

MICHELE TRIMARCHI

Professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di giurisprudenza
dell'Università di Foggia
michele.trimarchi@unifg.it

**PERCHÉ DEROGARE AL CODICE CIVILE
NELL'ESECUZIONE DEI CONTRATTI PUBBLICI**

**WHY DEVIATE FROM THE CIVIL CODE IN THE EXECUTION
OF PUBLIC CONTRACTS**

SINTESI

L'articolo passa brevemente in rassegna la disciplina dell'esecuzione dei contratti pubblici contenuta nel d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 per individuare le ragioni sottostanti alle principali deroghe alle disposizioni del codice civile. Una volta individuate queste, l'Autore osserva che la disciplina derogatoria alcune volte si trattiene all'interno del diritto privato, costituendo al più un diritto privato speciale, mentre altre volte, in relazione ad altri specifici istituti, comporta l'incursione di poteri amministrativi in un ambito, quello dell'esecuzione dei contratti pubblici, che rimane generalmente governato dal diritto privato. L'Autore formula alcune ipotesi sulle ragioni sottostanti al ricorso al potere amministrativo e, per finire, prende in considerazione, discostandosene, la proposta di una rilettura in chiave integralmente pubblicistica dell'esecuzione dei contratti pubblici.

ABSTRACT

This paper briefly reviews the regulations governing the execution of public contracts as set forth in Legislative Decree No. 36 of March 31, 2023, aiming to identify the underlying reasons for the main exceptions to the provisions of the Civil Code. Upon identifying these reasons, the Author observes that, in certain cases, the exceptional rules remain within the realm of private law, constituting at most a specialized form of private law. However, in other instances, with regard to specific legal institutions, these exceptions entail the incursion

of administrative powers into the execution of public contracts—a domain generally governed by private law. The Author proposes several hypotheses concerning the rationale behind the use of administrative authority and, finally, considers—while ultimately distancing himself from it—a proposal to reinterpret the execution of public contracts entirely through a public law perspective.

PAROLE CHIAVE: esecuzione, contratto, appalto, diritto privato, diritto pubblico.

KEYWORDS: execution, public contracts, private law, public law

INDICE: 1. L'esecuzione dei contratti pubblici secondo la concezione bifasica: il diritto pubblico come deroga. – 2. Le ragioni della deroga al codice civile. – 3. Le deroghe che si trattengono nell'ambito del diritto privato (speciale). – 4. Le deroghe che danno luogo all'incursione di poteri amministrativi nell'esecuzione dei contratti pubblici. – 5. Le ragioni del potere amministrativo. – 6. Sulla rilettura pubblicistica dell'esecuzione. Conferma dell'impostazione tradizionale.

1. L'esecuzione dei contratti pubblici secondo la concezione bifasica: il diritto pubblico come deroga

Secondo la diffusa ricostruzione dualistica della contrattazione pubblica, tutta l'attività della stazione appaltante che precede la stipula del contratto (dall'indizione della procedura per la scelta del contraente fino all'aggiudicazione) è attività amministrativa di diritto pubblico, mentre dalla stipula del contratto in avanti trova applicazione il diritto privato¹.

Naturalmente questa impostazione non nega che nell'esecuzione del contratto pubblico siano coinvolti interessi pubblici; piuttosto, considera l'applicazione del diritto privato all'esecuzione come la prova del fatto che gli interessi pubblici possono essere curati alternativamente con strumenti pubblicistici e privatistici².

¹ Tale concezione è quantomeno risalente a Cass., sez. un., 24 giugno 1897, Ditta Trezza c. Caterini, Ruocco e altri, in Foro it., 1897, I, 1363 che afferma la giurisdizione del giudice ordinario sul ricorso d'impugnazione del decreto prefettizio di esecutorietà di un contratto di appalto, proposto al chiaro fine (*causa petendi*) di ottenere l'annullamento del contratto.

La distinzione tra le due fasi non è, per così dire, a compartimenti stagni. Come rileva M. MAZZAMUTO, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Dir. ec.*, 2022, 65, infatti, “si è sempre ritenuto che le vicende pubblicistiche refluiscano in linea di principio sulle sorti del contratto già concluso”.

² Di recente afferma la “piena fungibilità tra diritto privato e diritto amministrativo ai fini della soddisfazione degli interessi pubblici” G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2023, 440, mentre M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 20, fatica a condividere questo “estremo assunto” in quanto “potrebbe significare che il legislatore sia abilitato con tutta facilità a rinunciare alle superiori garanzie del diritto pubblico”. Osserva “quanto lontane dalla realtà effettuale siano le

Muovendo da questi presupposti, la corposa disciplina dell'esecuzione contenuta agli articoli 113 e ss. del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), di recepimento delle direttive europee del 2014, si configura inevitabilmente come un complesso di deroghe alla regola, costituita dall'applicazione del codice civile³.

La tesi che nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione il diritto privato è la regola, mentre il diritto pubblico la deroga, trova diverse conferme nella legislazione vigente.

In primo luogo, l'art. 1, comma 1-*bis*, legge n. 241 del 1990, per il quale “La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente”.

Notoriamente è discusso cosa si debba intendere per “atti di natura non autoritativa”, ma non occorre entrare nel dibattito per ritenere che siano tali quantomeno gli atti squisitamente consensuali, cioè appunto i contratti della pubblica amministrazione: per essi pertanto l'applicazione del diritto privato è la regola, mentre il diritto pubblico è eccezionale e derogatorio.

In secondo luogo, l'art. 12 codice appalti, recante la disciplina del “rinvio esterno” prevede che “per quanto non espressamente previsto nel codice: a)

rappresentazioni di un diritto privato come luogo di sterili antagonismi tra primordiali egoismi patrimoniali” da ultimo G.D. COMPORI, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, in *Dir. ec.*, 2024, 16 (già interessanti spunti in questo senso sono in F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo (Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico)*, Torino, 1964, ora in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 85 ss..

3 Con ciò non si intende affermare che il diritto amministrativo in sé sia un diritto derogatorio rispetto al diritto privato, perché tale affermazione, come rileva M. MAZZAMUTO, *op.cit.*, 23, non “considera il valore sistematico del diritto amministrativo e dei suoi principi”. Tuttavia è chiaro che l'operatività di regole di diritto pubblico in un ambito materiale ordinariamente soggetto al diritto privato, quale è l'esecuzione dei contratti pubblici secondo la c.d. tesi bifasica, non può che apprezzarsi in termini di deroga al diritto privato. Pare si possa trovare conferma di ciò in Corte cost., n. 53/2011, laddove si osserva che, sebbene la fase successiva alla stipula del contratto sia in linea di principio disciplinata da norme che devono essere ascritte all'ambito materiale dell'ordinamento civile, “ciò non significa, tuttavia, che, in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico, non possano residuare in capo all'autorità procedente poteri pubblici riferibili, in particolare, a specifici aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva”.

