AMBIENTEDIRITTO
- Anno XXVI - Fascicolo n. 4/2026 -

GLI INCERTI CONFINI DEL RECESSO DELLA P.A. DAI CONTRATTI

The uncertain borders of administrative bodies withdrawal from contracts

RAFFAELE CAROCCIA *

Abstract [It]: Il presente lavoro costituisce un'analisi delle disposizioni in tema di recesso della P.A. dai vincoli negoziali dalla stessa siglati. La ricerca tenterà di individuare la natura di tale atto, alla luce di una ricognizione delle fonti ritenute di maggior rilievo sia nell'ordinamento generale che in quello della P.A. In conclusione, si individuerà nel recesso una modalità di esercizio della capacità generale di diritto comune riconosciuta alle P.A.

Abstract [Eng]: *This paper analyzes the provisions governing the withdrawal of public administrations from contractual obligations they have signed. The research will attempt to identify the nature of this act, based on a review of the sources considered most relevant in both the general legal system and the administrative one. In conclusion, withdrawal will be identified as a means of exercising the general capacity recognized to public administrations under common law.*

Parole chiave: recesso; contratti pubblici; accordi; capacità generale di diritto privato delle P.A.

Keywords: *withdrawal; public contracts; agreements; general law capacity of Public Administrations.*

SOMMARIO: 1. Introduzione: definizione del recesso in termini di teoria generale e delimitazione dell'indagine **- 2.** Il recesso nel codice civile, con particolare riferimento al contratto d'appalto **- 3.** Il recesso nella l. 241 1990 tra art. 21 *sexies* ed art. 11, c. 4 **- 4.** Il recesso dai contratti pubblici d'appalto **- 5.** Conclusione: come le P.A. godono della capacità di diritto generale?

1. Introduzione: definizione del recesso in termini di teoria generale e delimitazione dell'indagine

Nell'ordinamento amministrativo il recesso è disciplinato dall'art. 21 *sexies* della legge 7 agosto 1990 n. 241[1]. La disposizione si presenta assai scarna, non ha ricevuto particolare attenzione in sede dottrinaria ed è un'intrusa rispetto al capo IV *bis*[2] della l. generale sul procedimento amministrativo, in cui è stata inserita nell'ambito delle modifiche disposte nel 2005 per il tramite della legge n. 15. L'articolo, inoltre, non è stato interessato da interventi successivi da parte del legislatore. Ciò costituisce un altro fattore di distinzione rispetto ad una parte della l. 241 particolarmente tormentata dalle innovazioni legislative. Infine, esso - in un peculiare parallelismo con il diritto privato - ha una portata generale ed è affiancato da previsioni specifiche in particolari ambiti del diritto amministrativo (o forse, meglio, delle fonti speciali del diritto delle P.A., come si proporrà nelle conclusioni).

---

[1] * Dottore di ricerca, Università degli Studi di Napoli Federico II

"*Il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto*".

[2] Denominato in modo omnicomprensivo "*Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso*".

In via introduttiva, si impone una sintetica definizione dell'istituto qui in esame: il recesso è un atto negoziale unilaterale, irrevocabile e recettizio, costituente espressione di un diritto potestativo ed ha carattere estintivo di un rapporto giuridico. La sua fonte può essere o una puntuale previsione di legge o una pattuizione contrattuale *ad hoc*.

Se il contratto è bilaterale, l'esercizio del recesso è meramente estintivo; se, invece, il negozio è plurilaterale, il recesso ha quest'effetto solo se la prestazione di chi recede è essenziale, mentre è estintivo e modificativo nei confronti delle parti superstiti, se la prestazione del recedente non è essenziale.

Da questa definizione (invero, non particolarmente contrastata né in dottrina, né in giurisprudenza ed applicabile sia ai soggetti privati che alle P.A.), emerge immediatamente che l'istituto qui in discorso nulla ha a che fare con i poteri amministrativi di autotutela caducatoria, a cui pure è topograficamente finitimo (il riferimento è - come si sarà intuito - alla revoca ed all'annullamento d'ufficio), in quanto non è espressione di un potere pubblicistico. Siamo innanzi, infatti, ad una situazione giuridica soggettiva di schietti contenuto ed impronta privatistici (per quanto in capo ad una P.A.) e che si traduce in una facoltà di intervento unilaterale su un assetto giuridico di tipo negoziale[3].

Il problema, che si intende affrontare in questa sede, è chiarire se l'esercizio di detto diritto da parte della P.A. si colori di caratteri e cautele (formali o sostanziali) particolari, in virtù della qualità soggettiva (pubblica) del contraente. Tale quesito pare essere meritevole di approfondimento, datane la rilevanza che permette di trascendere i confini - all'apparenza, assai ristretti - dell'istituto.

Esso - secondo la migliore dottrina[4] - è esercizio, in termini di teoria generale, di un potere determinante allo stato puro, che permette al suo titolare di modificare la sfera giuridica altrui con individuazione in capo all'altra parte del rapporto giuridico di una situazione di totale soggezione alla volontà del titolare del diritto potestativo, di cui il recesso è appunto una delle principali e tradizionali espressioni.

Sostanzialmente - questo è forse l'unico punto di contatto tra il recesso ed il potere pubblicistico costitutivo - il suo titolare può realizzare l'assetto di interessi da lui voluto, senza la cooperazione del soggetto passivo; ciò avviene, però, per la cura di un interesse proprio e non generale. Di conseguenza, il recesso è sprovvisto strutturalmente del carattere dell'autoritatività, carenza che lo differenzia da qualsiasi attività provvedimentale. D'altra parte (ad evidenziare un'ulteriore differenza strutturale tra recesso ed esercizio di potere), mentre in caso di recesso la controparte è in una situazione di soggezione, nel caso di esercizio di poteri pubblicistici si riscontra la differente situazione dell'interesse legittimo[5], che ha una componente indubbiamente attiva.

---

[3] Isolata è rimasta in dottrina l'idea secondo cui un intervento su un contratto fosse possibile per la P.A. sempre in esercizio dei suoi poteri pubblicistici (ora superata dal tenore letterale dell'art. 21 *sexies*), espressa da E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei confronti di diritto pubblico. Tra amministrazioni e privati*, Milano, 1986, p. 187, per cui il recesso sarebbe "*una particolare configurazione che la potestà di revoca assume quando il potere amministrativo è stato esercitato mediante un accordo anziché in forma unilaterale*", da U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, p. 141, per cui il contratto rimarrebbe sempre strumentale e condizionato al provvedimento e da A. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2013, p. 169, a parere del quale il recesso sarebbe un atto pubblicistico perché la P.A. agisce per il perseguimento dell'interesse pubblico.

[4] F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1985, pp. 72-73.

[5] Su questa situazione giuridica soggettiva si rinvia all'inquadramento operato da F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.

Pertanto, l'affiancamento che la legge opera con la revoca e l'annullamento d'ufficio si presenta a colpo d'occhio scivoloso anche solo a voler tener conto delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte nella vicenda.

Già questa analisi in termini di teoria generale del tema dovrebbe essere sufficiente ad indurre a particolare cautela nel valutare l'accostamento operato dal legislatore tra le figure prossime al recesso e quest'ultimo istituto.

Per tentare di formulare delle ipotesi di soluzione rispetto al duplice tema suindicato (cautele previe al recesso e suo rapporto con i poteri di autotutela[6]), si effettuerà un'indagine strutturata dapprima sulle caratteristiche del recesso nel codice civile, anche con riferimento al contratto di appalto, ci si concentrerà poi sulle forme di recesso disciplinate nella l. 241 1990 e (attualmente) nel d. lgs. 36 2023 e, infine, si analizzerà l'istituto come espressione della particolare modalità, con cui le P.A. godono dei diritti riconosciuti in via generale ai soggetti dell'ordinamento.

E' il caso di spendere in questo paragrafo introduttivo qualche parola per giustificare la delimitazione del campo di indagine.

Al di fuori dell'attenzione del presente studio, restano le modalità di recesso previste in relazione al rapporto di lavoro subordinato ed al rapporto societario, a ragione della specialità che denota questi due ambiti dell'ordinamento, caratterizzati rispettivamente da istanze di protezione della parte debole e da necessità di preservazione del contratto di società. Si ritiene, infatti, che il modello di recesso ivi contemplato non possa fornire particolari spunti ricostruttivi per il suo omologo in diritto amministrativo a ragione della particolarissima *ratio* a cui si ispira. Ciò potrebbe sembrare controintuitivo, in quanto si tratta di vicende in cui vi è una strutturale differenza di posizione tra le parti del rapporto (caratteristica ontologica del diritto amministrativo). Ma tale disparità non si riscontra nella vicenda del recesso di una P.A. da un contratto, assimilabile al modello codistico generale ed alieno da istanze di tutela di una parte debole del rapporto o di protezione della stabilità di un contratto plurilaterale.

Allo stesso modo, si ritiene possibile espungere dal presente studio pure il recesso previsto in favore del consumatore nel caso di contratti stipulati al di fuori dei locali commerciali, in quanto è anch'esso caratterizzato dai richiamati aspetti di protezione della parte debole del rapporto. Essi non sono rinvenibili nell'istituto qui in esame; inoltre, il rimedio consumeristico ha un'ascendenza nel diritto UE. Tale origine è estranea alle manifestazioni dell'istituto, che verranno qui esaminate e che hanno tutte un saldo ancoraggio nell'ordinamento nazionale.

Al contrario, sembra utile il riferimento al recesso previsto nel cod. civ. in caso di contratto di appalto, perché una delle più significative manifestazioni dell'istituto in diritto amministrativo è quella prevista dalla norma speciale in tema di contratti d'appalto pubblici.

---

[6] Si rinvia ad A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli accordi tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1999, per un'analisi - condotta con le lenti del civilista - dei rapporti tra potere amministrativo e potere negoziale. A questa prima opera si possono aggiungere altri contributi che si sono interessati al tema: G. BARBAGALLO, E. FOLLIERI, G. VETTORI (a cura di), *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, Napoli, 1995; A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2006; V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008; V. RICCIUTO, A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2009, p. 8 ss.; C. CICERO, *Contratto pubblico e principi di diritto privato*, Milano, 2011; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, in F. G. SCOCA, F. A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (a cura di), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2012; F. GIGLIONI, A. NERVI, *Gli accordi delle Pubbliche Amministrazioni*, P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato cit*., Napoli 2019

Ugualmente, si ritiene utile effettuare un richiamo - al fine di evidenziare le differenze tra questa fattispecie ed il suo omologo (solo da un punto di vista nominalistico) - a quanto previsto in materia di accordi all'art. 11, c. 4 l. 241 1990[7].

