

# Diritto e politica dei trasporti

rivista semestrale *open access*  
di dottrina, giurisprudenza  
e documentazione

## Fascicolo II/2021

Promossa da  
**demetra**  
CENTRO STUDI

anno 4, n. 7 (II-2021)

La Rivista è pubblicata dal Centro Studi Demetra (Development of European Mediterranean Transportation), con sede a Roma, via F. Civinini, 85, 00197, ed è registrata presso il Tribunale di Roma al n. 150/2018 del 19 settembre 2018.

The Journal is published by the Centro Studi Demetra (*Development of European Mediterranean Transportation*), based in Rome, via F. Civinini, 85, 00197, and was registered at the Court of Rome under No. 150/2018 on 19 September 2018.

Direttore responsabile/Editor-in-Chief: Prof. Francesco Gaspari, Università degli Studi “G. Marconi” di Roma, via Plinio 44, 00193, Roma

<http://www.dirittoepoliticadeitrasporti.it/>

ISSN 2612-5056

© Centro Studi Demetra, via F. Civinini, 85, 00197, Roma

[info@demetracentrostudi.it](mailto:info@demetracentrostudi.it)

[www.demetracentrostudi.it/](http://www.demetracentrostudi.it/)



Creative Commons (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.

Diritto e politica dei trasporti è una Rivista *on-line* e *open-access* indicizzata da DOAJ – Directory of Open Access Journals (<https://doaj.org/>) e da ERIH PLUS – European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (<https://kanalregister.hkdir.no>).

Diritto e politica dei trasporti is an *on-line* and *open-access* Journal indexed in DOAJ – Directory of Open Access Journals (<https://doaj.org/>) and in ERIH PLUS – European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (<https://kanalregister.hkdir.no>).

Grafica e impaginazione: Centro Studi Demetra  
Pubblicato nel mese di febbraio 2022

## **Comitato di direzione/Executive Editors**

Pres. Pierluigi Di Palma (Ente Nazionale Aviazione Civile)  
Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre e Centro Studi Demetra)  
Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)  
Prof. Francesco Gaspari (Università “G. Marconi” – Roma e Centro Studi Demetra)

## **Comitato scientifico, tecnico e di valutazione/Scientific, Technical and Referees’ Board**

Dr. Ruwantissa Abeyratne (Aviation Strategies International - Montreal)  
Prof. Marco Calabrò (Università della Campania “Luigi Vanvitelli”)  
†Prof. Antonio Catricalà (Università “Link Campus University” - Roma)  
Prof. Danilo Ceccarelli Morolli (Università “G. Marconi” - Roma)  
Prof. Michele M. Comenale Pinto (Università di Sassari)  
Prof. Pierre de Gioia Carabellese (Fellow of Advance HE – York, UK, e full Professor of Business Law and Regulation – ECU, Perth, Australia)  
Prof. Massimo Deiana (Università di Cagliari)  
Pres. Pierluigi Di Palma (Ente Nazionale Aviazione Civile)  
Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)  
Prof. Alberto Emparanza Sobejano (Universidad del País Vasco - Spagna)  
Pres. Mario Folchi (Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial - Argentina)  
Prof. Fabio Francario (Università di Siena)  
Prof. Francesco Gaspari (Università “G. Marconi” – Roma e Centro Studi Demetra)  
Prof.ssa Loredana Giani (Università Europea di Roma)  
Prof. Brian Havel (McGill University - Montreal)  
Avv. Valentina Lener (Aeroporti 2030)  
Prof. Mario Libertini (Università “Sapienza” - Roma)  
Avv. Gianluca Lo Bianco (Ente Nazionale Aviazione Civile)  
Prof. Sergio Marchisio (Università “Sapienza” - Roma)  
Prof. José Manuel Martín Osante (Universidad del País Vasco - Spagna)  
Pres. Gerardo Mastrandrea (Consiglio di Stato)  
Prof. Roberto Miccù (Università Sapienza - Roma)  
Prof. Marco Fabio Morsello (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Brasile)  
Prof. Angelo Piazza (Università di Roma “Foro Italico”)  
Prof. Aristide Police (L.U.I.S.S. “G. Carli” - Roma)  
Prof. Elisabetta G. Rosafio (Università di Teramo)  
Prof. Francesco Rossi Dal Pozzo (Università statale di Milano)  
Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre e Centro Studi Demetra)  
Prof. Mario Sebastiani (Università “Tor Vergata” - Roma)  
Prof. Christoph Schmid (Universität Bremen - Germania)  
Prof. Franco Gaetano Scoca (Università “Sapienza” - Roma)  
Prof. Stefano Salvatore Scoca (Università per Stranieri “Dante Alighieri” - Reggio Calabria)  
Prof. Leopoldo Tullio (Università “Sapienza” - Roma)

## **Comitato editoriale/Editorial Board**

Dott.ssa Flaminia Aperio Bella	Dott. Guglielmo Aldo Giuffrè	Avv. Anton Giulio Pietrosanti
Avv. Patrizia Beraldi	Prof.ssa Annarita Iacopino	Prof. Marco Ragusa
Avv. Luigi De Propriis	Prof.ssa Maria Assunta Icolari	Dott.ssa Lavinia Samuelli Ferretti
Avv. Marco Di Giugno	Avv. Emanuela Lanzi	Dott.ssa Ersilia Sanginario
Avv. Fabrizio Doddi	Dott. Antonio Mitrotti	Avv. Francesco Scalia
Dott. Simone Francario	Avv. Andrea Nardi	Prof.ssa Martina Sinisi
Avv. Raissa Frascella	Dott. Simone Paoli	Dott.ssa Veronica Sordi
		Dott.ssa Sabrina Tranquilli

## Modalità di invio dei contributi

Chiunque può inviare il suo scritto in file “.doc” alla direzione della Rivista (redazione@dirittoepoliticadeitrasporti.it) unitamente alle seguenti informazioni:

- 1) i dati personali dell’Autore, la qualifica accademica e/o professionale, nonché i recapiti;
- 2) un abstract in lingua inglese, che non deve superare le 1.000 battute (spazi inclusi), 5 parole chiave;
- 3) l’autorizzazione al trattamento dei dati personali forniti dall’Autore alla Rivista, ai sensi del Regolamento UE 679/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati), nonché del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali);
- 4) una formale richiesta di pubblicazione, che si intende implicitamente inclusiva delle seguenti dichiarazioni da parte dell’Autore:
  - a) che il lavoro sia esclusivo frutto dell’Autore e sia stato redatto nel rispetto delle norme del diritto d’autore e della riservatezza delle informazioni anche con riferimento alle fonti utilizzate;
  - b) che l’Autore non ha già pubblicato ovvero non ha chiesto la pubblicazione dello scritto ad altra rivista telematica;
  - c) che le posizioni espresse impegnano l’Autore e non la Rivista;
  - d) che l’Autore esonera la Rivista da ogni responsabilità con riguardo alla scelta di pubblicare lo scritto, non pubblicarlo o di rimuoverlo dalla rivista in caso di violazione di norme di legge.

Il Comitato di direzione si riserva di non pubblicare i contributi che non rispettino le caratteristiche editoriali richieste. Gli autori sono gli unici responsabili dei contenuti dei loro scritti. Non si accettano scritti anonimi.

Tutti i contributi sono pubblicati in formato PDF. Si possono stampare gli “estratti” con le indicazioni tipografiche della Rivista e con la data di pubblicazione.

I criteri redazionali sono indicati nell’apposita sezione della Rivista.

### Submission of contributions

Manuscripts are sent in “.doc” format to the Journal’s e-mail address (redazione@dirittoepoliticadeitrasporti.it). The e-mail includes the following information:

- 1) Author’s personal data, academic and/or professional qualifications, contacts;
- 2) abstract in Italian language of not more than 1.000 characters (including spaces), 5 key words;
- 3) authorization to process personal data provided by the Author to the Journal in accordance with Regulation EU 679/2016 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 (General Data Protection Regulation), and Legislative Decree 30 June 2003, No. 196 (Italian Personal Data Protection Code);
- 4) request to publish the manuscript, which implicitly includes the following declarations by the Author:
  - a) that the manuscript is the result of research activity conducted by the Author and that it complies with the rules on intellectual property rights and on confidentiality of information, also with regards to the sources used;
  - b) manuscript has not been already published nor has been submitted for publication to another on-line Journal;
  - c) the views expressed in the publication are the sole responsibility of the Author and do not reflect the views of the Journal;
  - d) the Author explicitly exonerates the Journal of all responsibility with regards to the choice to publish the manuscript, not to publish it, as well as to remove it from the Journal in the event of a breach of any legal provisions.

The Executive Editors reserve the right not to publish contributions that do not comply with the editorial criteria. Authors only are exclusively responsible for the contents of their writings. Anonymous writings are not accepted.

All contributions are published in PDF format. Off-prints may be downloaded and printed.

Editorial criteria are available online, in the relevant section of the Journal.

*Articoli e Saggi*

**Il bilanciamento dell'interesse pubblico-privato nella fase della esecuzione del contratto di appalto pubblico. I rimedi praticabili nel caso dell'inadempimento reciproco \***

**Antonella Balante**

*Professore a contratto di diritto del turismo nell'Università del Molise*

---

**Abstract**

*Public-private interest balancing in the performance of public procurement contracts. Possible remedies in case of mutual breach.*

*Public agreement is governed by a complex regulatory system which finds its sources both in public law and in civil law. The Italian legislator, under European pressure, has over time produced a series of disorganic and uneven provisions, so much so that the procurement sector has been affected by numerous laws, corrective and soft law interventions all issued in a very short period of time. Public agreement is strategic for a country's economy, therefore the rules for participation in public competitions and the execution of the contract must be clear and above all must ensure immediate remedies in the case of pathology of the negotiating report. Only by pursuing this aim will the public procurement system become a driving force for the internal economy. The balancing of the public-private interests claimed by the contractors in the light of the provisions applicable to the case is currently left to the interpreter. The contribution proposes reflections on the solutions adopted by the "living law" functional to overcome the current layered and disorganized regulatory impasse.*

*Parola chiave: appalto pubblico, inadempimento reciproco, rimedi, bilanciamento interesse pubblico-privato.*

---

**Sommario:** —1. Introduzione — 2. Il caso sottoposto al giudice — 3. Le questioni analizzate — 3.1 Le associazioni temporanee tra imprese analisi della fattispecie tra tutele processuali e sostanziali — 3.2 Gli inadempimenti reciproci disamina dei profili rimediali — 3.3 La clausola risolutiva espressa quale ipotesi di valutazione preventiva dell'importanza dell'inadempimento — 4. Conclusioni

---

\* Sottoposto a referaggio.

### **1. Introduzione**

L'azione amministrativa per il perseguimento dell'interesse pubblico individua nell'appalto pubblico un'attività "strumentale" finalizzata ad assicurare i mezzi necessari all'esercizio delle funzioni di amministrazione attiva<sup>1</sup>. Alla chiara definizione terminologica purtroppo non corrisponde una produzione normativa organica in quanto le fonti applicabili alla fattispecie sono presenti sia nel diritto pubblico che in quello civile. È noto che le due branche dell'ordinamento sono disciplinate da principi e *ratio legis* differenti, si pensi ad esempio all'interesse pubblico tutelato nel diritto pubblico e per converso all'autonomia privata criterio cardine del diritto civile e nello specifico della contrattualistica, quindi se in una visione pubblicistica la tutela dell'interesse generale deve prevalere a discapito di quello del privato, in una logica civilistica il rapporto tra i predetti interessi deve essere bilanciato e simmetrico. L'appalto pubblico nell'immaginario comune rappresenta una sintesi amministrativo-civilistica preordinata a contemperare l'interesse pubblico con l'interesse del privato, ma a causa del differente approccio sistematico dei due citati palinsesti normativi, detta sintesi nella pratica non è immediata salvo che l'interprete non proceda per fasi, analizzando così i singoli passaggi che compongono la "complessa fattispecie dell'appalto pubblico".

Adottando la citata scelta metodologica si osserva che la fase di chiara matrice amministrativa è costituita dalla scelta del contraente e dalla specifica indicazione delle modalità di formazione e di incontro della volontà delle parti, infatti il procedimento amministrativo individua precisamente i requisiti soggettivi dell'appaltatore e le modalità di esecuzione dell'opera. Questa fase è improntata al principio di trasparenza ed a quello di concorsualità tipici delle procedure di affidamento dei contratti pubblici; successivamente alla scelta del contraente il complesso procedimento degli appalti pubblici è completato con la fase della stipula del contratto e dell'esecuzione dell'impegno negoziale. Questa seconda fase è disciplinata dai principi di matrice civilistica quali il principio di buona fede e quello di equilibrio sinallagmatico delle prestazioni.