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

L'interpretazione piana di questa disposizione – ancorché, come vedremo, ne siano state avanzate di altre, che pervengono ad esiti opposti – è che le procedure di affidamento costituiscono attività amministrativa, sicché, per quanto non previsto nel codice dei contratti pubblici, si applica la legge n. 241 del 1990; mentre la stipula del contratto e l'esecuzione dello stesso, non costituendo attività amministrativa, sono soggette al codice civile per tutto quanto non espressamente disposto.

L'art 12 ult. cit. sembra così saldarsi armonicamente con la regola che si trae dall'art. 1, comma 1-*bis*, legge n. 241 del 1990.

A conferma della prevalente ambientazione privatistica, vi è infine che la Corte costituzionale, chiamata a decidere sul riparto delle competenze legislative ai sensi dell'art. 117 della Costituzione, colloca l'esecuzione dei contratti pubblici nella materia “ordinamento civile”, attribuita alla competenza legislativa dello Stato⁴.

2. Le ragioni della deroga al codice civile

Le ragioni per cui, nel disciplinare l'esecuzione, il Codice dei contratti pubblici dispone in deroga al codice civile possono essere individuate organizzando in gruppi le disposizioni più rilevanti.

A) Una prima ragione di deroga consiste nella tutela della concorrenza e delle libertà economiche che impongono di scegliere il contraente attraverso la gara. In particolare, questa è la *ratio* del principio di tendenziale immodificabilità del contratto pubblico, che si desume *a contrario* dai limiti posti allo *jus variandi* della stazione appaltante (art 120 del Codice, che recepisce l'articolo 72 della

⁴ Così, ad es., Corte cost., n. 43/2011.

direttiva Ue n. 24/2014)⁵. La modifica unilaterale del contratto è infatti rigorosamente limitata per evitare che la stessa dia luogo a un contratto sostanzialmente diverso, il quale risulterebbe stipulato con l'originario aggiudicatario in elusione delle regole di concorrenza attinenti alla scelta del contraente⁶.

B) Un secondo gruppo di disposizioni ridimensiona la portata del principio di immodificabilità del contratto dotando la stazione appaltante di facoltà

5 L'art. 120 del Codice è disposizione di non agevole lettura; per l'individuazione delle modifiche consentite è utile fare contestualmente riferimento all'art. 72 della direttiva n. 24/2014. Sinteticamente, sono ammesse:

a) le modifiche che non alterano la natura generale del contratto (secondo la dizione della legge italiana, quelle che non alterano "la struttura del contratto o dell'accordo quadro" o "l'operazione economica sottesa") e che siano state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili (art. 72, par. 1, lett. a); art. 120, comma 1, lett. a));

b) le modifiche che non alterano la natura generale del contratto (secondo la dizione della legge italiana, quelle che non alterano "la struttura del contratto o dell'accordo quadro" o "l'operazione economica sottesa") e che siano di valore inferiore alle soglie indicate dalla legge (art. 72, par. 2, art. 120, comma 3);

c) le varianti in corso d'opera che non alterano la natura generale del contratto (secondo la dizione della legge italiana, quelle che non alterano "la struttura del contratto o dell'accordo quadro" o "l'operazione economica sottesa") e che siano state imposte da circostanze imprevedibili dalla stazione appaltante secondo l'ordinaria diligenza, sempre che l'eventuale aumento di prezzo non sia superiore al 50 % del valore del contratto iniziale o dell'accordo quadro (art. 72, par. 1, lett. c); art. 120, comma 1, lett. c) e comma 2);

d) le modifiche derivanti dalla sopravvenuta necessità di lavori, servizi o forniture supplementari, non previste nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente risulti impraticabile per motivi economici o tecnici e al contempo comporti per la stazione appaltante notevoli disagi o un sostanziale incremento dei costi, sempre che l'eventuale aumento di prezzo non è superiore al 50 % del valore del contratto iniziale o dell'accordo quadro (art. 72, par. 1, lett. b); art. 120, comma 1, lett. b) e comma 2)

e) la sostituzione dell'aggiudicatario, se tale possibilità sia prevista in clausole chiare, precise e inequivocabili, oppure se all'aggiudicatario iniziale succede, in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del codice, oppure se la stazione appaltante assume gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori (art. 72, par. 1, lett. d); art. 120, comma 1, lett. d));

f) le modifiche che, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali (art. 72, par. 1, lett. e); art. 120, comma 5). Il codice esclude espressamente che siano sostanziali le modifiche al progetto, proposte dalla stazione appaltante ovvero dall'appaltatore, che assicurano risparmi da utilizzare in compensazione alla variazione in aumento dei costi delle lavorazioni o realizzano soluzioni equivalenti e migliorative in termini economici, tecnici o di tempi di ultimazione dell'opera (art. 120, comma 7). Per il resto, la nozione di modifica non sostanziale si ricava *a contrario* dalla definizione della modifica sostanziale, identificata in quella che "altera considerevolmente la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa" (art. 72, par. 4; art. 120, comma 6). In ogni caso, la modifica è sostanziale quando:

utili alla gestione delle sopravvenienze (variazione dei costi delle prestazioni, mutamento dello stato dei luoghi, etc.): l'obiettivo è di evitare che queste incidano sulla qualità delle prestazioni offerte, a svantaggio dell'interesse pubblico, e contemporaneamente alterino l'equilibrio contrattuale, a danno dell'impresa.

È questo, innanzitutto, il risvolto delle menzionate disposizioni che regolano lo *jus variandi*: le quali, se per un verso lo limitano per ragioni di tutela della concorrenza, per altro verso lo legittimano proprio per le ragioni da ultime considerate.

Ratio analoga è sottesa all'art. 60, comma 1, d.lgs. n. 36/2023, che obbliga a introdurre negli atti di gara la clausola per la revisione dei prezzi in corso d'esecuzione⁷: regola che non trova corrispondenza nel codice civile.

introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione; oppure cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale o nell'accordo quadro; o, infine, estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto o dell'accordo quadro (art. 72, par. 4; art. 120, comma 7).

Il divieto di apportare modifiche sostanziali al contratto fa comunque salve le modifiche espressamente ammesse, cioè quelle indicate sopra dalla lettera a) alla lettera d).

Le modifiche comportano ordinariamente l'aumento del costo dell'appalto. Tuttavia, se i documenti di gara iniziali lo prevedono, la stazione appaltante può imporre all'appaltatore un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, alle condizioni originariamente previste. Si tratta di un diritto potestativo dell'amministrazione: l'appaltatore non può rifiutarsi, né può richiedere l'adeguamento delle condizioni economiche del contratto o far valere il diritto alla risoluzione (art. 120, comma 9).