2. Il recesso nel codice civile, con particolare riferimento al contratto d'appalto

In diritto privato, il recesso ha la prima funzione di rendere meno rigida la vincolatività del contratto, traduzione del principio espresso dal brocardo *pacta sunt servanda*, e di mitigare così l'affermazione codicistica, secondo cui l'accordo ha valore di legge tra le parti[8]. L'istituto, inoltre, serve ad adeguare in modo costante la regolazione giuridica agli interessi delle parti ed alle loro situazioni economiche (con conseguente potenziale valorizzazione dei motivi alla base dell'instaurazione del vincolo e della sua ragione pratica) e così ad evitare - a tutela della libertà contrattuale - la creazione di legami giuridici perpetui[9]. Infine, esso costituisce un'eccezione sia alla tradizionale equiordinazione dei contraenti che alla regola, secondo cui per superare gli effetti di un vincolo negoziale risulta necessario il consenso delle sue parti. Tanto avviene in ossequio all'idea (che supera un'impostazione rigidamente formalistica nell'analisi delle relazioni tra i privati), in forza della quale la legge o il contratto possono individuare un interesse preminente tra quelli di cui sono titolari i paciscenti.

Quale che sia il suo scopo, il recesso costituisce per il dichiarante estrinsecazione della propria autonomia negoziale e presuppone - quale negozio di secondo grado a contenuto negativo - l'esistenza di un contratto, sulla cui efficacia esso incide al fine di neutralizzarla.

Ai sensi dell'art. 1373 del cod. civ.[10], ad esempio, il recesso può essere effettuato prima che il contratto - sia esso ad esecuzione istantanea o differita - abbia avuto principio di esecuzione dalla parte, che in forza del contratto ne sia titolare. Ovviamente, se il contratto è iniziato, il recesso si può effettuare per i soli rapporti di durata sempre in caso di pattuizione e con salvezza delle prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione. Esso, in questa ipotesi, configurerebbe un patto di opzione rispetto al mutuo dissenso.

A questa molteplice base giustificativa dell'istituto, in dottrina ha fatto riscontro l'idea, secondo cui il recesso costituirebbe un'espressione solo apparentemente univoca, ma dietro la quale si celerebbero più finalità conseguentemente utili a scomporlo in sede di analisi in diversi sottogruppi.

---

[7] "*Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato*".

[8] Si vedano in tema: G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge tra le parti*, Milano, 1993; F. GALGANO, *La forza di legge del contratto*, in AA. VV., *Scritti in onore di R. Sacco*, II, Milano, 1994, p. 509 ss.

[9] Sull'istituto e la sua funzione si vedano: G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985; C. M. BIANCA, *Il contratto*, Mlano, 1987, p. 701 ss.; G. GABRIELLI, F. PADOVINI, *Recesso*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 32 ss.; G. DE NOVA, *Recesso*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 314 ss.; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 1993, p. 692 ss.; M. R. DI GIAMBATTISTA, *Funzione risolutoria del recesso per inadempimento*, in *Giur. merito*, 1995, p. 610 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, I, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Commentario al codice civile*, 1998, p. 321 ss.; M. DOGLIOTTI, D. MORELLO DI GIOVANNI, *Recesso unilaterale*, in *Giur. merito*, 2000, p. 1305 ss.; E. RAVERA, *Il recesso*, Milano, 2004.

[10] "*Se a una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, tale facoltà può essere esercitata anche successivamente, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione. Qualora sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione è eseguita. È salvo in ogni caso il patto contrario*".

In particolare, è stata ipotizzata l'esistenza di un recesso ordinario, configurabile nei soli contratti originariamente privi di durata, ed uno straordinario, ipotizzabile invece nel caso in cui si intenda terminare in modo anticipato gli effetti di un contratto sottoposto ad un termine finale, sia per la posizione di supremazia di una parte sull'altra sia per un profilo di invalidità del rapporto negoziale.

Nella prima ipotesi il recesso costituisce una modalità, con cui si integra un elemento di cui il contratto è privo - cioè il termine della sua efficacia - con effetto estintivo del rapporto che non ha bisogno di una pronuncia giurisdizionale. Questa funzione determinativa del vincolo negoziale sarebbe la medesima sia in caso di fonte legale sia in caso di fonte negoziale del diritto potestativo in discorso. Allo stesso modo, entrambe le fonti del diritto di recesso possono limitarne l'esercizio al ricorrere di determinate circostanze o motivazioni, cioè introdurne una forma non *ad nutum* ma per giusta causa. Anche l'espressione acausale del diritto potestativo resta, comunque, condizionata all'esterno dai canoni di buona fede e di correttezza nel suo esercizio.

Nella seconda ipotesi, il recesso invece è caratterizzato per lo più dalla reazione contro un profilo di invalidità del contratto, che può essere originario o sopravvenuto; il recesso, in questo caso, avrebbe una funzione solutoria. Saremmo innanzi ad un potere privato tipico, cioè possibile in relazione a specifici tipi contrattuali, che può affiancarsi alla risoluzione la quale deve essere esercitata invece in sede giurisdizionale. In questo caso, il recesso è reazione immediata contro l'inadempimento o la sopravvenuta onerosità del rapporto oppure rappresenta un modo per consentire la modifica unilaterale dello stesso da parte di un soggetto in posizione di preminenza sulla sua controparte. Pure questo tipo di recesso può essere introdotto anche in ipotesi atipiche o escluso nei tipi che lo prevedono su accordo delle parti per effetto dell'autonomia privata e salvo inderogabilità della norma (l'esempio di previsione non disponibile più diffusa è il recesso previsto nel contratto di lavoro subordinato a vantaggio del datore di lavoro).

Una manifestazione di questa tipologia è il recesso previsto dall'art. 1385 c. 2 cod. civ.[11], che presuppone l'inadempimento della controparte e che ha di mira il superamento di un vincolo per mancato avveramento del programma negoziale a seguito del comportamento di uno dei paciscenti, con funzione risolutiva. In questo caso, inoltre, per la parte adempiente vi è scelta tra recesso con trattenimento della caparra e risoluzione con risarcimento del danno; sostanzialmente, si dà la possibilità al soggetto adempiente di evitare il processo ed ottenere lo scioglimento dal contratto con una liquidazione forfettaria dei propri pregiudizi. Una volta scelto il recesso, non si può modificare la propria decisione, cosa invece possibile in caso di domanda di risoluzione.

La presenza di più tipologie di recesso è accompagnata anche dall'esistenza - sia nel linguaggio codicistico che delle leggi speciali - di più formule che designano il medesimo meccanismo giuridico, come la disdetta per il contratto di locazione, la richiesta di restituzione per i contratti restitutori, la revoca o la rinuncia per il mandato, il diritto di riscatto per i contratti di rendita perpetua.

In queste due ultime ipotesi, si realizza una terza ed ulteriore funzione del recesso, che costituisce stavolta esercizio di un vero e proprio *ius poenitendi* e comporta una modifica del rapporto più che la sua semplice estinzione. Chi scrive ipotizza che l'accostamento tra recesso e revoca presente nella l. 241 1990 sia stato propiziato proprio da tale ultima variante del primo istituto.

Un aspetto, che accomuna le diverse ipotesi passate in rassegna, è che il recesso possa essere efficace solo dopo un preavviso, necessario per la tutela del soggetto nella cui sfera giuridica il recesso comporta

[11] "*Se la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra; se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra*".

una limitazione. Le ipotesi di recesso immediato sono, quindi, eccezionali e derivanti dal carattere precario o gratuito del rapporto. Anche sugli effetti del mancato preavviso, non vi è unanimità di disciplina: mentre in alcuni casi - come nel mandato - la conseguenza è di tipo risarcitorio, in materia di apertura di credito il preavviso sarebbe, al contrario, un elemento necessario per l'effetto estintivo. Pure in queste ipotesi il preavviso può essere oggetto di patto abdicativo tra le parti. Esso, invece, costituirebbe un onere non derogabile nei contratti in cui il recesso può essere esercitato a scadenze predeterminate, come le locazioni o i contratti associativi.

In caso di esercizio oneroso del recesso, questo è efficace a seguito di adempimento della prestazione: è il classico caso del pagamento di una penale, ulteriore forma di garanzia dell'adempimento che si affianca alla caparra già richiamata.

La clausola, che prevede il recesso, deve essere redatta in termini non equivoci[12] e deve prevedere un termine determinato o determinabile per il suo esercizio[13].

La forma di esercizio del diritto potestativo è libera, ma segue i medesimi vincoli del contratto a cui si riferisce[14].

Queste sono le caratteristiche generali dell'istituto.

Vediamone ora più da vicino un esempio collegato ad uno specifico tipo contrattuale, particolarmente diffuso in sede di azione amministrativa.

In materia di contratto d'appalto[15] è previsto un recesso legale[16], espressione del pentimento del committente, con efficacia immediata *ex nunc* e senza necessità di preavviso. La disposizione costituisce una deroga al già richiamato disposto dell'art. 1372 cod. civ., secondo cui lo scioglimento del contratto può essere conseguenza del solo mutuo dissenso. In relazione a questa fattispecie ed a differenza di altre ipotesi codicistiche in cui il recesso dall'appalto è motivato[17], non sussiste un parametro al quale ancorare l'esercizio del diritto di recesso, che può avvenire *ad nutum*. A controbilanciare tale larghezza, viene prevista in favore dell'appaltatore la salvezza delle spese, del prezzo per le prestazioni già effettuate e del mancato guadagno. L'effetto dell'esercizio del diritto potestativo non è comunque subordinato al pagamento delle voci indicate all'art. 1671 cod. civ., che hanno valore non risarcitorio, ma indennitario.

La particolarità dell'istituto in questa variante è collegata alla necessità di adeguare la situazione di fatto al decorso del tempo, durante il quale l'appalto viene eseguito, permettendo di coordinare il dato di realtà agli interessi dedotti nel rapporto negoziale, o valorizzando l'*intuitus personae* con riferimento alla figura dell'appaltatore che caratterizza il vincolo o, infine, costituendo uno strumento con cui il committente esprime il proprio disinteresse alla prosecuzione del contratto.

