

TRATTATO DI DIRITTO COMMERCIALE

fondato da Vincenzo Buonocore

diretto da Renzo Costi

Sezione II - Tomo 3.III

ANTONIO ALBANESE

L'APPALTO



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

CAPITOLO I

IL CONTRATTO

SOMMARIO: 1. L'appalto dal codice abrogato al codice attuale. – 1.1. Gli appalti di grandi opere: profili pubblicistici e internazionalistici. – 2. Gli effetti obbligatori dell'appalto. – 3. Appalto e impresa: l'organizzazione dei mezzi necessari. – 3.1. Appalto e professionalità. – 4. L'autonomia dell'appaltatore. – 4.1. ... e la gestione a proprio rischio. – 5. Contratto a esecuzione prolungata. – 5.1. Risoluzione del contratto e restituzioni. – 6. Appalto a effetti reali. – 6.1. L'accessione invertita. – 7. Contratto oneroso: il pagamento del prezzo. – 7.1. Appalto gratuito e donazione indiretta. – 7.2. Appalto, obbligazioni naturali e arricchimento senza causa. – 7.3. La determinazione del corrispettivo. – 8. Contratto non aleatorio. – 9. Contratto non formale. – 9.1. Gli appalti di costruzione di immobili su suolo dell'appaltatore. La tutela degli acquirenti di immobili da costruire. – 9.1.1. I "fabbricati al rustico". – 10. L'oggetto del contratto di appalto: possibilità. – 10.1. Liceità. In particolare: l'appalto per la costruzione di un immobile abusivo. – 10.2. Determinabilità. – 11. Appalto di opere e appalto di servizi. – 11.1. Rilevanza pratica della distinzione tra appalti di opere e appalti di servizi. – 11.2. Gli appalti di servizi a prestazione continuata (art. 1677 c.c.). – 11.3. Ambito operativo delle norme dettate per l'appalto e della disciplina della somministrazione. – 12. Appalti privati e appalti pubblici. – 12.1. Contaminazioni tra disciplina generale codicistica e disciplina speciale degli appalti pubblici. – 12.2. Verso il nuovo Codice dei contratti pubblici: lo Schema di Codice redatto dal Consiglio di Stato.

1. *L'appalto dal codice abrogato al codice attuale*

L'appalto era sommariamente disciplinato all'art. 1625, n. 3, e agli artt. 1634 ss. del codice del 1865, il quale, seguendo la tradizione romanistica, assimilava la prestazione di un'attività materiale al godimento di una cosa e inseriva l'appalto nel generale e unitario schema della locazione, al cui interno riconduceva le tre figure della *locatio rei* (locazione e affitto), della *locatio operarum* (lavoro dipendente) e della *locatio operis* (appalto, trasporto, deposito, mandato, commissione, spedizione, agenzia, mediazione, sequestro convenzionale, lavoro autonomo).

Si tratta di categorie che hanno resistito anche in epoca più recente sul piano teorico, sotto l'impero del nuovo codice. Nei contratti rientranti nella *locatio operis*, l'attività imprenditoriale è caratterizzata dalla funzione di soddisfare i bisogni del mercato mediante la prestazione di un risultato, sia che esso consista nel compimento di una determinata opera sia che consista nella prestazione di un servizio. Alcuni contratti, come l'appalto e il contratto d'opera, hanno per oggetto la prestazione di un risultato indifferenziato; altri, come quelli di trasporto, di albergo, di noleggio, di

deposito, di rimorchio, ecc., hanno a oggetto la prestazione di un risultato tipico e ben individuato. Ma l'appalto si caratterizza, assieme al contratto d'opera, per un ulteriore connotato che manca agli altri contratti di risultato: il potere di ingerenza del committente, sotto forma di controllo dell'attività della controparte diretta al risultato; pur senza giungere alla forma di preposizione che contraddistingue, invece, il contratto di lavoro¹. Il potere del committente, infatti, non si limita alla verifica della corrispondenza dell'opera al progetto, quando l'opera sia compiuta, ma si esplica già durante l'esecuzione dei lavori: attraverso verifiche, variazioni al progetto originario, diritto di recesso unilaterale dal contratto.

Già nel vigore del vecchio codice erano risultate evidenti le difficoltà applicative derivanti dalla commistione tra le specifiche regole sull'appalto e le altre norme in materia di locazione delle opere, nonché l'insufficienza della disciplina dettata, a fronte di una prassi in continua evoluzione e di una elaborazione giurisprudenziale sempre più copiosa e variegata; tant'è che, ove possibile, si tentava di colmare le lacune normative dell'appalto privato per mezzo dell'applicazione analogica delle regole, più minuziose e attente alla pratica, degli appalti pubblici.

La medesima penalizzazione subivano, d'altronde, gli altri due maggiori contratti di prestazione d'opera: il trasporto, per il quale pareva salvifico il richiamo alle norme del codice di commercio (artt. 388 ss. cod. comm. 1889); il contratto di lavoro, al quale meglio si attagliava la legislazione speciale, più adeguata a regolare un fenomeno in continuo divenire.

Il codificatore del 1942 ha scelto di tipizzare, in relazione alla distinta funzione economico-sociale, e di trattare autonomamente, non soltanto la locazione di cose (artt. 1571 ss. c.c.), ma anche i contratti aventi a oggetto una prestazione d'opera: il contratto di lavoro subordinato (art. 2094 ss.), il contratto d'opera (art. 2222 ss.), l'appalto. Il tipo della locazione è dunque divenuto, con l'avvento dell'attuale codice, del tutto estraneo al tipo dell'appalto, che mantiene piuttosto, anche in funzione di integrazione normativa per via analogica, stretti punti di contatto con gli altri rapporti di prestazione d'opera.

L'attuale codice civile, all'art. 1655, definisce l'appalto come «il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro».