La struttura bifasica è percettibile anche nelle fonti applicabili alla fattispecie in esame. Infatti, il Codice dei contratti pubblici (D.lgs 50/2016) definisce l'appalto e regola il "sistema appalto pubblico"; il legislatore ha sostanzialmente "procedimentalizzato" il rapporto tra la stazione appaltante e l'appaltatore; quest'ultimo per partecipare ad una gara ad evidenza pubblica, spesso si associa in aggregazioni societarie economicamente tipiche, sconosciute alla rigorosa qualificazione dei tipi societari descritta dall'art. 2249 c.c. Il *nomen juris* "contratto" comunque lascia presagire che il rapporto negoziale, quindi la fase successiva alla formazione della volontà pubblica, sia fondata sul rapporto sinallagmatico prestazione – controprestazione il quale è di evidente matrice civilistica. Questa osservazione sistematica non è priva di conseguenze pratiche se si pensa che in questa seconda fase la P.A. si spoglia dei poteri autoritativi e si adegua all'equilibrio contrattuale proprio del rapporto sinallagmatico; in sostanza è in questa fase che emerge il bilanciamento tra quello che è l'interesse pubblico, portato dalla P.A. contraente, con quello che è l'interesse privato, portato dalla parte privata che deve eseguire l'opera o svolgere il servizio commissionato. L'esigenza di bilanciare gli equilibri contrattuali è

---

<sup>1</sup> A. CARULLO, voce *Appalti pubblici*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001.

stata cristallizzata dal legislatore anche in altre fonti distinte dal Codice dei contratti pubblici ma comunque applicabili alla fattispecie. Si pensi all'istituto del recesso<sup>2</sup>, l'art. 21-sexies della legge n. 241 del 1990, statuisce espressamente che “ il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto”, la fonte citata adotta il criterio della tipicità delle ipotesi di recesso analogamente alla scelta legislativa attuata nell'art. 1372 c.c. Da un'analisi comparata dell'art. 21 sexies della L. 241/1990 e dell'art. 1372 c.c. si ravvisa la simmetria tra citate disposizioni esse sono simili nel contenuto e nella formulazione letterale. Ed ancora l'art. 109 del Codice dei contratti pubblici riconosce che lo *jus poenitendi* può essere legittimamente esercitato anche dalla P.A. se la committenza pubblica considera l'opera o il servizio in fase di esecuzione non più rispondente all'interesse pubblico originariamente perseguito con la gara di appalto, tuttavia nella modalità di esercizio del diritto potestativo il legislatore del codice dei contratti si è ispirato al recesso disciplinato nel codice civile<sup>3</sup>. In sostanza il diritto potestativo mutua la medesima *ratio* e le medesime condizioni di quelle individuate all'art. 1373 c.c. ed all'art. 1671 c.c. anche se la parte del contratto che si avvantaggia del rimedio è la P.A.

---

<sup>2</sup> La dottrina non più recente riteneva legittimo il recesso *ad nutum* al quale gli enti pubblici potevano ricorrere per svincolarsi dal rapporto contrattuale instaurato con gli operatori privati in presenza di gravi esigenze di pubblico interesse non perseguibili in altro modo. Un autore considera il recesso come “una particolare configurazione che la potestà di revoca assume quando il potere amministrativo è stato esercitato mediante un accordo anziché in forma unilaterale”, E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico. Tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996, p. 187, ; in tal senso anche altra parte della dottrina che ha sostenuto che il contratto stipulato dalla P.A. è “ pienamente condizionato dal provvedimento alla cui attuazione è destinato in guisa da manifestarsi quale atto accessorio strumentale o addirittura esecutivo nei confronti di quello”, U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, p. 141. Sul recesso del contratto di appalto pubblico per interesse pubblico si veda G. TAGLIANETTI, *Lo scioglimento unilaterale dei contratti di appalto e di concessione per motivi di interesse pubblico. profili sostanziali e processuali*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 3, 2020, p. 618.

<sup>3</sup> È stato osservato in merito che “Quando l'accordo negoziale sia concluso ed efficace, la scelta della P.A. di recedere dal contratto — pur traducendosi in un'attività parzialmente «procedimentalizzata», fisiologicamente ispirata a considerazioni riguardanti l'interesse pubblico — non rientra nel potere autenticamente pubblicistico di revoca, bensì in quello contrattuale di recesso” si veda G. TAGLIANETTI op. cit. In giurisprudenza il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria con decisione n. 14 del 20 giugno 2014 ha chiarito che in materia la P.A. è dotata, in generale, del potere di autotutela in grado di incidere sul contratto, ma tale potere trova dei limiti dopo la stipula del contratto e l'avvio della sua esecuzione. “Infatti il recesso dal contratto, seppure riconducibile al potere di autotutela, è caratterizzato dalla regolamentazione unilaterale del rapporto che vede coinvolte posizioni di diritto soggettivo tra committente ed appaltatore ed è regolamentato dalle regole pubbliciste dei contratti pubblici e dalle norme e dai principi in materia di contratti previsti dal Codice Civile (cfr. ad es. l'art. 1671 c.c.), applicando il modello per il quale la P.A., salvo che la legge disponga diversamente, può agire secondo le norme di diritto privato. In questo caso la P.A. è legata alla legge speciale in materia di contratti pubblici che però interviene a regolare il rapporto dopo la stipula del contratto secondo il riferito modello, e cioè dall'insieme delle norme speciali, individuate dal D.lgs. n. 50/2016 e delle norme civilistiche. Le indicazioni chiare dell'Adunanza Plenaria n. 14 del 2014, in materia di lavori pubblici, ma applicabili a tutti i tipi di contratto, in ordine i rapporti di tale potere pubblicistico con l'istituto del recesso, sono stati confermati e precisati dalla recente giurisprudenza, secondo cui qualora la P.A., dopo la stipula del contratto di appalto, accerti sopravvenute ragioni di inopportunità nella prosecuzione del rapporto negoziale, non può utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione, ma deve esercitare il diritto potestativo regolato dall'art. 134 del D.lgs. n. 163 del 200 ( oggi art. 109 D.lgs n. 50/2016). Per cui sarebbe illegittimo un provvedimento di revoca dell'aggiudicazione di una gara adottato le quante volte sia stato già stato stipulato il contratto di appalto, “atteso che in tal caso la revoca verrebbe adottata in assenza del suo essenziale presupposto, e cioè di un oggetto costituito da un provvedimento che continua ancora a spiegare effetti, non essendo tale l'aggiudicazione della gara in seguito alla stipulazione del contratto; in tal caso, per sciogliersi dal vincolo discendente da quest'ultimo, l'Amministrazione deve ricorrere all'istituto del recesso ai sensi dell'art. 134 del D.lgs. n. 163 del 2006” Cons. Stato, Sez. V, 22 marzo 2016 n.1174) in “I nuovi confini

Lo studio prende lo spunto da una pronuncia del Tribunale di Padova e propone una lettura della normativa pubblico-privata che regola il sistema “appalto pubblico” alla luce degli istituti civilistici, desumibili dalla contrattualistica in generale quali l'attività rimediata predisposta in caso di inadempimento reciproco (artt. 1453 e 1460 c.c.) e la risoluzione di diritto indicata nella clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.).

## **2. Il caso sottoposto al giudice**

La sentenza n. 575 del 2020 emessa dal Tribunale di Padova il 20 marzo affronta una questione complessa ed offre l'occasione per proporre delle riflessioni sia processuali che sostanziali sulle attività rimediali alle quali ricorrere in caso di inadempimento del contratto di appalto pubblico. Nella decisione in commento viene dapprima disaminata e risolta la problematica afferente alla legittimazione attiva della società mandataria di un Raggruppamento temporaneo tra imprese, si chiede al giudice di decidere se la mandataria può proporre la domanda di risoluzione per inadempimento nell'ipotesi in cui l'eccezione sia sollevata solo per le tranches delle opere eseguite dalle imprese mandanti associate nell'ATI; poi viene trattato il tema relativo all'efficacia della clausola risolutiva espressa nel regolamento di un contratto di appalto pubblico, infine viene affrontata la questione del riparto dell'onere della prova tra le parti intervenute nel processo.

Nel caso di specie i Cantieri Navali Megaride Soc. Coop. A r.l. costituivano un Raggruppamento Temporaneo tra Imprese con la SO.PRO. MAR Spa al fine di partecipare al bando pubblico indetto dall'ARPAV per la costruzione di un battello oceanografico; nell'associazione temporanea la società cooperativa Megaride assumeva il ruolo di mandataria capogruppo e la società SO.PRO.MAR. Spa, in qualità di società mandante, interveniva nel raggruppamento temporaneo limitando la sua prestazione all'attività di consulenza per le attrezzature tecnologiche e di laboratorio, la stessa assumeva una minima quota di partecipazione all'affare pari allo 0,01%. Le società associate partecipavano all'ATI con completa autonomia gestionale ed operativa escludendo il vincolo di solidarietà in ipotesi di inadempimento dell'opera commissionata.

Il raggruppamento temporaneo risultava aggiudicatario della procedura ad evidenza pubblica, quindi la committente ARPAV e l'A.T.I. Appaltatrice, ovvero la neo costituita Megaride-SO.PRO.MAR, stipulavano il contratto di appalto in forma scritta per la costruzione dell'imbarcazione commissionata; alla consegna del bene l'appaltatrice chiedeva all'ente appaltante il saldo della somma pattuita nel contratto, ma l'ARPAV contestava alcune caratteristiche tecniche dell'imbarcazione e rappresentava che i deficit strutturali determinavano la sostanziale inutilizzabilità del battello commissionato; quindi la committente contestava la fornitura e negava il pagamento dell'intero compenso stabilito. La Cantieri Navali Megaride Soc. Coop. A r.l., in qualità di società mandataria del Raggruppamento, adiva il Tribunale di Padova competente per territorio e chiamava in giudizio l'ARPAV per chiedere ed ottenere l'adempimento degli obblighi

---

*tra recesso e revoca: commento all'art. 109 del nuovo Codice dei contratti pubblici (D. lgs. n. 50/2016)* estratto da “*Il nuovo codice dei contratti pubblici*”, F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), in <https://www.italiappalti.it>

assunti con il contratto d'appalto pubblico (artt. 1453 e 1655 c.c.); si costituiva l'ARPAV eccedendo la carenza della legittimazione attiva (artt. 75 e 100 c.p.c.) della Cantieri Navali Megaride Soc. Coop. A r.l. sull'intero importo richiesto perché, secondo quanto sostenuto dalla convenuta-committente, l'attrice avrebbe avuto interesse ad agire solo *pro quota*, mentre solo la SO.PRO.MAR spa - co-associata dell'attrice nell'associazione temporanea con una partecipazione all'affare per la quota dello 0,01%- avrebbe potuto chiedere l'importo di sua spettanza per la *tranche* di lavoro eseguito, per questo motivo veniva promossa la chiamata in causa della società co-associata (art. 269 c.p.c.).

L'ARPAV chiedeva altresì al Giudice adito di accertare la risoluzione di diritto del contratto di appalto pubblico in quanto la fornitura effettuata dall'attrice -non conforme a quanto commissionato con il Capitolato tecnico parte integrante del contratto di appalto- era stata legittimamente rifiutata dall'ente committente che aveva azionato la clausola risolutiva espressa ex art. 1456 c.c. prevista nel regolamento negoziale dell'appalto.

Accertata la risoluzione di diritto del contratto di appalto pubblico, l'ente convenuto chiedeva altresì al Giudice adito di disporre la restituzione delle somme già versate al raggruppamento temporaneo nelle more dell'esecuzione a fronte degli stati di avanzamento dei lavori ammontanti ad € 1.076.400,00; l'ARPAV, in qualità di ente committente, chiedeva infine la liquidazione del maggior danno ammontante ad € 632.349,09 oltre agli interessi moratori o in subordine oltre agli interessi legali maturati dal momento del versamento fino al saldo, o per la diversa misura, maggiore o minore, risultante all'esito della causa o ritenuta di giustizia, in via riconvenzionale veniva promossa anche l'azione restitutoria.

Il Tribunale di Padova autorizzava l'integrazione del contraddittorio con la chiamata in causa del terzo (art. 269 c.p.c.) della SO.PRO.MAR spa, società mandataria del raggruppamento temporaneo tra imprese del quale la Cantieri Navali Megaride Soc. Coop. A r.l. era mandante. L'ARPAV *medio tempore* promuoveva un sequestro conservativo in corso di causa (artt. 669 bis ed art. 671 c.p.c.) in virtù del quale veniva sottoposta a sequestro l'imbarcazione contesa tra le parti; la vicenda processuale si complicava con l'intervento volontario (art. 105 c.p.c.) del Ministero delle Infrastrutture che, dichiaratosi proprietario del bene contestava la misura cautelare adottata dal Tribunale di Padova.

Il sub-procedimento cautelare veniva comunque risolto in corso di causa in quanto l'ARPAV, ente sequestrante, rinunciava al sequestro sull'imbarcazione e contestualmente, per garantirsi l'effettiva realizzazione degli importi richiesti con l'azione restitutoria introdotta in via riconvenzionale (art. 36 c.p.c.), domandava ed otteneva un decreto di sequestro sui crediti vantati dal raggruppamento temporaneo nei confronti di debitori estranei alla vicenda processuale principale ma comunque obbligati nei confronti della Cantieri Navali Megaride Soc. Coop. A r.l.

La SO.PRO.MAR spa, terza chiamata in causa, si costituiva in giudizio chiedendo al Tribunale di Padova di disattendere le domande formulate dall'ente convenuto e, in caso di accoglimento anche parziale della domanda riconvenzionale, la società chiamata in causa domandava di contenere l'eventuale condanna entro i limiti del suo effettivo apporto nel raggruppamento tra imprese pari allo 0,01% della somma oggetto del contratto di appalto, senza vincolo di solidarietà. La stessa società comunque dispiegava a sua volta una domanda riconvenzionale (art. 36 c.p.c.) avverso la società attrice,

ovvero la Cantieri Navali Megaride Soc. Coop. A r.l., chiedendo di essere manlevata da eventuali condanne anche pro quota.

Radicalmente il contraddittorio veniva svolta l'attività istruttoria ritualmente ammessa dal giudice adito, quindi la causa veniva decisa con la pronuncia in commento in forza della quale veniva rigettata la domanda della società attrice, con accoglimento parziale dell'azione riconvenzionale spiegata dall'ARPAV, ente committente convenuto, e veniva dichiarato risolto il contratto di appalto ex art. 1456 c.c., con condanna della Cantieri Navali Megaride Soc. Coop. a r.l., società mandataria dell'A.T.I. e parte attrice nel giudizio civile promosso contro l'ARPAV, al pagamento di una somma minore di quella originariamente richiesta ma risultante dalle prove acquisite in corso di causa a titolo di indennizzo, infine il decisum accoglieva anche la domanda riconvenzionale proposta dalla terza chiamata in causa, ovvero la società SO.PRO.MAR spa co-associata della società attrice, quindi quest'ultima veniva manlevata da ogni onere in favore dell'ente committente salvo che per la condanna alle spese di giudizio.