La norma ha carattere dispositivo e nulla vieta che l'autonomia delle parti possa prevedere un analogo diritto potestativo in favore dell'appaltatore. Non sono individuate forme particolari per il suo esercizio ed esso prescinde dall'inadempimento dell'appaltatore. Inoltre, questo recesso non si può esercitare in caso di avvenuta proposizione di domanda di risoluzione del contratto per inadempimento

[12] Cass. civ., sent. 7 giugno 1990, n. 5454.
[13] Cass. civ., sent. 22 dicembre 1983, n. 7579.
[14] Cass. civ., sent. 14 agosto 1986, n. 5059.
[15] G. MUSOLINO, *Il recesso ad nutum nel contratto di appalto*, in *Riv. giur. ed.*, 2002, p. 387 ss.; A. MAGAZZÙ, *Il recesso del committente dall'appalto*, in *Giust. civ.*, 2009, p. 455 ss.
[16] La fonte ne è l'art. 1671 cod. civ.: "*Il committente può recedere dal contratto, anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno*".
[17] Il riferimento è agli artt. 1660 e 1674 cod. civ.

dell'appaltatore, così come quest'ultima non si può esercitare a contratto receduto, mentre non è possibile esercitare il recesso da parte del committente inadempiente se l'appaltatore ha richiesto l'esecuzione o la risoluzione del contratto. Invece, in assenza di altre iniziative è possibile il loro esercizio contestuale[18].

3. Il recesso nella l. 241 1990 tra art. 21 *sexies* ed art. 11, c. 4

La dottrina amministrativistica[19] ha sottolineato, da un lato, come - sulla scorta della relazione di accompagnamento al disegno di legge, poi sfociato nella l. 15/2005 - la disposizione sul recesso fosse stata introdotta al fine di ricondurre tutta la disciplina dell'azione amministrativa al principio di legalità. In particolare, ciò avrebbe permesso, in prima battuta, una maggiore stabilità dei rapporti contrattuali della P.A., in quest'ambito del tutto equiparata ai privati. E' stato d'altro canto evidenziato come la disposizione *de qua* solo all'apparenza abbia un contenuto pacifico, perché lascia aperti diversi aspetti critici soprattutto in ordine all'interesse pubblico alla base della decisione di recesso.

In particolare, la precisazione su quest'elemento sarebbe stata omessa dal testo vigente a differenza di quanto previsto nell'originario progetto di legge. Esso contemplava sia un indennizzo che una motivazione del pubblico interesse rispetto alla scelta di recedere; la giustificazione della modifica legislativa sarebbe stata la volontà del legislatore di ribadire esclusivamente la cogenza del principio di stabilità dei rapporti contrattuali, anche se di essi sia parte una P.A.[20]

Orbene, l'aspetto ritenuto maggioramente critico del testo vigente è costituito proprio dall'aver lasciato cadere il riferimento al pubblico interesse quale base del recesso, in quanto potenzialmente un diritto così configurato potrebbe aprire la strada ad una fuga dalla funzionalizzazione dell'azione amministrativa[21].

Tuttavia, un simile rischio - sicuramente acuito dalla coeva introduzione nella l. 241 dell'art. 1 c. 1 *bis* e dalla letterale previsione nell'art. 11, c. 4 del pubblico interesse come base di recesso dagli accordi - va sminato attraverso il richiamo al principio di legalità, che impedisce di accantonare la *deputatio ad finem* cui soggiace l'azione amministrativa. Soprattutto, questo pericolo trova un argine nel fatto che le logiche e gli strumenti privatistici modificano solo le modalità di esercizio e non i connotati ontologici della funzione, a cui la considerazione del pubblico interesse non può mai essere estranea[22] e rispetto alla quale le modalità di azione della P.A., con istituti di diritto pubblico o di diritto privato, risultano essenzialmente neutre[23].

---

[18] "*In tema di appalto, la domanda di risoluzione contrattuale per inadempimento e quella di accertamento dell'intervenuto recesso sono alternative per "causa petendi" e "petitum". Proprio per questo l'esercizio dell'una non preclude la proposizione dell'altra, purché il giudice, in caso di rigetto della domanda di risoluzione, esamini se sia fondata quella di recesso*", Cass. civ., sez. II, sent. 22 aprile 2025, n. 10443.

[19] F. MAZZELLA, *Cenni in materia di recesso dai contratti*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 791 ss.; L. GIANI, *Art. 21 sexies. Il recesso*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge 241/90 riformata dalle leggi 15/2005 e 80/2005*, Torino, 2005, p. 529 ss.

[20] L. GIANI, *Art. cit*., p. 530.

[21] L. GIANI, *Art. cit*., p. 531.

[22] L. GIANI, *Art. cit*., p. 532.

[23] G. LA ROSA, *Lo scioglimento del contratto della pubblica amministrazione: alla ricerca di un punto di equilibio tra il recesso e la revoca incidente su rapporti negoziali*, in *Dir. proc. amm*., 2012, p. 1453 ss.

D'altra parte, la presa in carico dell'interesse generale sarebbe coessenziale alle disposizioni (su cui *infra* § 4) che in passato hanno contemplato il recesso della P.A. dai contratti di appalto, possibile non *ad nutum* ma solo in coerenza con le finalità istituzionali.

Ciò comporta che - quali che siano il nome attribuito al recesso della P.A., dato che anche in diritto amministrativo si usano termini ampi tra cui il più diffuso è disdetta, e la finalità perseguita dall'istituto, variegata come per il diritto comune - esso costituisca un atto estintivo di tipo privatistico, ma resti condizionato al ricorrere di una situazione di pubblico interesse anche nel silenzio della legge[24]. La considerazione di quest'elemento, tuttavia, non è idonea a snaturare il recesso, che resta esercizio di un diritto potestativo[25]. La conclusione è in linea con quanto già evidenziato da eminente dottrina, la quale aveva in modo del tutto persuasivo posto in luce che non è possibile qualificare un atto come provvedimento solo a ragione della funzionalizzazione cui è sottoposta tutta l'attività della P.A., in quanto "*anche nell'attività di diritto privato l'amministrazione si muove nell'interesse pubblico, sia pure in senso generico e meno stringente di quanto possa accadere nell'esercizio di potestà pubblicistica*"[26].

Quale ulteriore rafforzamento della tesi, che farebbe del recesso esercizio di un diritto potestativo, può essere richiamata la posizione della giurisprudenza, secondo cui nel sindacato su questo tipo di atto la valutazione sull'interesse pubblico passa in secondo piano proprio per la sua natura privatistica[27].

Da un punto di vista pratico, tale qualificazione dell'atto di recesso pare essere stata elaborata soprattutto per tutelare la controparte della P.A.: la riconduzione del recesso ad un diritto potestativo permetterebbe, infatti, di elidere qualsiasi profilo di discrezionalità nella scelta della P.A. e le possibili limitazioni alla tutela, che essa potrebbe nascondere. Tanto farebbe sì che l'Amministrazione restasse sottoposta nell'esercizio del proprio diritto ai medesimi limiti di un contraente ordinario, con particolare riferimento alla buona fede. Proprio il riferimento a questo parametro di comportamento impedirebbe all'interesse pubblico di giocare un ruolo esorbitante, capace di ledere la stabilità dei rapporti giuridici. Pertanto, il sindacato sulla validità di un atto di recesso si giocherebbe su una valutazione ordinaria di prevalenza di un interesse della P.A. (il cui intento è terminare l'esecuzione) - intesa quale parte del contratto - sulla posizione dell'altra parte[28].

---

[24] L. GIANI, *Art. cit.*, p. 535.
[25] L. GIANI, *Art. cit.*, p. 539.
[26] G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, p. 141. In senso del tutto analogo si veda anche G. LEONE, *Opere pubbliche tra appalto e concessione*, Padova, 1990, p. 257, ove si legge: "*sia che agisca iure privatorum che iure imperii l'amministrazione esercita i suoi poteri e pone in essere attività sempre tenendo presenti gli interessi pubblici che essa si prefigge di raggiungere*".
[27] "*Mentre la revoca di una concessione amministrativa (nella specie, per la gestione di un servizio pubblico) è ben differente, per le sue caratteristiche peculiari, dal recesso anticipato nei contratti di durata, in quanto essa si ricollega alla potestà che la legge eccezionalmente attribuisce alla p.a. concedente d'intervenire dall'esterno nel rapporto concessorio - anche senza una clausola convenzionale "ad hoc" - e, quindi, abbisogna d'una congrua motivazione, sulla scorta di rigorosi presupposti oggettivi, la disdetta degli accordi aggiuntivi o sostitutivi di concessioni di beni o servizi, se pattiziamente prevista, serve, alla normale scadenza del rapporto, ad impedirne la rinnovazione tacita, se ne inserisce nel fisiologico sviluppo ed è espressione d'un diritto meramente potestativo, per cui non richiede alcuna giustificazione da parte della p.a. che se ne avvale - se non per il rispetto dei generali principi di correttezza e buona fede -, neppure se essa reputi opportuno dar sintetica contezza delle ragioni che l'hanno indotta allo scioglimento del rapporto concessorio (nella specie, la p.a. ha disdetto il rapporto per decorso del termine di durata della concessione e ha fornito l'indicazione dei peculiari motivi posti a base di tale scelta, fermo restando che tale comportamento non modifica la natura giuridica della disdetta, nè la trasforma in una revoca)*", Cons. st., sez. V, sent. 13 marzo 2020, n. 1327.
[28] L. GIANI, *Art. cit.*, p. 541.

Né a spostare tale conclusione pare che possa essere utilmente invocata la necessaria procedimentalizzazione sottesa alla scelta di recedere; se è innegabile che la P.A. anche per esercitare la sua capacità di diritto privato debba, comunque, rispettare scansioni coordinate di atti, non si può dire - anche alla luce del fatto che la decisione di recedere non costituisce, al pari del contratto su cui ha effetto, una forma di cura immediata dell'interesse generale - che il rispetto di un procedimento possa conferire all'atto di recesso natura provvedimentale[29].

Allo stesso modo, non è possibile che il riferimento ad una motivazione del recesso comporti un avvicinamento tra quest'ultimo e l'esercizio di potere; per la dottrina qui in esame[30], infatti, la motivazione in quest'ipotesi non ha un ruolo analogo a quello ricoperto nei provvedimenti amministrativi, ma costituisce l'elemento con riferimento al quale il Giudice - in caso di contestazione - può verificare la correttezza del comportamento della P.A. Il criterio di sindacato qui usato sarebbe analogo a quello impiegato per i comportamenti di tutti i soggetti dell'ordinamento e farebbe riferimento alla buona fede esecutiva.