La raggiunta autonomia dell'appalto rappresenta, rispetto all'antichissima e cristallizzata visione accolta dal vecchio codice, un fondamentale contributo in termini di comprensione dell'istituto, anche in rapporto alla sua differenziazione da figure contrattuali affini. Permangono tuttavia, nonostante le definizioni legali dei diversi schemi contrattuali, alcuni dubbi interpretativi, con particolare riguardo ai rapporti che intercorrono tra l'appalto e il contratto di lavoro, la compravendita, la somministrazione, il mandato, il contratto d'opera (cap. II). È invece indubbio che, data la

¹ MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, I, tomo I, Milano, 1954, p. 194 s.; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1950, p. 490 s. Cfr., per l'antica collocazione dell'appalto, VITALEVI, *Della locazione di opera e più specialmente degli appalti*, Torino, 1876; MASI, «*Locazione in generale: a) Storia*», in *Enc. dir.*, Milano, 1974, p. 907 ss.

latitudine del concetto legislativo di appalto, ne siano sottospecie il deposito e il trasporto: si tratta, in particolare, di sottospecie dell'appalto di servizi, affidate a un'apposita regolamentazione in virtù del loro peculiare contenuto.

L'appalto costituisce un contratto tipico consensuale, a titolo oneroso e a effetti obbligatori personali, con corrispettività delle prestazioni dedotte, commutativo e a esecuzione prolungata; nonché a forma libera: non è necessaria la forma scritta né *ad substantiam* né *ad probationem*.

Esso è contrassegnato dall'esistenza di un'organizzazione a impresa che riflette l'autonomia dell'appaltatore, il quale esplica la sua attività, nell'esecuzione dell'opera assunta, con propria organizzazione, apprestandone i mezzi e curandone le modalità di intervento, e assumendosi il rischio economico.

I profili ora indicati sono interdipendenti e costituiscono ciascuno il riflesso degli altri²: la gestione a proprio rischio è finalizzata all'ottenimento del risultato, per il cui raggiungimento occorre che l'appaltatore goda di autonomia, rispetto al committente, nella predisposizione di una propria organizzazione dei mezzi.

Questi peculiari caratteri sono anche fondamentali, talvolta singolarmente considerati, talaltra combinati tra loro, per distinguere l'appalto dalle numerose figure contrattuali che gli sono affini³.

Dall'appalto hanno nel tempo preso vita autonome figure contrattuali, tipiche o atipiche. Basti pensare al trasporto, al deposito, al noleggio, al contratto di organizzazione di viaggi, tutti riconducibili al modello degli appalti di servizi. Ancora, non sono altro che specifiche applicazioni dell'appalto, alcuni contratti di larga diffusione come quelli per i servizi di vigilanza, quelli di pulizie, quelli di subfornitura, quelli di consulenza stipulati con le imprese, quelli di assistenza alle imprese.

Altre figure, non meno rilevanti, sono annoverate tra i contratti misti all'appalto: i contratti d'albergo, di ristorazione (diverso da quelli di *self service* e *fast food*, che rientrano nella somministrazione), di spettacolo, di servizi autostradali, di garage-autorimessa, di ormeggio barche, di agenzia pubblicitaria e di concessione di pubblicità, i contratti di amministrazione (ad es. di condomini), di servizio di pompe

² RUBINO, *L'appalto*⁴, con aggiornamenti di Moscati, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, VII, 3, Torino, 1980, p. 8 ss. Cfr. CAGNASSO, *Il contratto di appalto*, in *Contratti commerciali* a cura di Cottino, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, XVI, Padova, 1991, p. 665; MASCARELLO, *Il contratto di appalto*, Milano, 2002, p. 10; MOSCARINI, *L'appalto*, in *Tratt. Rescigno*, 11, Torino, 1984, p. 705; GIANNATTASIO, *L'appalto*², in *Trattato dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu-F. Mes-sineo-L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 1977, p. 5; MUSOLINO, *sub art. 1655, Nozione*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dei singoli contratti*, vol. II, a cura di D. Valentino, Torino, 2011, p. 3.

³ Cfr. MANGINI-RUDAN BRICOLA, *Il contratto di appalto. Il contratto di somministrazione*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1972, p. 14 ss. MOSCARINI, *Linee evolutive del contratto di appalto*, in *Il contratto internazionale d'appalto*, contributi raccolti da Draetta-Vaccà, Milano, 1992, p. 7, osserva che l'appalto «è una parola polisensa, che nella significazione dominante designa un "tipo negoziale" ben definito, ma nel contempo è usata anche per indicare uno schema strutturale adibito per la definizione di altri tipi, come nella nozione di "appalto di somministrazione" e "appalto di forniture"». Sull'appalto di forniture e la sua distinzione dalla vendita, v. GRAPPELLI, *Le peculiarità dei contratti di appalto di forniture e rispetto ai contratti di compravendita: il pagamento dell'indennità ex art. 1671, cod. civ.*, in *Riv. trim. appalti*, 2021, p. 408.

funebri, di gestione di punti vendita (ove prevale il profilo della commissione a vendere), di servizi autostradali, gli accordi di assistenza e prestazioni sanitarie stipulati con case di cure e ospedali, ecc. Tra i più nuovi modelli contrattuali riconducibili all'appalto è possibile annoverare i contratti per la fornitura di *hardware* e *software*, i contratti per l'assistenza e la manutenzione dei grandi sistemi informatici, l'*outsourcing*, il contratto di abbonamento a una *pay-tv*, i contratti di agenzia pubblicitaria, il contratto di accesso a Internet, i contratti di abbonamento a servizi culturali, formativi o sportivi, il *catering* e il *banqueting*. Sempre allo schema dell'appalto si è ricondotto il contratto di *engineering*, ove la prestazione di fare consiste nell'elaborazione di un progetto edilizio o industriale (*engineering* consultivo) o anche nella sua completa realizzazione «chiavi in mano» (*engineering* commerciale). (V. cap. II, par. 12).

La riconducibilità all'appalto va peraltro vagliata caso per caso in ragione della concreta natura dell'oggetto del contratto.

Quanto al *catering*, ad esempio, è corretta la qualificazione in termini di appalto quando il contratto preveda la ristorazione con preparazione dei pasti *in loco*. Ma se il confezionamento dei pasti avviene all'esterno, e quindi l'obbligazione si risolve nella prestazione periodica di cose (pasti preconfezionati), senza che sia prevista la cottura *in loco* dei cibi, né l'approntamento delle mense, né il servizio a tavola, si tratta in realtà di un contratto di somministrazione (art. 1559 ss. c.c.)⁴.

Come questo esempio dimostra, la grande ampiezza dell'oggetto dell'appalto impone una particolare cautela nel delineare i confini con gli altri contratti (v. cap. II).