### **3. Le questioni analizzate**

Il Tribunale di Padova per dirimere la controversia ha affrontato delle questioni plurime. Dapprima è stata qualificata giuridicamente la “compagine societaria” che ha promosso l'azione giudiziaria - ciò al fine di individuare se la legittimazione ad agire dei Cantieri Navali Megaride Soc. Coop. A r.l., società mandataria, poteva essere estesa anche per la parte eccedente la misura di partecipazione all'A.T.I. - successivamente sono state affrontate le questioni di diritto sostanziale afferenti all'inadempimento del contratto di appalto pubblico, quindi è stato esaminato e risolto il problema relativo al riparto dell'onere probatorio tra le parti del giudizio, da ultimo è stata definita la tematica relativa alla possibilità per il committente di azionare la clausola risolutiva espressa per risolvere di diritto il contratto di appalto pubblico con liquidazione di un indennizzo.

#### **3.1 Le associazioni temporanee tra imprese analisi della fattispecie tra tutele processuali e sostanziali**

La società attrice è la mandataria di un raggruppamento temporaneo tra imprese ovvero di una “compagine associativa complessa”, costituita mediante un accordo stipulato tra due o più imprese che si associano solo per il tempo necessario alla realizzazione di grandi opere. Il raggruppamento permette di ridurre i costi di realizzazione del bene e di ripartire i rischi di costruzione tra le singole imprese associate che intervengono nell'affare, condividendo le rispettive capacità organizzative e professionali, al fine di ottenere un risultato comune; la peculiarità di questa compagine si ravvisa nella sostanziale autonomia soggettiva delle co-associate le quali non si fondono in un unico

---

Autorevole dottrina ha sostenuto che “*se le imprese partecipano ad una gara di appalto attraverso una società o un consorzio, saranno tali organismi a risultare, giuridicamente, aggiudicatari dell'appalto e non le singole imprese che intendono cooperare nell'esecuzione dell'opera (...) ma molto spesso sono proprio queste conseguenze che le imprese interessate vogliono evitare in quanto eccedenti allo scopo perseguito*” quindi prosegue l'autore dette imprese per partecipare alla gara di appalto possono costituire un'associazione temporanea tra imprese ciò al fine di mantenere una propria soggettività. G. F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, Torino, 2011, p. 272. In tempi non molto recenti il fenomeno associazionistico del raggruppamento temporaneo era stato osservato e definito, infatti la dottrina dell'epoca aveva rilevato la limitazione presente nel nostro ordinamento, in quanto il codice civile dell'epoca era carente del “*concetto di una pluralità costituita di elementi collegati, i quali, mentre conservano la propria indipendenza formale e non assurgono a una nuova unità, agiscono tuttavia in*”

ente ma restano singole imprese partecipanti al raggruppamento. Le associazioni temporanee di imprese sono una versione domestica degli accordi di *contractual joint ventures*<sup>5</sup> tipici nell'esperienza anglosassone ed internazionale<sup>6</sup>. Il legislatore interno, spinto dai vari approdi giurisprudenziali che affrontavano in maniera disomogenea il fenomeno economicamente tipico delle associazioni temporanee tra imprese, è intervenuto disciplinando il raggruppamento temporaneo anche con sub-regolamenti di

---

funzione del gruppo cui appartengono” V. SALADRA, *Il diritto delle unioni di imprese (consorzi e gruppi)*, Padova, 1934, p. 61. Tuttavia, questa intuizione pre-codicistica non ha trovato una degna menzione nel codice civile attualmente vigente.

<sup>5</sup> La dottrina definendo la figura di cooperazione anglosassone ha sostenuto “*La joint venture è quindi uno strumento contrattuale che consente a più imprese di cooperare alla realizzazione di un affare comune, ma al tempo stesso di limitare i singoli apporti, le responsabilità, i rischi e di mantenere la propria autonomia giuridica ed economica*”, D. CORAPI, *Gli attori privati del commercio internazionale*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 2, 2017, p. 271 ss. Recentemente la figura in parola è stata analizzata anche con esplicito riferimento alla destinazione patrimoniale ed alla disciplina del marchio che identifica un gruppo societario o associativo si veda D. SCARPA, *Marchio e destinazione patrimoniale: una riflessione di sistema*, in *Rivista di Diritto Industriale*, fasc. 1, 2020, p. 116. D. CATERINO, *La Joint Venture*, in *Manuale di diritto commerciale internazionale*, U. PATRONI GRIFFI (a cura di), Milano, 2012, p. 465 ss., A. Fedi, *Il contratto di joint venture*, in *Economia e diritto del terziario*, fasc. 3, 2012, p. 403 ss., D. BONVICINI, *Le joint ventures. Tecnica giuridica e prassi societaria*, Milano, 1977, p. 6 ss.

<sup>6</sup> La cooperazione tra imprese è un fenomeno tipico nel sistema economico internazionale, già nel lontano 1963 è possibile individuare dei riferimenti normativi e dei tentativi di tipizzazione normativa in molti Stati unionali. La prima significativa esperienza in tal senso si rileva in Spagna, con la *Ley sobre asociaciones y uniones de empresas* del 28 dicembre 1963, che istituì la figura dell'A.T.E. (*agrupacion temporal de empresas*). Il Portogallo ha seguito questo filone introducendo nel proprio sistema ordinamentale la figura dell'*agrupamento complementar de empresas*, che divergeva in aspetti poco significativi dal modello spagnolo. Il medesimo interesse disciplinare si riscontra in Belgio che nello stesso periodo emana la disciplina della *association momentanée*, istituto di cooperazione tra imprese non dotata di personalità giuridica e regolamentato nel codice di commercio. In Francia, l'acceso dibattito giurisprudenziale sollevatosi sulla questione cooperazionistica, ha indotto il legislatore ad intervenire con l'*ordonnance 67-821* del 23 settembre 1967, in virtù della quale è stata istituita la figura del G.I.E. (*Groupement d'intérêt économique*). Il G.I.E. è stato qualificato come un mandato collettivo conferito da varie imprese ad una *entreprise pilote*, alla quale venivano attribuite funzioni di coordinamento e di rappresentanza. Le mutevoli esigenze economiche comunque hanno portato il legislatore francese ad apportare dei correttivi nella disciplina di settore, attualmente il sistema ordinamentale transfrontaliero ha positivizzato figura del *Groupement momentané d'entreprises*. In Germania il legislatore ha definito la figura dell'*Arbeitsgemeinschaft*, caratterizzandone i requisiti sostanziali per la costituzione. A. DE MARTINI, *Associazioni temporanee di imprese per l'esecuzione di opere pubbliche*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1971, I, p. 1 ss. G. CAPO, *In tema di qualificazione del modello «legale» dell'associazione temporanea di imprese*, in *Giur. Comm.*, 2003, II, p. 142

<sup>7</sup> Per un'analisi delle pronunce risalenti agli anni Trenta si veda F. L. VERCELLINO *Associazione temporanea d'impresa*, in *Digesto comm., Aggiornamento*, 2003, p. 59. Per un approccio nomofilattico di ampio respiro si veda Corte di Cassazione, 16 febbraio 1963 n. 342, in *Foro It.*, 1963, 1990 ed in *Foro It.*, 1964, 369, e Corte di Cassazione, 24 febbraio 1975 n. 681, in *Giur. Comm.*, 1976, II, 780. La Corte Suprema con una visione estremamente moderna del fenomeno economico ha affrontato il tema dell'atipicità negoziale, segnalando la difformità “morfologica” dell'associazione temporanea rispetto agli schemi organizzativi societari tipici, tuttavia ha collocato la fattispecie tra gli accordi comunque meritevoli di tutela ai sensi ed agli effetti dell'art. 1322 c.c. Questa intuizione ha legittimato i successivi interventi eteronomi per i quali bisogna attendere il 1977 e precisamente la Legge 8 agosto 1977 n. 584, rubricata “*Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità economica europea*” nella quale agli artt. da 20 a 23 sono solo menzionate le associazioni temporanee.

<sup>8</sup> Il legislatore interno sin dal 1977- vedasi nota 5- ha disciplinato la partecipazione delle associazioni temporanee nelle gare ad evidenza pubblica. La dottrina ha più volte contestato l'atteggiamento schizofrenico del legislatore in materia di appalti pubblici, senza alcuna pretesa di esaustività si elencano i

seguenti interventi che trasversalmente interessano anche le associazioni temporanee: successivamente al 1977 si rammenta la Legge 3 gennaio 1978 n. 1, recante “*Accelerazione delle procedure per la esecuzione di opere pubbliche e di impianti e costruzioni industriali*”, la Legge 10 dicembre 1981 n. 741, recante “*Ulteriori norme per l’accelerazione delle procedure per l’esecuzione di opere pubbliche*”, la Legge 17 febbraio 1987, rubricata “*Norme straordinarie per l’accelerazione dell’esecuzione di opere pubbliche*”, che nello specifico ha ammesso l’affidamento in concessione alle associazioni temporanee di imprese anche della progettazione e dell’esecuzione di opere di importo superiore ai venti miliardi di Lire, la Legge 8 ottobre 1984 n. 687 che novellando la Legge 8 agosto 1977 n. 584, ha vi introdotto l’art. 23-bis, ove si Legge espressamente “*le imprese riunite possono costituire tra loro una società, anche consortile ... per la esecuzione unitaria, totale o parziale, dei lavori*”, la Legge 30 marzo 1981 n. 113, art. 9 recante “*Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione delle pubbliche forniture alla direttiva della Comunità economica europea n. 62/77 del 21 dicembre 1976*” che garantiva l’estensione della partecipazione della associazioni temporanee anche alle gare d’appalto per l’affidamento di forniture, il successivo D.lgs 17 marzo 1995 n. 157, recante “*Attuazione della direttiva n. 50/92 CEE in materia di appalti pubblici di servizi*” che ha legittimato la partecipazione delle associazioni temporanee anche per gli appalti pubblici di servizi, il D.lgs 19 dicembre 1991 n. 406 recante “*Attuazione della direttiva n. 440/89/CEE, in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*” che su impulso del legislatore comunitario ha timidamente avvicinato la soggettività delle A.T.I. allo schema del contratto di mandato conferito alla capogruppo (vedasi artt. 22, 23 e 25 D.lgs 406/91) anche se viene esplicitamente disposto che il mandato conferito dalle imprese riunite mandanti alla capogruppo “*non determina di per sé organizzazione o associazione fra le imprese riunite, ognuna delle quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione e degli adempimenti fiscali e degli oneri fiscali*” (art. 23, comma 10, del D.LGS n. 406/ 1991), la Legge 11 febbraio 1994 n. 109 recante “*Legge quadro in materia di lavori pubblici*”, modificata dal D.L. 3 aprile 1995, n. 101, convertito nella Legge 2 giugno 1995 n. 216, il D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, il D.lgs 17 marzo 1995 n. 158, recante “*Attuazione delle direttive n. 351/90/CEE e nn. 38/93/CEE relative alle procedure di appalti nei settori esclusi*”, che ha esteso l’ambito di applicazione della normativa sulle A.T.I. anche a settori di lavori pubblici precedentemente esclusi. Le associazioni temporanee di imprese sono state poi disciplinate dal D.lgs 12 aprile 2006 n. 163, recante il “*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*”, ove all’art. 34, lett. d) le A.T.I. sono annoverate tra i “*soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici*”, dal successivo D.L. 24 gennaio 2012 n. 1 (cosiddetto «Decreto Crescitalia»). La normativa di dettaglio era costituita dagli artt. 50, 72, 92, 93, 108, 275 e 276 del regolamento attuativo del D.lgs 12 aprile 2006 n. 163, emanato con D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207. Con la Legge 28 gennaio 2016 n. 11, infine, sono state conferite “*Deleghe al Governo per l’attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/ UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*”. Con la suddetta legge di delega il Governo, in occasione dell’emanazione del decreto legislativo di recepimento delle suddette direttive, avrebbe dovuto operare altresì “*il riordino complessivo della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*” a fini meramente ricognitivi è stata prevista la “*compilazione di un unico testo normativo con contenuti di disciplina adeguata anche per gli appalti di servizi e forniture denominato «codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione»*». La disciplina delle A.T.I. negli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture si “*arricchisce*” anche del D.lgs 18 aprile 2016 n. 50, recante “*Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*”, emanato in attuazione della Legge 28 gennaio 2016 n. 11. D.lgs 18 aprile 2016 n. 50 che è stato poi rubricato, dall’art. 1 del D.lgs 19 aprile 2017, n. 56, “*Codice dei Contratti pubblici*” e che regola, oltre ai contratti pubblici di concessione e ai concorsi pubblici di progettazione, i contratti pubblici di appalto aventi ad oggetto l’acquisizione “*di servizi, forniture, lavori e opere*”. L’eccessiva produzione normativa è stata estesa anche al successivo D.lgs 19 aprile 2017 n. 56 (D.Lgs Correttivo del 2017), che ha modificato il testo originario del Codice dei contratti pubblici del 2016, emanato al fine di garantire una maggiore sistematicità all’impianto codicistico. Infine, si rammenta il D.L. 14 dicembre 2018 n. 135, cd. Decreto semplificazione che ha a sua volta inciso sul Codice dei contratti pubblici e precisamente innalzando – seppure in via temporanea sino al 31 luglio 2021 e, dunque, senza un intervento strutturale

*soft law*<sup>9</sup>. Il vigente palinsesto normativo è teleologicamente orientato a garantire il corretto svolgimento degli appalti pubblici, ecco perché in assenza di una chiara definizione di diritto positivo la soggettività di queste “strutture organizzate economiche temporanee” si può desumere solo dall'interpretazione giurisprudenziale del contratto costitutivo stipulato tra le singole imprese aderenti alla compagine.