La conseguenza del duplice onere, cui è sottoposto il recesso se disposto da un soggetto dell'ordinamento amministrativo, è che quest'atto della P.A. non può mai essere *ad nutum*, ma solo per giusta causa, come provato in particolare dall'evoluzione della disciplina del licenziamento dei dirigenti pubblici[31].

Allo stesso modo, l'indennizzabilità del recesso è prevista solo se concordata tra le parti e non ha un ambito di applicazione generalizzato, come capita nel caso di revoca dei provvedimenti, anche a ragione dell'evoluzione del testo di legge nel corso dei lavori parlamentari[32]. Spazio per il risarcimento sarebbe possibile - anche in questo caso, con una logica perfettamente mutuata dal diritto civile - in caso di esercizio non lecito del diritto di recesso[33].

Questa dottrina conclude che le logiche di concreto uso dell'istituto, pertanto, permetterebbero di adattare il recesso alla situazione della P.A., benché ne resti fermo lo statuto di diritto comune.

Tale conclusione si rafforza anche per l'espressa previsione (almeno in linea teorica) di un accordo tra le parti volto ad introdurre il recesso nelle ipotesi extra-legali; ciò evidentemente è possibile, solo se si ritiene l'istituto espressione di un diritto potestativo[34] a ragione dell'impossibilità che un potere amministrativo possa essere introdotto in forza di un accordo tra le parti di un episodio amministrativo.

Invero, questo passaggio logico si impone per spiegare la duplice fonte del recesso menzionata nella disposizione qui in discorso: è ovvio che - per mantenerne un senso - è necessario ammettere quantomeno in teoria che possano esistere ipotesi di recesso al di fuori del quadro tipico. Chi scrive, però, ritiene che una pattuizione in tal senso sia possibile solo se essa risulti coerente con il pubblico interesse (come deve risultare da idonea motivazione) ed oggetto di una specifica adesione da parte del soggetto che contrae con la P.A.; si vedrà nelle conclusioni se tale idea sia accettabile.

In disparte dalla contraddittorietà evidente tra provvedimento amministrativo, contratto e legalità (termini tutti evocati nella disposizione della l. 241), è stato sottolineato - secondo una differente prospettiva interpretativa - come la norma qui oggetto di analisi non abbia una particolare innovatività, anche perché lo scopo seguito dal legislatore sarebbe stato meglio e più ampiamente attuato attraverso

[29] L. GIANI, *Art. cit.*, p. 541.
[30] L. GIANI, *Art. cit.*, p. 542.
[31] L. GIANI, *Art. cit.*, pp. 544-545.
[32] L. GIANI, *Art. cit.*, p. 548.
[33] L. GIANI, *Art. cit.*, p. 549.
[34] G. LA ROSA, *Lo scioglimento cit.*, p. 1470.

l'art. 1, c. 1 *bis* della stessa legge. In effetti, è stato osservato che tra le due disposizioni vi sarebbe un rapporto consequenziale, giacché la seconda anticiperebbe e generalizzerebbe la prima ed entrambe tenderebbero all'affermazione del superamento di un'Amministrazione attiva solo attraverso provvedimenti[35].

Ciò consentirebbe agli Enti pubblici di recedere dal contratto non più solo per motivi sopravvenuti, ma anche nei casi previsti dalla legge o direttamente nei contratti con ritenuta positivizzazione del modello del contratto pubblico, in cui l'intervento sul rapporto negoziale era scollegato da attribuzione di poteri positivi, ma ricondotto alla generale capacità speciale della P.A.[36]

In effetti, la limitazione è evidente in quanto in fase esecutiva sarebbe assente qualsiasi profilo di supremazia; risulterebbe possibile, però, intervenire con gli istituti dell'autotutela sugli atti amministrativi presupposti[37].

Comunque, il recesso sarebbe azionabile previa valutazione degli interessi sottesi alla decisione, al di fuori del rapporto contrattuale, cosa che renderebbe l'istituto non *ad nutum*[38].

L'assenza di un indennizzo nel testo legislativo non impedirebbe alle parti di inserirne la previsione[39]; se ciò è in teoria possibile, nella pratica è altamente improbabile perché l'attribuzione di un diritto di questo tipo esporrebbe a responsabilità erariali.

Questi sono i tratti, che la dottrina ha elaborato dall'art. 21 *sexies*.

Una ricognizione del panorama giurisprudenziale ci restituisce un quadro abbastanza scarno, anche questa volta.

In effetti, i punti affrontati dal G.A. in relazione alla disposizione qui in esame hanno a che fare soprattutto con l'individuazione del plesso giurisdizionale competente a sindacare la validità di un atto di recesso.

In modo non sorprendente, la *potestas decidendi* viene attributa all'A.G.O. a ragione del fatto che il recesso viene identificato in un diritto potestativo[40].

Un altro precedente - più risalente - afferma che la presenza di un rapporto contrattuale esclude l'esercizio del potere di revoca e, in via consequenziale, individua sempre nell'A.G.O. il soggetto deputato ad effettuare una pronunzia caducatoria sul contratto di cui sia parte la P.A., in assenza di un diritto di recesso attribuito a quest'ultima[41].

Infine, è stato affermato in modo alquanto criptico che l'art. 21 *sexies* non sarebbe fonte di un potere implicito della P.A. di recedere dai contratti[42].

---

[35] F. MAZZELLA, *Cenni cit*., p. 792.
[36] F. MAZZELLA, *Cenni cit*., p. 793.
[37] F. MAZZELLA, *Cenni cit*., p. 795.
[38] F. MAZZELLA, *Cenni cit*., p. 794.
[39] F. MAZZELLA, *Cenni cit*., p. 795.
[40] Si veda Cons. st., sez. V, sent. 22 maggio 2015, n. 2562, secondo cui: "*Ogni questione relativa al recesso esercitato nel corso del rapporto contrattuale riguarda l'esercizio di diritti potestativi iscrivibili nell'autotutela di diritto privato, con conseguente radicamento della giurisdizione del giudice ordinario*"; del tutto conforme è Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., sent. 4 giugno 2018, n. 336.
[41] T.A.R. Salerno, sez. I, sent. 3 settembre 2014, n. 1500: "*Nel caso di rapporto negoziale su base paritaria non vi è spazio per alcuna revoca, quale provvedimento tipico di autotutela, come disciplinato dall'art. 21 quinquies della L. 241/1990. La risoluzione dell'atto in maniera unilaterale, per mano dell'amministrazione, è in contrasto con la regola negoziale di cui all'art. 1372 c.c., declinata, con riferimento ai contratti della P.A., dall'art. 21 sexies della L. 241/1990. La risoluzione, l'annullamento ovvero la nullità della convenzione può essere dichiarata dal Giudice su ricorso di chi vi sia legittimato e ne abbia interesse, con azione e domanda specifica*".

Veniamo ora alla seconda e più circoscritta ipotesi di recesso contemplata nella legge sul procedimento amministrativo.

Il recesso dagli accordi è l'unico aspetto espressamente disciplinato dalla l. 241 per quanto concerne la loro esecuzione; in dottrina vi è concordia nel ritenere che esso sia il sintomo più vistoso della disciplina pubblicistica degli accordi, in quanto vi assume ruolo prevalente il pubblico interesse[43] e presenta carattere doveroso[44].

In superamento di quest'opinione maggiorataria, uno dei più autorevoli e recenti tentativi di inquadramento del tema[45] parte dall'idea, secondo cui il potere della P.A. si consumerebbe al momento della stipulazione dell'accordo, sicché tutto quanto segue tale cesura sarebbe integralmente regolato dal diritto privato, con particolare riferimento al regime delle obbligazioni. Sostanzialmente saremmo di fronte ad un negozio *quoad effectum*, con pressoché totale equiparazione tra accordi e contratti della P.A. Non stupisce che, su tale presupposto, il recesso dall'accordo amministrativo sia stato interpretato come atto espressione di una disposizione di diritto privato speciale e non di diritto pubblico, con pressoché totale equiparazione tra accordi e contratti della P.A. sia in tema di adempimento che di inadempimento. Parziale eccezione a questo esito è costituito proprio dal recesso dagli accordi, che permette di cessarne gli effetti anche senza il loro adempimento. In prima battuta, esso costituirebbe una disposizione eccezionale e tipica; pertanto, inibirebbe l'applicazione agli accordi di quanto previsto dall'art. 1373 cod. civ., che invece sarebbe utilizzabile per i soli contratti della P.A. diversi dagli accordi. L'idea dell'Autore, di conseguenza, è che l'art. 11 c. 4 escluderebbe l'applicazione dell'art. 21 *sexies* in esplicazione di un criterio di specialità. Tale prima conclusione è del tutto condivisibile. Più innovativa è l'idea che - a ragione della funzione estintiva svolta - il recesso dagli accordi sarebbe espressione di capacità di diritto privato e non di capacità giuridica speciale di diritto pubblico e costituirebbe un'ipotesi speciale di recesso analogo a quello previsto in materia di contratto d'appalto dal cod. civ.

Invero, non sembra immediato che questo secondo suggerimento possa essere accolto, tanto per due motivi.

Il primo è che la legge stessa qualifica il recesso come frutto di una considerazione di motivi sopravvenuti di pubblico interesse e, di conseguenza, lo avvicina alla revoca, che viene qui permessa solo per ragioni esulanti dallo *ius poenitendi* tanto che una felice formula dottrinaria ha identificato nell'istituto qui in discorso una forma di autotutela legata[46].

Il secondo - ed immediatamente consequenziale - è che siamo innanzi ad una forma di autotutela piuttosto che ad potere privatistico, in quanto sarebbe necessario prendere in considerazione per l'esercizio della revoca aspetti che esulano dalla dinamica negoziale e che costituiscono elemento di valutazione in chiave discrezionale.

Tuttavia, la prospettiva dottrinaria qui in discorso ritiene che il riferimento ai motivi di pubblico interesse costituisca un richiamo analogo a quello previsto dal cod. civ. in relazione a forme particolari di recesso, esercitabili non *ad nutum* ma per giusto (e specifico) motivo e strutturalmente onerose.