Di ciò è conscio anche il codificatore recente, che ha appena introdotto una norma, l'art. 1677-*bis*, dedicata al caso specifico della logistica, ove l'oggetto dell'appalto si compone di una pluralità di servizi congiunti che comprendono le attività di ricezione, deposito, custodia, spedizione, trasferimento e distribuzione di beni di un altro soggetto. La novella stabilisce che alle attività di trasferimento di cose da un luogo a un altro si applicano le norme relative al contratto di trasporto, in quanto compatibili⁵. (V. cap. II, par.7.1).

⁴La descritta distinzione, basata sulle due diverse tecniche di confezionamento dei pasti, è sostenuta dalla dottrina prevalente: per tutti, PITTALIS, *Catering*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, in Trattato diretto da Galgano, II, Torino, 1995, p. 1022 ss. In senso contrario, R. BOCCHINI, *La somministrazione di servizi*, Padova, 1999, p. 127 ss., il quale partendo dalla premessa che il nostro ordinamento ammetterebbe la somministrazione di servizi, colloca il *catering* all'interno di tale figura.

Un esempio di quanto esposto nel testo è dato dall'impresa di *catering* che si impegna a fornire un determinato numero di pasti predisposti quotidianamente presso le cucine dell'appaltatore e consegnati ai diversi plessi scolastici, per sopperire alle esigenze della refezione scolastica. Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2000, n. 289, in *Foro amm.*, 2000, p. 70, ha qualificato il contratto come di somministrazione e ha di conseguenza ritenuto legittima la richiesta, da parte del Comune appaltante, del certificato d'iscrizione alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura dell'impresa partecipante, da cui risultasse che la stessa esercitava l'attività di produzione di alimenti precotti ed altro, anziché un servizio di ristorazione per conto di enti pubblici e collettivi (o, il che è lo stesso, di refezione scolastica). Trib. Venezia, 12 aprile 1994, in *Dir. Trasporti*, 1996, p. 241, con nota di Fogliani, definisce il *catering* come contratto misto di somministrazione e appalto, in una fattispecie in cui l'obbligazione del fornitore nei confronti dell'armatore consisteva nel somministrare il vitto all'equipaggio e nel fornire gli approvvigionamenti necessari per tutta la durata del viaggio.

⁵Per un approfondito contributo sul contratto di logistica, si vedano ZUNARELLI, *Il contratto di lo-*

Già da questi esempi si comprende la duttilità dello schema dell'appalto, che oltre a costituire la figura più importante di scambio di un fare contro prezzo, può essere considerato un "contratto madre", per la sua capacità di adattarsi a una parte consistente dei contratti atipici⁶.

Nel rapporto di appalto possono poi inserirsi molteplici attività caratteristiche di altri rapporti, come quelle di trasporto e custodia, o prestazioni d'opera intellettuale, come la predisposizione del progetto dell'opera. Le attività intellettuali differiscono in ogni caso dal concetto di appalto, perché hanno a oggetto prestazioni strettamente personali da cui esulano sia il compimento di attività meramente materiali sia l'organizzazione imprenditoriale (artt. 2229 ss.). Occorrerà valutare caso per caso in quale misura tali attività, inserendosi nel rapporto di appalto, dovranno assoggettarsi alle norme proprie di questo, in quanto compatibili, e a quelle loro peculiari, o, piuttosto, formeranno oggetto di distinti rapporti, complementari a quello di appalto.

Le obbligazioni che discendono dall'appalto sono così suddivisibili: grava sull'appaltatore il compimento dell'opera con organizzazione dei mezzi necessari e gestione a proprio rischio, mentre pertiene all'appaltante l'obbligo di corrispondere il prezzo. Si tratta di un contratto tipicamente oneroso atteso che, come previsto dall'art. 1655 c.c., il compimento dell'opera o del servizio avviene verso un corrispettivo in danaro; nonché di un contratto a prestazioni corrispettive ed essenzialmente obbligatorio, perché fa nascere in capo a entrambe le parti l'obbligo di eseguire una prestazione.

È quindi corretto qualificare l'appalto come un contratto bilaterale, con effetti obbligatori, a prestazioni corrispettive. La controprestazione consiste nel pagamento di una somma di denaro, il c.d. prezzo d'appalto.

Si applicano le regole generali valide per i contratti a prestazioni corrispettive⁷.

Dalla natura di contratto a prestazioni corrispettive, deriva che il contratto di appalto è suscettibile di cessione ai sensi degli artt. 1406 ss. c.c. (v. *infra*, cap. III, par. 8) e che, in applicazione dell'art. 2558 c.c., in caso di cessione di azienda, si verifica l'automatico subentro del cessionario anche nel contratto di appalto⁸.

gistica: un ulteriore esempio della fuga dai tipi legali nel diritto dei trasporti, in *Resp. comunic. impresa*, 1996, p. 57 ss.; BRIGNARDELLO, *Tipicità e atipicità nei contratti di prestazione di servizi logistici*, in *Dir. marittimo*, 1997, p. 325 ss.

⁶RUBINO, *L'appalto*⁴, cit., p. 21. Sull'importanza economica, sociale e giuridica dell'appalto, v. anche VITALI, *Dell'appalto*, in *Commentario teorico-pratico al codice civile*, diretto da V. De Martino, Noara-Roma, 1973, p. 11.

⁷In ossequio ai principi generali in materia di contratti a prestazioni sinallagmatiche, se il committente rifiuta ingiustificatamente di pagare il residuo corrispettivo, l'appaltatore può legittimamente rifiutare, giacché *inadimplendi non est adimplendum*, di consegnargli la restante parte dell'opera, senza che ciò legittimi il committente ad addurre la mancata accettazione di essa per escludere il suo inadempimento (cfr. Cass., 11 aprile 2013, n. 8906, in *Contratti*, 2013, p. 391; Cass., 4 maggio 1982, n. 2738, in *Mass. Giur. it.*, 1982, in relazione a un appalto relativo a cose mobili; Cass., 29 agosto 1997, n. 8235, in *Contratti*, 1998, p. 141, con nota di GUERINONI, *Inadempimento del committente e rifiuto dell'appaltatore di consegnare l'opera*).

⁸App. Bologna, 8 maggio 2019, in *www.leggiditalia.it*. Parimenti, a seguito di un contratto di affitto di ramo di azienda, l'affittuario subentra nel contratto di appalto pertinente all'azienda affittata (Cass., 5 dicembre 2018, n. 31466, in *CED Cassazione*, 2018).

Nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive, costituisce strumento di carattere eccezionale la facoltà di recesso riservata dall'art. 1671 c.c. al committente (cap. VI, par. 2); ma la sua giustificazione risiede nella rilevanza dell'elemento subiettivo di tale tipologia contrattuale, nella quale «il risultato che si vuole realizzare è essenzialmente rimesso all'apprezzamento del committente, nel cui interesse l'opera viene compiuta»⁹. Da qui, il diritto del committente di rinunciare persino al risultato nonostante l'inizio dell'esecuzione dell'opera o della prestazione del servizio (purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno).

La cessazione del rapporto contrattuale si ha con l'ultimazione dei lavori e il passaggio dell'opera in proprietà del committente. All'accettazione, che costituisce negozio unilaterale recettizio con cui il committente manifesta, anche per *facta concludentia*, il gradimento dell'opera, seguono molteplici effetti: oltre al diritto al pagamento del corrispettivo a favore dell'appaltatore, il passaggio del rischio per perimento o deterioramento dell'opera (art. 1673 c.c.) e l'esonero dell'appaltatore dalla garanzia per le difformità e i vizi, ove i vizi fossero conosciuti o riconoscibili, purché, in quest'ultimo caso, non taciuti in mala fede (art. 1667 c.c.).

L'interesse del committente trova soddisfazione al momento della produzione dell'effetto traslativo, nonostante l'esecuzione sia dilatata nel tempo. La durata della prestazione dell'appaltatore è determinata in funzione dell'*opus* dovuto, avendo inizio con la consegna dei lavori e terminando con l'ultimazione di questi e, quindi, con il passaggio della proprietà in capo all'appaltante.

Da qui la efficace definizione, coniata dalla dottrina e accolta dalla giurisprudenza, di contratto a esecuzione prolungata¹⁰.

L'appalto costituisce dunque l'archetipo dei contratti d'impresa a esecuzione prolungata ed è legittimo sia indagare la relazione intercorrente tra tale sua natura e le peculiari regole che lo governano sia domandarsi se quelle peculiari regole non debbano o possano essere estese ad altri rapporti d'impresa, tipici o atipici, in cui la posizione delle parti non rimane cristallizzata con la stipulazione del contratto, ma può modificarsi durante lo svolgimento del rapporto, in relazione a esigenze sorte in epoca successiva. Un'indagine, può anticiparsi, che risulta di estremo interesse, in particolare, con riguardo alla possibilità di estendere ad altri contratti il diritto di richiedere la revisione del corrispettivo che l'art. 1664 c.c. riconosce all'appaltatore

⁹G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1950, p. 490 s.

¹⁰La definizione è stata proposta da RUBINO, *op. cit.*, p. 209 ss., e ha avuto largo seguito in dottrina (tra i tanti: CAGNASSO, voce *Appalto nel diritto privato*, in *Disc. priv., sez. comm.*, I, Torino, 1987, p.166; RESCIGNO, voce *Appalto. I) Diritto privato*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, p. 4; SCACCHI, voce *Appalto. I) Diritto privato* (voce aggiornata), *ivi*, 2006, p. 2; POLIDORI, *Appalto*, in *Tratt. Dir. Civ. CNN* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2015, p. 31) e in giurisprudenza (solo per citare l'ultimo intervento: Trib. Imperia, 15 dicembre 2021, in www.leggiditalia.it). In senso contrario, ritiene MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. Utet*, Libro IV, tomo 3°, Torino, 1991, p. 423, nota 3, che non sia necessaria la costruzione di una particolare categoria di contratti ad esecuzione prolungata: «Il rilievo che l'appalto non è contratto ad esecuzione continuata o periodica attiene alla inapplicabilità dell'art. 1458 che, nel caso di risoluzione, fa salve le prestazioni già eseguite, (...) non alla applicabilità dell'art. 1467, che include i contratti ad esecuzione differita».

se mutano i prezzi della mano d'opera e dei materiali o se insorgono difficoltà non previste che rendano notevolmente più onerosa l'esecuzione dell'opera.

È sempre la sua natura di contratto a esecuzione prolungata che giustifica gli elementi più caratteristici dell'appalto: non solo opera più largamente il potere unilaterale di recesso, ma il rispetto dei patti contrattuali (art. 1372, 1° comma, c.c.) non è così rigoroso, giacché essi restano fermi soltanto se non sopravvengano circostanze impreviste o imprevedibili che modifichino l'equilibrio economico concordato (art. 1664 c.c.). Ancora, è la natura di contratto a esecuzione prolungata che ne spiega lo *ius variandi*, perché neanche il progetto è invariabile (artt. 1659-1661 c.c.), e che giustifica come, pur non essendo un contratto aleatorio, l'alea normale abbia valore più spiccato che negli altri contratti.

1.1. *Gli appalti di grandi opere: profili pubblicistici e internazionalistici*

La presente opera riguarda l'appalto privato, vale a dire i contratti di appalto conclusi tra soggetti privati. Principi diversi regolano l'appalto di opere pubbliche, che si caratterizza per essere, l'appaltante, lo Stato o un ente pubblico e per essere, l'opera, destinata a soddisfare un interesse della collettività. L'appalto pubblico è regolato da numerose leggi speciali (e al momento, in particolare, dal d.lgs. n. 50/2016, c.d. «codice dei contratti pubblici», che è tuttavia in procinto di essere sostituito da un nuovo «Codice»: v. par. 12.2). Alcune sue regole generali saranno sintetizzate al par. 12, con le peculiarità che vanno dal momento dell'aggiudicazione a quello del collaudo, ove sono rispecchiati i principi dei contratti conclusi dalla P.A. Esso è regolato anche dai capitoli generali, che disciplinano la nascita e lo svolgimento del rapporto.

L'opinione prevalente conferisce all'appalto pubblico, nonostante ne costituiscono presupposto degli atti amministrativi, natura di contratto di diritto privato. Va detto che il legislatore ha fatto ampio ricorso, nel regolare l'appalto privato, a principi che connotavano gli appalti di opere pubbliche; si devono alla disciplina tradizionale dell'appalto pubblico, ad esempio, diritti che il vigente codice civile ha attribuito al committente anche negli appalti privati, come la facoltà di imporre variazioni al contratto durante la sua esecuzione (art. 1659-1661) e quella di recedere *ad nutum* (art. 1671). Ciò ha contribuito ad avvicinare ulteriormente le due figure di appalti, pubblici e privati.

