo di misure di prevenzione antimafia o una sentenza di condanna passata in giudicato per i reati indicati dal Codice. In tali casi, la risoluzione non è rimessa a una valutazione discrezionale dell'Amministrazione, ma costituisce conseguenza necessaria del venir meno di condizioni essenziali di affidabilità, moralità professionale e legittimazione dell'operatore economico a contrarre.

La qualificazione pubblicistica discende dal fatto che tali fattispecie non si esauriscono nella violazione di una obbligazione contrattuale, ma incidono sul rapporto fiduciario qualificato che deve sussistere tra Amministrazione e contraente pubblico. La decadenza dell'attestazione di qualificazione per falsità documentale rivela l'originaria o sopravvenuta inidoneità dell'operatore a permanere nel mercato dei contratti pubblici secondo le regole di trasparenza e lealtà imposte dal sistema. Analogamente, le misure di prevenzione antimafia e le condanne definitive per gravi reati non rilevano in quanto meri fatti pregiudizievoli della prestazione, bensì in quanto situazioni incompatibili con l'interesse pubblico alla legalità, alla prevenzione delle infiltrazioni criminali e alla tutela dell'affidabilità dell'esecutore.

Sotto il profilo sistematico, tali ipotesi sono state talora accostate all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, in quanto presuppongono l'emersione di circostanze che avrebbero impedito o impediscono la legittima prosecuzione del rapporto con quel contraente^[9]. Altra parte della dottrina le riconduce, invece, alla categoria della decadenza, intesa come perdita sopravvenuta del titolo a permanere nel rapporto contrattuale pubblico^[10]. Quale che sia la ricostruzione preferita, resta fermo che esse non appartengono al paradigma della risoluzione privatistica per inadempimento: l'Amministrazione non valuta la gravità di una violazione contrattuale, ma prende atto di una condizione legale ostativa, alla quale l'ordinamento collega necessariamente lo scioglimento del contratto.

• Fattispecie civilistiche

Diversa è la natura delle ipotesi disciplinate dai commi 3 e 4 dell'art. 122, le quali si collocano nell'area propriamente civilistica della risoluzione per inadempimento. L'ipotesi di cui al comma 3 consente lo scioglimento del contratto in presenza di un grave inadempimento delle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da compromettere la buona riuscita delle prestazioni. Il comma 4 regola, invece, l'ipotesi del ritardo imputabile a negligenza dell'esecutore, prevedendo l'assegnazione di un termine da parte del direttore dei lavori, non inferiore a dieci giorni salvo i casi d'urgenza, entro il quale l'appaltatore deve eseguire le prestazioni dovute; decorso inutilmente tale termine, previa redazione del processo verbale in contraddittorio, l'Amministrazione può risolvere il contratto con atto scritto.

La natura civilistica di tali fattispecie discende dal loro presupposto causale: lo scioglimento del rapporto è determinato dall'inesatto adempimento di obbligazioni contrattuali e mira a tutelare

l'interesse dell'Amministrazione a non restare vincolata a un rapporto ormai compromesso. Il requisito della gravità dell'inadempimento richiama il principio di cui all'art. 1455 c.c., secondo cui il contratto non può essere risolto se l'inadempimento ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra parte. Nel contratto pubblico, tuttavia, tale valutazione è qualificata dalla specificità dell'interesse perseguito: l'inadempimento è grave quando incide sulla buona riuscita delle prestazioni e, quindi, sulla concreta realizzazione del risultato pubblico cui l'appalto è funzionalmente preordinato.

Il comma 4 presenta, poi, evidenti affinità con la diffida ad adempiere di cui all'art. 1454 c.c., poiché consente alla parte non inadempiente di assegnare all'altra un termine finale per l'esecuzione della prestazione. Anche in questo caso, tuttavia, la disciplina pubblicistica introduce elementi di specialità: la risoluzione non discende automaticamente dal mero decorso del termine, ma presuppone l'accertamento della perdurante inadempienza, la redazione di un verbale in contraddittorio e l'adozione di un atto scritto dell'Amministrazione di regola su proposta del RUP. La specialità procedimentale non muta, però, la natura sostanziale del rimedio, che resta ancorato all'inadempimento dell'appaltatore e alla tutela dell'equilibrio sinallagmatico del rapporto.

In definitiva, le ipotesi di cui ai commi 3 e 4 configurano diritti potestativi di natura contrattuale che l'Amministrazione esercita quale parte del rapporto, sia pure mediante forme procedimentali rafforzate e funzionalizzate alla cura dell'interesse pubblico. La giurisprudenza riconduce tali fattispecie all'autotutela privatistica dell'Amministrazione^[11]: esse integrano la disciplina generale della risoluzione per inadempimento di cui agli artt. 1453 e ss. c.c., ma la adattano alla peculiarità dell'appalto pubblico attraverso il potere di dichiarare unilateralmente lo scioglimento senza dover previamente ottenere una pronuncia costitutiva del giudice. Ne consegue che, quando la controversia investe l'esistenza, la gravità o l'imputabilità dell'inadempimento nella fase esecutiva, essa attiene a diritti soggettivi nascenti dal rapporto contrattuale e, in linea generale, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario.

2.3 Il procedimento di risoluzione: avvio del procedimento, contestazione degli addebiti, contraddittorio con l'operatore economico e dichiarazione di risoluzione.

L'art. 122 del D. Lgs. n. 36/2023 non si limita a individuare i presupposti sostanziali della risoluzione, ma disciplina altresì le scansioni procedimentali attraverso le quali l'Amministrazione è chiamata a esercitare il relativo potere, nonché gli effetti che ne conseguono sul piano esecutivo, economico e contabile. Rispetto alla previgente disciplina, una parte significativa delle regole concernenti l'accertamento del grave inadempimento è oggi collocata nell'Allegato II. 14 al Codice, in coerenza con la scelta sistematica del legislatore di concentrare nel testo codicistico i principi fondamentali e di rinviare agli allegati la regolazione di dettaglio della fase esecutiva.

Il procedimento prende avvio allorché il direttore dei lavori ovvero il responsabile

dell'esecuzione accerti la sussistenza di un inadempimento di gravità tale da compromettere la regolare e utile esecuzione delle prestazioni contrattuali. In tale evenienza, il direttore dei lavori o il soggetto preposto alla direzione dell'esecuzione trasmette al RUP una relazione particolareggiata, corredata dalla documentazione necessaria, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente, il cui importo può essere riconosciuto dall'appaltatore[\[12\]](#).

Alla fase istruttoria segue la contestazione formale degli addebiti all'appaltatore effettuata dal direttore lavori, con assegnazione di un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle controdeduzioni al RUP. Tale passaggio non assume carattere meramente formale, ma integra una garanzia essenziale del contraddittorio procedimentale, funzionale a consentire all'operatore economico di interloquire sulle circostanze poste a fondamento della prospettata risoluzione, di dedurre eventuali cause giustificative dell'inadempimento e di produrre la documentazione ritenuta utile.

Decorso inutilmente il termine assegnato, ovvero qualora le controdeduzioni presentate non siano reputate idonee a superare gli addebiti formulati, l'Amministrazione, su proposta del RUP, può dichiarare la risoluzione del contratto. Essa produce effetti immediati sul rapporto contrattuale, senza necessità di una preventiva pronuncia giurisdizionale, ferma restando la piena sindacabilità dell'atto dinanzi al giudice competente[\[13\]](#). Proprio tale efficacia unilaterale impone un'applicazione particolarmente rigorosa delle garanzie procedurali poiché il potere dell'Amministrazione, pur inserendosi nella fase esecutiva del contratto e assumendo natura sostanzialmente privatistica, resta funzionalmente orientato alla cura dell'interesse pubblico.

A seguito della dichiarazione di risoluzione il RUP dispone, con preavviso di venti giorni, che il direttore dei lavori proceda alla redazione dello stato di consistenza delle opere o delle prestazioni già eseguite, nonché all'inventario dei materiali, delle macchine e dei mezzi d'opera presenti in cantiere, curandone la presa in consegna da parte dell'Amministrazione. Sulla base degli atti trasmessi dal direttore dei lavori o dal direttore dell'esecuzione, il RUP valuta altresì l'eventuale applicazione delle penali contrattualmente previste. La determinazione di risoluzione è comunicata all'organo di collaudo, ove già nominato, il quale acquisisce lo stato di consistenza e redige il verbale di accertamento tecnico-contabile, volto a verificare la corrispondenza tra le prestazioni eseguite e contabilizzate e quelle previste dal progetto approvato, incluse le eventuali perizie di variante, nonché l'eventuale presenza di lavorazioni non autorizzate o comunque non riconducibili al quadro contrattuale.