---

[42] T.A.R. Genova, sez. II, sent. 12 novembre 2013, n. 1320: "*La legge sul procedimento amministrativo all'art. 21 sexies l. n. 241 del 1990 esclude la sussistenza di un potere implicito delle p.a. di recedere unilateralmente dai contratti, stabilendo che il recesso è ammesso soltanto nei casi previsti dalla legge o dal contratto*".

[43] Si veda per tutti M. C. ROMANO, *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione cit.*, p. 419. Un inquadramento specifico del recesso dagli accordi si trova in F. F. TUCCARI, *Recesso ed inadempimento negli accordi amministrativi*, Bari, 1993.

[44] M. C. ROMANO, *Accordi cit.*, p. 420.

[45] M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 270 ss.

[46] V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1994, p. 512.

Orbene, la ricostruzione potrebbe essere criticata secondo questa differente visuale: la P.A. in queste vicende - cioè nel recesso dagli accordi - non esercita un diritto potestativo, ma un potere, tanto è vero che i canoni ed i limiti di esercizio dello stesso sono quelli tradizionalmente imputati alla cura di un pubblico interesse e non ad un fenomeno negoziale e che è previsto un ambito di giurisdizione del G.A.

Il recesso costituirebbe, quindi, espressione di una capacità speciale di diritto pubblico dell'Amministrazione e non un omologo ridotto di quanto previsto dall'art. 21 *sexies*.

La previsione in materia di accordi, quindi, potrebbe costituire una disposizione speciale con effetti speciali o, se si preferisce, limitati: essa servirebbe cioè ad escludere non l'applicazione del recesso civilistico, ma della revoca o meglio di parte della stessa. Tanto più che il presupposto di operatività nulla avrebbe a che fare con la normale dinamica negoziale, da cui evidentemente fuoriesce, e che è previsto un indennizzo.

In effetti, la circostanza ammessa dal chiaro Autore che le parti di un accordo possano introdurre forme di recesso anche *ad nutum* ed ulteriori rispetto a quanto dettato dall'art. 11, c. 4 parrebbe militare nel senso che l'ipotesi prevista dalla l. 241 non fosse un recesso civilistico, ma un rimedio di tipo pubblicistico non disponibile alle parti dell'accordo.

Allo stesso modo, il fatto - su cui si concorda - che la P.A. non abbia la possibilità di esercitare (in assenza di pattuizione) lo *ius variandi* del contratto, ma solo di recedere per motivi di pubblico interesse in caso di mancato accordo sulla variazione con la sua controparte, potrebbe non essere un argomento per ritenere che il secondo comportamento avesse una natura negoziale, ma sarebbe mera conseguenza del fatto che il potere e l'autonomia del privato hanno trovato in modo consensuale un assetto che non può essere modificato senza un nuovo accordo, in assenza del quale resta possibile solo recedere unilateralmente per vicende di pubblico interesse.

Infine, parrebbero non immediatamente persuasive le conclusioni sulla possibilità di intervenire in autotutela sull'atto che approva l'accordo e sul parallelismo tra quest'ultimo e l'aggiudicazione di un contratto pubblico. Chi scrive ritiene che l'accordo infatti costituisce espressione di un potere di cura diretto del pubblico interesse e non un modo per procacciare alla P.A. un servizio, un bene o un lavoro strumentale (cioè una modalità di cura indiretta del pubblico interesse). In disparte da tale differenziazione ontologica, è il caso pure di aggiungere che in verità l'intervento sull'atto presupposto deve accompagnare quello sull'accordo e che non vi è lo stesso regime di presupposizione tra aggiudicazione e contratto.

Risulta poi da verificare che un'eventuale originaria contrarietà al pubblico interesse dell'accordo non possa essere fatta valere in sede di autotutela e necessiti della mediazione giudiziaria.

Pertanto, almeno a chi scrive sembra che i due istituti debbano restare distinti e che non sia possibile una loro interpretazione unitaria.

4. Il recesso dai contratti pubblici d'appalto

Così come vi è continuità tra la disciplina del recesso del committente dall'appalto di cui *supra* § 2 tra cod. civ. del 1865 e cod. civ. del 1942, analogo rapporto si può individuare in relazione al recesso dall'appalto pubblico, originariamente previsto all'art. 345, l. n. 2248 1865 All. F, poi trasfuso nell'art. 122 DPR n. 554 1999, nell'art. 134 d. lgs. 163 2006, nell' art. 109 d. lgs. 50 2016 e nell'art. 123 d. lgs. 36 2023[47], tutte *species* del *genus* del recesso applicabili ai soli contratti pubblici di appalto. In questo

[47] In tema si rinvia a M. CRESTI, *Rapporti contrattuali e poteri dell'Amministrazione: il recesso e la risoluzione del contratto nell'appalto di opere pubbliche*, in *Foro amm*., 2000, p. 297 ss.; G SEQUI, *Il recesso dal contratto*

caso, a differenza dell'istituto di diritto comune, tra gli elementi del ristoro spettante all'appaltatore vi è un'ulteriore indicazione forfettaria dell'indennizzo parametrato al 10% delle opere non eseguite, mentre restano fermi il prezzo delle opere svolte ed il pagamento dei materiali esistenti in cantiere.

La disciplina era originariamente limitata ai soli lavori, solo recentemente è stata espressamente estesa anche alle forniture ed ai servizi[48].

E' il caso di analizzare brevemente l'art. 109 d. lgs. 50 2016 e l'art. 123 d. lgs. 36 2023.

La prima disposizione si apre con un richiamo ad un altro caso di recesso dai contratti con la P.A., conseguenza dell'adozione di un provvedimento interdittivo ai sensi delle disposizioni in tema di prevenzione dell'infiltrazione nel circuito delle commesse pubbliche di capitali o soggetti riconducibili alla criminalità organizzata, il quale viene ricondotto dalla giurisprudenza ad esercizio di potere perché attiene alla perdita di un requisito di capacità speciale a contrarre con la P.A.[49].

Oltre a questo caso - continua la disposizione - risulta possibile il recesso in qualunque momento previo pagamento delle prestazioni eseguite del valore dei materiali in cantiere o in magazzino e del 10% del valore delle prestazioni non eseguite.

Si precisa poi che il calcolo di tale valore è effettuato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo a base di gara, depurato dal ribasso, e l'ammontare delle prestazioni eseguite.

Inoltre, si dettaglia la modalità di esercizio del recesso, che deve essere preceduto da una comunicazione con preavviso non inferiore a 20 giorni, superati i quali la stazione appaltante prende in consegna il cantiere, effettua il collaudo dei lavori e verifica la regolarità dei servizi e delle forniture.

Vi è poi una limitazione dei materiali, il cui costo è riconosciuto: ciò è possibile solo per quelli già accettati prima della ricezione del preavviso.

E' pure prevista una facoltà della P.A. di trattenere le opere provvisionali e gli impianti in tutto o in parte non asportabili, se li ritiene utilizzabili. In quest'ipotesi, va corrisposto all'appaltatore per il solo valore non ammortizzato dei beni un compenso pari alla minor somma tra la il costo di costruzione e il valore delle cose al momento di scioglimento del contratto.

Il materiale non accettato dalla P.A. va rimosso dall'appaltatore, che deve lasciare l'area di cantiere ed i magazzini liberi entro il termine stabilito per il recesso. In caso di inadempimento, provvede in danno la stazione appaltante.

La disposizione vigente è per larghi tratti sovrapponibile a quella sostituita[50].

---

pubblico alla prova del principio del risultato, in *Dir. pubbl*., 2024, p. 621 ss.

[48] La disposizione che per prima ha disposto l'ampliamento è stato l'art. 1 c. 13, d.l. 95/2012, conv. con mod. in l. n. 135/2012.

[49] "*Sussiste la giurisdizione del Giudice amministrativo in quei casi nei quali un'Amministrazione pubblica receda da un contratto di appalto già stipulato con l'impresa aggiudicataria della relativa gara, a causa, non già di inadempimento contrattuale da parte dell'impresa, ma in forza dell'adozione, da parte della competente Autorità prefettizia, dell'informativa interdittiva c.d. « antimafia » riguardante l'impresa stessa, essendo il recesso consequenziale all'informativa del Prefetto, dunque espressione di un potere di valutazione di natura pubblicistica, diretto a soddisfare l'esigenza di evitare la costituzione o il mantenimento di rapporti contrattuali fra i soggetti indicati nella legge e le imprese nei cui confronti emergano sospetti di collegamenti con la criminalità organizzata*", T.A.R. Bologna, sez. II, sent. 13 maggio 2015, n. 461.

[50] "*1. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-ter e 92, comma 4, del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, la stazione appaltante può recedere dal contratto in qualunque momento purché tenga indenne l'appaltatore mediante il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavori o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite, calcolato secondo quanto previsto all'articolo 11 dell'allegato II.14(1).*

Le differenze sono costituite dal rinvio all'art. 11 dell'allegato II.14[51] per il calcolo del valore del 10%, da una migliore precisione terminologica rispetto alle modalità di esercizio del diritto di recesso (che resta invariato per quanto concerne i suoi tempi) e dal rinvio sempre all'allegato II.14 per la disciplina del rimborso, la facoltà di ritenzione e gli obblighi di sgombero.

Invero, la disciplina prevista nell'allegato è del tutto identica a quella previgente; si può dire che vi è stata solo una sua risistemazione.

Ciò comporta che quanto elaborato da dottrina e giurisprudenza con riferimento al d. lgs. 50 2016 conservi validità anche rispetto al nuovo codice.

Non stupisce che sul tema si siano affacciate diverse riflessioni anche per la sua rilevanza nella pratica forense.

In questa sede, ci si concentrerà sui due contributi più recenti[52], sempre condotti con considerazioni a cavallo tra diritto civile e diritto amministrativo (ottica costante nella riflessione dottrinaria e giurisprudenziale, che pare essere necessaria per un'analisi dell'istituto).

La prima prospettiva di analisi è partita - con riferimento al disposto dell'art. 109 - dalla constatazione, secondo cui la positivizzazione del recesso operata dalla l. 241 1990 avrebbe costituito il superamento dell'idea secondo cui le P.A. potessero sempre recedere dai loro accordi contrattuali per la tutela dell'interesse pubblico, con un atto che si atteggiava quale intervento in autotutela sul provvedimento presupposto al vincolo negoziale. Oggi tale idea non è più accettabile, in quanto l'art. 21 *sexies* ha tipizzato i casi di recesso, il quale non può essere - in applicazione del principio di legalità - utilizzato come succedaneo della revoca per liberarsi dai vincoli negoziali. Essi sono divenuti non più permeabili a considerazioni di tipo pubblicistico a ragione dell'acquisita prevalenza nell'ordinamento della certezza del diritto e della tutela dei privati contraenti con la P.A. Tale considerazione resta, però, valida solo per i contratti di appalto e non per le concessioni, in cui tutt'ora riveste maggiore immanenza la protezione dell'interesse generale con conseguente maggior spazio per l'istituto qui in esame.