La causa di questo negozio plurilaterale si sostanzia nella “procedimentalizzazione” della cooperazione delle aziende partecipanti all'appalto; alle singole imprese generalmente viene assegnata una fase di realizzazione dell'opera in base alle effettive competenze professionali dichiarate per accedere alla gara ad evidenza pubblica indetta dalla stazione appaltante. Ai sensi dell'art. 48 del Codice dei contratti pubblici la suddivisione dei compiti e delle fasi esecutive del bene tra le partecipanti è legittima, a patto che le singole imprese dichiarino sin dal momento della stipula del contratto di appalto pubblico la prestazione di loro competenza.

Il legislatore, in questo modo, ha inteso ottenere una chiara manifestazione dell'organizzazione interna costituita tra le imprese co-associate, ciò al fine di tutelare l'ente appaltante in caso di inadempimento dell'appaltatore. L'inesatta esecuzione della prestazione pro quota può pregiudicare la realizzazione dell'intera opera appaltata, ecco perché la responsabilità contrattuale derivante dall'inadempimento sarà imputata alla singola impresa, resasi effettivamente inadempiente dell'obbligazione, oltre che alla mandataria capogruppo. In sintesi, la stazione appaltante è garantita dall'estensione della platea dei soggetti responsabili in caso di inesatta esecuzione della prestazione in quanto

---

di modifica dell'art. 36 del Codice dei Contratti pubblici – la soglia dell'affidamento diretto di lavori, servizi e forniture sino a concorrenza di 150 mila euro e comunque entro la soglia di rilevanza europea. Da ultimo si segnala il D.L. 76/2020, che la Camera dei Deputati ha approvato come testo definitivo così come licenziato dal Senato dopo l'apposizione della fiducia, attualmente convertito con modificazioni dalla L. 11 settembre 2020 n. 120 (in S.O. n. 33, relativo alla G.U. 14/09/2020 n. 228). Nonostante la convulsa produzione normativa la disciplina afferente alle associazioni temporanee nei contratti pubblici non diverge sostanzialmente dall'impianto codicistico del D.lgs 163/2006 (Codice degli appalti). Dei minimi apporti normativi innovativi della disciplina delle associazioni temporanee si possono individuare nell'art. 48 commi 17 e 18, così come modificato dal D.L. 76/2020 che disciplinano espressamente i casi di sostituzione soggettiva nell'A.T.I. per le imprese sottoposte a procedure concorsuali o di liquidazione, e nell'art. 48 comma 19 che limita il recesso di un'impresa dall'A.T.I. solo per quelle società che non siano necessarie per l'esatta esecuzione dell'appalto. Il D.lgs correttivo del 2017, ha altresì chiarito che, sussistendone i presupposti, il recesso di un'impresa è consentito anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto. Il legislatore ha ipotizzato questa evenienza sia in caso di fallimento delle società partecipanti al raggruppamento che nel caso di perdita in corso di esecuzione, da parte di un operatore, dei requisiti soggettivi, la cui iniziale assenza costituirebbe motivo di esclusione.

<sup>9</sup> Nel Codice dei contratti pubblici del 2016 il legislatore ha rinviato l'attuazione di alcune disposizioni di principio contenute nel *corpus* normativo ad una serie di atti di regolamentazione sub-primaria considerati più agili e flessibili e sicuramente di immediata produzione ed emanazione, riconoscendo a detti atti di *soft law* l'efficacia normativa sub-regolamentare. Tra di essi si annoverano le diverse tipologie di linee guida di carattere generale. Ad esempio, quelle (di cui all'art. 83, comma 2, del Cod. Contr. Pubb. del 2016), che saranno proposte dall'A.N.A.C. e approvate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, previo parere delle commissioni parlamentari, relative al sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo superiore a centocinquantomila euro: linee guida la cui bozza di consultazione è stata sottoposta dall'A.N.A.C. agli *stakeholder* nell'aprile 2017. Il Codice dei contratti pubblici del 2016 prevede anche altre tipologie di linee guida emanate direttamente dall'A.N.A.C., non sempre caratterizzate da efficacia vincolante. Le Associazioni Temporanee di Imprese, frattanto, hanno trovato parziale riconoscimento eteronomo anche in un settore diverso da quello degli appalti pubblici. L'art 88 del regolamento UE del Consiglio. 1605/2002 del 25 giugno 2002 (GU L248/1), infatti, stabilisce che il partenariato nel settore delle sovvenzioni può avvenire “*attraverso un'Associazione Temporanea di Imprese o un'Associazione Temporanea di Scopo*”, modellate sull'archetipo già disegnato nella materia degli appalti pubblici.

il risarcimento del danno patito dall'ente pubblico committente è imputato solidalmente all'impresa inadempiente ed alla società mandataria dell'A.T.I.

Il legislatore del 2016 ha effettuato uno sforzo normativo menzionando le A.T.I., ma come osservato in precedenza il Codice dei contratti pubblici trova la sua ratio legis nella tutela delle stazioni appaltanti pubbliche. Pertanto, i riferimenti legislativi afferenti all'organizzazione interna dei raggruppamenti temporanei non sono preordinati a definire ontologicamente il soggetto giuridico "A.T.I." ma sono solo ed esclusivamente finalizzati a regolamentare i rapporti con l'appaltante pubblico, ciò al chiaro fine di ridurre al massimo i rischi di inadempimento e di vincolare solidalmente tutte le imprese partecipanti all'affare. L'art. 48 del D.lgs 2016/206 riconosce che le imprese cooperanti non confluiscono in un soggetto unico; esse possono organizzare con la massima autonomia il lavoro o la parte dell'opera loro assegnata ma per partecipare all'associazione devono conferire un mandato con rappresentanza alla capogruppo, la quale è l'unico soggetto che può interloquire con la stazione appaltante. La composizione di questi interessi disomogenei si traduce nella prassi con la stipula di due contratti ovvero il contratto di appalto pubblico, preordinato a regolamentare i rapporti tra l'associazione e l'ente committente, che vincola la stazione appaltante e l'A.T.I. per il tramite della mandataria capogruppo, ed il contratto interno, che vincola solo le imprese partecipanti all'affare, non è opponibile all'ente ed è preordinato a disciplinare i rapporti tra le imprese partecipanti all'associazione. Questo secondo accordo negoziale eventualmente può prevedere delle clausole divergenti da quelle richieste nel contratto principale per partecipare alla gara ad evidenza pubblica, questa circostanza non inficia la validità della clausola. Ad avviso della dottrina il contratto principale, ovvero il contratto di appalto pubblico, ed il contratto interno di costituzione del raggruppamento temporaneo sono connessi quindi in questa complessa operazione economica si ravvisa una ipotesi di collegamento negoziale<sup>10</sup>. L'istituto è stato definito anche dalla giurisprudenza del Supremo Collegio il cui consolidato orientamento qualifica il collegamento negoziale come un "meccanismo" preordinato a perseguire un risultato economico unitario e complesso mediante la stipula di una pluralità di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma<sup>11</sup>.

Nel caso di specie nel contratto interno era previsto che la SO.PRO.MAR spa, impresa associata per lo 0,01% del valore dell'opera, in caso di inadempimento sarebbe stata manlevata dagli obblighi risarcitori dall'impresa capogruppo. Ciò ha determinato sicuramente in primis la condanna di tutte le imprese associate per l'inadempimento del contratto di appalto così come accertato in giudizio, in ossequio a quanto disposto dall'art. 48 Codice dei contratti pubblici, ma in secundis il giudice adito ha accolto la domanda riconvenzionale di manleva dispiegata dalla SO.PRO.MAR spa nei confronti

---

<sup>10</sup> Si veda in tal senso F. DURANTE, *Associazione temporanea di imprese e negozi collegati nel Codice dei Contratti Pubblici*, Torino, 2017, p. 285 ss.

<sup>11</sup> Il Supremo Collegio nella motivazione della sentenza n. 7255 del 2013 ha sostenuto che "il collegamento contrattuale non dà luogo ad un autonomo e nuovo contratto, ma è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è finalizzato ad un unico regolamento dei reciproci interessi. Pertanto, in caso di collegamento funzionale tra più contratti, gli stessi restano conseguentemente soggetti alla disciplina propria del rispettivo schema negoziale, mentre la loro interdipendenza produce una regolamentazione unitaria delle vicende relative alla permanenza del vincolo contrattuale, per cui essi "simul stabunt, simul cadent" Corte di Cassazione, sentenza 22 marzo 2013 n. 7255 in *Dejure*.

dell'impresa capogruppo mandataria dell'A.T.I. ovvero i Cantieri Navali Megaride Soc. Coop. A r.l. La soluzione adottata dal Tribunale di Padova avvalora senz'altro quanto sin qui osservato, ovvero il vincolo interno alle imprese associate comunque non può essere opposto alla stazione appaltante perché il contratto interno è valido ed efficace solo tra i soggetti associatisi in A.T.I.

La peculiare soggettività della compagine associativa determina comunque delle incertezze sia processuali che sostanziali. Infatti, nel caso di specie l'A.T.I. era costituita da due società che si erano obbligate a svolgere delle obbligazioni diverse e coordinate, addirittura la SO.PRO.MAR.spa, essendosi obbligata nel contratto interno ad eseguire una mera attività di consulenza in favore della mandataria capogruppo, aveva limitato il valore del suo apporto professionale per la realizzazione dell'intera opera liquidandolo in un valore pari allo 0,01% del prezzo dell'imbarcazione commissionata. Il riparto delle prestazioni assunte dalle singole associate, pur non essendo opponibile alla stazione appaltante per quanto osservato in precedenza, ha indotto comunque l'ARPAV a sollevare il difetto di legittimazione attiva della Cantieri Navali Megaride Soc. Coop. a r.l.

Infatti, la domanda giudiziale dispiegata dalla capogruppo mandataria era preordinata ad ottenere la condanna per inadempimento della stazione appaltante senza effettuare alcuna distinzione tra le obbligazioni assunte dalla capogruppo e quelle imputabili alla mera associata. Da un punto di vista meramente processuale questa eccezione, così come si legge nel *decisum* in commento, è stata associata dalla parte in giudizio al difetto di legittimazione attiva, detto istituto comunque deve differenziarsi dal principio della titolarità del diritto restitutorio azionato<sup>12</sup>. Tanto è che la premessa di diritto espressa nella motivazione in parola ha riconosciuto e chiarito questo aspetto.

Il giudice adito, aderendo ad un orientamento giurisprudenziale consolidato del Supremo Collegio, ha definito la questione sostenendo che la mandataria capogruppo è

---

<sup>12</sup> La questione della legittimazione attiva e della possibile convergenza con la titolarità del diritto azionato è stata affrontata per molto tempo con pronunce ondivaghe della Corte di Legittimità, tanto che nel 2016 il Supremo Collegio è intervenuto con una sentenza resa a Sezioni Unite ove è stato disposto che “*la legittimazione ad agire attiene al diritto di azione, che spetta a chiunque faccia valere in giudizio un diritto assumendo di esserne il titolare. La sua carenza può essere eccepita in ogni stato e grado del giudizio e può essere rilevata d'ufficio dal giudice; cosa diversa dalla titolarità del diritto ad agire è la titolarità della posizione soggettiva vantata in giudizio che attiene al merito della causa; la titolarità della posizione soggettiva è un elemento costitutivo del diritto fatto valere con la domanda, che l'attore ha l'onere di allegare e di provare; può essere provata in positivo dall'attore, ma può dirsi provata anche in forza del comportamento processuale del convenuto, qualora quest'ultimo riconosca espressamente detta titolarità oppure svolga difese che siano incompatibili con la negazione della titolarità; la difesa con la quale il convenuto si limiti a dedurre, ed eventualmente argomentare (senza contrapporre e chiedere di provare fatti impeditivi, estintivi o modificativi), che l'attore non è titolare del diritto azionato, è una mera difesa. Non è un'eccezione, con la quale si contrappone un fatto impeditivo, estintivo o modificativo, né quindi un'eccezione in senso stretto, a pena di decadenza, solo in sede di costituzione in giudizio e non rilevabile d'ufficio. essa, pertanto, può essere proposta in ogni fase del giudizio (in cassazione solo nei limiti del giudizio di legittimità e sempre che non si sia formato il giudicato). A sua volta il giudice può rilevare dagli atti la carenza di titolarità del diritto anche d'ufficio; la contumacia del convenuto non vale a rendere non contestati i fatti allegati dall'altra parte, né altera la ripartizione degli oneri probatori e non vale in particolare ad escludere che l'attore debba fornire la prova di tutti i fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio. Però il convenuto, costituendosi tardivamente accetta il giudizio nello stato in cui si trova, con le preclusioni maturate. Gli sarà preclusa la possibilità di basare la negazione della titolarità del diritto sull'allegazione e prova di fatti impeditivi, modificativi o estintivi non rilevabili dagli atti.*” Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 16 febbraio 2016, n. 2951, in *Dejure*.

solidalmente responsabile con le imprese associate pertanto ne acquisisce la rappresentanza processuale esclusiva anche nei confronti della stazione appaltante<sup>13</sup>.

In sintesi, nel caso *de quo* è stata riconosciuta alla capogruppo mandataria la legittimazione ad agire in giudizio per chiedere ed ottenere nei confronti dell'ente committente il saldo dell'intera somma pattuita, senza alcuna distinzione in ordine alle singole prestazioni assunte dalle imprese associate con il contratto di costituzione del raggruppamento temporaneo, ovvero con il contratto interno.