Completano il quadro procedimentale gli obblighi posti a carico dell'appaltatore a seguito dello scioglimento del rapporto. In particolare, l'esecutore è tenuto a ripiegare i cantieri già allestiti e a sgomberare le aree di lavoro e le relative pertinenze entro il termine assegnato dall'Amministrazione. In caso di inerzia l'Amministrazione può provvedere d'ufficio, ponendo i relativi oneri a carico dell'appaltatore. Qualora quest'ultimo promuova azioni cautelari, possessorie o d'urgenza dirette a ritardare o impedire il ripiegamento dei cantieri o lo sgombero delle aree, l'Amministrazione può evitare l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali mediante il deposito di una cauzione in conto vincolato a favore dell'appaltatore, ovvero mediante la prestazione di idonea garanzia fideiussoria, secondo le modalità previste dal Codice.

Resta, in ogni caso, impregiudicato il diritto dell'appaltatore di agire per il risarcimento dei danni eventualmente subiti in conseguenza dell'illegittimo o non corretto esercizio del potere risolutorio da parte dell'Amministrazione. In tal modo, la disciplina realizza un equilibrio tra l'esigenza pubblicistica di assicurare la tempestiva cessazione di rapporti esecutivi gravemente compromessi e la tutela dell'operatore economico contro determinazioni arbitrarie, sproporzionate o non adeguatamente motivate.

2. Gli effetti della risoluzione: aspetti economici e risarcimento del danno.

Quanto alle conseguenze economiche della risoluzione, l'art. 122, comma 5, del D. Lgs. n. 36/2023 stabilisce che l'appaltatore ha diritto esclusivamente al pagamento delle prestazioni regolarmente eseguite sino al momento dello scioglimento del rapporto contrattuale, siano esse consistenti in lavori, servizi o forniture. La previsione segna un significativo affinamento rispetto al previgente art. 108, comma 5, del D. Lgs. n. 50/2016, nella misura in cui non riproduce più, quale regola generale e indistinta, la decurtazione delle somme spettanti all'esecutore per effetto degli oneri aggiuntivi derivanti dalla risoluzione del contratto. Tale decurtazione opera, invece, soltanto nelle ipotesi in cui la risoluzione sia imputabile all'appaltatore, e dunque nei casi contemplati dall'art. 122, comma 1, lettere c) e d), nonché dai commi 2, 3 e 4 del medesimo articolo. In tali fattispecie, le somme astrattamente dovute all'esecutore per le prestazioni utilmente e regolarmente eseguite devono essere ridotte degli oneri ulteriori causalmente riconducibili allo scioglimento anticipato del rapporto. Sotto questo profilo, il nuovo Codice conserva la continuità sostanziale con il regime previgente, pur ricollocando la regola entro un assetto più coerente e selettivo. Il successivo comma 6 precisa, inoltre, che in sede di liquidazione finale delle prestazioni oggetto del contratto risolto deve essere determinato l'onere da porre a carico dell'appaltatore inadempiente per l'eventuale maggiore spesa sostenuta dall'Amministrazione ai fini dell'affidamento dell'esecuzione residua ad altro operatore economico[\[14\]](#).

In tale quadro si inserisce anche il tema delle penali contrattuali, le quali, nell'ambito degli appalti pubblici, assolvono ordinariamente alla funzione di predeterminare le conseguenze economiche del ritardo nell'esecuzione delle prestazioni, senza poter essere configurate come strumenti sanzionatori autonomi e svincolati dall'inadempimento contrattuale. L'ANAC ha chiarito che le penali devono mantenere un nesso funzionale con la prestazione dovuta e, di regola, con il ritardo nell'adempimento[\[15\]](#). La giurisprudenza distingue la funzione della penale per il ritardo da quella della risoluzione per grave inadempimento[\[16\]](#). La prima è destinata a compensare il pregiudizio derivante dall'inosservanza del termine di esecuzione, mentre la seconda presuppone un inadempimento di gravità tale da compromettere l'interesse del creditore alla prosecuzione del rapporto.

Quanto al profilo risarcitorio, la risoluzione del contratto non esaurisce né assorbe le ulteriori pretese patrimoniali che possano derivare dall'inadempimento. L'Amministrazione conserva, infatti, il diritto di domandare il ristoro integrale dei pregiudizi subiti per effetto della condotta

imputabile all'appaltatore, secondo le regole generali in materia di responsabilità contrattuale, ferma restando l'autonomia di tale pretesa rispetto sia alla declaratoria di risoluzione sia all'eventuale applicazione delle penali convenzionalmente previste. Queste ultime, invero, assolvono alla funzione di predeterminare, nei limiti pattuiti, le conseguenze economiche dell'inesatto o tardivo adempimento, senza precludere, ove ne ricorrano i presupposti e nei limiti consentiti dal contratto e dalla disciplina applicabile, la richiesta del maggior danno.

Specularmente, resta ferma la tutela dell'appaltatore nell'ipotesi in cui lo scioglimento del rapporto consegua a un inadempimento imputabile all'Amministrazione ovvero a un esercizio illegittimo o non conforme a buona fede del potere risolutorio. In tali evenienze, l'operatore economico può agire per il risarcimento dei danni patiti, ivi compreso, ricorrendone i presupposti, il lucro cessante correlato alla mancata esecuzione della parte residua del contratto. Sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha valorizzato, quale criterio di liquidazione equitativa e parametrica del mancato utile, la misura del dieci per cento dell'importo delle prestazioni non eseguite, mutuando tale parametro dall'indennizzo previsto per il recesso unilaterale dell'Amministrazione ai sensi dell'art. 123 del D. Lgs. n. 36/2023. In particolare, la Corte di cassazione, Sez. I, con sentenza 2 ottobre 2023, n. 27690, ha ritenuto ammissibile il ricorso a tale criterio quale indice presuntivo del margine di utile conseguibile dall'appaltatore, salva la possibilità per le parti di fornire prova di un diverso ammontare del pregiudizio effettivamente sofferto.

Merita, altresì, richiamare la pronuncia del Tribunale di Milano, 9 gennaio 2023, n. 109, secondo cui la clausola penale, pur non rientrando, in via generale, tra quelle espressamente indicate dall'art. 1341, comma 2, c.c. e non essendo, pertanto, soggetta a specifica approvazione per iscritto, può assumere carattere vessatorio qualora, avuto riguardo al contenuto concreto del regolamento negoziale, determini un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti, in ragione della manifesta sproporzione tra l'importo della penale e l'interesse creditorio tutelato.

3. La risoluzione su iniziativa dell'appaltatore

a) Normativa di riferimento e condizioni per la risoluzione su iniziativa dell'appaltatore

Il Codice dei contratti pubblici disciplina con particolare puntualità la risoluzione disposta su iniziativa dell'Amministrazione, ma non reca una previsione espressamente dedicata allo scioglimento del contratto su iniziativa dell'appaltatore. Tale lacuna non può, tuttavia, essere interpretata come esclusione della tutela risolutoria in favore dell'operatore economico; essa impone, piuttosto, il ricorso alle regole ordinarie del Codice civile, secondo il principio per cui, in mancanza di una diversa disciplina speciale, il rapporto contrattuale pubblico, una volta instaurato, resta assoggettato alle norme civilistiche proprie della fase esecutiva.

Tale approdo trova conferma nella stessa architettura del D. Lgs. n. 36/2023. L'art. 190,

dettato in materia di concessioni, stabilisce espressamente che la risoluzione per inadempimento dell'ente concedente è regolata dagli artt. 1453 e seguenti c.c.; sebbene riferita allo specifico ambito concessorio, la disposizione esprime un criterio di portata sistematica, coerente con l'impostazione generale dell'ordinamento: l'inadempimento dell'Amministrazione nella fase esecutiva del rapporto può essere fatto valere dall'operatore economico mediante i rimedi civilistici ordinari, purché compatibili con la disciplina speciale e con la natura pubblicistica dell'interesse sotteso al contratto.

Il riferimento normativo essenziale è l'art. 1453 c.c., in forza del quale, nei contratti a prestazioni corrispettive, ove uno dei contraenti non adempia le proprie obbligazioni, l'altro può domandare, a sua scelta, l'adempimento ovvero la risoluzione del contratto, salvo in ogni caso il risarcimento del danno. La disposizione consente, inoltre, di chiedere la risoluzione anche quando il giudizio sia stato introdotto per ottenere l'adempimento; per converso, una volta proposta la domanda di risoluzione, resta preclusa la successiva domanda di adempimento della medesima obbligazione.