---

2. L'esercizio del diritto di recesso è manifestato dalla stazione appaltante mediante una formale comunicazione all'appaltatore da darsi per iscritto con un preavviso non inferiore a venti giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori, servizi o forniture ed effettua il collaudo definitivo o verifica la regolarità dei servizi e delle forniture.

3. L'allegato II.14 disciplina il rimborso dei materiali, la facoltà di ritenzione della stazione appaltante e gli obblighi di rimozione e sgombero dell'appaltatore".

[51] "*1. Il decimo dell'importo delle opere non eseguite ai fini dell'applicazione dell'articolo 123, comma 1, del codice e' calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta, e l'ammontare netto dei lavori eseguiti.*

2. I materiali utili esistenti in cantiere, il cui valore e' riconosciuto dalla stazione appaltante a norma del comma 1 dell'articolo 123 del codice, sono soltanto quelli gia' accettati dal direttore dei lavori o dal RUP in sua assenza, prima della comunicazione del preavviso di cui al comma 2 del medesimo articolo 123 del codice.

3. La stazione appaltante puo' trattenere le opere provvisionali e gli impianti che non siano in tutto o in parte asportabili ove li ritenga ancora utilizzabili. In tal caso essa corrisponde all'appaltatore, per il valore delle opere e degli impianti non ammortizzato nel corso dei lavori eseguiti, un compenso da determinare nella minor somma fra il costo di costruzione e il valore delle opere e degli impianti al momento dello scioglimento del contratto.

4. L'appaltatore deve rimuovere dai magazzini e dai cantieri i materiali non accettati dal direttore dei lavori e deve mettere i magazzini e i cantieri a disposizione della stazione appaltante nel termine stabilito; in caso contrario lo sgombero e' effettuato d'ufficio e a sue spese".

[52] Il riferimento è a G. TAGLIANETTI, *Lo scioglimento unilaterale dei contratti di appalto e di concessione per motivi di interesse pubblico*, in *Dir. amm*., 2020, p. 618 ss.; F. DEGL'INNOCENTI, *Affidamenti e patologia del contratto: i rapporti con la p.a. fra prerogative dell'ente e responsabilità da comportamento*, in *Giust. civ*., 2021, p. 115 ss.

Il recesso è, quindi, eccezionale e corrisponde solo a previsioni speciali[53] ed alla disciplina, che si trova nel *corpus* normativo in tema di contrattualistica pubblica; la figura è stata costruita dal legislatore sul temperamento tra l'esigenza di permettere alla P.A. di essere coerente con il perseguimento dell'interesse generale e l'opposta necessità di garantire la sicurezza giuridica del privato. Invero, il temperamento tra i due opposti interessi viene raggiunto con diversi strumenti giuridici, ora costituenti espressione di potere ora esercizio di un diritto potestativo, con una difficile *actio finium regundorum* tra i diversi istituti potenzialmente utilizzabili, per cui non si può fare riferimento né ad una procedimentalizzazione dell'azione amministrativa, né al tipo di interesse perseguito.

Ciò che risulta preminente nell'analisi è la modalità di attuazione degli effetti giuridici, pur nel ritenuto avvicinamento tra strumenti di diritto pubblico e di diritto privato.

Mentre la risoluzione coprirebbe ipotesi difformi tra loro, in cui alternativamente è possibile riconoscere esercizio di potere o di capacità di diritto privato, il recesso ha una morfologia più lineare in quanto ha le stesse struttura e dinamica dell'analoga situazione riconosciuta in materia di appalto privato dal cod. civ. Esso se ne differenzia solo in quanto teso ad evitare spese per attività ritenute non più di interesse generale, senza fare rifermento alle necessità personali del committente.

Proprio il riferimento a tale aspetto - con la conseguente possibilità di un sindacato da parte della Corte dei Conti sulle decisioni devianti dal corretto canone di uso delle risorse pubbliche[54] - spinge la dottrina qui in analisi a ritenere che la recedibilità *ad nutum* sia fortemente limitata e, ciononostante, che la disposizione abbia introdotto un diritto potestativo per quanto alla sua base si possano rinvenire sia un procedimento che una presa in considerazione dell'interesse pubblico.

Di conseguenza, l'istituto rientra nella giurisdizione dell'A.G.O., non richiede un bilanciamento tra situazione della P.A. e del privato come impongono i provvedimenti di autotutela e la sua motivazione non può costituire elemento di vaglio della validità del suo esercizio.

La seconda prospettiva di analisi[55] parte, invece, dal maggiore sviluppo nella società contemporanea degli strumenti del diritto privato per permettere alle P.A. di perseguire i loro scopi. Tali metodi, però, vanno adattati al modo di agire degli Enti amministrativi al fine di permettere loro il raggiungimento degli scopi istituzionali ed individuare una forma effettiva di responsabilità. Lo sforzo d'adattamento di questi moduli d'azione innovativi al tradizionale *agere* pubblicistico delle P.A. viene frenato dal ruolo dell'interesse pubblico, che introduce una strutturale disparità tra le due parti di un rapporto giuridico che in teoria dovrebbero essere equiordinate. Tale condizionamento è svolto sia nella fase genetica che in quella esecutiva nel rapporto. In particolare, si ritiene che l'interesse generale costituisca - assieme a quello delle altre parti - la causa concreta della singola vicenda negoziale e, al contempo, svolga il compito di limitare o di ampliare la capacità guridica del soggetto pubblico suo attributario. Il recesso dai contratti pubblici sarebbe proprio il portato di un effetto ampliativo della capacità giuridica della P.A. e - più che costituire un mero istituto di privilegio - sarebbe la conseguenza sia del fatto che l'Amministrazione cura degli interessi non disponibili sia della circostanza che deve garantire il buon andamento del proprio operato. Orbene, la tensione tra queste necessità, cui è astretta l'azione amministrativa, e la buona fede contrattuale rende particolarmente complesso individuare il regime di indennizzabilità dei pregiudizi derivanti dal recesso, tanto è vero che il legislatore ha individuato dei criteri forfettari per la loro liquidazione.

---

[53] Il riferimento è all'art. 1 c. 136 l. 311 2004 ed all'art. 1 c. 13 l. 135 2012.

[54] G. SEQUI, *Il recesso cit*., p. 636 individua proprio nell'ambito contabile quello dove continuano a conservare rilievo gli interessi pubblici in una vicenda caratterizzata dal recesso.

[55] F. DEGL'INNOCENTI, *Affidamenti cit.*, *passim*.

L'esercizio di questo diritto potestativo - che resta, comunque, in capo alla P.A. - a ragione della natura amministrativa dell'attività di sua espressione deve essere, però, motivato con profili attinenti alla cura dell'interesse generale (sarebbe sufficiente la mancata convenienza della prosecuzione dell'appalto) e preceduto da un atto di preavviso.

Data la caratterizzazione del recesso come atto negoziale, la sua motivazione in giudizio sarebbe non sindacabile, in quanto non rilevante; di conseguenza il recesso resterebbe *ad nutum* e la sua procedimentalizzazione non inciderebbe sul tipo di posizione giuridica rinvenibile nelle due parti del rapporto. In particolare, la P.A. eserciterebbe un diritto potestativo e non un potere e l'appaltatore sarebbe titolare di una soggezione e non di un interesse legittimo.

Tale conclusione è in linea con la più recente ricostruzione giurisprudenziale[56]: in particolare, è stato riconosciuto che le norme suindicate costituiscono una "*peculiare declinazione - limitata al settore dell'evidenza pubblica - delle regole generali in punto di scioglimento unilaterale del contratto contenute nel codice civile e nell'art. 21 sexies l. 241/1990. Attraverso tali disposizioni, il legislatore ha trovato un punto di equilibrio tra l'esigenza della stazione appaltante di liberarsi unilateralmente di un contratto non più utile ai fini della realizzazione dell'interesse pubblico e la necessità di tutelare sotto il profilo economico l'operatore privato. ... Dal momento che in tali ipotesi* (recesso*, ndr) lo scioglimento del vincolo negoziale non è legato ad un inadempimento o ad una condotta rimproverabile dell'appaltatore, questo deve essere tenuto indenne dalle conseguenze economiche di tale recesso, mediante il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavori o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite, calcolato secondo quanto previsto dall'art. 11 dell'allegato II.14*".

La medesima giurisprudenza ha chiarito che le ipotesi di recesso sono tassative, non può operare il principio di libertà negoziale della P.A. previsto all'art. 8 d. lgs. 36 2023 per estenderle e che non sono legittime disposizioni della *lex specialis* di gara, con cui si limiti la possibilità dell'appaltatore di contestare in sede giurisdizionale il recesso o di richiedere il risarcimento del danno contrattuale.

Altra parte della dottrina[57] ha identificato in questa fattispecie un atto amministrativo negoziale, con rilevanza della motivazione, presenza di un interesse legittimo e rispetto delle forme del procedimento, a ragione delle differenze con l'analogo istituto civilistico da cui deriverebbe una posizione di privilegio della P.A.; in questo caso, il momento negoziale coincide in pieno con quello procedimentale, a differenza di quanto capita in materia di formazione di contratti pubblici, in cui vi è uno iato tra procedimento che si conclude con l'aggiudicazione e successiva attività negoziale, che si dischiude con il contratto.

Si ritiene che tale autorevole proposta non possa essere accettata, in quanto l'innegabile privilegio che si riscontra a favore della P.A. non necessariamente si traduce in una posizione di potere: l'atto resta negoziale, benché prima della sua emanazione sia previsto un procedimento che non è qui forma della funzione, ma esclusivamente modalità dell'estrinsecazione della volontà negoziale della P.A.