Ne deriva che alcune delle norme dettate dal codice civile per l'appalto privato e molte delle considerazioni che saranno svolte nel presente Volume valgano anche, nei limiti della compatibilità con la normativa speciale, per gli appalti pubblici.

La contaminazione tra i due tipi, appalto privato e appalto pubblico, è più forte negli appalti privati di grandi opere, che spesso contemplano un bando e la selezione delle ditte appaltanti a mezzo di una gara. Nell'appalto aggiudicato mediante gara, le clausole attinenti allo svolgimento del rapporto, che siano contenute nel bando della gara medesima, costituiscono parte integrante del contratto. Il contratto di appalto, in quei casi, configura il momento terminale di una fattispecie negoziale a formazione successiva, che si apre con il predetto bando, in ordine al quale l'appal-

tatore ha già manifestato il suo assenso con la partecipazione alla gara¹¹. Sono fatte comunque salve le espresse disposizioni in senso contrario, del contratto stipulato con il vincitore della gara.

Una particolare complessità tecnica e procedurale caratterizza poi i contratti internazionali di appalto, i quali spesso concernono «la realizzazione di opere aventi la finalità di soddisfare un pubblico interesse, in cui committente è lo Stato o un altro ente pubblico»¹².

L'articolata procedura, in tali casi, prende le mosse dall'aggiudicazione a favore di un determinato appaltatore.

In riferimento, però, alla parte sostanziale del rapporto tra il committente e l'appaltatore aggiudicatario, nonostante lo sforzo di armonizzazione condotto nell'ambito della regolamentazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, essa rimane priva di disciplina, in assenza di un'apposita convenzione di diritto privato uniforme.

È stata quindi la prassi a colmare tale vuoto, grazie alla predisposizione di modelli contrattuali standard, tra i quali si segnalano, per l'appalto di costruzioni, quelli elaborati dalla FIDIC (*Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils*)¹³.

Quanto, infine, alla collocazione dell'appalto privato nel diritto internazionale privato dell'Unione europea, manca una norma di conflitto ad esso specificamente dedicata, sicché va applicata la disciplina generale delle obbligazioni contrattuali.

L'art. 57 della legge 31 maggio 1995, n. 218, in merito alle obbligazioni contrattuali statuisce: «1. Le obbligazioni contrattuali sono in ogni caso regolate dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, resa esecutiva con la legge 18 dicembre 1984, n. 975, senza pregiudizio delle altre convenzioni internazionali, in quanto applicabili». La legge italiana di diritto internazionale privata fa quindi rinvio alle norme della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 (c.d. Roma I) e, deve ritenersi, al c.d. Regolamento Roma I, sostitutivo della Convenzione (Reg. CE 17 giugno 2008, n. 593/2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, pubblicato nella G.U.U.E. il 4 luglio 2008, n. L 177).

Le parti di un contratto che presenti elementi di internazionalità – il che è particolarmente frequente negli appalti di costruzione di grandi opere – sono innanzi tutto libere di scegliere la legge applicabile ai loro rapporti. L'art. 3 del cit. Regolamento Roma I, rubricato «Libertà di scelta», dispone infatti che «il contratto è disciplinato dalla legge scelta dalle parti. La scelta è espressa o risulta chiaramente

¹¹ Cass., 20 gennaio 1976, n. 160, in *Mass. Giust. civ.*, 1976.

¹² BALESTRA, *Le regole applicabili alla formazione del contratto internazionale di appalto: standard internazionali e discipline nazionali*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 634. Cfr. in tema: ZICCARDI, *L'appalto internazionale. Questioni normative e di pratica*, Torino, 2002; DRAETTA – VACCÀ (cur.), *Il contratto internazionale d'appalto*, Milano, 1992; BUCCI, *L'appalto internazionale*, in *Manuale di diritto commerciale internazionale*, a cura di Patroni Griffi, Milano, 2012, p. 187; VACCÀ, *Appalto internazionale*, in Frignani, *Il diritto del commercio internazionale*, II ed., Milano, 1990, p. 344; KLECKNER, *L'appalto internazionale*, in Alpa e Bessone (a cura di), *I contratti in generale. I contratti atipici*, II, Torino, 1991, p. 925; MUSOLINO, *L'appalto internazionale*, Milano, 2003; CALABRESI, *Il dispute board nei contratti internazionali d'appalto*, in *Dir. comm. internaz.*, 2009, p. 753.

¹³ BALESTRA, *op. cit.*, p. 634.

dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso. Le parti possono designare la legge applicabile a tutto il contratto ovvero a una parte soltanto di esso».

L'autonomia dei contraenti rappresenta quindi la regola. Tale autonomia può senz'altro spingersi, anche, fino a prevedere un frazionamento della legge regolatrice dell'appalto (c.d. *dépeçage*), rinviando a una legge nazionale per taluni aspetti e ad altra legge per diversi profili.

Qualora, invece, le parti non abbiano provveduto con apposite clausole alla scelta della legge (o delle leggi) applicabili, ai sensi delle summenzionate fonti normative il contratto è regolato dalla legge del Paese con il quale presenta il collegamento più stretto. E si presume che il contratto presenti il collegamento più stretto col Paese in cui la parte che deve fornire la prestazione caratteristica ha, al momento della conclusione del contratto, la sua residenza abituale o, se si tratta di società, la propria amministrazione centrale. (La presunzione predetta viene meno solo «quando dal complesso delle circostanze risulta che il contratto presenta un collegamento più stretto con un altro Paese») ¹⁴.

Ciò significa che la legge applicabile a un contratto internazionale di appalto, in assenza di diversa pattuizione, sarà quella del Paese in cui è situata la sede dell'appaltatore, in quanto parte che nell'esercizio della sua attività economica fornisce la prestazione caratteristica del contratto. A questa conclusione pare agevole pervenire giacché, riguardo agli appalti di servizi, vale quanto disposto dal cit. Regolamento Roma I all'art. 4, par. 1, lett. *b*): «il contratto di prestazione di servizi è disciplinato dalla legge del paese nel quale il prestatore di servizi ha la residenza abituale». Con riguardo, invece, ad ogni altro appalto, poiché non esiste alcun richiamo negli ulteriori paragrafi della predetta norma, si applica il 4° e ultimo par. dell'articolo, ai cui sensi, in via residuale, «Se la legge applicabile non può essere determinata a norma dei paragrafi 1 o 2, il contratto è disciplinato dalla legge del paese con il quale presenta il collegamento più stretto». Vale a dire, ancora una volta, la legge dello Stato in cui abitualmente risiede l'appaltatore.