La risoluzione giudiziale esige, peraltro, che l'inadempimento non sia di scarsa importanza. L'art. 1455 c.c. esclude infatti lo scioglimento del contratto quando l'inadempimento risulti privo di apprezzabile rilievo, avuto riguardo all'interesse della parte non inadempiente. Nell'ambito degli appalti pubblici, tale giudizio deve essere effettuato considerando la concreta incidenza della condotta dell'Amministrazione sull'equilibrio sinallagmatico del rapporto e sulla effettiva possibilità, per l'appaltatore, di eseguire utilmente la prestazione. Solo un inadempimento grave, idoneo a pregiudicare in misura significativa la regolare prosecuzione dell'appalto ovvero a rendere la prestazione dell'esecutore eccessivamente gravosa, inutile o non più esigibile, può dunque fondare una domanda di risoluzione.

A differenza dell'Amministrazione, alla quale l'art. 122 del D. Lgs. n. 36/2023 attribuisce, al ricorrere dei relativi presupposti, il potere di dichiarare unilateralmente la risoluzione del contratto, l'appaltatore non dispone, in via generale, di un potere corrispondente. In presenza di un grave inadempimento imputabile all'Amministrazione, l'operatore economico deve pertanto adire il giudice ordinario al fine di ottenere una pronuncia costitutiva di risoluzione ai sensi degli artt. 1453 e 1455 c.c., salvo che ricorrano ipotesi di risoluzione di diritto previste dalla legge o dal contratto.

Tra tali ipotesi assume particolare rilievo la diffida ad adempiere di cui all'art. 1454 c.c., mediante la quale la parte adempiente può intimare per iscritto alla parte inadempiente di eseguire la prestazione entro un termine congruo, di regola non inferiore a quindici giorni, con l'avvertimento che, decorso inutilmente tale termine, il contratto si intenderà risolto di diritto. Anche in questa evenienza, qualora la controparte contesti l'inadempimento, la sua gravità o l'efficacia della diffida, sarà necessario adire l'autorità giudiziaria, non per conseguire una pronuncia costitutiva, bensì per ottenere l'accertamento dell'intervenuta risoluzione.

La distinzione tra risoluzione giudiziale e risoluzione di diritto assume rilievo soprattutto con riguardo al momento di produzione degli effetti. Nel primo caso, lo scioglimento discende dalla sentenza costitutiva pronunciata ai sensi dell'art. 1453 c.c.; nel secondo, la pronuncia giudiziale ha natura meramente dichiarativa, limitandosi ad accertare che il contratto si è già

risolto allo spirare del termine assegnato con la diffida rimasta infruttuosa. Ne deriva che, nella risoluzione conseguente a diffida ad adempiere, gli effetti dello scioglimento decorrono dal momento in cui il termine intimato è inutilmente decorso, sempre che la diffida sia valida, il termine assegnato congruo e l'inadempimento non sia di scarsa importanza ai sensi dell'art. 1455 c.c.

Una fattispecie peculiare è rappresentata dal ritardo nella consegna dei lavori imputabile all'Amministrazione. L'art. 3, comma 4, dell'Allegato II.14 al D. Lgs. n. 36/2023 prevede che, qualora la consegna avvenga tardivamente per causa riferibile all'Amministrazione, l'esecutore possa chiedere di recedere dal contratto. In caso di accoglimento dell'istanza, l'appaltatore ha diritto al rimborso delle spese contrattuali effettivamente sostenute e documentate, nei limiti stabiliti dalla medesima disciplina; qualora, invece, l'istanza non sia accolta e si proceda comunque alla consegna tardiva, l'esecutore ha diritto a un indennizzo per i maggiori oneri dipendenti dal ritardo, determinato secondo i criteri previsti dall'Allegato II.14. In tale specifica ipotesi di inadempimento dell'Amministrazione, dunque, l'appaltatore non dispone del diritto di risolvere il rapporto ai sensi degli artt. 1453 e 1454 c.c., né può automaticamente avanzare pretese risarcitorie ulteriori: egli è titolare della specifica facoltà di chiedere di recedere dal contratto e, in caso di accoglimento della stessa, di ottenere il ristoro dei maggiori oneri connessi al ritardo. Secondo la giurisprudenza, ove l'appaltatore non eserciti tempestivamente tale facoltà, la sua condotta può essere interpretata come accettazione della prosecuzione del rapporto, con conseguente preclusione di successive pretese risarcitorie fondate sul mero ritardo nella consegna^[17].

b) Effetti della risoluzione su iniziativa dell'appaltatore

In caso di risoluzione del contratto per inadempimento imputabile all'Amministrazione, l'appaltatore ha diritto, oltre alla liberazione dall'obbligo di eseguire le prestazioni non ancora adempiute, al ristoro dei pregiudizi causalmente riconducibili alla condotta della committente pubblica. Il risarcimento può comprendere, ove ne ricorrano i presupposti e nei limiti della prova offerta, tanto il danno emergente, rappresentato dalle spese sostenute e dagli oneri inutilmente sopportati, quanto il lucro cessante, consistente nel mancato utile che l'esecutore avrebbe ragionevolmente conseguito in caso di regolare prosecuzione del rapporto^[18].

Quanto agli effetti propriamente restitutori, occorre muovere dall'art. 1458 c.c., ai sensi del quale la risoluzione per inadempimento produce effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso dei contratti ad esecuzione continuata o periodica, per i quali l'effetto risolutivo non si estende alle prestazioni già eseguite. Il contratto di appalto, fatta eccezione per le ipotesi riconducibili a prestazioni periodiche o continuative, quali taluni appalti di servizi o di manutenzione, viene tradizionalmente qualificato come contratto ad esecuzione "prolungata"^[19]; ne discende che la risoluzione determina, accanto all'effetto liberatorio ex nunc rispetto alle prestazioni ancora da eseguire, un effetto recuperatorio ex tunc rispetto alle attribuzioni già eseguite. Il venir meno del titolo contrattuale comporta, pertanto, l'insorgenza di reciproche obbligazioni restitutorie, indipendentemente dall'imputabilità dell'inadempimento, secondo la logica della *restitutio in integrum*^[20]. Tuttavia, nell'appalto pubblico, la restituzione in forma specifica delle prestazioni

già eseguite risulta di regola impraticabile, specie quando le opere o le attività realizzate siano state acquisite, anche solo parzialmente, alla sfera patrimoniale o funzionale dell'Amministrazione. In tale evenienza, l'obbligazione restitutoria si converte in obbligazione per equivalente, avente ad oggetto il valore delle prestazioni utilmente eseguite e ricevute dalla committente. In caso di risoluzione imputabile al committente pubblico e di impossibilità di restituzione in natura dell'opera eseguita, il credito restitutorio dell'appaltatore deve essere commisurato, di regola, al corrispettivo contrattualmente pattuito, e non al valore venale dell'opera al momento della risoluzione, salvo che specifiche circostanze del caso concreto impongano una diversa valutazione. Tale criterio consente di evitare, da un lato, un indebito arricchimento dell'Amministrazione e, dall'altro, una surrettizia alterazione dell'equilibrio economico originariamente definito dalle parti in sede di gara.

Gli effetti restitutori non esauriscono, peraltro, le conseguenze patrimoniali della risoluzione. Resta distinto il piano del risarcimento del danno, che trova fondamento nell'art. 1453 c.c. e presuppone l'allegazione e la prova, secondo le regole ordinarie, dell'inadempimento dell'Amministrazione, del pregiudizio subito e del nesso causale tra l'uno e l'altro. Possono così venire in rilievo, a titolo esemplificativo, i costi di organizzazione del cantiere o del servizio rimasti improduttivi, le spese generali non assorbite, gli oneri finanziari sostenuti in conseguenza della protrazione o dell'interruzione del rapporto, nonché il mancato utile relativo alla parte di contratto non eseguita. Quest'ultimo non può tuttavia essere riconosciuto in via automatica, dovendo essere oggetto di una verifica concreta, ancorata all'offerta formulata, all'andamento dell'esecuzione, ai costi effettivamente risparmiati e alla ragionevole redditività della commessa.