Se ritiene che l'esecuzione del contratto sia divenuta inopportuna o impossibile in ragione di una sopravvenienza, e il problema non si presta ad essere risolto attraverso una modifica ammessa dall'art. 120, la stazione appaltante può sempre verificare se sussistono le condizioni per disporre la risoluzione del contratto e lo svolgimento di una nuova gara.

6 Così già Corte giust. Ue, 29/4/2004, C-496/99. Nella giurisprudenza interna soprattutto Cons. Stato, ad. plen., n. 10/2020: "l'interesse concorrenziale alla corretta esecuzione del contratto riacquista concretezza ed attualità in tutte le ipotesi in cui la fase dell'esecuzione non rispecchi più quella dell'aggiudicazione, conseguita all'esito di un trasparente, imparziale, corretto gioco concorrenziale, o per il manifestarsi di vizi che già in origine rendevano illegittima l'aggiudicazione o per la sopravvenienza di illegittimità che precludano la prosecuzione del rapporto (c.d. risoluzione pubblicistica, facoltativa o doverosa)". Cfr. R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325.

7 Cfr. S. SPUNTARELLI, *Art. 60 – Revisione prezzi*, in R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Pisa, 2024, 306, laddove, richiamando la giurisprudenza prevalente, si rileva che "l'istituto della revisione di prezzi, in particolare, ha la finalità di salvaguardare

Più in generale, mentre il codice civile prevede che “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” (art. 1467 cod. civ.), il codice dei contratti pubblici si discosta da questa impostazione prevedendo che la parte che ha subito un’alterazione rilevante dell’equilibrio contrattuale ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni, sempre che l’alterazione dipenda da circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all’ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato, e che la parte non abbia volontariamente assunto il relativo rischio (art. 9, rubricato “principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale”)⁸.

L’alternatività del rimedio manutentivo, che ricorre anche nella legislazione speciale di diritto privato, risponde qui alla medesima *ratio* dell’obbligo di inserire negli atti di gara la clausola di revisione dei prezzi o di consentire entro certi limiti la modifica al contratto: s’intende salvaguardare l’equilibrio economico del contratto compromesso dalle sopravvenienze, a tutela dell’impresa; e, al contempo, favorire la continuità del rapporto e il mantenimento della qualità delle prestazioni, a tutela della stazione appaltante.

C) Altre deroghe si spiegano in ragione della valutazione legislativa di preminenza di taluni interessi pubblici, di cui è portatrice la stazione appaltante, rispetto all’interesse del contraente privato, rivolto alla stabilità del rapporto.

Questa valutazione è sottesa, ad esempio, all’art. 122, d.lgs. n. 36/2023, che conferisce alla stazione appaltante la facoltà di risolvere unilateralmente il

l’interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non siano esposte col tempo al rischio di una diminuzione qualitativa e al contempo essa è posta a tutela dell’interesse dell’impresa a non subire l’alterazione dell’equilibrio contrattuale conseguente alle modifiche dei costi sopraggiunte durante l’arco del rapporto”.

⁸ Sulla rinegoziazione da ultimo, anche per i riferimenti bibliografici, G.D. COMPORI, *La rinegoziazione*, cit., 25 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Il principio della conservazione dell’equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2024.

contratto senza necessità di una previa pronuncia del giudice, in deroga rispetto al principio generale di vincolatività del contratto sancito dall'art. 1372 c.c.

Le cause di risoluzione lasciano emergere gli interessi pubblici giudicati prevalenti dalla legge. Oltre che nell'ipotesi ordinaria, costituita dall'inadempimento, la risoluzione è infatti prevista a tutela della concorrenza (nel caso in cui il contratto abbia subito una modifica sostanziale, ovvero modifiche e varianti in corso d'opera che abbiano comportato il superamento della soglia: ipotesi nelle quali la risoluzione prelude all'indizione di una nuova gara); a tutela degli interessi presidiati dai requisiti di ordine generale previsti come motivi di esclusione automatica dall'art. 94 (nel caso in cui al momento dell'aggiudicazione l'impresa si sia trovata priva di uno di questi requisiti); a tutela della legalità euro-unitaria, gravemente minacciata dall'operato della stazione appaltante (quando in sede di aggiudicazione sia stata commessa una grave violazione del diritto europeo, riconosciuta nell'ambito di una procedura di infrazione); quando fatti sopravvenuti abbiano inciso sull'affidabilità dell'aggiudicatario, e dunque sia venuta meno la fiducia in lui riposta dall'amministrazione⁹.

⁹ Ai sensi dell'art. 122, c. 1, le stazioni appaltanti possono risolvere il contratto di appalto, senza limiti di tempo: a) quando si verifica una modifica sostanziale del contratto, che richiede una nuova procedura di appalto (i casi in cui la modifica non richiede una nuova procedura sono indicati all'art. 120); b) quando le modifiche contrattuali previste dall'art. 120, c. 1, lett. b e c del codice (rispettivamente, le modifiche dovute a sopravvenuta necessità di lavori, servizi o forniture supplementari, non previsti nell'appalto iniziale, oppure a varianti in corso d'opera) comportano un aumento di prezzo superiore al 50% rispetto al prezzo iniziale e quando le modifiche previste dall'articolo 120, c. 3, superino le soglie indicate nella medesima disposizione; c) quando l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una delle situazioni che comportano l'esclusione automatica ai sensi dell'art. 94 del codice nell'ambito della disciplina dei requisiti di ordine generale; d) quando 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.

In questi casi, secondo l'opinione prevalente, ma non univoca, l'amministrazione non ha l'obbligo, ma solo la facoltà di risolvere il contratto, circostanza che sarebbe desumibile dall'impiego del verbo potere.

L'art. 122, c. 2, prevede invece due ipotesi di risoluzione obbligatoria. Il contratto è risolto qualora nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione e dichiarazioni mendaci o sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia o delle relative misure di prevenzione, di cui al d.lgs. n. 159/2011, ovvero una sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui al

Ad una *ratio* di garanzia dell'interesse pubblico e della legalità risponde anche la posizione della giurisprudenza che ammette l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione illegittima ai sensi dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, anche dopo la stipula del contratto, contratto che perde automaticamente effetto in ragione del nesso di presupposizione che sussiste tra il medesimo (atto presupponente) e l'aggiudicazione (atto presupposto)¹⁰.

Ancora, non ha altra finalità, se non quella di rendere il disimpegno dal contratto meno gravoso per l'amministrazione rispetto al committente privato, sul presupposto che a suo fondamento vi sia un interesse pubblico, la previsio-

Capo II del Titolo IV della Parte V del Libro II del codice.

In questi casi la risoluzione si impone poiché, indipendentemente dalla corretta esecuzione del contratto, i fatti sopravvenuti incidono sull'affidabilità dell'aggiudicatario e quindi minano la fiducia in lui riposta dall'amministrazione.