Per effetto di ciò che la dottrina[58] ha identificato quale filogenesi privatistica dell'interpolazione nella l. 241 1990 di meccanismi collegati al recesso codistico di cui al precedente paragrafo che già erano

[56] Cor. conti Campania, sez. reg. contr., sent. 10 novembre 2025, n. 232.
[57] G. D. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, p. 281 ss.; G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra pubblico e privato*, Milano, 1986, p. 102 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997, p. 130.
[58] G. MANFREDI, *Le indennità di autotutela*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 163 ss.

contemplati nell'art. 11 della legge generale sul procedimento amministrativo, siamo di fronte ad un'ipotesi di responsabilità da atto lecito[59], in cui la misura del pregiudizio dovrebbe essere ridotta all'indennizzo come capita per la revoca dell'efficacia dei provvedimenti o per il recesso dagli accordi[60]. Sebbene quest'istituto non incida su aspetti negoziali ma su un atto espressione di un potere (per quanto dal contenuto concordato con il privato), sembra che la logica indennitaria debba essere la medesima e che, anche in caso di recesso, vada riconosciuta una garanzia al privato.

Da ultimo, si è sostenuto che il principio del risultato rinforza la natura privatistica del recesso, un cui requisito di validità non è costituito dalla ricorrenza di un interesse pubblico alla sua base[61]; si è d'accordo sulla prima tesi, mentre sulla seconda si nutre qualche perplessità, in quanto in assenza di interesse pubblico non si darebbe almeno per chi scrive un recesso legittimo, ma abusivo.

In giurisprudenza particolare rilevanza ha avuto la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 20 giugno 2014, n. 14[62].

La composizione di vertice del G.A. parte dal presupposto che, a seguito dell'aggiudicazione, vi sia spazio in fase di esecuzione per l'applicazione delle norme civilistiche e che la vicenda contrattuale sia caratterizzata da una parità solo tendenziale tra le parti, cioè da una situazione contrassegnata dalla presenza di norme speciali di privilegio a vantaggio della P.A. volte a facilitare l'intervento sul contratto sempre però nell'alveo della capacità di diritto privato.

Di conseguenza, dopo la stipulazione del contratto non può essere ammessa la revoca, inibita dalla presenza dell'istituto speciale del recesso, pur espressione di una valutazione diversa dell'interesse pubblico a seguito di sopravvenienze.

D'altro canto, una revoca può essere prevista solo in caso di attribuzione di potere espresso, come capita in materia di concessioni.

La conclusione è basata - oltre che sul rapporto di specialità tra disposizioni - anche su un criterio logico: dato che recesso e revoca privano di effetti il contratto *ex nunc*, prevedere il recesso, in caso di possibile adozione di revoca, renderebbe il primo istituto inutile, in quanto la P.A. non vi ricorrerebbe mai a ragione dei maggiori costi che esso comporta.

In coerenza con questa ricostruzione, le possibilità di intervento dell'Amministrazione sul contratto sono state individuate dall'Adunanza Plenaria in questo modo:

- è possibile revocare l'aggiudicazione sino alla stipula del contratto;

- è possibile annullare l'aggiudicazione anche a contratto stipulato, nel caso in cui si verifichi l'assenza di un profilo di legittimità del provvedimento o in applicazione di quanto previsto all'art. 1, c. 136 l. 311 2004 (vigente al momento della pronunzia, ma abrogato dalla l. 31 agosto 2022, n. 130.), con travolgimento successivo del contratto;

- è possibile recedere dal contratto in caso di adozione di un provvedimento interdittivo antimafia ai sensi del d. lgs. 159 2011;

---

[59] Si veda in tema C. BUONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, Milano, 2012.

[60] Questo secondo una logica di affinità, ma non di sinonimicità degli istituti di cui si discute, per usare le espressioni di E. MAURI, *Osservazioni in tema di revoca del provvedimento amministrativo e di recesso dagli accordi provvedimentali*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 554 ss.

[61] G SEQUI, *Il recesso cit.*, p. 645.

[62] Sulla statuizione si vedano: A. UBALDI, *Revoca e istituti di confine in materia di contratti pubblici: tra limiti e conseguenze economiche*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 1650 ss.; G. PIPERATA, *L'autotutela interna e l'autotutela esterna nei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 77 ss.

- prevale la disposizione in materia di recesso della disciplina sui contratti pubblici sul disposto dell'art. 21 *quinquies* c. 1 *bis*, che invece può essere applicato ai contratti attivi ed alle concessioni (e non più ai servizi ed alle forniture, destinatari di un recesso).

L'indirizzo segnato dalla Plenaria è stato seguito in modo monolitico dalla giurisprudenza successiva, la quale non ha avuto più interesse a tornare sul tema[63].

Si può ricordare che l'art. 190, c. 4 del d. lgs. 36 2023 disciplina l'istituto del recesso dalla concessione, istituto rispetto al quale non si è raggiunta la medesima certezza che connota il recesso dall'appalto circa la presenza di una situazione di diritto comune[64].

5. Conclusione: come le P.A. godono della capacità di diritto generale?

Dopo aver operato una ricostruzione del quadro positivo e della sua esegesi giurisprudenziale e dottrinaria, è possibile avviarsi alle conclusioni dello scritto.

Per affrontarle, è necessario partire da due elementi.

Un punto fermo in dottrina[65] ed in giurisprudenza è che la stipulazione del contratto pone tradizionalmente un limite temporale all'esercizio dei poteri di autotutela, posizione che ha trovato sanzione positiva con il d. lgs. 36 2023[66]: il recesso, quindi, interviene in un ambiente del tutto permeato dalla disciplina civilistica.

Analoga chiarezza non sembra possa predicarsi sulla situazione giuridica, potenzialmente alternativa al diritto potestativo, in cui il recesso può essere incasellato.

Oggi il potere pubblicistico ha raggiunto una sua definizione solo in giurisprudenza; il riferimento è alla sent. n. 88, resa dalla Corte Costituzionale in data 26 giugno 2025. Ivi, esso è individuato quale situazione soggettiva attribuita alla P.A. per permettere la soddisfazione degli interessi della collettività di riferimento; con il tempo, tale posizione avrebbe perso i caratteri originari di supremazia ed inesauribilità e si sarebbe evoluta verso una concezione di servizio. Il potere, quindi, appare sempre più strumentale alla cura di un interesse pubblico, la cui realizzazione deve essere contemperata con gli altri interessi pubblici e privati coinvolti nel suo esercizio attraverso il procedimento amministrativo. Se si fosse coerenti con il *dictum* del Giudice delle leggi, il potere amministrativo si spegnerebbe dopo l'aggiudicazione e solo esso avrebbe esercizio procedimentale.

Purtroppo, in dottrina non si è ancora pervenuti ad una sistemazione di un concetto centrale per il diritto amministrativo, sicché non è stato superato il giudizio scorato di un attento studioso che aveva

---

[63] Si cita per tutti T.A.R. Palermo, sez. I, sent. 8 giugno 2020, n. 1144: "*Successivamente alla stipulazione del contratto, deve ritenersi insussistente il potere di revoca. Se infatti, nell'ambito della normativa che regola l'attività dell'amministrazione nella fase del rapporto negoziale di esecuzione del contratto è stata in particolare prevista una norma che attribuisce il diritto di recesso, non si può ritenere che sul medesimo rapporto negoziale si possa incidere con la revoca, basata su presupposti comuni a quelli del recesso (la rinnovata valutazione dell'interesse pubblico per sopravvenienze) e avente effetto analogo sul piano giuridico (la cessazione ex nunc del rapporto negoziale)*".

[64] Di recente si è espressa per una costruzione del recesso dalla concessione con coloritura privatistica P. CHIRULLI, *Principi e regole nel codice dei contratti pubblici, tra normogenesi e regola del caso concreto*, in *Dir. amm*., 2026, p. 21 ss.

[65] Si veda per tutti A. SCOGNAMIGLIO, *Autotutela pubblicistica e contratti in corso*, in *Dir. amm*., 2013, p. 241 ss.

[66] Secondo quanto disposto dall'art. 12 del vigente codice dei contratti "*Per quanto non espressamente previsto nel codice:*

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

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

sostenuto - con ripresa di una considerazione agostiniana sulla limitatezza delle capacità umane rispetto a Misteri sicuramente tanto più insondabili quanto più importanti del tema qui in discorso - *vanum est disputare de potestate*[67].

Non è questa la sede per ricostruire il dibattito sul punto, anche per ragioni di economia di questo contributo. Chi scrive, invece, ritiene fruttuoso rinviare all'opera, che più di recente ha affrontato il tema con l'elaborazione di una proposta assai originale e convincente[68]. La ricchezza di contenuti e di prospettive presenti in quel volume non ne rendono qui possibile una sintesi: dunque, è più congruo concentrarsi sulla parte dello scritto, che - dopo aver dato una definizione di potere - esamina quest'ultima in relazione all'attività di diritto privato della P.A., in cui il recesso può essere inquadrato.

In un connubio tra gli aspetti più convincenti della concezione soggettiva - di cui la Corte Costituzionale è la più recente corifea - e di quella oggettiva del potere, quest'ultimo è stato definitivo come un fattore soggettivo di innesco dell'azione amministrativa, vista nel suo svolgimento e nella sua definizione anche al di là di un epifenomeno provvedimentale o di un'attività della P.A. condotta secondo i tradizionali moduli pubblicistici. Solo ad esito dell'attivazione di un simile fattore di ingaggio (ascrivibile più ad una nozione di teoria generale che ad una posizione giuridica concreta), da questo stato potenziale il potere diverrebbe una posizione giuridica attiva. Orbene, quest'ultima potrebbe essere identificata anche quando la P.A. decida di perseguire i suoi fini o possa *ex lege* farlo attraverso atti di diritto privato, come è il caso del recesso. In questa ipotesi, il fattore soggettivo di innesco però si tradurrebbe - per una scelta direttamente imputabile al legislatore - non nelle forme del diritto amministrativo, ma nell'esercizio di un diritto potestativo, situazione del tutto analoga a quella di cui possono essere titolari i privati.

Questo inquadramento permetterebbe di giustificare anche in fase contrattuale la permanenza del potere così inteso (e della cura del pubblico interesse), benché esercitato in forme privatistiche, a differenza del suggerimento proveniente dalla Consulta; inoltre - sempre per restare nell'ambito della contrattualistica pubblica - sarebbe coerente con la possibilità di prevedere in fase di esecuzione spazi di intervento sia pubblicistici che privatistici a seconda dello strumento messo a disposizione alla P.A. per iniziativa del legislatore.