Deve inoltre distinguersi tra le pretese risarcitorie direttamente dipendenti dall'inadempimento che ha determinato lo scioglimento del rapporto e le pretese economiche maturate nel corso dell'esecuzione. Le prime, in quanto fondate sulla responsabilità contrattuale dell'Amministrazione e sul venir meno del vincolo negoziale per causa ad essa imputabile, non si identificano con le ordinarie riserve dell'appaltatore; le seconde, invece, ove abbiano ad oggetto maggiori compensi, indennizzi o adeguamenti correlati a fatti verificatisi durante l'esecuzione del contratto, possono restare assoggettate al relativo regime, secondo la disciplina speciale applicabile e la natura sostanziale della domanda proposta.

La risoluzione pronunciata o accertata su iniziativa dell'appaltatore incide, infine, anche sugli effetti accessori del rapporto. In assenza di un inadempimento imputabile all'esecutore, non può trovare giustificazione l'escussione della garanzia definitiva per finalità meramente sanzionatorie, atteso che tale garanzia è funzionalmente preordinata a presidiare l'esatto adempimento delle obbligazioni dell'appaltatore e il ristoro dei danni derivanti da eventuali sue inadempienze. Analogamente, lo scioglimento del contratto per fatto imputabile all'Amministrazione non può essere assimilato alla risoluzione in danno dell'operatore economico, né può di per sé integrare un indice negativo della sua affidabilità professionale nelle successive procedure di affidamento, salvo che dal concreto svolgimento della vicenda emergano condotte autonomamente rilevanti ai fini del giudizio di integrità e affidabilità.

In definitiva, la risoluzione su iniziativa dell'appaltatore non produce soltanto l'effetto estintivo del vincolo contrattuale, ma determina una complessa regolazione dei rapporti patrimoniali tra

le parti: da un lato, l'effetto liberatorio rispetto alle prestazioni non ancora eseguite; dall'altro, l'effetto restitutorio, normalmente per equivalente, con riguardo alle prestazioni già acquisite dall'Amministrazione; infine, l'eventuale effetto risarcitorio, volto a reintegrare il patrimonio dell'appaltatore dei pregiudizi effettivamente subiti. Tale ricostruzione consente di preservare l'equilibrio tra la tutela dell'operatore economico, che non può restare esposto alle conseguenze dell'inadempimento della committente pubblica, e l'esigenza di evitare duplicazioni indennitarie o arricchimenti ingiustificati, nel rispetto della disciplina civilistica e delle peculiarità dell'appalto pubblico.

4. Il recesso dell'Amministrazione

4.1 L'evoluzione normativa dell'istituto: dal D. Lgs. n. 163/2006 al D. Lgs. n. 36/2023

La facoltà dell'Amministrazione di sciogliersi unilateralmente dal vincolo contrattuale affonda le proprie radici nella tradizione normativa dei lavori pubblici. La sua prima compiuta emersione viene comunemente ricondotta all'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, che riconosceva all'Amministrazione committente un potere di recesso destinato a incidere su un rapporto già perfezionato, in deroga al principio generale di stabilità del vincolo negoziale. Tale previsione è stata successivamente ripresa dall'art. 122 del d.P.R. n. 554/1999 e, quindi, dall'art. 134 del D. Lgs. n. 163/2006, nei quali il recesso continuava a configurarsi quale prerogativa speciale della parte pubblica, riferita anzitutto agli appalti di lavori.

Con il D. Lgs. n. 50/2016 l'istituto ha acquisito una portata generale. L'art. 109 del previgente Codice dei contratti pubblici ha infatti esteso espressamente il recesso dell'Amministrazione anche agli appalti di servizi e forniture, superando le incertezze interpretative legate alla tradizionale matrice lavoristica della disciplina. La norma ha così consolidato l'idea che il recesso pubblico non costituisca un rimedio eccezionale confinato a una specifica tipologia contrattuale, bensì una causa legale speciale di scioglimento del contratto pubblico, funzionale a consentire all'Amministrazione di interrompere l'esecuzione quando la prosecuzione del rapporto non risulti più conforme all'interesse pubblico concretamente perseguito.

L'attuale art. 123 del D. Lgs. n. 36/2023 si colloca in linea di continuità con tale evoluzione, pur affinando la formulazione dell'istituto. La disposizione stabilisce che, fermo quanto previsto dagli artt. 88, comma 4-ter, e 92, comma 4, del D. Lgs. n. 159/2011 in materia antimafia, l'Amministrazione può recedere dal contratto in qualunque momento, purché tenga indenne l'appaltatore. Significativa, in tale prospettiva, è la scelta del Codice del 2023 di abbandonare la precedente formula del "previo pagamento", sostituendola con quella del "purché tenga indenne": tale mutamento lessicale vale a escludere che l'efficacia del recesso possa essere subordinata alla preventiva corresponsione dell'indennizzo, ferma restando la

permanenza dell'obbligo indennitario in capo all'Amministrazione.

Sul piano sistematico, il recesso su iniziativa dell'Amministrazione si iscrive nel quadro delineato dall'art. 21-sexies della legge n. 241/1990, a norma del quale il recesso unilaterale dai contratti dell'Amministrazione è ammesso soltanto nei casi previsti dalla legge o dal contratto. La disposizione non attribuisce all'Amministrazione un generale potere immanente di scioglimento unilaterale, ma conferma, al contrario, l'assoggettamento della fase esecutiva alle regole del diritto privato, salva l'esistenza di specifiche previsioni abilitative. L'art. 123 del Codice costituisce appunto una di tali previsioni: esso conferisce alla committente pubblica un diritto potestativo di matrice contrattuale, esercitato nella veste di parte del rapporto e non quale autorità procedente.

Nel sistema dei contratti pubblici, il recesso su iniziativa dell'Amministrazione costituisce uno degli istituti nei quali si manifesta con maggiore evidenza la peculiare fisionomia del rapporto negoziale pubblico, strutturalmente radicato nel diritto privato, ma al tempo stesso costantemente permeato dalla funzionalizzazione dell'azione amministrativa alla cura dell'interesse pubblico. Esso si atteggia a diritto potestativo di scioglimento unilaterale del contratto, esercitabile dalla parte pubblica mediante una dichiarazione recettizia, idonea a determinare la cessazione ex nunc del vincolo, senza necessità del consenso dell'appaltatore. Proprio sotto tale profilo, l'istituto si pone in rapporto di deroga rispetto al principio generale di stabilità del vincolo negoziale secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti e non può essere sciolto se non per mutuo consenso o per le cause ammesse dall'ordinamento^[21]. Il recesso su iniziativa dell'Amministrazione si colloca, dunque, tra queste ultime, quale causa legale speciale di scioglimento unilaterale del rapporto contrattuale pubblico.

La disciplina contenuta dall'art. 123 del D. Lgs. n. 36/2023 conferma la natura speciale del rimedio, attribuendo all'Amministrazione la facoltà di recedere dal contratto *in qualunque momento*, a condizione che l'appaltatore sia tenuto indenne mediante il pagamento delle prestazioni già regolarmente eseguite, del valore dei materiali utili esistenti in cantiere o in magazzino, nonché di una somma pari al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite, determinata secondo i criteri stabiliti dall'Allegato II.14. Il recesso non presuppone, pertanto, una condotta colpevole dell'esecutore, né l'accertamento di una patologia del sinallagma contrattuale; esso esprime, piuttosto, la sopravvenuta — o anche soltanto rinnovata — valutazione dell'interesse pubblico alla prosecuzione del rapporto. A fronte di tale potere di scioglimento unilaterale, l'ordinamento tutela la posizione dell'appaltatore mediante un indennizzo legalmente tipizzato, e non attraverso l'integrale risarcimento del danno proprio della responsabilità contrattuale.

In questa prospettiva, il recesso si distingue nettamente dalla risoluzione disciplinata dall'art. 122 del Codice. Quest'ultima, nelle ipotesi di matrice civilistica, costituisce reazione all'inadempimento grave o al ritardo imputabile dell'appaltatore; nelle ipotesi di connotazione pubblicistica, opera invece quale strumento di rimozione di situazioni incompatibili con la legalità dell'affidamento o con l'affidabilità dell'operatore economico. Il recesso, per contro, non assolve una funzione sanzionatoria, né postula necessariamente una vicenda patologica

del rapporto: esso opera quale potere di disimpegno negoziale della parte pubblica volto ad impedire che l'Amministrazione resti vincolata alla prosecuzione di un'esecuzione non più coerente con l'interesse pubblico concretamente perseguito.