Il comma 3 prevede che il contratto può essere risolto per il grave inadempimento dell'appaltatore, tale da compromettere la buona riuscita delle prestazioni, e il comma 4 contempla l'ipotesi in cui l'esecuzione delle prestazioni sia ritardata per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del contratto: in tal caso il direttore dei lavori assegna all'appaltatore un termine ordinariamente non inferiore a dieci giorni per eseguire le prestazioni, scaduto il quale, se l'inadempimento permane, la stazione appaltante risolve il contratto

10 Si v. Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2022, n. 590; Cons. Stato, sez. V, 1 febbraio 2021, n. 938; Cons. Stato, ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14). Tra gli argomenti a sostegno di questa soluzione è stato addotto anche il dato testuale dell'art. 21 *nonies*, c. 1, l. n. 241/1990, che, riferendosi ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici, non potrebbe non comprendere anche l'affidamento di una pubblica commessa (Cons. Stato, sez. III, 22 marzo 2017, n. 1310).

Autorevole dottrina ritiene però che questo orientamento attribuisce alla stazione appaltante una generale posizione di privilegio, in violazione dei principi di vincolatività del contratto e parità dei contraenti nella fase esecutiva e, al contempo, determina l'elusione della disciplina in materia di risoluzione e di quella (121 ss., c.p.a.) che riserva all'autorità giudiziaria la decisione sull'efficacia del contratto in conseguenza di vizi della procedura (G. GRECO, *Poteri amministrativi ed esecuzione del contratto (tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, 186 s.). In ogni caso, è ragionevole ritenere che, dopo la stipula del contratto, l'annullamento d'ufficio della aggiudicazione possa esser pronunciato solo nel rispetto dei termini perentori previsti dall'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990, mentre la risoluzione per le specifiche illegittimità previste dall'art. 122 può essere disposta in ogni tempo.

Se l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione dopo la stipula del contratto è ammesso, esclusa è invece la revoca per fatti sopravvenuti. In proposito, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 14/2014 ha chiarito che dopo la stipula del contratto la stazione appaltante non ha più il potere di revocare l'aggiudicazione ai sensi dell'art. 21 *quinquies* l. n. 241/1990, ma solo il potere di recedere dal contratto ai sensi dell'art. 123 del codice, in quanto la norma che prevede il potere di recesso è speciale rispetto a quella che prevede la revoca. Del resto, una diversa soluzione comporterebbe la sostanziale inutilità del recesso, dal momento che l'amministrazione potrebbe sempre ricorrere alla meno costosa revoca. Il punto è pacifico anche nella giurisprudenza civile: per esempio Cass. civ., ss.uu., n. 391/2011.

ne in base alla quale la stazione appaltante che recede dal contratto è tenuta a corrispondere solo un indennizzo forfettario da lucro cessante (art. 123), mentre il committente privato che recede ai sensi dell'art. 1671 c.c. deve tenere indenne l'appaltatore del danno emergente e del lucro cessante.

D) Infine, alcune deroghe hanno la funzione trasversale di ridurre l'arbitrarietà delle scelte dell'amministrazione o comunque di assicurare che le stesse scaturiscano da una istruttoria consapevole, preferibilmente svolta in contraddittorio.

A tal fine, ad esempio, l'esercizio del diritto di recesso dall'appalto pubblico è sottoposto a regole procedurali e formali non previste per l'appalto privato¹¹: l'art. 123 prevede, in particolare, che il recesso è esercitato mediante una comunicazione scritta da inviarsi all'appaltatore con un preavviso non inferiore a venti giorni, decorsi i quali produce i suoi effetti e la stazione appaltante può prendere in consegna i lavori, servizi o forniture ed effettuare il collaudo definitivo o verificare la regolarità dei servizi e delle forniture.

Particolarmente accentuata è la proceduralizzazione della risoluzione. L'art. 122 del codice e l'art. 10 dell'allegato II.14 prevedono due articolati procedimenti, in contraddittorio con l'appaltatore, nei casi di risoluzione per grave inadempimento (comma 3) e di ritardo nell'esecuzione (comma 4). La *ratio*, qui, è non solo di consentire il contraddittorio, ma anche e soprattutto di mettere in condizione l'appaltatore di rimediare all'inadempimento o al ritardo: tanto che il procedimento non è previsto se la risoluzione è disposta ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 122, che prevedono ipotesi in cui la risoluzione non può essere evitata dalla condotta dell'aggiudicatario¹². In ogni caso la volontà di risolvere il contratto deve essere espressa in via formale dall'amministrazione con atto motivato.

¹¹ F. FOLLIERI, *Recesso*, in L. R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, 1000; A.M. GIAMPAOLINO – F. GOGGIAMANI, *Risoluzione e Recesso*, in M.A. SANDULLI - DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, IV, Milano, 2019, 377 ss.

¹² Per la descrizione di queste ipotesi, v. *supra* nota 9.

Anche la rinegoziazione è procedimentalizzata. Ai sensi dell'art. 120, comma 8, la richiesta va avanzata senza ritardo; essa non sospende l'esecuzione del contratto, ma assegna al RUP il compito formulare la proposta di un nuovo accordo entro un termine non superiore a tre mesi; se non si perviene al nuovo accordo entro un termine ragionevole, la parte svantaggiata "può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione".

Per le modifiche e varianti in corso di esecuzione l'art. 120, comma 13, prevede che esse devono essere autorizzate dal RUP secondo le modalità previste dalla stazione appaltante. È comunque necessario il consenso dell'appaltatore mediante l'approvazione di un atto aggiuntivo al contratto. Se non è disponibile ad assoggettarsi alla modifica richiesta dalla stazione appaltante, l'appaltatore ha un diritto soggettivo alla risoluzione del contratto.

Procedimenti e formalità sono previste anche per la sospensione (art. 107) e la proroga del contratto (art. 120, comma 10)¹³.

3. Le deroghe che si trattengono nell'ambito del diritto privato (speciale)

Sembra a questo punto interessante mettere in rilievo che la deroga al codice civile in alcuni casi comporta la qualificazione pubblicistica dell'istituto, mentre altre volte questo non accade.

La prima situazione ricorre laddove la legislazione speciale conferisce alla stazione appaltante veri e propri poteri amministrativi esercitabili durante l'esecuzione che si estrinsecano in provvedimenti eventualmente lesivi di interessi legittimi, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.

La seconda situazione ricorre in tutti i casi in cui le regole sull'esecuzione dei contratti pubblici, pur derogando al codice civile, non attribuiscono all'amministrazione poteri amministrativi, bensì facoltà contrattuali che si esprimono attraverso atti negoziali incidenti su diritti soggettivi, rispetto ai quali la giurisdizione è in capo al giudice ordinario.

¹³ Sull'eccezionalità della proroga, di recente, Cons. Stato, sez. V, sentenza n. 8292 del 2023.