2. Gli effetti obbligatori dell'appalto

Il contratto di appalto ha per oggetto il risultato di un *facere* (e non solo una determinata quantità di energie lavorative); risultato che il committente non sarebbe in grado di attendere da sé, perché implica speciale abilità tecnica, e che può concretarsi nel compimento di un *opus* (ossia di un'opera o di un servizio), che l'appaltatore, quale imprenditore e tecnico che conosce le regole dell'arte, assume verso il committente dietro corrispettivo in denaro.

Gli effetti prodotti dall'appalto sono il frutto di una disciplina che mira a soddisfare due esigenze contrapposte: quella dell'appaltatore, di limitare il rischio d'impresa; quella del committente, di una corrispondenza tra risultato promesso e risul-

¹⁴ V. Cass., sez. un., Ord., 27 febbraio 2008, n. 5091, in *Mass. Giur. it.*, 2008; Trib. Monza, 22 giugno 2009, in *Riv. Dir. Internaz. Priv. e Proc.*, 2011, p. 157.

tato effettivamente prodotto. Il punto di equilibrio è trovato, sul piano del sinallagma, nell'imputare all'appaltatore le circostanze sopravvenute che avrebbe potuto prevedere e nell'esentarlo da responsabilità per gli imprevisti: il corrispettivo concordato può essere oggetto di revisione se per effetto di circostanze imprevedibili si verificano variazioni nel prezzo di materiali e mano d'opera superiore a un decimo (art. 1664 c.c.). Ancora: gli effetti dell'appalto possono mutare qualora intervengano in corso d'opera variazioni rispetto al progetto originario, e in tal caso l'equilibrio è trovato per mezzo di una disciplina delle modifiche che distingue tra variazioni concordate tra le parti (art. 1659 c.c.), variazioni necessarie per l'esecuzione a regola d'arte (art. 1660 c.c.) e variazioni ordinate dal committente (art. 1661 c.c.).

L'interesse del committente a un risultato finale, opera o servizio che sia, corrispondente a quanto pattuito, trova protezione in sede di verifiche e collaudo: egli ha diritto a verificare la congruità dell'opera rispetto al progetto, già nel corso dell'esecuzione; e, in caso di difformità, può stabilire all'appaltatore un congruo termine entro il quale conformarsi al contratto; scaduto invano questo termine, l'appalto si scioglie automaticamente, salvo il risarcimento del danno subito dal committente (art. 1662 c.c.).

Ma questo interesse continua a essere protetto anche nella fase finale, prima della consegna (art. 1665 c.c.), attraverso la verifica finale e il collaudo (*cum laude*), e grazie al sorgere dell'obbligazione di pagare il prezzo soltanto (salvo patti diversi) dopo l'accettazione dell'opera (art. 1665, 5° comma, c.c.).

L'appalto è, dunque, un contratto a effetti obbligatori, con obbligazione tipica consistente in un *facere* da parte dell'appaltatore, che ha per oggetto l'espletamento di un'attività da eseguire a regola d'arte con l'ausilio di regole tecniche. Come noto, la distinzione tra contratti obbligatori (ad es. locazione, mandato, comodato, ecc.) e contratti con efficacia reale (o traslativa, ad es. compravendita, permuta, donazione, ecc.) rileva nel senso che i primi producono soltanto effetti obbligatori in quanto, senza realizzare automaticamente, per il semplice consenso, l'effetto voluto, fanno assumere alle parti l'obbligazione di un certo atto da compiere e di un comportamento da osservare; i secondi, invece, producono anche effetti reali perché, accanto e oltre l'effetto principale di trasferire o costituire diritti, fanno sorgere, tra le parti, obbligazioni da adempiere. È alla luce di questa basilare distinzione che vanno esaminati quegli appalti di opera che possono produrre, oltre che effetti obbligatori, anche effetti traslativi (come accade per l'edificio costruito su suolo dell'appaltatore), e che occorre domandarsi se tale effetto finale sia direttamente riconducibile all'appalto o non piuttosto a un distinto atto di trasferimento.

L'obbligazione dell'appaltatore è qualificata, con terminologia forse ora superata ma certamente idonea a lumeggiare il concetto, come di risultato.

La sua obbligazione, «avendo per oggetto non la mera prestazione di energie lavorative, ma il risultato concreto del lavoro e la sua rispondenza allo scopo per cui venne commissionato, implica il dovere per esso di garantire non la sola mera esecuzione materiale dell'opera, ma anche la conformità della medesima alle buone regole dell'arte, della tecnica e dell'esperienza»¹⁵.

¹⁵ Cass., 31 gennaio 1947, n. 119, in *Giur. it.*, 1947, I, c. 354. In senso conforme, Cass., 23 settembre

Come insegna la definizione tradizionale, nelle obbligazioni di mezzi la prestazione dovuta prescinde da un particolare esito positivo dell'attività del debitore, che adempie esattamente ove svolga l'attività richiesta nel modo dovuto. In tali obbligazioni è il comportamento del debitore ad essere *in obbligazione*, nel senso che la diligenza è tendenzialmente considerata quale criterio determinativo del contenuto del vincolo, con l'ulteriore corollario che il risultato è caratterizzato dall'aleatorietà, perché dipende, oltre che dal comportamento del debitore, da altri fattori esterni oggettivi o soggettivi.

Nelle obbligazioni di risultato, invece, ciò che importa è il conseguimento del risultato stesso, essendo indifferente il mezzo utilizzato per raggiungerlo. La diligenza opera solo come parametro, ovvero come criterio di controllo e valutazione del comportamento del debitore: in altri termini, è il risultato cui mira il creditore, e non il comportamento, ad essere direttamente *in obbligazione*.

Va tuttavia sin d'ora avvisato che sia la giurisprudenza sia la dottrina (e civilistica e processualistica), tendono in epoca più recente a un'applicazione unitaria dei principi generali in materia di onere della prova, in tema di inadempimento, di risarcimento del danno e di risoluzione del contratto, indipendentemente dalla natura dell'obbligazione (se di mezzi o di risultato).