L'ampiezza della formula legislativa non consente, tuttavia, di degradare il recesso a manifestazione di arbitrio. Sebbene tradizionalmente qualificato come recesso *ad nutum*, il potere dell'Amministrazione deve essere esercitato nel rispetto dei canoni di buona fede, correttezza, proporzionalità e tutela dell'affidamento, che informano anche la fase esecutiva del contratto pubblico. L'assenza di un termine finale espresso non esonera, pertanto, l'Amministrazione dall'onere di una condotta coerente, non contraddittoria e non abusiva, specie quando l'esecuzione sia già in stato avanzato e l'appaltatore abbia organizzato mezzi, risorse e investimenti in funzione dell'adempimento.

Sotto il profilo economico, il tratto qualificante del recesso pubblico risiede nella sostituzione del risarcimento integrale con un meccanismo indennitario di fonte legale. La differenza non è meramente quantitativa, ma riflette la diversa funzione dell'istituto: nell'appalto pubblico, l'indennizzo opera quale punto di equilibrio tra l'interesse dell'appaltatore alla stabilità del rapporto e l'esigenza dell'Amministrazione di non essere costretta a proseguire un'esecuzione divenuta non più rispondente all'interesse pubblico.

4.2 Un'ipotesi speciale di recesso: il caso della normativa antimafia

L'art. 123, comma 1, del D. Lgs. n. 36/2023, in continuità con il previgente art. 109 del D. Lgs. n. 50/2016, fa espressamente salvo quanto previsto dagli artt. 88, comma 4-ter, e 92, comma 4, del D. Lgs. n. 159/2011, recante il Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione. Il richiamo assume particolare rilievo sistematico, poiché consente di distinguere il recesso ordinario dell'Amministrazione, fondato su una valutazione di opportunità inerente alla prosecuzione del rapporto, dall'ipotesi speciale in cui lo scioglimento del contratto consegua all'emersione di cause interdittive antimafia. In tale evenienza, infatti, non viene in considerazione una mera scelta discrezionale di disimpegno negoziale, bensì l'esigenza pubblicistica, primaria e inderogabile, di impedire la costituzione o la permanenza di rapporti contrattuali tra l'Amministrazione e operatori economici esposti al rischio di infiltrazione mafiosa.

A ben vedere, si tratta di una fattispecie che, pur essendo formalmente ricondotta dal legislatore alla categoria del "recesso", presenta tratti strutturali profondamente diversi dal recesso ordinario disciplinato dall'art. 123 del Codice. Essa appare, infatti, più propriamente riconducibile all'area dei poteri pubblicistici di autotutela esterna o autoritativa, nella quale si collocano, sia pure con presupposti e funzioni differenti, l'annullamento d'ufficio e la revoca, in quanto incide non già sulla convenienza della prosecuzione del rapporto, ma sulla perdurante idoneità soggettiva dell'operatore economico a contrarre e a permanere in rapporto con l'Amministrazione.

In altri termini, l'ipotesi di scioglimento conseguente all'informazione antimafia interdittiva, pur avendo ad oggetto l'interruzione di un rapporto contrattuale già perfezionato, costituisce espressione di un potere autoritativo volto alla verifica e alla salvaguardia dei requisiti soggettivi del contraente pubblico. Tale potere è destinato a operare non soltanto nella fase genetica dell'affidamento, ma anche durante l'intera esecuzione del contratto. La permanenza dei requisiti generali e speciali, infatti, non può essere circoscritta al momento della partecipazione alla gara o dell'aggiudicazione, dovendo protrarsi senza soluzione di continuità sino alla completa esecuzione del rapporto. Ne discende che, quando nei confronti dell'operatore economico emergano cause di decadenza, sospensione o divieto di cui all'art. 67 del D. Lgs. n. 159/2011, ovvero elementi sintomatici di un tentativo di infiltrazione mafiosa, le amministrazioni destinatarie dell'informazione antimafia non possono stipulare, approvare o autorizzare contratti o subcontratti, né rilasciare, consentire o mantenere concessioni ed erogazioni in favore del soggetto colpito dalla misura interdittiva[22].

In questa prospettiva, il recesso conseguente all'informativa antimafia si configura come effetto direttamente consequenziale dell'atto prefettizio e risponde alla finalità di neutralizzare il rischio che risorse pubbliche o rapporti negoziali della pubblica amministrazione possano, anche solo indirettamente, agevolare contesti imprenditoriali permeabili alla criminalità organizzata. Esso costituisce, pertanto, manifestazione del *"potere pubblicistico diretto a soddisfare l'esigenza di evitare la costituzione o il mantenimento di rapporti contrattuali con imprese nei cui confronti siano emersi sospetti di collegamenti con la criminalità organizzata"*[23]. Da tale qualificazione discende, coerentemente, il riconoscimento della giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie aventi ad oggetto l'informativa antimafia e gli atti che da essa traggono immediato fondamento.

Resta, tuttavia, distinto il tema degli effetti patrimoniali dello scioglimento e, in particolare, della possibilità per l'Amministrazione di procedere all'escussione della cauzione definitiva. Sul punto la giurisprudenza non si è espressa in termini univoci, essendosi confrontati due diversi orientamenti in ordine alla possibilità di ricondurre la sopravvenuta interdittiva antimafia alla nozione di inadempimento contrattuale e, conseguentemente, di ritenere legittimo l'incameramento della garanzia prestata dall'operatore economico a presidio dell'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali. Secondo un primo orientamento, l'interdittiva antimafia sopravvenuta potrebbe essere ricondotta, sia pure in senso ampio, all'area dell'inadempimento, poiché sarebbe la stessa condotta dell'impresa — o comunque la situazione soggettiva ad essa riferibile — a determinare l'impossibilità giuridica di prosecuzione del rapporto contrattuale. In tale prospettiva, lo scioglimento del contratto risulterebbe causalmente imputabile all'operatore economico e l'Amministrazione potrebbe legittimamente trattenere la cauzione definitiva[24]. Secondo un diverso e più rigoroso orientamento, invece, l'interdittiva antimafia costituisce una sopravvenienza pubblicistica che, pur legittimando lo scioglimento del rapporto, non integra automaticamente un inadempimento contrattuale *strictu sensu*. Ne consegue che il recesso o la risoluzione del contratto possono certamente essere disposti in forza della disciplina antimafia, ma l'incameramento della cauzione definitiva non può operare quale effetto automatico e indifferenziato dello scioglimento. In difetto di uno specifico accertamento di inadempienze negoziali imputabili all'appaltatore o di danni causalmente riconducibili alla sua condotta esecutiva, la garanzia definitiva deve essere svincolata, non potendo essere trasformata in una misura sostanzialmente sanzionatoria priva

di adeguato fondamento causale[25].

4.3 Il procedimento di recesso

Il diritto di recesso è esercitabile dall'Amministrazione *in qualunque momento*, purché l'appaltatore sia tenuto indenne dalle conseguenze economiche dello scioglimento anticipato del rapporto. L'indennizzo comprende il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguite, il valore dei materiali utili esistenti in cantiere o in magazzino, nonché una somma pari al decimo dell'importo delle prestazioni non eseguite. Tale importo è determinato secondo i criteri stabiliti dall'art. 11 dell'Allegato II.14, in particolare, per le opere non eseguite, sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, al netto del ribasso d'asta, e l'ammontare netto dei lavori eseguiti.

L'esercizio del recesso avviene mediante comunicazione formale all'appaltatore, da effettuarsi per iscritto con un preavviso non inferiore a venti giorni. Decorso tale termine l'Amministrazione prende in consegna i lavori, i servizi o le forniture ed effettua il collaudo definitivo, ovvero verifica la regolarità dei servizi e delle forniture. La disposizione chiarisce un profilo che, nel vigore dell'art. 109, comma 3, del D. Lgs. n. 50/2016, aveva dato luogo ad incertezze interpretative, poiché la formulazione previgente sembrava talora distinguere tra una comunicazione preliminare e l'atto di esercizio del diritto di recesso. L'art. 123 del D. Lgs. n. 36/2023, invece, individua nella comunicazione scritta l'atto stesso di recesso, con la conseguenza che il preavviso di almeno venti giorni opera quale termine iniziale di efficacia dello scioglimento. Il nuovo Codice ha così inteso escludere che il recesso debba conformarsi alle garanzie procedurali proprie dell'atto amministrativo, quali la comunicazione di avvio del procedimento o l'obbligo di motivazione[26]. Ne consegue che l'appaltatore non è chiamato a presentare memorie o a instaurare un contraddittorio sulla decisione dell'Amministrazione di recedere; parimenti, l'eventuale motivazione dell'atto, ove esplicitata, non trasforma il recesso in provvedimento amministrativo sindacabile nei termini propri dell'esercizio del potere autoritativo[27].