Ad esempio:

A) Pur trattandosi di disciplina derogatoria¹⁴, il recesso previsto dall'art. 123 per diffusa opinione ha natura privatistica¹⁵, e anche la Relazione allo Schema definitivo del Codice dei contratti pubblici del Consiglio di Stato parla di “un atto negoziale non autoritativo, posto in essere *iure privatorum*”¹⁶. Dalla natura privatistica del potere di recesso discende l'attribuzione delle relative controversie al giudice ordinario.

B) Anche la disciplina della rinegoziazione esprime una deroga al codice civile, ma non una sostituzione del diritto privato col diritto pubblico. Infatti i presupposti in presenza dei quali sussiste il diritto alla rinegoziazione ai sensi dell'art. 9, d.lgs. n. 36/2023, sono sostanzialmente gli stessi in presenza dei quali può essere disposta la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1467 c.c. L'interessato ha a disposizione il rimedio demolitorio e quello manutentivo: si tratta di due fattispecie privatistiche concorrenti, con sottostanti diritti soggettivi dell'aggiudicatario; la rinegoziazione non è oggetto di un potere dell'amministrazione, la quale, se si rifiuta di assentirla in presenza dei presupposti, può essere evocata in giudizio davanti al giudice ordinario¹⁷.

14 Il recesso disciplinato dall'art. 123 è per certi versi accostabile a quello previsto dall'art. 1671 c.c. nell'appalto privato, il quale dispone che il “committente può recedere dal contratto, anche se è iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute dei lavori eseguiti e del mancato guadagno”, in quanto entrambe le disposizioni prevedono un diritto potestativo non subordinato al ricorrere di specifici presupposti, ma prevalgono le differenze poiché, mentre il committente privato che recede deve tenere indenne l'appaltatore del danno emergente e del lucro cessante, l'amministrazione che recede è tenuta solo ad un indennizzo forfettario da lucro cessante (v. *supra*, par. 2). Un'ulteriore differenza è che l'esercizio del diritto di recesso dai contratti di appalto pubblico è sottoposto a regole procedurali e formali non previste per l'appalto privato (v. *supra*, par. 2).

15 Cass, sez. un., 9 ottobre 2017, n. 23600; Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2015, n. 2562. Cfr., *ex multis*, R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Torino, 2020, 1510; A.M. GIAMPAOLINO – F. GOGGIAMANI, cit., 380 ss.; G. TAGLIANETTI, *Lo scioglimento unilaterale dei contratti di appalto e di concessione per motivi di interesse pubblico. Profili sostanziali e processuali*, in *Dir. amm.*, 2020, 626.

16 D. SATULLO, *Art. 123 – Recesso*, in R. GIOVAGNOLI - G. ROVELLI, *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2024, 1168.

17 Come già notato da B. MARCHETTI, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici: prime osservazioni*, in G. MORBIDELLI, a cura di, *I principi nel codice dei contratti pubblici*, Firenze, 2023, p. 120; negli stessi termini, F. GOISIS, P. PANTALONE, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici come condizione per l'attuazione del PNRR, tra principi eurounitari e vischiosità normative nazionali*, in *Dir. Amm.*, 1, 2023, 130.

C) La risoluzione per inadempimento del contratto pubblico, secondo l'opinione prevalente, conserva natura privatistica in quanto sostanzialmente assimilabile sotto il profilo causale alla risoluzione di diritto comune.

Di conseguenza, le controversie aventi ad oggetto la risoluzione anticipata disposta dall'amministrazione a causa dell'inadempimento sono devolute al giudice ordinario, in quanto incidenti sul diritto soggettivo dell'appaltatore alla prosecuzione del rapporto, e ciò indipendentemente dalla veste formalmente amministrativa che talvolta l'atto assume¹⁸.

4. Le deroghe che danno luogo all'incursione di poteri amministrativi nell'esecuzione dei contratti pubblici

In altri casi, come si accennava, la disciplina dell'esecuzione dei contratti pubblici attribuisce all'amministrazione poteri autoritativi che si estrinsecano in atti amministrativi incidenti su interessi legittimi, rimessi alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Ad esempio:

A) Vi sono considerevoli spazi per il diritto pubblico nell'ambito della disciplina della risoluzione. Infatti, mentre la risoluzione per inadempimento, come si è visto, è fattispecie privatistica, la giurisprudenza nelle maglie dell'art. 122 individua diverse ipotesi di "risoluzione pubblicistica", ossia una figura *sui generis* di un potere pubblicistico di autotutela.

Tale è considerata, innanzitutto, la risoluzione disposta per un vizio originario della procedura particolarmente grave (in particolare, perché l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto privo dei requisiti di ordine generale o perché l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione accertata dalla Corte di giustizia UE: rispettivamente 122, comma 1, lett. c) e d))¹⁹.

18 V. tra le altre Cass., sez. un., 31 ottobre 2022, n. 32148; Cass., sez. un., 10 gennaio 2019, n. 489; Cass., sez. un., 3 maggio 2017, n. 10705. Nello stesso senso il giudice amministrativo: v. tra le altre, Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2019, n. 2543.

19 R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, 1499.

Si tratta di ipotesi che senz'altro potrebbero dar luogo all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione e al conseguente travolgimento contratto: e che vengono ricondotte alla risoluzione per consentire alla stazione appaltante di intervenire in ogni tempo, quindi anche dopo la scadenza dei limiti temporali previsti dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990.

Risoluzione pubblicistica, almeno secondo la tesi prevalente, è anche quella disposta laddove la prosecuzione dell'esecuzione sarebbe in contrasto con la tutela della concorrenza perché il contratto ha subito una modifica non ammessa oppure una modifica che comporta il superamento delle soglie: rispettivamente art. 122, comma 1, lett. *a)* e *b)*. Qui la causa della risoluzione è sopravvenuta, ma si riflette sulla procedura di aggiudicazione perché è come se il contratto scaturente dalla modifica sia stato stipulato senza previa gara²⁰.

Pubblicistica è anche la risoluzione obbligatoria prevista dall'art. 122, comma 2, per il caso in cui sia intervenuta nei confronti dell'appaltatore la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione e dichiarazioni mendaci o sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia o delle relative misure di prevenzione, di cui al d.lgs. n. 159/2011, ovvero una sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui al Capo II del Titolo IV della Parte V del Libro II del codice.

In questo caso depone per la qualificazione pubblicistica che i casi di risoluzione per perdita dei requisiti di affidabilità e moralità del contraente sono analoghi a quelli che nella fase di gara determinano l'esclusione del concorrente²¹. Il carattere pubblicistico del potere attribuito all'amministrazione induce la giurisprudenza ad affermare la giurisdizione del giudice amministrativo, in alcu-

20 R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, 1499. Secondo alcuni, però, la risoluzione conseguente ad una modifica sostanziale del contratto (art. 122, c. 1, lett. *a)* e *b)*) ha natura privatistica in quanto costituisce un recesso motivato e giustificato da presupposti oggettivi, in cui l'appaltatore non ha diritto al ristoro del mancato guadagno (G. GALLONE, *L'annullamento d'ufficio nel nuovo codice dei contratti pubblici: riflessioni a prima lettura*, in *itappalti.it*, 2016, 9).