In particolare, la dottrina ha assunto posizioni critiche sull'utilizzo della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, la quale, ancorché operante soltanto all'interno della categoria delle obbligazioni di fare (a differenza che in Francia dove

1996, n. 8395, in *Foro it.*, 1997, I, 1, c. 1217; Cass., 29 gennaio 1983, n. 821, in *Rep. Giust. civ.*, 1983, *Appalto*, 49, Cass., 7 maggio 1976, n. 1606, in *Giust. civ.*, 1976, I, p. 999. Nella giurisprudenza di merito: Pret. Catania, 11 giugno 1998, in *Giur. Merito*, 2000, p. 861; Trib. Torino, 22 ottobre 1985, in *Foro pad.*, 1986, I, c. 426; App. Milano, 1° dicembre 1978, in *Dir. proc. amm.*, 1980, p. 157; Cass., 9 ottobre 2017, n. 23594, in *Mass. Foro it.*, 2017; Cass., 25 settembre 2012, n. 16254, *ivi*, 2012; Cass., 21 maggio 2012, n. 8016, *ibidem*; Cass., 18 maggio 2011, n. 10927, in *Mass. Foro it.*, 2011; Cass., 19 maggio 2004, n. 9471, in *Mass. Foro it.*, 2004.

Sulla qualificazione, pacifica in dottrina, come obbligazione di risultato, v. tra i tanti: GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 6; LORIZIO, *Il contratto di appalto*, parte gen., Padova, 1939, p. 281, RUBINO e IUDICA, *op. cit.*, p. 2. La distinzione tradizionale all'interno delle obbligazioni di *facere* fra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato è stata però messa in crisi, sia in generale sia riguardo all'appalto, dalla dottrina, con largo successo presso la giurisprudenza più recente: v. GIORGIANNI, «*Obbligazioni*», in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 581. In giurisprudenza, a proposito dell'obbligazione di redigere un progetto di ingegneria o di architettura, v. Cass., sez. un., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Resp. civ. on line*, 2005: sotto il profilo dell'onere della prova, la distinzione (talvolta costruita con prevalente attenzione alla responsabilità dei professionisti intellettuali e dei medici in particolare) è stata utilizzata per sostenere che mentre nelle obbligazioni di mezzi, essendo aleatorio il risultato, sul creditore incombe l'onere della prova che il mancato risultato è dipeso da scarsa diligenza, nelle obbligazioni di risultato, invece, sul debitore incombe l'onere della prova che il mancato risultato è dipeso da causa a lui non imputabile. Ma anche sotto tale profilo la distinzione è stata sottoposta a revisione. Infatti, si è affermato che il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c. in materia di responsabilità contrattuale (in conformità a criteri di ragionevolezza per identità di situazioni probatorie, di riferibilità in concreto dell'onere probatorio alla sfera di azione dei singoli soggetti e di distinzione strutturale tra responsabilità contrattuale e da fatto illecito) è identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, *ex art.* 1453 c.c., sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale, *ex art.* 1218 c.c., senza richiamarsi in alcun modo alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato (pur essendo pacifico che nella specie veniva dedotto un risultato connesso al contratto di trasporto: Cass., 7 febbraio 1996, n. 973, in *Mass. Foro it.*, 1996).

rappresenta una *summa divisio* valida per tutte le obbligazioni), ha originato un'accesa diatriba sia in ordine al contenuto dell'obbligazione sia in relazione all'onere della prova e, quindi, in definitiva, allo stesso fondamento della responsabilità del professionista.

La giurisprudenza, a sua volta, pur utilizzando frequentemente la distinzione, non esita a convertire l'obbligazione di mezzi in obbligazione di risultato, dando luogo a una sorta di metamorfosi, quando afferma che se è vero che obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale sono generalmente obbligazioni di mezzi, tuttavia possono assumere anche le caratteristiche delle obbligazioni di risultato, in cui il professionista si impegna a conseguire un determinato *opus* (cap. V, par. 1-1.4).

Anche l'esame di diritto comparato, peraltro, porta a privilegiare l'idea che tutti i profili di responsabilità contrattuale del professionista intellettuale, siano essi connessi ad obbligazioni di mezzi o di risultato, possano essere esaustivamente ricondotti nell'ambito della disciplina generale dell'inadempimento delle obbligazioni (artt. 2236, 2232, 1218, 1176, 2° comma, c.c.)¹⁶.

In effetti, come si vedrà a proposito della responsabilità del direttore dei lavori e, soprattutto, del progettista (cap. V, par. 8.1), l'impostazione tradizionale non è immune da profili problematici, specialmente se applicata proprio alle ipotesi di prestazione d'opera intellettuale, in considerazione della struttura stessa del rapporto obbligatorio e tenendo conto, altresì, che un risultato è dovuto in tutte le obbligazioni. In realtà, in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore sia del risultato, anche se in proporzione variabile, sicché in ciascuna obbligazione assumono rilievo sia il risultato pratico da raggiungere sia l'impegno che il debitore deve porre per raggiungerlo. Ne è esempio proprio l'obbliga-

¹⁶Ulteriori elementi, infatti, si possono trarre da un confronto con i modelli esistenti negli altri paesi europei, in assenza di una direttiva tesa a ravvicinare le soluzioni nazionali (giacché la proposta di direttiva 9 novembre 1990 della Commissione Cee non si è mai tradotta in provvedimento finale). In Francia, la responsabilità del professionista è regolata dalla legge speciale 4 gennaio 1978, n. 78-12, in base alla quale l'*architecte* è tenuto al risarcimento dei danni, entro il termine di prescrizione di dieci anni, verso il committente o l'acquirente nelle ipotesi in cui vi siano vizi dell'opera o altri che ne compromettano la sua destinazione; e, poiché i giudici ammettono in maniera molto rigorosa l'esistenza della *cause étrangère*, la responsabilità può dirsi quasi oggettiva, sebbene l'obbligazione del professionista edile, secondo la *summa divisio*, sia un'obbligazione di risultato. Nel diritto tedesco, dove la responsabilità del professionista edile è costruita in maniera rigorosa rispetto agli altri professionisti (avvocati, medici), si ha la collocazione dell'*Architektenvertrag* ora entro il contratto di servizio ora entro il contratto d'opera, con conseguenze rilevanti sotto il profilo della responsabilità del professionista, nel senso di caricare quest'ultimo rispettivamente di obblighi di diligenza o di risultato. Anche in Austria la natura dell'*Architektenvertrag* oscilla fra il contratto d'opera, quando il contratto ha ad oggetto la pura redazione del progetto, e il contratto misto, dove prevale l'elemento del mandato, nei casi in cui le prestazioni del professionista siano molteplici. La responsabilità del professionista è fondata essenzialmente sulla colpa. Analoga situazione si registra in Svizzera, dove l'*Architektenvertrag* integra ora un contratto d'opera ora un mandato oneroso, e la responsabilità contrattuale del professionista edile scatta allorché questi abbia agito con colpa, cagionando un danno al committente in via casualmente adeguata. Nel sistema inglese, invece, vi è stato il passaggio dalla esclusiva responsabilità contrattuale del professionista edile all'ammissibilità dell'azione per illecito civile. Il *common law*, pur non conoscendo, in via extracontrattuale, il principio della risarcibilità dei puri danni patrimoniali, ammette l'esistenza di *exclusionary rules*, fra le quali vi rientra appunto la responsabilità professionale.