### **3.2. Gli inadempimenti reciproci disamina dei profili rimediali**

Il Tribunale di Padova, nel dirimere la controversia in via sostanziale, ha evidenziato che l'azione di inadempimento proposta dall'attrice era stata contrastata dalla stazione appaltante convenuta con l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. L'ARPAV nello specifico aveva anche provato a mezzo CTU i limiti funzionali che avevano determinato l'inutilizzabilità dell'imbarcazione. Il contestato deficit funzionale era stato sollevato dall'ente committente già in fase di collaudo.

La vicenda definita con la sentenza in commento ed in particolare le eccezioni di inadempimento sollevate da entrambe le parti in causa offrono lo spunto per proporre delle brevi osservazioni sulla fattispecie dell'inadempimento reciproco.

L'appalto si annovera tra i “contratti di durata”, in questa tipologia di contratti la durata è riferita al rapporto negoziale e non alla formazione dell'atto negoziale<sup>14</sup>, ulteriore caratteristica del tipo negoziale in commento è che l'esatta esecuzione della prestazione finale dipende dalla esecuzione di prestazioni intermedie funzionalmente collegate le une alle altre. Quindi la durata del rapporto negoziale e la pluralità degli atti esecutivi preordinati a conseguire il risultato finale moltiplicano le occasioni di gravi alterazioni reciproche del sinallagma, a titolo meramente esemplificativo si pensi al caso, verificatosi nella sentenza analizzata, in cui l'inesatta esecuzione di un atto intermedio, ovvero il carente allestimento tecnologico dell'imbarcazione commissionata, rende impossibile la realizzazione del risultato finale, infatti il bene era inutilizzabile. Questa circostanza incide negativamente sull'interesse vantato dal contraente fedele, il quale comunque è vincolato al contratto quindi egli è tenuto ad adempiere alle sue obbligazioni derivanti dal regolamento negoziale ancora valido ed efficace.

---

<sup>13</sup> Il Supremo Collegio ha sostenuto che “*Al mandatario di un'associazione temporanea d'impresa è riconosciuta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, delle imprese mandanti nei confronti del soggetto appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo dei lavori, fino all'estinzione di ogni rapporto sicché l'appaltante può agire in giudizio anche nei confronti della sola mandataria in proprio, stante il vincolo di responsabilità solidale che sorge con l'offerta delle imprese riunite in associazione.*” Corte di Cassazione, ordinanza 16 maggio 2018 n.11949, in *www.dejure.it*. Relativamente al riparto di quote la Corte Suprema ha altresì sostenuto “*L'impresa mandataria di una associazione temporanea di impresa, pur essendo l'unica interlocutrice della amministrazione appaltante in rappresentanza delle imprese associate, è legittimata ad agire anche in proprio per la tutela delle ragioni di credito relative alla quota dei lavori da essa eseguiti, non avendo la questione della determinazione della quota spettante alla mandataria nulla a che vedere con la questione della legittimazione ad agire, che costituisce una condizione della azione, laddove la determinazione di tale quota implica un mero accertamento di fatto che va compiuto dai giudici di merito e - come tale - non è preclusivo, sul piano del diritto della sussistenza della legittimazione della mandataria ad agire in proprio in giudizio.*” Corte di Cassazione, sentenza 2 novembre 2017 n.26072 in *Dejure*.

<sup>14</sup> G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 143 ss., 227 ss., e 1944, I, p. 17 ss.

Il legislatore del 1942<sup>15</sup> non ha previsto delle specifiche attività rimediali<sup>16</sup> applicabili esclusivamente ai rapporti di durata, tanto è vero che si deve ricorrere ad una lettura sistematica delle disposizioni del codice civile per ottenere una effettiva tutela degli interessi vantati dalle parti e per liberarle da un vincolo negoziale non più attuabile. È compito dell'interprete risolvere la questione proposta attuando la disciplina della contrattualistica generale per quanto compatibile.

Le fonti di riferimento applicabili alla fattispecie in esame sono contenute negli artt. 1453 c.c. e 1460 c.c., in particolare il primo articolo è preordinato a salvaguardare l'interesse della parte che fedelmente ha già adempiuto alla propria prestazione e si trova a dover scegliere tra l'adempimento altrui o la risoluzione del vincolo con ristoro del danno subito; il secondo articolo invece legittima il contraente, che non necessariamente ha già iniziato ad eseguire la propria prestazione, a sospendere volontariamente l'esecuzione degli obblighi negoziali assunti con la stipula del contratto in risposta ad una inesatta esecuzione imputabile alla parte infedele.

Dall'analisi comparata dei rimedi proposti negli artt. 1453 e 1460 c.c., si evidenzia che nell'ipotesi di inottemperanza incrociata chi propone l'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.) si rende comunque disponibile all'esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto, in sostanza manifesta a priori il suo interesse a mantenere inalterato il rapporto sinallagmatico, mentre chi agisce per chiedere ed ottenere la pronuncia costitutiva di inadempimento (art. 1453 c.c.), può scegliere anche successivamente all'introduzione dell'azione di variare la domanda se il suo interesse prioritario muta con il trascorre del tempo<sup>17</sup>. In sintesi, l'opzione privilegiata dal convenuto che propone una domanda riconvenzionale in attuazione del principio *inadimplenti non est adimplendum* è quella di ottenere l'esecuzione del contratto, da ciò si deduce che l'interesse alla prestazione è durevole ed immutato. Ma quale rimedio sarebbe praticabile se il contraente infedele rimanesse inadempiente? L'azione proposta sarebbe inevitabilmente orientata ad una risoluzione del vincolo negoziale anche se una siffatta conclusione della vicenda non è positivamente prevista nell'art. 1460 c.c.

Al fine di garantire una effettiva tutela degli interessi vantati dalle parti nel caso di domande di risoluzione incrociate, l'eccezione di inadempimento non preclude lo scioglimento del rapporto ma solo il risarcimento del danno.

Se nel corso del giudizio viene accertata la reciproca infedeltà agli obblighi assunti con la stipula contrattuale il giudice adito deve comunque disaminare le rispettive gravità

---

15 La dottrina parla di legislatore ottimista, M. DELLACASA, *Quando l'inadempimento è reciproco: il piano dei rimedi e la proiezione dell'interesse positivo*, in *Europa e Diritto Privato*, 2020, II, p. 333 ss. Parte della dottrina nello specifico ha osservato "il codice non fu tanto pessimista da prevedere e regolare l'inadempienza reciproca" R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, IV, Torino, 2016, p. 1614.

16 Con riferimento alla dottrina si veda R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, IV, op. cit., p. 1614; U. CARNEVALI, *La risoluzione*, M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, U. CARNEVALI, E. GABRIELLI, M. TAMPONI (a cura di), XIII, Torino, 2011, p. 115; Id., *Della risoluzione per inadempimento*, Artt. 1453-1454, *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, A. LUMINOSO, U. CARNEVALI, M. COSTANZA (a cura di), Bologna, 1990, p. 78; G. Sicchiero, *La risoluzione per inadempimento*, Artt. 1453-1459, in P. Schlesinger (fondato da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2007 p. 364; C. CONSOLO, *Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 333.

17 Lo *jus variandi* indicato dall'art. 1453 c.c. ed il diritto di risarcimento è stato analizzato dal Supremo Collegio a Sezioni Unite che ha concluso "La parte che, ai sensi dell'art. 1453, 2° comma, c.c., chieda la risoluzione del contratto nel corso del giudizio dalla stessa promosso per ottenere l'adempimento, può domandare, contestualmente all'esercizio dello *ius variandi*, non solo la restituzione della prestazione eseguita, ma anche il risarcimento del danno derivante dalla mancata attuazione dello scambio" Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 11 aprile 2014 n. 8510, in *Dejure*.

delle inadempienze in attuazione di quanto previsto dall'art. 1455 c.c. Lo scrutinio è rimesso al giudice di merito<sup>18</sup> che valuta sia il comportamento mantenuto da entrambe le parti nella fase dell'esecuzione del contratto, sia l'interesse che hanno i contraenti all'esatto adempimento dell'obbligo contrattuale<sup>19</sup>. La giurisprudenza ha sostanzialmente riconosciuto che il criterio di valutazione deve attestarsi su elementi oggettivi, quali la priorità temporale dell'inadempimento e la quantificazione economica della inesatta esecuzione, e su elementi soggettivi desumibili dal comportamento mantenuto da entrambe le parti<sup>20</sup>. L'accertamento della gravità delle reciproche inadempienze deve essere riferito alla causa del contratto, ovvero alla funzione socio-economica che le parti intendevano perseguire con l'operazione economica ineseguita, se in corso di giudizio si accerta che il rifiuto ad adempiere è seguito ad una inesatta esecuzione altrui non grave, il legislatore ha positivamente (art. 1460, 2 comma c.c.) disposto che il ricorso all'eccezione d'inadempimento dovrà essere considerata contraria alla buona fede<sup>21</sup>.

In sintesi, l'eccezione di inadempimento per essere accolta e per giustificare la sospensione volontaria dell'esecuzione non solo deve essere successiva ad una inesatta esecuzione altrui ma deve essere causalmente giustificata dal comportamento dell'altro

---

<sup>18</sup> In tal senso una recente pronuncia del Supremo Collegio che ha statuito *“In materia di responsabilità contrattuale, la valutazione della gravità dell'inadempimento ai fini della risoluzione di un contratto a prestazioni corrispettive, ai sensi dell'art.1455 c.c., costituisce questione di fatto, la cui valutazione è rimessa al prudente apprezzamento del giudice del merito.”* Corte di Cassazione, sentenza 22 giugno 2020 n.12182, in *Dejure*.

<sup>19</sup> In taluni casi, è il legislatore che stabilisce espressamente quando l'inadempimento è grave. In queste ipotesi il giudice dovrà limitarsi ad accertare che si sia verificata la situazione prevista dalla legge: si pensi alla vendita con riserva di proprietà (vendita a rate), dove è stabilito che il mancato pagamento di una sola rata, che non superi l'ottava parte del prezzo, non dà luogo alla risoluzione del contratto; sicché solo se le rate non pagate sono almeno due oppure quella non pagata supera il limite di un ottavo del prezzo, può esercitarsi l'azione di risoluzione. In tema di diritti dei consumatori, l'art. 130, c. 10, D.lgs 6 settembre 2005 n. 206 (Codice del consumo) stabilisce che un difetto di conformità di lieve entità per il quale non sia possibile o sia eccessivamente onerosa la riparazione o la sostituzione, non dà diritto alla risoluzione del contratto.

<sup>20</sup> In tal senso si veda la pronuncia del Supremo Collegio che espressamente statuito *“In tema di risoluzione per inadempimento, il giudice, per valutarne la gravità, deve tener conto di un criterio oggettivo, avuto riguardo all'interesse del creditore all'adempimento della prestazione attraverso la verifica che l'inadempimento abbia inciso in misura apprezzabile nell'economia complessiva del rapporto (in astratto, per la sua entità, e, in concreto, in relazione al pregiudizio effettivamente causato all'altro contraente), sì da dar luogo a uno squilibrio sensibile del sinallagma contrattuale, nonché di eventuali elementi di carattere soggettivo, consistenti nel comportamento di entrambe le parti (come un atteggiamento incolpevole o una tempestiva riparazione, a opera dell'una, un reciproco inadempimento o una protratta tolleranza dell'altra), che possano, in relazione alla particolarità del caso, attenuarne l'intensità”* Corte di Cassazione, sentenza 5 Marzo 2019, n. 6364 in *Dejure*.

<sup>21</sup> Il Supremo Collegio ha statuito *“Il giudice ove venga proposta dalla parte l'eccezione "inadimplenti non est adimplendum" deve procedere ad una valutazione comparativa degli opposti inadempimenti avuto riguardo anche alla loro proporzionalità rispetto alla funzione economico-sociale del contratto e alla loro rispettiva incidenza sull'equilibrio sinallagmatico, sulle posizioni delle parti e sugli interessi delle stesse, per cui, qualora rilevi che l'inadempimento della parte nei cui confronti è opposta l'eccezione non è grave ovvero ha scarsa importanza, in relazione all'interesse dell'altra parte a norma dell'art.1455 c.c., deve ritenersi che il rifiuto di quest'ultima di adempiere la propria obbligazione non sia di buona fede e quindi non sia giustificato ai sensi dell'art. 1460, comma 2, c.c.”* Corte di Cassazione, sentenza 8 novembre 2016, n.22626, in *Dejure*. Per un'attenta analisi dell'evoluzione giurisprudenziale e della casistica recentemente affrontata dalle Corti di merito e dalla Corte di legittimità si veda M. DELLACASA, *Quando l'inadempimento è reciproco: il piano dei rimedi e la proiezione dell'interesse positivo*, op. cit.

contraente. Pertanto, il legittimo esercizio del meccanismo di autotutela disciplinato dall'art. 1460 c.c. presuppone che il rifiuto all'adempimento abbia ad oggetto un'obbligazione principale e non accessoria, o comunque sconnessa a quella che è la cosiddetta condotta sinallagmatica principale richiesta alle parti. La domanda riconvenzionale preordinata a sospendere l'esecuzione di un'obbligazione accessoria viola la clausola generale della buona fede pertanto non potrà essere accolta<sup>22</sup> in giudizio. Come già osservato in precedenza il legislatore del 1942 nel disciplinare il meccanismo dell'eccezione di inadempimento ha previsto solo l'ipotesi dell'esecuzione tardiva imposta al contraente infedele, tanto è che se lo stesso offre di adempiere anche tardivamente alla prestazione principale dedotta in contratto, l'eccezione di inadempimento non sarà più efficace. Tuttavia, è possibile che il ritardo dell'adempimento incida negativamente sull'interesse vantato dal contraente fedele che confida nella consegna del bene entro i termini previsti nel contratto o addirittura che il contraente infedele non offra l'esecuzione della prestazione inadempita.

Nel caso dell'appalto pubblico il termine di consegna dell'opera è fondamentale ai fini dell'esatta esecuzione della prestazione principale.