21 M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 80.

ni casi previa riqualificazione dell'atto di risoluzione in annullamento d'ufficio e conseguente caducazione del contratto²².

B) Espressione di potere pubblico è, evidentemente, anche l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione a seguito della stipula del contratto.

C) La stessa qualificazione spetta, secondo l'opinione dominante, alla particolare figura di recesso prevista agli artt. 88, co.4-ter, e 92, co. 4, del Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al d.lgs.06.09.2011, n. 159, richiamata e fatta salva dall'art. 123 del codice.

Queste disposizioni prevedono che l'amministrazione recede dal contratto se dopo la stipula emergono cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 o siano accertati tentativi di infiltrazione mafiosa. Si tratta di un recesso doveroso, avente natura pubblicistica e per questo sottoposto alla giurisdizione del giudice amministrativo. Può essere evitato solo se l'opera è in corso di ultimazione o se il soggetto che fornisce i beni o i servizi non possa essere sostituito in termini rapidi. Per entrambe le ipotesi, previste dall'art. 94, co. 3, è richiesta specifica motivazione²³.

Queste caratteristiche del recesso previsto dalla normativa antimafia valgono anche a distinguerlo sotto il profilo del regime da quello previsto dalla disposizione in commento, che è facoltativo e, secondo l'impostazione prevalente, ha natura privatistica ed è soggetto alla giurisdizione del giudice ordinario.

D) Infine, come esempio di sostituzione di schemi pubblicistici a schemi privatistici, è significativa la giurisprudenza sulla modifica del contratto in corso di esecuzione.

Tale vicenda ben potrebbe essere ritenuta espressione dello *ius variandi* della stazione appaltante nell'ambito di un rapporto paritetico. La giurisprudenza

22 Così Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2022, n. 590. In ogni caso, spettano al giudice ordinario le controversie dirette non a contestare l'*an* della risoluzione, ma attinenti a questioni patrimoniali conseguenti all'esercizio del diritto di risoluzione, venendo in rilievo situazioni di diritto soggettivo e non essendo prevista la giurisdizione esclusiva per le controversie relative alla fase esecutiva.

23 V. tra le altre Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2021, n. 3078; Id., sez. III, 11 gennaio 2021, n. 338; Id., sez. III, 26 gennaio 2017, n. 319.

za amministrativa però osserva che, quando il ricorrente deduce l'illegittimità della modifica del contratto, in quanto modifica sostanziale che ne altera il contenuto in modo significativo, egli sostanzialmente denuncia che la stazione appaltante ha aggirato l'obbligo della gara pubblica procedendo di fatto ad un affidamento diretto. La lesione riguarda l'interesse legittimo della ricorrente a partecipare alla gara e ricade pertanto nella giurisdizione del giudice amministrativo.

In altre parole, “il contratto non viene in rilievo di per sé, ma in quanto, ove risultasse illegittima la modifica contrattuale disposta, verrebbe a configurarsi l'affidamento diretto in violazione dei principi della gara pubblica; ciò comporta che, qualora si faccia valere (da parte di soggetto titolare di una posizione differenziata) la illegittimità del ricorso alla trattativa privata nella scelta del contraente, per contrarietà a norme che avrebbero richiesto il ricorso a procedimenti di evidenza pubblica, trattandosi della legittimità dell'esercizio del potere pubblico, la posizione del privato è di interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo”²⁴.

5. Le ragioni del potere amministrativo

Conclusivamente, la disciplina dell'esecuzione contenuta nel d.lgs. n. 36/2023 contiene deroghe al codice civile che danno luogo a un diritto privato speciale (*supra*, par. 3) e deroghe che danno luogo ad incursioni di poteri amministrativi in un settore regolato dal diritto privato generale e speciale (*supra*, par. 4)²⁵.

²⁴ Cons. Stato, sez. III, 11 luglio 2023, n. 6797.

²⁵ Similmente, del resto, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, I, 724, con riferimento ai contratti a evidenza pubblica.

L'osservazione che la disciplina derogatoria non dà sempre luogo a poteri amministrativi conferma, se mai ve ne fosse bisogno, che per qualificare la fattispecie in termini pubblicistici non è determinante il carattere pubblico dell'interesse perseguito, né la procedimentalizzazione dell'esercizio del medesimo potere, in quanto tutta l'attività dell'amministrazione, compresa quella di diritto privato, deve essere infatti preordinata al perseguimento dell'interesse pubblico ed anche i poteri privatistici possono essere procedimentalizzati a tutela di altre parti del rapporto privatistico (si pensi esemplificativamente al licenziamento). Lo ricorda, da ultimo, D. SATULLO, *Art. 122 – Risoluzione*, in R. GIOVAGNOLI - G. ROVELLI, *Codice dei contratti pubblici*, cit., 1159.

I poteri amministrativi sono previsti per rimediare a vizi della fase pubblicistica emersi durante l'esecuzione (illegittimità dell'aggiudicazione) o quando una vicenda del rapporto determini l'elusione *a posteriori* di una regola attinente alla fase pubblicistica (è il caso, ad esempio, delle modifiche sostanziali intervenute durante l'esecuzione) o, ancora, quando durante l'esecuzione sia venuto meno un presupposto positivamente valutato in seno alla stessa (ad es., i requisiti di ordine generale)²⁶.

In queste ipotesi la decisione di attribuire alla stazione appaltante un potere amministrativo è segno che la legge non intende lasciare all'autonomia privata del contraente pubblico la scelta di intervenire o meno per la cura dell'interesse pubblico. In altre parole, la previsione del potere amministrativo si spiega perché la legge considera l'interesse pubblico talmente rilevante da rendere doveroso l'intervento dell'amministrazione sul contratto in esecuzione.

La doverosità comporta che l'amministrazione deve attivare il procedimento per la verifica dei presupposti dell'esercizio del potere, che il procedimento deve concludersi nei termini di legge e che il provvedimento eventualmente adottato deve essere rivolto alla cura in concreto dell'interesse pubblico individuato dalla norma attributiva (principio di tipicità).

Con la doverosità così intesa sono compatibili poteri discrezionali e poteri vincolati; ed in effetti nella disciplina speciale dell'esecuzione dei contratti pubblici ricorrono gli uni e gli altri.