4.4 Il difficile rapporto tra il potere privatistico di recesso dal contratto ed i poteri pubblicistici di annullamento d'ufficio e revoca dell'aggiudicazione

Particolare rilievo assume, in tale quadro, il rapporto tra il recesso privatistico dal contratto e i poteri pubblicistici di autotutela incidenti sugli atti della procedura di affidamento. Dottrina e giurisprudenza si sono a lungo confrontate sul punto, registrando un iniziale contrasto tra l'orientamento del giudice amministrativo, incline ad ammettere, anche dopo la stipulazione

del contratto, l'esercizio del potere di revoca degli atti della procedura a evidenza pubblica, e quello della giurisprudenza civile, secondo cui le vicende successive alla stipulazione attengono alla validità, all'efficacia e all'esecuzione del vincolo contrattuale, ormai inserito in un rapporto paritetico tra situazioni soggettive qualificabili in termini di diritti soggettivi e obblighi giuridici^[28].

La ricostruzione più persuasiva muove dalla distinzione tra autotutela "interna" ed "esterna" al contratto. Con la prima espressione si allude agli strumenti che incidono sul rapporto negoziale già sorto; con la seconda, ai provvedimenti di secondo grado che intervengono sugli atti della procedura di gara. Prima della stipulazione, non sussistono ostacoli sistematici all'esercizio dei poteri di annullamento d'ufficio e di revoca da parte dell'Amministrazione, trattandosi di poteri incidenti su una sequenza ancora pubblicistica. Più problematica è, invece, la fase successiva alla conclusione del contratto, nella quale occorre distinguere tra annullamento d'ufficio e revoca, poiché i due istituti si fondano su presupposti diversi e producono effetti non sovrapponibili.

- L'annullamento d'ufficio, quale rimedio caducatorio avverso provvedimenti illegittimi, può intervenire anche dopo la stipulazione del contratto, nei limiti e alle condizioni stabiliti dall'art. 21-nonies della legge n. 241/1990, ferma la necessità di coordinare i suoi effetti con il rapporto negoziale ormai sorto.
- La revoca, invece, in quanto rimedio fondato su sopravvenute ragioni di pubblico interesse, su un mutamento della situazione di fatto o su una nuova valutazione dell'interesse originario, incontra dopo la stipulazione un limite sistematico più incisivo. Una volta perfezionato il contratto, l'esigenza di sciogliere il vincolo per ragioni di opportunità non deve ordinariamente essere perseguita mediante la revoca dell'aggiudicazione, bensì attraverso l'esercizio del recesso previsto dalla disciplina speciale dei contratti pubblici.

È in questa prospettiva che si colloca l'approdo dell'Adunanza plenaria n. 14 del 2014, la quale ha affermato che, dopo la stipulazione del contratto di appalto, l'Amministrazione che intenda sciogliersi dal vincolo per ragioni inerenti alla rivalutazione dell'interesse pubblico deve fare applicazione dello strumento del recesso, e non della revoca dell'aggiudicazione. La soluzione trova fondamento nella netta separazione tra la fase pubblicistica dell'affidamento, che si conclude con la stipulazione, e la fase esecutiva, nella quale l'Amministrazione agisce come parte del rapporto contrattuale, sia pure nell'esercizio di prerogative speciali funzionalizzate alla cura dell'interesse pubblico.

La preferenza per il recesso non risponde, peraltro, a una mera esigenza classificatoria, ma tutela un preciso equilibrio di interessi. Da un lato, essa preserva la distinzione tra la fase dell'aggiudicazione, retta da poteri pubblicistici, e la fase successiva alla stipulazione, regolata dal contratto e dalle norme speciali che disciplinano l'esecuzione. Dall'altro, assicura all'appaltatore un trattamento patrimoniale più coerente con la natura del sacrificio imposto: il recesso ex art. 123 comporta infatti il riconoscimento non soltanto del valore delle prestazioni eseguite e dei materiali utili, ma anche di una quota forfetaria del mancato utile, mentre l'indennizzo da revoca, ai sensi dell'art. 21-quinquies della legge n. 241/1990, è tradizionalmente circoscritto al solo danno emergente. In tal modo, la disciplina speciale del

Codice dei contratti pubblici evita che l'Amministrazione, dopo la stipulazione, possa eludere il regime indennitario proprio del recesso mediante il ricorso allo schema pubblicistico della revoca.

4. Analisi comparativa tra il regime del recesso previsto dal Codice dei contratti pubblici e la disciplina del committente privato di cui all'art. 1671 c.c.

Il confronto tra il recesso riconosciuto all'Amministrazione dall'art. 123 del D. Lgs. n. 36/2023 e l'analoga facoltà attribuita al committente privato dall'art. 1671 c.c. consente di cogliere, con particolare evidenza, la specialità del regime pubblicistico. Sul piano strutturale, i due istituti presentano un nucleo comune: in entrambi i casi, il committente può determinare unilateralmente lo scioglimento anticipato del contratto prima che la prestazione dell'appaltatore sia integralmente eseguita, senza che quest'ultimo possa vantare un diritto alla prosecuzione dell'opera, del servizio o della fornitura.

La comunanza funzionale dell'istituto non esclude, tuttavia, profonde differenze sul piano degli effetti patrimoniali. Nell'appalto privato, la disciplina dettata dall'art. 1671 c.c. ha natura dispositiva e può, pertanto, essere derogata dalle parti nell'esercizio dell'autonomia negoziale, mediante una diversa regolamentazione convenzionale delle conseguenze economiche del recesso. Diversamente, nell'appalto pubblico, l'art. 123 del Codice configura un regime speciale e tendenzialmente inderogabile, volto a predeterminare il sacrificio economico posto a carico dell'Amministrazione in conseguenza di un fatto lecito ma dannoso. L'indennizzo dovuto all'appaltatore comprende, in particolare, il pagamento delle prestazioni regolarmente eseguite, il valore dei materiali utili esistenti in cantiere o in magazzino e una somma pari al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite, determinata secondo i criteri stabiliti dall'Allegato II.14. Ne risulta un sistema compensativo tipizzato, privo di funzione sanzionatoria e distinto dal risarcimento integrale del danno.

La differenza più significativa riguarda il criterio di ristoro del lucro cessante. Nell'appalto pubblico, il mancato utile è forfetizzato *ex lege* nella misura del dieci per cento dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite, secondo il meccanismo di calcolo previsto dall'art. 11 dell'Allegato II.14. Nell'appalto privato, invece, l'appaltatore ha diritto al ristoro del mancato guadagno effettivamente perduto, purché ne fornisca adeguata prova secondo le regole ordinarie. La disciplina pubblicistica sostituisce, dunque, alla verifica analitica dell'utile netto non conseguito un parametro legale predeterminato, funzionale a rendere certo e prevedibile il costo dello scioglimento unilaterale per l'Amministrazione.

Secondo un'impostazione risalente e consolidata, già rinvenibile nell'art. 41 del d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, l'importo spettante a titolo di mancato utile deve essere calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, al netto del ribasso d'asta, e l'ammontare netto delle prestazioni già eseguite. Quanto ai materiali, il ristoro riguarda esclusivamente quelli utili, esistenti in cantiere o in magazzino e già accettati, prima

della comunicazione del recesso, dal direttore dei lavori ovvero dal direttore dell'esecuzione. La compensazione, pertanto, non ha ad oggetto l'esborso sostenuto dall'impresa in quanto tale, ma il valore dei materiali effettivamente predisposti per l'esecuzione e riconosciuti come utili dalla direzione competente. Da tale assetto emerge il carattere più contenuto dell'indennizzo pubblico rispetto alla disciplina privatistica, nella quale il committente è tenuto a ristorare anche le ulteriori spese sostenute, ivi comprese, ove provate, quelle relative al personale impiegato e alle spese generali non altrimenti recuperabili.

La diversa disciplina si spiega alla luce della differente *ratio* dei due istituti. Nei rapporti tra privati, l'attribuzione al committente del potere di recedere unilateralmente in corso di esecuzione è compensata dall'obbligo di tenere indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno, così da preservare l'equilibrio economico del contratto nei limiti dell'utilità che l'appaltatore avrebbe tratto dalla sua integrale esecuzione. Nel settore pubblico, invece, il legislatore persegue l'esigenza di assicurare all'Amministrazione la possibilità di non proseguire un rapporto non più rispondente all'interesse pubblico, evitando al contempo che lo scioglimento unilaterale esponga la committente pubblica a pretese risarcitorie indeterminate o sproporzionate.