La questione analizzata dal Tribunale di Padova è un esempio di quanto osservato, l'ARPAV ha bandito una gara ad evidenza pubblica per ottenere la consegna di una imbarcazione con una specifica dotazione tecnologica soggetta ad un processo di obsolescenza molto celere, quindi il ritardo nella consegna determina una sostanziale inutilizzabilità del bene, a causa della vetustà tecnologica del battello commissionato. Inoltre, l'A.T.I. Non aveva alcuna intenzione di adempiere alla prestazione contestata. È palese che in questa ipotesi l'interesse pubblico non può essere conseguito. Questa evenienza non è contemplata nel caso dell'autotutela negoziale (art. 1460 c.c.), infatti il meccanismo dell'eccezione di inadempimento non garantisce al contraente fedele, che in corso di causa ha espressamente manifestato la carenza di interesse all'esecuzione tardiva, di liberarsi dal vincolo negoziale. La risoluzione del contratto non è positivamente prevista nemmeno se entrambe le parti dichiarano di non voler più dare esecuzione al contratto.

In assenza di una esplicita domanda delle parti del processo di risoluzione del contratto inattuabile, si chiede una soluzione “creativa” al giudice adito che può risolvere il contratto inattuabile e fondare il suo convincimento valutando il comportamento processuale e sostanziale delle parti; in questo modo si applica il principio di effettività della tutela giurisdizionale. In particolare, la giurisprudenza sostiene che è legittimo qualificare la domanda giudiziale e la relativa eccezione d'inadempimento come una chiara manifestazione del mutuo consenso risolutorio espresso dai contraenti in corso di causa<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup>È stato osservato che tra i presupposti dell'eccezione di inadempimento si annovera “la successione logico-cronologica” dell'inesecuzione rispetto a quella della controparte”. *L'exceptio*, dunque, non è opponibile quando le parti si rendono inadempienti in modo del tutto indipendente. L'esempio indicato dall'autore è riferito ad un contratto di vendita, in questo tipo negoziale le parti devono consegnare il bene dovuto e pagare il prezzo ai rappresentanti delle rispettive controparti nello stesso momento, ma in luoghi diversi. Se il bene non viene consegnato e il prezzo non viene pagato, l'eccezione non è opponibile ed entrambe le parti devono ritenersi inadempienti. D. MANTUCCI, *L'inadempimento reciproco*, Napoli 1990, p. 28,

<sup>23</sup> L'istituto del “mutuo dissenso” è alquanto controverso in dottrina; dubbi si sollevano *in primis* sulla sua effettiva qualificazione ontologica ed *in secundis* sugli effetti prodotti dallo stesso. Ai fini del presente studio orientato alla disamina del necessario bilanciamento degli interessi pubblico-privati in ipotesi di

Il potere di rideterminazione delle reciproche istanze delle parti al fine di motivare una pronuncia risolutiva del contratto, comunque, è vincolato al rispetto delle norme processuali, tanto è che esso può essere esercitato dal giudice solo se l'eccezione di inadempimento è stata proposta tempestivamente, ovvero entro i termini previsti nell'art. 167, comma 2, c.p.c.<sup>25</sup>.

---

infedeltà reciproca nell'appalto pubblico il dibattito dottrinario e giurisprudenziale in ordine al mutuo dissenso è riportato a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo. La dottrina ha osservato che l'accordo di mutuo dissenso o di scioglimento per mutuo consenso si concreta in una controvicenda, opposta ed incompatibile con quella del contratto precedente, A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, p. 163. In particolare, è stato osservato che il mutuo dissenso è un autonomo contratto menzionato dalla legge, che trova proprio nell'estinzione di un pregresso rapporto contrattuale la sua funzione e dunque la sua causa. C. M. BIANCA, *Diritto civile III, Il contratto*, Milano 1998, p. 700; G. CAPOZZI, *Il mutuo dissenso nella pratica notarile*, in *Vita not.* 1993, p. 638 ss. Altra parte della dottrina sostiene che il contratto estintivo è un negozio collegato al contratto da estinguere, R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.* VII, Milano 1960, p. 378 ss. È controversa anche l'individuazione dell'oggetto dello scioglimento: un primo indirizzo, aderendo ad un'interpretazione letterale, ritiene che lo scioglimento per mutuo consenso risolva il contratto precedentemente stipulato dalle parti. F. GALGANO, in *Comm. S.B.* 1993, p. 17; F. CARRESI, in *Tr. C. M.* 1987, p. 871. Altra parte della dottrina, in adesione ad una lettura funzionale della norma, ritiene che lo scioglimento riguardi il rapporto, ossia gli effetti derivanti dal contratto, R. SCOGNAMIGLIO, in *Tr. G. S. P.* 1980, p. 211; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 647. In merito agli effetti un'ulteriore opinione sostiene che il mutuo consenso dà luogo ad una revoca o ad un recesso, LUMINOSO, op. cit. p. 163; G. MIRABELLI, in *Comm. Utet* 1984, p. 291. Altrettanto dibattuta è la questione relativa all'individuazione del momento in cui si producono gli effetti dello scioglimento per mutuo consenso: un filone della dottrina sostiene che lo scioglimento per mutuo consenso ha efficacia *ex nunc*, salvo che le parti abbiano convenuto diversamente, A. Luminoso, op. cit. p. 163; altro filone afferma che il mutuo consenso importa lo scioglimento del vincolo negoziale con effetti *ex tunc*, F. GALGANO, op. cit., p. 23; C. M. BIANCA, op. cit. p. 699; G. MIRABELLI, op. cit., p. 289; L. CARIOTA FERRARA, op. cit., p. 694. Il mutuo consenso non può sciogliere i contratti che abbiano già prodotto i loro effetti traslativi, costitutivi o abdicativi di diritto, come accade per i contratti ad efficacia reale in tal senso si veda G. MIRABELLI, op. cit., p. 290; R. SCOGNAMIGLIO, op. cit. 212; *contra* F. Galgano, op. cit., p. 19. A sua volta l'accordo di scioglimento per mutuo consenso non è un contratto ad efficacia reale, ma ad efficacia obbligatoria, in tal senso si veda R. SCOGNAMIGLIO, op. cit., p. 212. In giurisprudenza ricorre un contrasto in ordine alla decorrenza degli effetti del mutuo consenso. Per una sintesi delle divergenti posizioni dottrinarie e giurisprudenziali si veda Trapuzzano commento art. 1372 c.c., *Il mutuo dissenso, cod. civ. Comm. in Dejure*.

<sup>24</sup> Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza in presenza di reciproche domande di risoluzione, fondate da ciascuna parte su determinati inadempimenti dell'altra, il Giudice che accerta l'inesistenza di singoli, specifici addebiti, non può pronunciare la risoluzione per colpa di una di esse, quindi deve dare atto della impossibilità di eseguire il contratto per effetto della scelta di entrambi i contraenti. La risoluzione viene dichiarata perché le contrapposte manifestazioni di volontà sono fondate su premesse contrastanti, quindi sono dirette comunque ad ottenere lo scopo perseguito dal mutuo consenso risolutorio ovvero quello dello scioglimento del rapporto negoziale. Dal punto di vista processuale una siffatta ricostruzione logico-giuridica della fattispecie non rappresenta una violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato in quanto il giudice qualifica giuridicamente le domande reciproche delle parti, e sostanzialmente rileva la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta di esecuzione derivante dalle scelte risolutorie di entrambe le parti. Corte di Cassazione, sentenza 19 marzo 2018 n.6675 con nota S. MENDICINO, *Contestazione reciproca di inadempimento: non pronuncia ultra petita il Giudice che considera risolto il contratto per mutuo dissenso*, in *Diritto & Giustizia*, fasc.49, 2018, p. 10 ss.

<sup>25</sup> Recentemente la Corte di Appello di Catanzaro ha statuito che "L'eccezione di inesatto inadempimento ex art. 1460 c.c. è eccezione tipica, che può essere fatta valere soltanto dall'interessato e non può essere rilevata d'ufficio; essa soggiace alla decadenza di cui all'art. 167, co. 2, c.p.c." in Corte Appello Catanzaro, sez. III, sentenza 24 giugno 2020 n.902 in *Dejure*.

Ad avviso di chi scrive la soluzione “creativa” proposta dalla giurisprudenza per superare l'*impasse* può essere adottato solo bilanciando il principio della domanda (art. 112 c.p.c.) con quello dell'effettività della tutela giurisdizionale<sup>26</sup>, quindi la sentenza risolutiva può essere pronunciata solo se dagli atti processuali è palese l'interesse reciproco delle parti allo scioglimento del vincolo inattuabile anche in assenza di una esplicita istanza processuale in tal senso. In caso contrario l'eccezione di inadempimento può solo paralizzare processualmente la domanda risolutiva e la *querelle* dovrà essere definita valutando caso per caso i comportamenti reciproci delle parti del processo e l'incidenza delle rispettive inadempienze sull'equilibrio sinallagmatico.

La risoluzione del contratto generalmente è fonte di un'obbligazione risarcitoria, tuttavia nel caso che ci occupa lo scioglimento del vincolo è conseguenza di un rapporto negoziale reso inattuabile per volontà reciproca delle parti, quindi per un criterio di effettiva tutela delle parti processuali<sup>27</sup> sarebbe iniquo per il giudice adito condannarle al risarcimento del danno<sup>28</sup>, al contrario risponde maggiormente all'interesse delle parti liquidare degli indennizzi reciproci.

---

<sup>26</sup> Il tema dell'effettività della tutela rimediabile è particolarmente sentito sia dal legislatore interno, pressato dalle fonti sovranazionali (art. 47 carta di Nizza, artt. 6 e 13 Cedu), sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina. In particolare l'effettività della tutela è stata definita dalla Corte di Cassazione come una “regola cardine” dell'ordinamento costituzionale, volta ad assicurare il diritto “ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella unica e talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato” Corte di Cassazione, sentenza 17 settembre 2013 n. 21255, in *Foro it.*, 2013, I, c. 3121; per un commento G. VETTORI, *Validità, Responsabilità e cumulo dei rimedi*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 150 e D. IMBRUGLIA, *Il giudice comune e il principio di effettività della tutela. Note a margine di Cassazione 21255/2013*, in *Persona e mercato*, 2014, p. 55. Essa è immediata espressione del tema trattato *de jure condendo* della prevedibilità delle decisioni, detto principio è stato espressamente previsto anche dall'art. 1 del codice del processo amministrativo (D.lgs 104/2010) secondo cui la giurisdizione amministrativa assicura “una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”. G. VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Persona e mercato*, 2017, p. 187; Id., voce *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Ann. X, Milano, 2017; Id., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2015, p. 787 ss.; D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2014, p. 907 ss.; A. DI MAJO, *Giustizia e «materializzazione» nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 797; Id., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, vol. 2, p. 341 ss.; Id., da ultimo, *Rimedi e dintorni*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 703 ss.; S. PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale e principio di effettività*, in *Persona e mercato*, 2015, p. 112; D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela e poteri del giudice*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2017, p. 961; L. BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2016, p. 715. È stato altresì osservato che una nuova figura di certezza, intesa come ragionevole prevedibilità del *decisum*, s'incentra sulla riscoperta dell'argomentazione giuridica che rende trasparente e quindi controllabile la giustificazione delle decisioni e consente una cultura del precedente. C. CARIA, *Certezza del diritto e prevedibilità. Una riflessione sul tema*, in *Diritto e storia*, 2016.

<sup>27</sup> Si veda nota che precede.

<sup>28</sup> La dottrina ha osservato che “la « forza del fatto » impone la risoluzione, trova un indiretto ma significativo riscontro in una sentenza di merito, relativa ad un contratto di appalto immobiliare, che pur ritenendo non grave tanto l'inadempimento dell'appaltatore quanto l'inadempimento del committente — e rigettando, su questa base, le contrapposte domande di risoluzione e risarcimento del danno — condanna le parti, rispettivamente, ad indennizzare le rispettive controparti per i lavori effettivamente eseguiti [credito spettante all'appaltatore] e per i costi da sostenere per sanare i vizi dell'opera parzialmente realizzata [credito spettante al committente]: cfr. *Trib. Milano 9-1-2018*, per esteso in *Pluris*. L'assetto che ne deriva si identifica con quello conseguente alla risoluzione del contratto non accompagnata dal risarcimento del danno: le parti, infatti, vengono collocate nella situazione in cui si sarebbero trovate se non avessero concluso il contratto, in quanto dal valore delle opere eseguite dall'appaltatore vengono

A parere di chi scrive applicando rigorosamente il principio della domanda, se la parte chiede la restituzione di quanto già eseguito *medio tempore*, la pronuncia in merito all'obbligazione restitutoria è funzionale ad evitare un ingiustificato arricchimento altrui. Se non è possibile la restituzione in forma specifica di quanto eseguito dalle parti (art. art. 1458 c.c.), la liquidazione del *quantum debeatur* si sostanzierà nel cosiddetto interesse negativo riconosciuto a titolo indennitario in attuazione dei presupposti di cui agli artt. 2041 ss. c.c.