Ad esempio, secondo l'opinione prevalente e preferibile, l'utilizzo del verbo "può" nell'art. 122, comma 1, indica che nelle ipotesi ivi previste l'amministrazione non ha l'obbligo, ma solo la facoltà di risolvere il contratto²⁷: più esattamente, vista la configurazione pubblicistica della risoluzione in questione, si dovrà dire che il relativo potere è discrezionale. La configurazione del potere come potere discrezionale comporta che, nella valutazione se disporre la risolu-

26 M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 74 s.

27 Riassume i termini del dibattito sul punto D. SATULLO, *Art. 122 - Risoluzione*, cit., 1154.

zione o meno, la stazione appaltante deve tenere in considerazione l'affidamento del contraente alla stabilità del rapporto.

Diversamente, come si desume anche dal tenore letterale dell'art 122, comma 2, la risoluzione in presenza della perdita dei requisiti di affidabilità e moralità da parte del contraente è obbligatoria: corrisponde cioè a un potere amministrativo vincolato.

La seconda ragione del ricorso al potere amministrativo, del resto collegata alla precedente, è il risvolto garantistico del regime del provvedimento amministrativo²⁸.

Il provvedimento, come noto, è atto per definizione impugnabile da chiunque sia titolare di una posizione differenziata, qualificabile in termini di interesse legittimo, e vi abbia interesse; è soggetto all'obbligo di motivazione; è sindacabile nel suo contenuto dal giudice amministrativo tramite la tecnica dell'eccesso di potere.

Così, ad esempio, la risoluzione del contratto pubblico, eccetto il caso che sia disposta per inadempimento della controparte, richiede motivazione ed è sindacabile dal giudice; mentre il recesso, cui si riconosce natura privatistica, è liberamente esercitabile dalla stazione appaltante, non va motivato e l'eventuale motivazione non è comunque sindacabile in sede giudiziale²⁹.

Osservazioni analoghe valgono in relazione all'orientamento giurisprudenziale che qualifica in senso pubblicistico la modifica del contratto in corso di esecuzione. Non vi sono ragioni letterali o di diritto sostanziale per assegnare a questa vicenda natura giuridica diversa da quella del recesso, che è pacificamente privatistica. La giurisprudenza considera atto amministrativo quello che dispone la modifica del contratto per configurare la titolarità dell'interesse legittimo.

²⁸ *Amplius*, nella materia dei contratti, M. Mazzamuto, *op. cit.*, 15.

²⁹ Sull'insindacabilità del recesso v. di recente Corte cass., sez. I, 2 maggio 2023, n. 11361, che evidenzia tale elemento del recesso in contrapposizione alla sindacabilità della risoluzione; v. anche Corte Cass., sez. I, 7 luglio 2022, n. 21574; CC, sez. II, 17 ottobre 2018, n. 26009). Criticamente, sulla insindacabilità del recesso, è favorevole per questo a una costruzione dello stesso in chiave pubblicistica, E. GUARNIERI, *Riflessioni sulla (in)sindacabilità dell'atto di recesso dal contratto di appalto pubblico*, in *Munus*, 2019, 47 ss.

timo in capo all'impresa terza, la quale contesti che la stazione appaltante attraverso la modifica ha sostanzialmente aggirato l'obbligo di indire la gara, impedendole di concorrere per l'aggiudicazione. La qualificazione in senso pubblicistico qui non è tanto funzionale alla doverosità dell'azione amministrativa, quanto a garantire l'accesso al giudice all'impresa che si trova nella suddetta posizione. Se l'atto che dispone la modifica avesse natura privatistica, produrrebbe effetti solo *inter partes* e il terzo non sarebbe legittimato all'impugnativa.

6. Sulla rilettura pubblicistica dell'esecuzione. Conferma dell'impostazione tradizionale

Le precedenti considerazioni si muovono nel solco dell'impostazione tradizionale, e tuttora prevalente, secondo la quale l'esecuzione dei contratti pubblici è soggetta di regola al codice civile, sicché quanto previsto nel codice di contratti pubblici è per definizione derogatorio.

In alcune recenti indagini si è però osservato che scelta del contraente, stipula del contratto e sua esecuzione configurano un'operazione amministrativa sostanzialmente unitaria, in quanto rivolta alla cura di un interesse pubblico concreto. A fronte di questa unitarietà sostanziale della vicenda, sarebbe arbitrario distinguere recisamente tra fase pubblicistica, soggetta al diritto pubblico, e fase privatistica, soggetta al diritto privato.

Nell'ambito delle dottrine che si orientano in questo senso vi sono peraltro differenze sostanziali: vi è una corrente che si può definire pan-privatistica, in quanto tende a concepire la fase di scelta del contraente come una trattativa precontrattuale e ritiene opportuna l'introduzione di elementi di flessibilità nella scelta a discapito dei vincoli pubblicistici³⁰; e una corrente che si può definire pan-pubblicistica, in quanto recupera l'unitarietà dell'operazione amministrativa

³⁰ M. M. CAFAGNO, *L'evoluzione dei fini e del disegno delle pubbliche gare*, Milano, 2021, 25 ss., *passim*; G.D. COMPORI, *Lo stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Dir. ec.*, 2007, 234; ID., *La rinegoziazione*, cit., 17 s.

appunto sul versante del diritto pubblico, contestando che l'esecuzione dei contratti sia soggetta effettivamente al diritto privato³¹.

In particolare, si è osservato che l'esecuzione del contratto pubblico, essendo rivolta alla soddisfazione dell'interesse pubblico concreto individuato nel procedimento di scelta del contraente e sotteso alla stipula, è attività funzionalizzata, cioè intimamente amministrativa³². In questo quadro concettuale le disposizioni qui sopra prese in considerazione non possono essere considerate deroghe al codice civile: esse, piuttosto, costituiscono punti di emersione di una disciplina affatto autonoma da quella del diritto privato e costituita dai principi della funzione amministrativa³³.

Tale ipotesi ricostruttiva oggi non può essere liquidata frettolosamente poiché, come attestano anche i paragrafi precedenti, la disciplina dell'esecuzione dei contratti delle pubbliche amministrazioni è considerevolmente diversa da quella del contratto in generale³⁴: e, quanto più la differenza tra le due discipline cresce, tanto più la teoria dualistica può esser posta in discussione; ed esser ripresa in considerazione, per l'inquadramento di queste fattispecie, la teoria dei contratti pubblici o diritto pubblico, secondo la quale accanto al contratto di diritto privato, avremmo un contratto di diritto pubblico, ciascuno dei quali con regole proprie³⁵.

31 E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna, 2022, *passim*, ma anche, sia pur in una diversa prospettiva teorica, F. D'ANGELO, *Profili teorici dell'esecuzione degli appalti pubblici*, in *Foro amm.*, 2022, 1494 ss. Favorevole a una lettura pubblicistica dell'esecuzione, ma concretamente attento a distinguere aspetti privatistici e pubblicistici, appare M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 72 ss.

32 E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione*, cit., 187 ss. Una decisa critica a quest'ordine di idee in G.D. COMPORI, *La rinegoziazione*, cit., 13 ss.