Ciò non significa, peraltro, che l'indennizzo dovuto dall'Amministrazione sia necessariamente inferiore, in concreto, a quello spettante nell'appalto privato. Nel regime civilistico, infatti, il lucro cessante deve essere allegato e provato dall'appaltatore, e può risultare, in concreto, inferiore alla misura forfetaria del dieci per cento prevista dalla disciplina pubblicistica. La specialità dell'art. 123 non risiede, dunque, soltanto nella minore ampiezza astratta delle voci indennizzabili, ma soprattutto nella tipizzazione legale del criterio di liquidazione, che sacrifica la piena reintegrazione patrimoniale in favore della certezza e prevedibilità degli effetti economici del recesso.

Quanto agli effetti materiali conseguenti al recesso, l'Amministrazione può trattenere, in tutto o in parte, le opere provvisorie e gli impianti non agevolmente asportabili, purché ne sia accertata l'utilizzabilità, corrispondendo all'appaltatore un compenso commisurato al valore non ancora ammortizzato, nei limiti della minore somma tra il costo di costruzione e il valore delle opere o degli impianti al momento dello scioglimento; l'appaltatore, invece, è tenuto a rimuovere dai magazzini e dai cantieri i materiali non accettati dal direttore dei lavori o dal direttore dell'esecuzione e a rimettere le aree nella disponibilità dell'Amministrazione entro il termine assegnato. In difetto, la committente pubblica può procedere d'ufficio, ponendo i relativi oneri a carico dell'esecutore. Anche sotto tale profilo, la disciplina conferma la finalità di assicurare un ordinato subentro dell'Amministrazione nella disponibilità delle opere, dei beni e delle aree interessate, evitando che lo scioglimento anticipato del rapporto comprometta la continuità e l'utilizzabilità dell'intervento pubblico.

5. Conclusioni e prospettive evolutive della disciplina

In conclusione, l'analisi della risoluzione e del recesso nel D. Lgs. n. 36/2023 consente di cogliere una delle direttrici più significative dell'evoluzione recente della contrattualistica pubblica: la progressiva centralità della fase esecutiva, non più intesa come momento meramente consequenziale all'affidamento, ma come sede nella quale si misura concretamente la capacità del contratto pubblico di realizzare l'interesse pubblico perseguito dall'Amministrazione.

Rispetto al D. Lgs. n. 50/2016, il nuovo Codice non determina una cesura radicale, ma realizza piuttosto un'opera di razionalizzazione e di più chiara sistemazione degli istituti nella fase esecutiva del rapporto. La continuità con la disciplina previgente è evidente nella conferma dei principali presupposti applicativi e della funzione speciale di risoluzione e recesso; tuttavia, il D. Lgs. n. 36/2023 sembra muovere verso una maggiore coerenza sistematica, attenuando le ambiguità derivanti dalla sovrapposizione tra categorie privatistiche e poteri pubblicistici.

Tale tendenza emerge, in particolare, nella disciplina della risoluzione, ove la soppressione del precedente richiamo ai termini dell'annullamento d'ufficio contribuisce a ricondurre l'istituto, almeno nelle ipotesi di inadempimento, nell'alveo dei rimedi contrattuali speciali, pur esercitati dalla pubblica amministrazione in funzione della tutela dell'interesse pubblico. Analogamente, in materia di recesso, il passaggio dalla formula del "previo pagamento" a quella del "tenere indenne" l'appaltatore conferma la volontà di qualificare il recesso come diritto potestativo di matrice contrattuale, efficace indipendentemente dalla previa corresponsione dell'indennizzo, ma accompagnato da un obbligo legale di ristoro volto a riequilibrare il sacrificio imposto all'operatore economico.

Ne deriva che gli istituti esaminati non possono essere letti come meri rimedi eccezionali alla patologia del rapporto, ma come strumenti attraverso i quali l'ordinamento consente all'Amministrazione di preservare la corretta, utile e tempestiva realizzazione della prestazione contrattuale, in coerenza con il principio del risultato. La risoluzione, nelle sue declinazioni civilistiche e pubblicistiche, e il recesso, quale causa legale di scioglimento unilaterale, rivelano così la persistente tensione del contratto pubblico tra logica negoziale e funzionalizzazione pubblicistica: il rapporto è regolato dalle categorie del diritto privato, ma resta costantemente orientato alla cura di interessi generali.

Proprio questa duplice dimensione impone, sul piano applicativo, un esercizio particolarmente rigoroso dei poteri di scioglimento. La possibilità riconosciuta all'Amministrazione di incidere unilateralmente sul vincolo contrattuale, senza necessità di una preventiva pronuncia giudiziale, trova infatti la propria giustificazione nella necessità di garantire l'effettività dell'azione amministrativa e la continuità dell'interesse pubblico; al tempo stesso, essa richiede il rispetto delle garanzie procedurali, del contraddittorio, della proporzionalità, della buona fede e della tutela dell'affidamento dell'appaltatore.

Le prospettive evolutive della disciplina sembrano, pertanto, destinate a svilupparsi lungo una linea di equilibrio. Da un lato, occorre assicurare all'Amministrazione strumenti effettivi per reagire alle patologie dell'esecuzione, rimuovere situazioni incompatibili con la legalità dell'affidamento e adeguare il rapporto al mutevole interesse pubblico; dall'altro, è necessario evitare che la funzionalizzazione pubblicistica del contratto si traduca in instabilità del vincolo

negoziale o in un indebito sacrificio della posizione dell'operatore economico. In questa prospettiva, il futuro sviluppo della disciplina appare affidato alla capacità di mantenere distinti, ma coordinati, rimedi contrattuali e poteri pubblicistici, valorizzando al contempo la certezza del rapporto, la prevedibilità degli effetti e l'effettività del risultato pubblico.

**Ringrazio per la collaborazione i laureandi Vittoria Cappelletti e Pietro Maria Fava*

[1] Sul punto, rilevano gli artt. 44 della direttiva 2014/23/UE, 73 della direttiva 2014/24/UE e 90 della direttiva 2014/25/UE, i quali individuano le ipotesi in cui gli Stati membri assicurano la possibilità di risolvere il contratto o la concessione, segnatamente in caso di modifiche sostanziali, perdita sopravvenuta dei requisiti di partecipazione ovvero violazione del diritto dell'Unione definitivamente accertata. **Tale disciplina è oggi destinata ad essere significativamente innovata dalla nuova proposta di Regolamento europeo sugli appalti pubblici e concessioni del 2026, destinata ad abrogare le direttive del 2014, la quale, nel confermare le tradizionali ipotesi di cessazione anticipata del rapporto, amplia il novero dei poteri riconosciuti alle amministrazioni aggiudicatrici. In particolare, essa distingue espressamente tra la cessazione delle concessioni per prevalenti ragioni di interesse pubblico, subordinata al rispetto dei principi di proporzionalità, parità di trattamento e adeguata motivazione, la risoluzione obbligatoria dei contratti in presenza di cause sopravvenute di esclusione o di gravi violazioni del diritto dell'Unione accertate dagli organi competenti e, quale elemento di maggiore novità, la facoltà di disporre la risoluzione o l'esclusione dell'operatore economico durante la fase esecutiva quando emergano rischi per la sicurezza o la sicurezza pubblica, nel rispetto di specifiche garanzie procedurali. La proposta conferma così la progressiva valorizzazione, nel diritto dell'Unione, della fase esecutiva del contratto quale momento essenziale per la tutela non solo della concorrenza e della legalità dell'affidamento, ma anche della sicurezza, della continuità dei servizi pubblici e della salvaguardia di interessi pubblici sopravvenuti.**

[2] Il riferimento è ai termini previsti dall'art. 21-nonies della L. 7 agosto 1990, n. 241, il quale subordina l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio al rispetto di un termine ragionevole e, con riguardo ai provvedimenti di autorizzazione o attributivi di vantaggi economici, di un termine massimo di sei mesi dalla loro adozione. Resta ferma, ai sensi del comma 2-bis, la possibilità di esercitare il potere di annullamento anche oltre tale termine qualora il provvedimento sia stato conseguito mediante false rappresentazioni dei fatti o dichiarazioni mendaci costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato.

[3] In dottrina, G. Gallone, *L'annullamento d'ufficio nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *ItaliAppalti.it*, sostiene la natura pubblicistica dell'istituto valorizzando il permanere di un espresso richiamo ai poteri di autotutela pubblicistica nell'art. 32 del previgente Codice dei contratti pubblici, osservando che «*troppo angusto sarebbe, del resto, uno spazio di applicazione della disposizione limitato al solo frangente ricompreso tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto*».