Il principio della retroattività degli effetti della risoluzione comunque può essere applicato solo alle obbligazioni effettivamente eseguite *medio tempore* dai contraenti, per ciò che riguarda i contratti di durata sorge il problema di definire quale sia il discrimine delle prestazioni eseguite. La dottrina<sup>29</sup> si è interrogata sull'applicabilità del principio disposto dall'art. 1458, comma 1, ultima parte, per quei contratti di durata caratterizzati da una prestazione finale unica e da atti intermedi funzionali all'esatta esecuzione dell'unica prestazione (cosiddetta esecuzione frazionata). In particolare il tipo negoziale disaminato nella sentenza chiosata è una ipotesi di operazione complessa nella quale si rilevano prestazioni istantanee, si pensi al pagamento imputato al committente a presentazione degli stati di avanzamento dell'opera (SAL), e prestazioni di durata a carico dell'altro contraente, le quali si presentano mediante un intreccio di prestazioni di dare, di fare e di non fare, o addirittura di frazioni di prestazioni funzionali al risultato finale, si pensi alle singole *tranches* richieste nel caso oggetto di studio all'ATI convenuta in giudizio. Al riguardo la valutazione in ordine alla risoluzione ed agli effetti della retroattività della pronuncia risolutiva deve comunque essere compiuta, caso per caso, avendo riguardo alle singole "coppie di prestazioni"<sup>30</sup>. La risoluzione avrà dunque un duplice e differente effetto sulla vicenda restitutoria. La retroattività sarà infatti piena, e quindi la risoluzione avrà effetto al momento della stipulazione del contratto, per le prestazioni istantanee. La retroattività sarà invece limitata, e quindi la risoluzione avrà effetto unicamente per le prestazioni continuate o periodiche, poiché resteranno salve le coppie di prestazioni già eseguite, e quelle ulteriori collegate a queste stesse prestazioni. Infine, qualora una delle parti eserciti il meccanismo di autotutela come nella sentenza emessa dal Tribunale di Padova, l'eccezione "*inadimplenti non est adimplendum*", di cui all'art. 1460 c.c., può paralizzare la richiesta della controprestazione relativa alla parte della prestazione non

---

dedotte le spese necessarie per sanare i vizi che ne riducono l'utilità. Benché contraddittoria — in quanto esclude la risoluzione, ma restituisce al solvens [appaltatore] il valore "netto" della prestazione eseguita — la sentenza è di notevole interesse, perché perviene al risultato descritto senza giustificarlo sulla base di un ipotetico (quanto fittizio) mutuo consenso. Favorevole ad ammettere la risoluzione del contratto per mutuo consenso, in considerazione degli effetti preclusivi prodotti dalle contrapposte domande di risoluzione, F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova 2009, p. 503 s. testo e nt. 8. M. DELLACASA op. cit., V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), Milano, 2001, p. 915.

<sup>29</sup> G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in P. SCHLESINGER (fondato da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2007, p. 766.

<sup>30</sup> Nelle operazioni negoziali complesse e di durata parte della dottrina ha elaborato la teoria delle cosiddette "coppie di prestazioni", ovvero in applicazione del principio della corrispettività il rapporto obbligatorio, va considerato separatamente per ciascuna coppia di prestazioni. In questo tipo di contratto ciascuna prestazione già eseguita costituisce un adempimento "integrale e completo", cui deve conseguire una corrispondente controprestazione U. CARNEVALI, *L'inadempimento*, in U. Carnevali, E. GABRIELLI, M. TAMPONI (a cura di), *La risoluzione*, in M. GABRDI (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2011, p. 209.

eseguita, ma non può paralizzare quella relativa alla parte della prestazione già eseguita, che non sia stata restituita, né che sia stata offerta in restituzione e che anzi sia stata utilizzata. Applicando la teoria della coppia di prestazioni al caso di specie, l'eccezione di inadempimento può essere utilmente fatta valere solo se, e quando, attenga alla prestazione di riferimento rispetto alla controprestazione richiesta all'eccezione, e quindi solo se essa si svolga sul piano della "coppia di prestazioni" in corrispondenza temporale<sup>31</sup>.

Da ultimo dovrà essere valutato il riparto dell'onere probatorio tra i contraddittori che in caso di eccezione di inadempimento risulta essere sostanzialmente invertito<sup>32</sup>.

Nella motivazione è stato rilevato che la Cantieri Navali Megaride soc. coop. a r.l., ovvero la parte processuale che aveva subito a sua volta l'eccezione di inadempimento, non aveva provato l'inadempimento dell'ARPAV ente committente, quest'ultima, che nella domanda introduttiva veniva qualificata come inadempiente ai sensi dell'art. 1453 c.c., al contrario si era contraddistinta per la corretta attività istruttoria svolta in corso di causa, quindi la domanda dell'attrice non ha trovato accoglimento.

### **3.3 La clausola risolutiva espressa quale ipotesi di valutazione preventiva dell'importanza dell'inadempimento**

La clausola risolutiva espressa è disciplinata dall'art. 1456 c.c.<sup>33</sup>, essa è un meccanismo rimediabile pattizio per addivenire ad una risoluzione di diritto dall'impegno negoziale<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> E. GABRIELLI, *I contratti di durata, il diritto italiano e il nuovo codice civile argentino*, in *Giustizia civile*, n. 2, 2018, p. 283.

<sup>32</sup> Il Tribunale di Padova ha aderito a questa soluzione citando espressamente il pronunciamento del Supremo Collegio che recentemente ha ribadito e statuito "In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex articolo 1460 del Cc (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccezione si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento. "in Corte di Cassazione, sentenza 2 settembre 2020 n.18200 in Guida al diritto 2020, 39, 75.

<sup>33</sup> L'art. 1456 c.c., a parere della dottrina, costituisce un *unicum* rispetto alla legislazione abrogata in quanto la giurisprudenza era solita risolvere delle *querelle* assimilabili a quelle disciplinate dall'art. 1456 c.c. riconducendo la fattispecie sotto l'egida della condizione risolutiva ed applicandone le relative regole. Si veda Corte di Cassazione, sentenza 21 febbraio 1946, n. 177, in *Foro it.* 1944-1946, I, p. 570 (con nota di Natoli).

<sup>34</sup> La dottrina ha sostenuto che la clausola risolutiva espressa si distingue dalla condizione risolutiva in quanto la prima è un elemento del contratto mentre la seconda costituisce un modo di essere del contratto, quindi è solo formalmente inserita in una clausola del regolamento ma è funzionalmente preordinata a subordinare l'efficacia del contratto alla verifica di un evento futuro ed incerto. M. BESSONE, voce *La clausola risolutiva*, in *Enc. dir.*, Milano, VII, 1960, p. 197; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, 2014, p. 10, 2007, p. 601 ss.; A. SMIROLDO

Le parti già nella fase della formazione del regolamento contrattuale indicano delle obbligazioni alla cui inesatta esecuzione consegue la risoluzione del contratto, la dottrina ha precisato che il contenuto della clausola deve essere chiaro e deve indicare senza dubbi l'effetto risolutivo conseguente all'inadempimento, sicché la semplice menzione della essenzialità dell'obbligazione non è sufficiente per produrre l'effetto liberatorio<sup>35</sup>. La preventiva volontà risolutiva, cristallizzata puntualmente nel regolamento contrattuale, ausilia il giudice nello scrutinio della fattispecie concreta: in quanto l'Autorità Giudiziaria adita, durante il procedimento introdotto dalla parte interessata alla pronuncia di scioglimento dal vincolo, dovrà solo verificare che sussistano in concreto le ipotesi descritte preventivamente dai contraenti nel regolamento negoziale. In questo caso non viene richiesta l'ulteriore valutazione inerente alla cosiddetta "gravità dell'inadempimento"<sup>36</sup> poiché sono le stesse parti che in via preventiva specificano qual'è il loro interesse prioritario da raggiungere con quella determinata operazione economica. Il rimedio stragiudiziale previsto dal legislatore per la risoluzione di diritto del contratto è a formazione progressiva in quanto verificatosi l'inadempimento dell'obbligazione dedotta nella clausola risolutiva, il contraente fedele che intende liberarsi dal vincolo negoziale deve manifestare alla controparte la volontà di avvalersi della clausola e solo dal momento della ricezione di tale manifestazione di volontà il contratto potrà ritenersi automaticamente risolto<sup>37</sup>.

Il corretto esercizio del diritto potestativo riconosciuto all'adempiente produce l'effetto risolutivo del rapporto negoziale di diritto, pertanto l'eventuale intervento giudiziale è funzionale solo ad accertare la verifica degli eventi e la modalità di esercizio del diritto potestativo dell'*accipiens*<sup>38</sup>.

Nei contratti di durata è possibile che le parti abbiano eseguito parzialmente le obbligazioni delle quali è fonte il negozio, quindi applicando le osservazioni esposte in precedenza le obbligazioni restitutorie conseguenti alla risoluzione avranno ad oggetto tutte quelle coppie di prestazioni che sono state eseguite *medio tempore* fino alla comunicazione ricettizia dell'adempiente.

La dottrina<sup>39</sup> ha osservato che il meccanismo rimediale predisposto preventivamente dalle parti così come descritto dal legislatore ha una funzione di autotutela del contraente fedele al vincolo negoziale. Quest'ultimo può liberamente scegliere se

---

*Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1992, p. 217-218; L. MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, p. 194-195.

<sup>35</sup> V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 967.

<sup>36</sup> La Suprema Corte osserva che la clausola risolutiva espressa attribuisce al contraente il diritto potestativo di ottenere la risoluzione del contratto per l'inadempimento di controparte senza doverne provare l'importanza, in quanto valutata dalle parti anticipatamente. In Corte di Cassazione, sentenza 18 aprile 2018 n. 9550 in *Dejure*.

<sup>37</sup> La dottrina ha definito l'atto che contiene la manifestazione di volontà risolutiva come un atto unilaterale recettizio. C. M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, V, Milano, 1994, p.316

<sup>38</sup> La dottrina ha precisato che quando le parti prevedono una clausola risolutiva espressa nel regolamento negoziale la sentenza risolutiva è di mero accertamento, in quanto l'effetto solutorio è disposto di diritto e consegue alla mera comunicazione dell'*accipiens*. Ciò determina una netta differenza con quanto disciplinato nell'art. 1453 c.c. in attuazione del quale la sentenza risolutiva ha natura costitutiva. U. CARNEVALI, M. TAMPONI, *L'inadempimento in Il contratto in generale*, U. CARNEVALI, E. GABRIELLI, M. TAMPONI (a cura di), Milano 2011, p. 18 ss

<sup>39</sup> L'atto con cui la parte non inadempiente si avvale della clausola ha natura negoziale e funzione di autotutela; trattasi di un atto unilaterale, ricettizio e stragiudiziale. C. M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, V, Milano, 1994, p. 316.

avvalersi oppure meno della clausola risolutiva senza dover giustificare l'eventuale opzione di prosecuzione del rapporto negoziale.

La giurisprudenza<sup>40</sup> dal canto suo ha precisato che il diritto potestativo riconosciuto nel regolamento negoziale deve essere comunque temperato dal principio di buona fede che costituisce un canone interpretativo fondamentale per valutare l'effettivo agire delle stesse. In sostanza si vuole evitare un abuso del diritto potestativo riconosciuto pattiziamente al contraente fedele.

Il diritto ad avvalersi della clausola risolutiva è escluso per il soggetto inadempiente, infatti in caso contrario la clausola in parola sarebbe un espediente per aggirare il principio *pacta sunt servanda* (art. 1372 c.c.), comunque l'inadempiente può paralizzare l'effetto risolutivo opponendo il rifiuto ad adempiere ai sensi dell'art. 1460 c.c.

Se l'operazione economica è complessa, come nel caso deciso dal Tribunale di Padova, l'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.) potrà essere correttamente proposta solo se il rifiuto ha ad oggetto la prestazione corrispettiva a quella dedotta nella clausola risolutiva espressa<sup>41</sup>.

Il meccanismo di autotutela appena descritto può essere legittimamente applicato anche ai contratti di appalto pubblico, così come è accaduto nel caso risolto dal Tribunale di Padova. In questa ipotesi comunque deve considerarsi che una delle parti è una Pubblica amministrazione portatrice di interessi pubblici ciò impone una valutazione più attenta dei principi applicabili all'istituto descritto dall'art. 1456 c.c.

In questa ipotesi viene da chiedersi quale sia il confine entro il quale far valere la clausola risolutiva espressa senza incorrere in un abuso del diritto.

Si rammenta che la giurisprudenza amministrativa<sup>42</sup> spesso utilizza il criterio dell'interesse pubblico, sotteso all'attività strumentale della P.A. per ricavarne uno spazio di insiducabilità dell'azione amministrativa<sup>43</sup>, come se si ponesse un veto al giudice ordinario di scrutinare il corretto esercizio del diritto potestativo azionato dalla Pubblica amministrazione.

La dottrina sul ricorso incodizionato al cosiddetto interesse pubblico ha recentemente osservato che la Pubblica amministrazione agisce sempre per perseguire un interesse pubblico che costituisce una "clausola generale" dell'operato del soggetto pubblico, quindi questo elemento può trasparire in qualunque ambito operi un ente pubblico anche se lo stesso stipula un contratto<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> Il Supremo Collegio ha osservato che il principio di *bona fides* rappresenta "una direttiva fondamentale per valutare l'agire dei privati e una concretizzazione delle regole di azione per i contraenti in ogni fase del rapporto". In Corte di Cassazione, sentenza 23 novembre 2015 n. 23868, in *Dejure*.

<sup>41</sup> Sulla teoria della "coppia delle prestazioni" esigibili ed eseguite nei contratti di durata si veda il paragrafo precedente.

<sup>42</sup> Il Consiglio di Stato sulla penale contrattuale ha specificamente affermato che essa "non incide sull'adempimento dell'obbligazione e, dunque, sul contenuto contrattuale (come nel caso dell'art. 1382 c.c.), bensì, *ex post*, sulla causa del contratto, e dunque sulla "funzione obiettiva economico - sociale del negozio" per come conformata dalla strumentalità dello stesso al raggiungimento di finalità di pubblico interesse, che legittimano l'agire della pubblica amministrazione ed il conferimento di potere alla medesima", Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 15 maggio 2017 n. 2257; analogamente Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 12 maggio 2016 n. 3653, in *Dejure*.