33 E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione*, cit., 200. *Contra* G.D. COMPORI, *La rinegoziazione*, cit., 14 ss.

34 M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 72 s.: "il settore dei contratti pubblici è quello che appare maggiormente segnato da una pressione giuspubblicistica sulla fase di esecuzione, specie a confronto di quanto avviene nell'impiego pubblico privatizzato": esso è infatti caratterizzato da "momenti di assorbente qualificazione pubblicistica che investono direttamente gli atti di svolgimento del rapporto, con entrata in campo della giurisdizione amministrativa".

35 Il riferimento è da intendersi alla teoria di Laband e di G. Jellinek, secondo cui "il contratto è una categoria generalissima" che "si caratterizza essenzialmente per il profilo strutturale, in quanto espressione della concorde volontà di due soggetti": così F. LEDDA, *Il problema del contratto*, cit., 9 ss., cui si rinvia per l'esame e la discussione critica della tesi secondo

A ciò si aggiunga che, secondo un'autorevole opinione, l'amministrazione contraente non è titolare di autonomia privata, bensì di discrezionalità³⁶, poiché il regolamento contrattuale si forma nell'ambito di procedure pubbliche e risente di innumerevoli auto-vincoli derivanti dalla progettazione, dalla programmazione e dagli atti presupposti, tali da escludere che lo stesso possa considerarsi "liberamente determinato dalle parti"³⁷. Se alle differenze riscontrate nella disciplina dell'esecuzione si somma questo, cioè che l'amministrazione contraente non è titolare di autonomia privata bensì di discrezionalità, è quasi inevitabile chiedersi cosa resti del contratto di diritto privato e se non sia più opportuno riprendere la tesi del contratto di diritto pubblico.

Sotto un altro profilo v'è da considerare che, vista la presenza di regole pubblicistiche nell'esecuzione del contratto, l'impostazione tradizionale è inevitabilmente fonte di incertezze qualificatorie che si riflettono sul riparto della giurisdizione; in ogni caso, essa comporta la concorrenza di giurisdizioni nell'esecuzione del contratto, il che può dar luogo all'erogazione di tutele diverse dal punto di vista contenutistico. La soluzione pan-pubblicistica semplificherebbe il quadro e risolverebbe molti problemi, innanzitutto d'ordine pratico, in

cui, posta questa premessa, si potrebbe distinguere tra contratto di diritto pubblico e di diritto privato.

Va comunque considerato che la teoria del contratto di diritto pubblico elaborata in Germania non si riferisce ai contratti di appalto, allora ritenuti figure strettamente privatistiche, bensì a fattispecie come la concessione di cittadinanza o la costituzione del rapporto di pubblico impiego, nelle quali l'amministrazione appare come autorità: l'ambito della figura corrisponde cioè ai contratti ad oggetto pubblico, di cui parla M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., 737 ss., ed, eventualmente, agli accordi tra amministrazione e privati previsti dall'art. 241 legge n. 241 del 1990).

Diversamente, la categoria francese del *contrat administratif*, elaborata al fine di giustificare l'attrazione delle relative controversie alla giurisdizione amministrativa, riguarda anche i contratti di appalto e potrebbe dunque attagliarsi alle fattispecie disciplinate dal d.lgs. n. 36 del 2023 qualora si dimostrasse (e sembra dimostrazione ardua) che la loro disciplina forma, anche con riguardo alla esecuzione, un sottosistema normativo autonomo e indipendente dal codice civile.

36 Da ultimo F.G. COCA, Massimo Severo Giannini, *la teoria generale del diritto e la teoria del provvedimento*, in *Dir. amm.*, 2024, 47 ss.

37 Saremmo dunque lontani dall'autonomia contrattuale descritta dall'art. 1322 cod. civ., ai sensi del quale "le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative" (comma 1). Sul punto vds. anche V. CERULLI IRELLI, *Il diritto amministrativo e il codice civile*, in *Contr. e impr.*, 2023, ora in ID., *Costituzione e amministrazione*, Saggi II, Torino, 2024, 79.

quanto avrebbe quale sua principale conseguenza l'attribuzione delle controversie relative all'esecuzione del contratto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Malgrado la ricostruzione in chiave unitaria dell'intera vicenda contrattuale, comprensiva dell'esecuzione, abbia più d'una ragione a suo sostegno, resta il fatto che il diritto positivo accoglie la concezione bifasica della contrattazione pubblica.

Ciò è provato, in particolare, dall'art. 12 codice appalti, dove si legge che “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; b) alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile”.

La disposizione non è priva di incongruenze, come è stato rilevato. In particolare, non sembra corretto escludere in assoluto che la legge n. 241 trovi applicazione nella fase di esecuzione, per il semplice fatto che anche in questa fase la stazione appaltante è titolare di alcuni poteri amministrativi³⁸: così, ad esempio, non è ragionevole escludere l'applicazione della legge n. 241 all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione in corso d'esecuzione o anche alla risoluzione pubblicistica.

Tuttavia non sembra possibile aderire all'interpretazione secondo cui l'esecuzione andrebbe considerata come una delle “altre attività amministrative” menzionate dall'art. 12, lett. a), alle quali trova applicazione la legge n. 241/1990³⁹. Ed infatti, l'espressa considerazione dell'esecuzione nell'art. 12, lett. b), che contiene il rinvio esterno al codice civile, impedisce di ricondurla alle “altre attività amministrative”, per le quali è disposta l'applicazione sussidiaria della legge n. 241, e conferma l'accoglimento della teoria bifasica.

³⁸ S. VALAGUZZA, Art. 12 – *Rinvio esterno*, in R. VILLATA – M. RAMAJOLI (a cura di), *op. cit.*, 62.

³⁹ Tesi esposta da E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione*, cit., 199, in relazione al previgente art. 30, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016.

Su questa premessa sembra prudente ribadire che le disposizioni sull'esecuzione dei contratti pubblici contenute nel codice di settore costituiscono deroghe alla regola, che è l'applicazione delle disposizioni del codice civile, e conseguentemente non ne è ammessa l'interpretazione estensiva o analogica⁴⁰.

Sembra poi utile precisare che la deroga in alcuni casi configura un diritto privato speciale, mentre in altri comporta l'incursione del potere amministrativo nell'esecuzione dei contratti pubblici. Si conferma così che il diritto privato è compatibile con la cura di interessi pubblici, senz'altro presenti nell'esecuzione dei contratti pubblici; e che, al contempo, possono esservi ragioni particolari (riconducibili alla doverosità dell'intervento della stazione appaltante o a esigenze di tutela) che giustificano la previsione di puntuali poteri amministrativi incidenti sull'esecuzione del contratto.

⁴⁰ Per questa impostazione, per tutti, G. GRECO, *op. cit.*, 1 ss., 29 s.