In giurisprudenza, cfr. seppur relativamente alla previgente versione della disposizione, Cons. Stato, parere 28 dicembre 2016, n. 2777.

[4] Cfr. Cass., Sez. Un., 20 giugno 2003, n.10160 e Id., 17 dicembre 2008, n. 29425.

[5] Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2019, n. 2543, secondo cui la risoluzione anticipata del contratto prevista dall'art. 163 d.lgs. n. 163/2006 (poi art. 108 d.lgs. n. 50/2016, oggi art.122 d.lgs. 36/2023), costituisce espressione di un potere di autotutela contrattuale della pubblica amministrazione, incidente sul diritto soggettivo del contraente privato e, pertanto, riconducibile alla fase esecutiva del rapporto negoziale. La pronuncia valorizza la natura privatistica del potere risolutorio, quale diritto potestativo esercitato dalla stazione appaltante nell'ambito del vincolo contrattuale.

[6] Il coordinamento tra sospensione e risoluzione presenta profili interpretativi non privi di ambiguità poiché non è ancora chiaro in che termini i due istituti condividano i medesimi presupposti applicativi. In particolare, l'inciso iniziale dell'art. 122 comma 1, si presta a letture differenti. Secondo una parte della dottrina, tale previsione attribuirebbe alla stazione appaltante il potere di disporre la sospensione dell'esecuzione del contratto nelle more della decisione sull'eventuale esercizio del potere di risoluzione, così da preservare l'interesse pubblico in via provvisoria. La sospensione assumerebbe, pertanto, una funzione essenzialmente cautelativa, strumentale alla successiva valutazione circa l'adozione del provvedimento risolutorio (R. De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici*).

[7] Vedi art. 121, comma 5, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

[8] Dall'analisi dell'articolo in esame emerge una netta "frattura" tra i due ordini di situazioni in base alla sussistenza o meno di margini di valutazione da parte della stazione appaltante. In tale prospettiva è stato osservato che, al di là delle espressioni utilizzate dal legislatore, anche le ipotesi indicate nel comma 1 dell'articolo in esame in realtà comportano un dovere della stazione appaltante di procedere con la risoluzione, non potendosi ammettere che il rapporto contrattuale prosegua allorché emergano le circostanze di cui si tratta poiché esse risultano essere preclusive della possibilità di contrarre con la P.A. Secondo un diverso orientamento interpretativo, pur condividendosi l'idea che la sopravvenuta conoscenza di situazioni che avrebbero impedito l'aggiudicazione o la stipulazione del contratto renda normalmente necessaria la risoluzione del rapporto, ciò non esclude che l'Amministrazione sia comunque chiamata a svolgere una valutazione in ordine alla concreta portata della causa risolutiva. Tuttavia, una simile interpretazione non esclude a priori che l'Amministrazione sia comunque chiamata ad effettuare una valutazione in ordine ai limiti e alla portata della causa di risoluzione che potrebbe riguardare solo gli ulteriori affidamenti e non già il rapporto contrattuale originario. Invero il legislatore si esprime in termini di possibilità e non di doverosità, ipotesi non prospettabile per le situazioni prese in esame nel comma 2 dell'articolo in esame. (Carbone, Caringella, Rovelli, *Manuale dei contratti pubblici*)

[9] In questo senso, con riferimento all'art. 108 del Codice del 2016, cfr. De Nictolis, *I nuovi appalti pubblici*.

[10] D. De Carolis, *Nuova risoluzione dei contratti pubblici: cancellato il potere di annullamento. Commento all'art. 108 del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *ItaliAppalti*, 6 settembre 2016, spec. par. "L'informativa antimafia interdittiva sopravvenuta nel corso di esecuzione del contratto di appalto stipulato con la P.A.", ove si evidenzia che, in caso di informativa antimafia interdittiva sopravvenuta, la prosecuzione del rapporto contrattuale con la pubblica amministrazione risulta preclusa per effetto del venir meno della capacità soggettiva dell'operatore economico di mantenere rapporti negoziali con la P.A.

[11] Cfr. Cass., Sez. Un., 10 gennaio 2019, n. 489; Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2019, n. 2543.

[12] Art. 10 dell'Allegato II.14 al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

[13] Sul riparto di giurisdizione tra fase pubblicistica e fase esecutiva del rapporto, v. **Cass., Sez. Un., 3 maggio 2017, n. 10705**; Cass., **Sez. Un., 31 ottobre 2022, n. 32148**.

[14] Salvo il caso in cui la stazione appaltante si sia avvalsa della facoltà prevista dall'articolo 124, comma 2, del D. Lgs. 36/2023 di interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per il completamento delle prestazioni alle identiche condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta. Ciò consente alla P.A. di "mitigare" i pregiudizi economici dovuti alla risoluzione del contratto e ai conseguenti rallentamenti nell'esecuzione della commessa appaltata.

[15] Cfr. Delibera ANAC n. 73 del 17 gennaio 2024 *"Nell'ambito dei contatti pubblici l'articolo 113 bis comma 4 del D.lgs. 50/2016 (applicabile ratione temporis) dispone l'applicazione delle penali a carico dell'esecutore nel solo ed unico caso di ritardo nell'esecuzione delle prestazioni, in maniera speculare all'articolo 126 del nuovo Codice D.lgs. n. 36/2023. In particolare, la penale deve essere commisurata ai giorni di ritardo e proporzionata rispetto all'importo del contratto o alle prestazioni oggetto dello stesso, e viene calcolata in misura giornaliera compresa tra lo 0,3 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto contrattuale, da determinare in relazione all'entità delle conseguenze legate al ritardo, e non possono*

comunque superare, complessivamente, il 10 per cento di detto ammontare netto contrattuale”.

[\[16\]](#) Cass. civ., ord. n. 21207/2021; **Cass. civ., Sez. II, 31 ottobre 2018, n. 27994; Cass. civ., Sez. II, 3 settembre 2019, n. 22050.**

[\[17\]](#) C. Appello Firenze n. 1630/2024; Cass. Civ. Sez. I n.28653/2024.

[\[18\]](#) Cass. Civ. Sez. I n. 27690/2023: In caso di risoluzione del contratto per inadempimento della S.A., spetta all'appaltatore il risarcimento del danno da lucro cessante, calcolabile in via parametrica come il 10% dell'importo contrattuale.

[\[19\]](#) Cass., 9 febbraio 2022, n. 4225.

[\[20\]](#) Cass. Civ. Sez. II n. 20460/2023; Cass. Civ. Sez. II n. 27640/2018.

[\[21\]](#) Cfr. art. 1372 c.c.

[22] Per garantire comunque che l'attività amministrativa non rimanga sospesa in attesa delle verifiche antimafia, se il Prefetto non rilascia l'informazione interdittiva nei termini previsti, o nel caso di lavori/forniture di somma urgenza qualora la sussistenza di una causa di divieto o gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa siano accertati successivamente alla stipula del contratto, le P.A. possono revocare le autorizzazioni e le concessioni o recedere dai contratti. In ogni caso, ancorché siano state adottate le interdittive, le P.A. possono - esercitando un potere autoritativo - non procedere alle revoche o ai recessi nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione o, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, se il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi.

[23] Cass., Sez. Un., 29 agosto 2008, n. 21928.

[24] Cons. Stato, sez. III, 21 giugno 2022, n. 5093.

[25] TAR Puglia, Bari, sez. II, 10 febbraio 2023, n. 291.

[26] Cass. Sez. I, 7 luglio 2022, n. 21574.

[27] Su tale insindacabilità v. di recente Cass. Sez. I del 2 maggio 2023 n. 11361 che evidenzia tale elemento del recesso in contrapposizione alla sindacabilità della risoluzione.

[\[28\]](#) Da un lato, il Consiglio di Stato riteneva legittimo l'esercizio del potere di revoca degli atti amministrativi del procedimento ad evidenza pubblica anche a stipulazione contrattuale avvenuta (Cons. St. IV, 14 gennaio 2013, n. 156; Cons. St. VI, 27 novembre 2012, n. 5993; Id., 17 marzo 2010, n.1554). Dall'altro lato la Suprema Corte di Cassazione sosteneva che tutte le vicende successive alla stipulazione del contratto danno luogo a dispute relative alla validità ed efficacia del vincolo contrattuale essendosi ormai costituito tra le parti un rapporto giuridico paritetico intercorrente tra situazioni soggettive da qualificare in termini di diritti soggettivi e di obblighi giuridici (Cass. Civ. Sez. Un., 17 dicembre 2008, n.29425; Id., 26 giugno 2003, n. 10160).