<sup>43</sup> Si veda L. R. PERFETTI, *La legittimazione processuale come parte della teoria del diritto di azione. Il problema della limitazione della tutela dalle condizioni dell'azione al contenuto della giurisdizione e ritorno*, in *P.A. - Persona e Amministrazione*, V, 2019, n. 2, p. 225-240.

<sup>44</sup> L'Autore sostiene che il giudice amministrativo ricorrendo senza alcun limite alla "clausola generale" dell'interesse pubblico lo introduce in qualunque fattispecie sia coinvolto l'ente pubblico quindi questa operazione logica altera la concreta applicazione degli istituti civilistici in commento. La visione logico

Una applicazione generalizzata ed acritica dell'interesse pubblico riferita alla clausola risolutiva espressa inserita per volontà delle parti in un contratto di appalto pubblico equivale ad un esercizio della discrezionalità amministrativa. Seguendo il ragionamento logico-giuridico prospettato dalla citata dottrina se la Pubblica amministrazione decide di esercitare il diritto potestativo riconosciutole nel contratto al giudice ordinario è inibito qualunque accertamento relativo anche alle modalità di esercizio del diritto.

E' chiaro che una simile lettura della fattispecie diverge dal principio dell'equilibrio sinallagmatico che, quale dogma imprescindibile nel sistema del contratto, impone di interpretare le clausole negoziali in funzione del principio di buona fede e sicuramente non legittima alcun abuso del diritto potestativo anche se la clausola risolutiva espressa è inserita in un contratto di appalto pubblico e viene azionata da un ente pubblico. Quindi a parere di chi scrive in attuazione dei poteri di accertamento del giudice ordinario sarà compito di quest'ultimo valutare se l'ente pubblico, che ha azionato la clausola risolutiva espressa, ha comunque mantenuto un comportamento orientato al principio della buona fede nella fase di esecuzione del contratto.

La discrezionalità amministrativa riconosciuta in capo all'ente pubblico si sostanzia solo nella scelta se avvalersi o meno del diritto potestativo dedotto nel contratto. Pur essendosi verificato l'inadempimento indicato nella clausola risolutiva la Pubblica Amministrazione può legittimamente rinunciare ad avvalersi del diritto potestativo e mantenere inalterato il contratto, se l'esatta esecuzione di tutte le obbligazioni dedotte nel rapporto negoziale possono perseguire un risultato maggiormente aderente all'interesse pubblico sotteso alla gara ad evidenza pubblica. Tuttavia una volta esercitata questa attività discrezionale le modalità di esercizio del diritto potestativo devono uniformarsi ai principi del diritto civile, infatti quest'ultima fase attiene all'esecuzione del contratto e non è una manifestazione dell'azione amministrativa. Da ciò consegue che il giudice ordinario può decidere se il comportamento tenuto dall'ente successivamente alla scelta discrezionale sia conforme o meno alla buona fede.

Nel caso deciso dal Tribunale di Padova la valutazione appena esposta non è stata oggetto di precipua domanda delle parti, quindi la disamina giurisdizionale ha esulato dall'analisi della questione proposta.

#### **4. Conclusioni**

Il contratto di appalto pubblico è stato più volte oggetto di disamine dottrinarie.

---

giuridica prospettata dall'autore determina " uno spazio di valutazione discrezionale insindacabile che, per vero, deriva solo dal fatto stesso dell'introduzione della clausola generale in questione nel ragionamento ". Con specifico riferimento al caso in cui la P.A. stipuli un contratto è stato altresì osservato che "È agevole leggere in giurisprudenza che l'interesse pubblico «non costituisce (né lo potrebbe) una «immanenza» esterna alla convenzione/contratto, ma essa — in quanto la Pubblica Amministrazione persegue sempre nella sua azione interessi pubblici, in conformità al principio di legalità, quale che sia il modulo utilizzato — conforma il contratto» sicché si arriva a sostenere che «la finalità di pubblico interesse» costituirebbe la «causa sia ove intesa quale funzione obiettiva economico — sociale del negozio, sia ove intesa quale funzione obiettiva giuridica dell'atto» e conformerebbe «l'oggetto del contratto, ossia il contenuto del medesimo» — salvo, poi, non paghi, sostenere che «può modificare la stessa efficacia» del contratto», conferendo «un ambito di produzione di effetti giuridici più ampio di quello offerto al comune contratto di diritto privato dall'art. 1372 c.c.». Ecco superati in un momento secoli di tribolazioni della dottrina per inquadrare correttamente la relazione tra interesse pubblico (che è lo scopo — non la causa — di una delle parti del rapporto contrattuale) e contratto: l'interesse pubblico è causa del contratto e conforma a sé l'oggetto e l'efficacia dello stesso " si veda L. R. PERFETTI, *Cerberio e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il Processo*, n. 2, Agosto 2020, p. 428.

L'espressione linguistica si presenta come un ossimoro che evoca elementi di diritto positivo tipici del diritto civile ed elementi tipici del diritto pubblico.

Questa "sintesi eclettica" ha diviso la dottrina in due orientamenti alcuni autori<sup>45</sup>, hanno considerato per lungo tempo l'appalto pubblico come un istituto da ricondurre nell'alveo degli atti negoziali di diritto privato, la cui unica peculiarità si attestava sulla natura pubblica di una delle parti, che imponeva un procedimento amministrativo riferibile solo alla scelta del contraente.

Altra parte della dottrina, anche supportata da scelte legislative diverse e più recenti, ha sviluppato una concezione più propriamente amministrativistica dell'appalto pubblico (di lavori o di opere) aprendo la riflessione su di uno schema proprio dei contratti di diritto pubblico, strumentali all'esercizio dell'attività amministrativa. Questo orientamento dottrinario ha criticato le teorie privatistiche ipotizzando una posizione di subordinazione dell'appaltatore rispetto alla pubblica amministrazione che andava ben oltre la mera fase di affidamento dell'opera o del servizio, sulla cui natura di procedimento amministrativo peraltro non si dubitava, tanto da estendere il controllo amministrativo anche all'esecuzione del contratto. Ciò, in ragione dei numerosi istituti pubblicistici previsti dall'ordinamento in deroga alla disciplina civilistica del contratto di appalto<sup>46</sup> ed in funzione dell'interesse pubblico che supporta ogni azione amministrativa.

Dirimente per la soluzione della questione nozionistica dell'appalto pubblico è stata la normativa comunitaria che ha imposto delle definizioni peculiari tali da rendere l'istituto come figura autonoma rispetto all'analoga figura civilistica o ad una figura prettamente pubblicistica.

Attualmente può affermarsi che l'espressione appalto pubblico è la sintesi di un sistema di norme di estrazione pubblico-privata.

Il contratto di appalto pubblico è stato positivamente previsto dalle disposizioni contenute nel Codice dei contratti pubblici, tuttavia lo sforzo legislativo, in ossequio alle pressanti richieste a livello unionale, è stato orientato a procedimentalizzare il rapporto stazione appaltante-appaltatore come soggetto esecutore materiale dell'interesse pubblico concretizzato con l'azione amministrativa.

Questa accezione comunque non è esaustiva del complesso rapporto che trae fonte dal contratto appalto pubblico, infatti il vincolo negoziale instauratosi tra l'ente appaltante e l'appaltatore quali mere parti di un rapporto negoziale deve essere orientato ad un sostanziale equilibrio sinallagmatico. In sostanza nella fase esecutiva del contratto la P.A. interviene come mero contraente acquisendo gli stessi poteri, diritti e doveri dell'appaltatore, ciò equivale a dire che la P.A. nella fase esecutiva si spoglia della supremazia garantitale dal perseguire un interesse pubblico, per divenire un centro di imputazione di interessi alla stregua dell'appaltatore (art. 1655 ss. c.c.).

Tuttavia, se a livello teorico il connubio interesse pubblico ed interesse privato ha dei confini ben definiti, nella pratica necessita un intervento ermeneutico organico delle vigenti disposizioni orientate a disciplinare ambiti diversi, soprattutto allorquando il "contratto di appalto pubblico" entra nella fase patologica del rapporto. È in questa fase che emergono maggiormente le peculiarità del rapporto asimmetrico Pubblica amministrazione appaltante-parte privata appaltatrice.

---

<sup>45</sup> G. PITTALIS, *Appalto pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, appendice, p. 723.

<sup>46</sup> P. VIRGA, *Teoria generale del contratto di diritto pubblico*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 979 ss.

Un esempio è desumibile proprio dalla lettura del caso commentato con il presente studio che ha imposto l'analisi dapprima della fattispecie afferente alla soggettività dell'associazione tra imprese partecipanti alla gara ad evidenza pubblica. La costituzione delle A.T.I. per le imprese private che intendono partecipare alle gare d'appalto è in alcuni casi necessitata sia per il notevole impegno economico, richiesto nella fase esecutiva del contratto pubblico, che per la peculiare specializzazione indispensabile per l'esatta esecuzione dell'opera richiesta.

Tuttavia questo "soggetto" economicamente tipico è positivamente solo menzionato nell'art. 28 del Codice dei contratti pubblici ma sfugge alla specifica individuazione del tipo societario così come precisata dall'art. 2249 ss. c.c., quindi ancora una volta è compito dell'interprete precisare la soggettività dell'associazione temporanea tanto da determinare sia i poteri processuali spendibili nel contraddittorio, che le posizioni sostanziali imputabili ai rappresentanti mandatarî del raggruppamento. La dottrina e la giurisprudenza concordano nell'individuare la cosiddetta capogruppo come una mandataria delle società aderenti al raggruppamento temporaneo. In caso di inadempimento quest'ultima è legittimata ad agire in giudizio contro l'ente appaltante anche per rappresentare e tutelare le istanze delle mandatarie. Dalla disamina del portato normativo di riferimento si evince che la P.A. appaltante in caso di inadempimento dell'appaltatore è estremamente tutelata in quanto, grazie alla disciplina pubblicistica contenuta nel Codice dei contratti pubblici, è garantita solidalmente sia dalla mandataria capogruppo sia dalla mandante resasi inadempiente dell'obbligazione frazionata assunta.

Il caso analizzato dal Tribunale di Padova sollecita una ulteriore riflessione sugli strumenti rimediali ai quali le parti possono ricorrere in caso di inadempimento reciproco.

Nei contratti di durata, tra i quali si annovera l'appalto, l'esecuzione non si esaurisce con una unica prestazione, solitamente il contratto è fonte di una pluralità di obbligazioni sequenziali che concorrono alla realizzazione di un'opera complessa, ovviamente questi plurimi impegni vengono eseguiti in tempi diversi. In queste ipotesi l'eventuale inadempimento può affievolire l'interesse all'esatta esecuzione vantato dal contraente fedele.

Ecco che l'attività rimediale deve essere immediata e soprattutto deve garantire un equo ristoro delle parti soprattutto quando le inadempienze sono reciproche. A ben vedere il Codice dei contratti pubblici non annovera alcuna ipotesi rimediale, ciò si giustifica in quanto la funzione del citato palinsesto normativo è quella di procedimentalizzare il rapporto tra la parte pubblica e la parte privata del contratto di appalto pubblico; al contrario il codice civile prevede delle soluzioni che possono essere adottate dalle parti ma spetta all'interprete colmare dei vuoti normativi che il "legislatore ottimista" del 1942 non aveva previsto.

Le soluzioni rimediali che sono attuate nel caso deciso dal Tribunale di Padova sono la risoluzione del rapporto mediante l'attivazione della clausola risolutiva espressa e l'eccezione di inadempimento. Il menzionato meccanismo di autotutela reciproco è facilmente applicabile tra le parti private, ma se nel rapporto negoziale interviene una parte pubblica ci si chiede come incide l'interesse pubblico vantato dall'ente nel rapporto negoziale e soprattutto come la discrezionalità amministrativa può incidere sull'operatività del meccanismo di autotutela reciproca.

Infatti, se l'analisi della fattispecie viene condotta applicando asetticamente la discrezionalità amministrativa è intuitivo che la posizione della Pubblica amministrazione è dominante rispetto a quella del privato, quindi si rileva un rapporto

asimmetrico tra le parti del contratto. Da ciò consegue uno sbilanciamento del rapporto interesse pubblico ed interesse privato nella fase patologica del rapporto negoziale ed una maggiore tutela della parte pubblica rispetto a quella privata.

L'ente pubblico in ogni sua attività manifesta la sua discrezionalità quindi nel caso in cui il rapporto negoziale entra in una fase patologica ogni scelta eseguita dall'ente diviene insindacabile, in sostanza ragionando in quest'ottica la parte pubblica in quanto tale sarebbe legittimata anche ad abusare del diritto potestativo di risoluzione del rapporto negoziale.

Nel silenzio del legislatore è compito dell'interprete ristabilire una linea di equilibrio tra l'interesse pubblico e quello privato, individuando quali siano i confini del legittimo esercizio della discrezionalità amministrativa.

La scelta discrezionale riconosciuta all'ente deve essere contenuta nella fase iniziale di eventuale esercizio del diritto potestativo, ovvero quando la parte pubblica deve decidere se attivare il meccanismo rimediabile al fine di risolvere un contratto inattuabile o se optare per la prosecuzione del rapporto negoziale anche se si sono verificati degli inadempimenti parziali. Infatti, nelle operazioni complesse quale l'appalto il risultato finale potrebbe non essere pregiudicato dalle inesatte esecuzioni intermedie, quindi l'interesse pubblico potrebbe essere conseguito anche se si sono verificate delle inesatte prestazioni intermedie. Tuttavia, una volta che la parte pubblica ha scelto quale rimedio è funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico sotteso alla gara ad evidenza pubblica, allora le modalità attuative di quella opzione devono essere valutate applicando i principi del diritto civile, solo in questo modo si può ristabilire l'equilibrio sinallagmatico che è un principio cardine del contratto applicabile anche al sistema "appalto pubblico".

Promossa da:

**demetra**  
CENTRO STUDI