Cerchiamo ora di dare una possibile risposta ai due interrogativi formulati nell'introduzione del presente scritto avendo come base di partenza l'ultima prospettiva.

In conseguenza dello statuto della P.A., il recesso non è del tutto paragonabile quanto ai suoi presupposti ad un atto privato, mentre lo è per i suoi effetti. Ciò in quanto persiste la distinzione tra comuni soggetti dell'ordinamento e P.A. in ordine alla necessità dell'azione ed alla non disponibilità dei fini[69]: di conseguenza, chi scrive ritiene che il recesso di un Ente amministrativo dovrebbe sempre avere - a differenza dell'analogo istituto civilistico - una fonte legale ed essere pertanto nominato. Non si giudica, di conseguenza, del tutto persuasiva la parte dell'art. 21 *sexies*, che introduce una possibile fonte del recesso nel contratto, a meno che non si interpreti la disposizione come inserimento nel

[67] E. CANNADA BARTOLI, *Vanum disputare de potestate: riflessioni sulle origini del diritto amministrativo*, in AA. VV., *Scritti in onore di M. S. Giannini*, III, Milano, 1988, p. 189 ss.

[68] Il riferimento è al Maestro dello scrivente, D. MARRAMA, *Il potere amministrativo. Ipotesi sui poteri minori*, in corso di pubblicazione, *passim*.

[69] F. LIGUORI, *Appunti su autonomia contrattuale, rinegoziazione dei contratti pubblici*, risultato, in *Amministrativ@mente*, 2026, p. 189 ritiene il recesso espressione di una clausola esorbitante, cioè di un istituto che fa emergere la logica della funzionalizzazione anche nelle fase di esecuzione contrattuale.

regolamento contrattuale di previsioni già previste nella legge, che dovrebbero avere un carattere non derogabile.

L'effetto del recesso prescinde dal consenso del destinatario: tale situazione, però, non consente di costruire il recesso come atto imperativo, ma è consustanziale alla dinamica di produzione degli effetti del diritto potestativo inteso come potere determinante. Una simile attitudine del recesso comporta un'adeguata attenzione alla fase in cui la P.A. matura la volontà di esercitarlo. La dottrina sul potere, cui si fa riferimento, ha qualificato questa preoccupazione come introduzione di presidi di conoscibilità dell'*agere* della P.A.: una simile decisione - per quanto espressa attraverso un atto privatistico - deve svolgersi in forme analoghe a quelle procedimentali, essere aperta alla partecipazione del privato e concludersi con la dimostrazione di aver preso in considerazione al suo interno sia la posizione del soggetto inciso che il perseguimento del pubblico interesse, con particolare attenzione all'economicità del risultato amministrativo ed alla giustificazione delle spese che il recesso comporta[70].

Da questo punto di vista, anche la circostanza che il recesso non possa essere immediato costituisce uno strumento aggiuntivo di recupero di garanzia nei confronti dell'amministrato. In prosecuzione di questa prima osservazione, il privato deve essere messo nelle condizioni di tentare di persuadere l'Amministrazione del fatto che il recesso non sia la soluzione migliore e sul punto deve essere dato un adeguato riscontro alle sue osservazioni. Sostanzialmente, la dimensione della P.A. e della funzione di cura del pubblico interesse trova un riscontro non nell'atto, ma nell'attività preparatoria dello stesso. Il recesso, infatti, può essere particolarmente sintetico purché, però, contenga il riferimento agli atti presupposti che giustifichino la ragione del suo esercizio anche per il tramite di una confutazione dei contributi del privato. Pertanto, il recesso della P.A. è positivamente sottoposto a cautele di tipo formale e sostanziale che lo differenziano da quello esercitabile dagli altri soggetti dell'ordinamento, senza però alternarne la natura di atto negoziale.

La partecipazione è - per così dire - conseguenza dello statuto ontologico del soggetto amministrativo, ma non ne qualifica l'azione; inoltre, essa pare necessaria anche alla P.A. ed ai suoi funzionari qualora siano chiamati a rendere ragione delle loro scelte nelle differenti ipotesi di responsabilità previste dall'ordinamento a loro carico.

Ora, la circostanza che sia consentita al privato la partecipazione anche in esercizio di attività amministrativa di diritto privato sembra particolarmente interessante a chi scrive: se infatti, l'amministrato è titolare di un mero *pati* quando il recesso viene esercitato, ha potenziali possibilità più ampie quando la P.A. avvia il procedimento alla base del recesso. Rispetto all'effettiva consistenza di questa situazione giuridica (o, per meglio dire, di questa parentesi nella vita della stessa) - la quale non pare, tuttavia, poter assurgere al rango di interesse legittimo - si nutrono dubbi: ciò che, invece, pare possibile esprimere è che lo scrutinio dell'A.G.O. sulla buona fede e sulla correttezza del comportamento tenuto dalla P.A. non potrà prescindere da una dimostrazione sull'avvenuta considerazione degli apporti del privato. Al pari, si è perplessi se il sindacato debba arrestarsi a questo dato formale o possa entrare nel merito della scelta: chi scrive, al momento, propende per la prima soluzione perché una verifica analoga non è possibile rispetto alle decisioni dei privati, con ovvia eccezione dei casi di manifesta abusività delle condotte. Un altro elemento interessante è che il diritto potestativo ha strutturalmente lo stesso effetto di un potere costitutivo, benché non sia espressione di

[70] Una tesi analoga è stata formulata anche da G. SEQUI, *Il recesso cit*., p. 640, che ritiene necessario prima del recesso "*un momento istruttorio che confluisce in una motivazione*".

imperatività. Sembra che quest'aspetto - per spostarsi al secondo quesito oggetto del presente contributo - serva a differenziare il recesso dalla revoca, giacché il primo non costituisce espressione di sovranità.

In effetti, i confini tra revoca e recesso sarebbero a parere di chi scrive nel fatto che la prima non può operare dove arriva il secondo, cioè in relazione a contratti.

Questa logica biunivocamente escludente è, però, sottoposta ad un'importante limitazione.

Un aspetto, che deve essere approfondito in questa disamina tra figure finitime, ha infatti a che fare con l'ipotesi di revoca di atti istantanei incidenti su rapporti negoziali[71]. Sostanzialmente, questa tipologia di revoca può essere utilizzata affinché le P.A. si liberino dai vincoli negoziali senza aggredire direttamente questi ultimi (a differenza del recesso *de quo*), ma per il tramite della rimozione - anche per motivi non sopravvenuti - dei provvedimenti a monte degli stessi con un'impropria valenza retroattiva degli effetti del provvedimento di secondo grado ed in adesione alla teoria del doppio grado, secondo cui il rapporto contrattuale con la P.A. sarebbe doppiato da un provvedimento di individuazione del contraente[72]. In disparte da questi aspetti di teoria generale, va pure ricordato che in questo caso ci sarebbe (pur sempre a fronte di un atto lecito) un indennizzo in favore del privato a tutela non già di un interesse legittimo, ma di un diritto soggettivo, tutela assente - almeno da un punto di vista legislativo - nel recesso.

Tale limitazione non pare coerente con un meccanismo che postula pur sempre un "pentimento" (si usa l'espressione per coprire il *proprium* del recesso rimediale, che coincide almeno parzialmente con il campo di applicazione della revoca) rispetto ad un precedente assetto di interessi e che dovrebbe quantomeno permettere il reintegro del danno emergente anche quale effetto della violazione di un canone di buona fede/responsabilità precontrattuale da parte della P.A. committente; da questo punto vista, la disciplina prevista per i contratti pubblici è più coerente con un canone di giustizia sostanziale rispetto a quella generale.

Le suesposte argomentazioni rendono possibile un'ipotesi conclusiva sull'istituto del recesso.

Per chi scrive l'art. 21 *sexies* è una norma speciale, che conforma - a tutela degli interessi generali - la capacità giuridica di diritto privato della P.A. e costituisce una specificazione di quanto disposto dall'art. 11 cod. civ., qui inteso come clausola di limitazione delle possibilità di esercizio dei diritti riconosciuti dall'ordinamento ai soggetti ricadenti nelle categorie di Amministrazioni[73].

Pare a chi scrive che sia questa la disposizione, a cui occorra far riferimento nell'analisi della figura al fine di:

i. identificare la stessa come di fonte legale;

ii. ritenere il recesso esercizio di un diritto potestativo;

iii. escludere che sia espressione di un'autonomia negoziale, ma di una capacità generale di diritto privato, in coerenza con il testo codicistico, che mira alla disciplina del godimento *secundum legem* dei

---

[71] Art. 21 *quinquies*, c. 1 *bis* l. 241 1990: "*Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico*". Si veda in tema il già citato G. LA ROSA, *Lo scioglimento cit*., *passim*.

[72] S. FANTINI, *La revoca dei provvedimenti incidenti su atti negoziali*, in *Dir. amm*., 2009, p. 1 ss.

[73] In coerenza con quanto notato da F. LIGUORI, *Appunti cit*., che da un lato ritiene che le P.A. non siano dotate di autonomia, ma di "*capacità di agire anche con gli strumenti di diritto privato unicamente per finalità determinate dalla legge*", p. 187 e dall'altro individua nell'art. 11 cod. civ. la chiave di volta del sistema, p. 189.

diritti da parte delle Amministrazioni e non al conferimento in loro favore di una libera capacità di disposizione degli stessi.

Analogo ragionamento può essere effettuato oggi in riferimento all'art. 123 del d. lgs. 36 2023.

In effetti, questa ricerca può chiudersi con la proposta dell'art. 11 cod. civ. come possibile fonte positiva del particolare statuto giuridico della P.A. estraneo agli strumenti pubblicistici: sin dal codice civile sarebbe chiara l'esistenza di una distinzione tra questi ultimi e l'attività delle Amministrazioni, che si traduce in un esercizio di capacità giuridica di diritto privato, la quale viene immediatamente qualificata come speciale.

Sia la legge generale sul procedimento che il codice dei contratti - per restare all'istituto qui in esame - configurerebbero, quindi, una (differente) struttura del recesso, che adatta l'istituto alle P.A. e ne identifica le modalità di esercizio da parte degli Enti pubblici. Nelle due disposizioni sono poi subito evidenziate la finalità e la *ratio* dell'istituto, che risultano grazie a questa specifica configurazione differenti da quello che i privati possono utilizzare. Esse, in conclusione, conferiscono alle P.A. una capacità d'agire speciale su cui il recesso viene rimodulato.