zione dell'appaltatore, che deve in ogni caso utilizzare idonee procedure e modalità di esecuzione¹⁷.

Il contenuto dell'obbligazione dell'assuntore dell'appalto è delineato, innanzitutto, dalle previsioni contrattuali che descrivono e specificano l'oggetto commissionato. Ma oltre alla regolamentazione contrattuale, l'appaltatore deve conformarsi, nell'attuare l'opera affidatagli, alle regole d'arte, ossia alle conoscenze tecnico-scientifiche di settore, ai principi tecnici e agli usi che presiedono all'esecuzione nel momento storico e nel luogo di cui l'opera deve essere realizzata. Le regole tecniche riguardano, principalmente, la sicurezza, la stabilità e l'utilizzabilità dell'opera, ma possono concernere anche l'aspetto estetico.

Il rispetto di tali regole prescinde da una specifica previsione del contratto e deriva direttamente dal canone della diligenza, cui l'assuntore deve adeguarsi alla stregua della natura dell'attività esercitata. La qualità di imprenditore dell'appaltatore e l'elevato tasso tecnico della prestazione alla quale è obbligato gli impongono di adottare una particolare perizia in fase esecutiva. Non si ricade, dunque, nella diligenza dell'uomo medio, richiedendosi all'assuntore un'attenzione notevole, tale da esigere l'adeguamento a un modello di diligenza professionale del buon appaltatore nel soddisfare le utilità connesse alla funzione esplicitata nel contratto.

All'appaltatore competono le scelte delle tecniche realizzative, anche in ragione delle proprie opzioni gestionali e produttive.

Può accadere che le regole dell'arte siano in contrasto con le specifiche previsioni contrattuali; tale potenziale conflitto impone all'appaltatore di segnalare al committente l'attività che l'osservanza delle suddette regole imporrebbe, rispetto alla diversa pattuizione contrattuale vigente. All'esito di tale segnalazione, il committente potrebbe acconsentire ai correttivi suggeriti dall'assuntore, oppure insistere nel pretendere l'adeguamento alle prescrizioni negoziali. In ogni caso, la responsabilità dell'assuntore è esclusa solo ove abbia assolto al compito di informare circa l'emergenza di siffatta contrapposizione.

Sul piano puramente materiale, l'opera o il servizio sono normalmente eseguiti da altri, mentre il *facere* dell'appaltatore consiste nel compimento di un'attività prettamente organizzativa, tesa alla direzione e al coordinamento: si procura i capitali necessari e i materiali, ingaggia gli operai, impianta il cantiere, sorveglia i lavori, cura i rapporti con i terzi. Giuridicamente e formalmente, il risultato finale dell'opera è ascritto all'appaltatore: è a lui che il committente deve il corrispettivo pattuito e sua è la responsabilità dell'inesatto adempimento. L'attività di fare dell'imprenditore, si è efficacemente scritto, «non si colloca in una zona giuridicamente grigia, attinente alla sola sfera economica dell'esecutore, ma permea l'intero rapporto contrattuale»¹⁸. La prestazione dell'appaltatore può definirsi complessa, in quanto si compone di una variegata molteplicità di atti distinti, diretti al raggiungimento del risultato atteso dal committente.

Dall'unicità dello scopo delle singole attività necessarie si deduce che la pre-

¹⁷ Cass., sez. un., 28 luglio 2005, n. 15781, cit.

¹⁸ LIPARI, *Rischio nell'appalto e l'alea normale del contratto*, in *Giust. civ.*, 1986, II, p. 223.

stazione dell'appaltatore sia, altresì, indivisibile: soltanto un'esecuzione integrale dell'opera comporta l'adempimento dell'obbligazione¹⁹. L'adempimento *pro quota* è precluso anche, nel caso di morte dell'appaltatore, ai suoi eredi (v. cap. VI, par. 5 ss.).

La prestazione dell'appaltatore è incoercibile, nel senso che il committente non dispone di mezzi diretti di coazione per indurre l'appaltatore inadempiente all'esecuzione del contratto. Per questa ragione, è frequente nella prassi l'apposizione nel contratto di clausole che consentano al committente di esercitare pressione sull'appaltatore affinché adempia tempestivamente, come la clausola penale, che obbliga l'appaltatore al pagamento di una certa somma per ogni giorno di ritardo.

L'obbligazione principale del committente consiste invece in un dare una somma di denaro.

Sulle parti del contratto incombono poi, oltre alle predette obbligazioni principali, alcune obbligazioni accessorie, strumentali al raggiungimento del risultato oggetto dell'appalto. Si tratta di obbligazioni che scaturiscono, come effetti naturali, dal contratto.

Si pensi all'obbligazione di procurare la materia prima necessaria a compiere l'opera, che di norma è a carico dell'appaltatore (art. 1658 c.c.). Oppure all'obbligazione dell'appaltatore di dare pronto avviso al committente dei difetti della materia da questi fornita (art. 1663 c.c.).

Il committente, da parte sua, deve assicurare all'appaltatore, fin dall'inizio del rapporto e per tutta la durata di questo, la possibilità giuridica e materiale di eseguire in concreto il lavoro affidatogli. L'inadempimento di tale obbligo è suscettibile di assumere, potenzialmente, valenza ai fini della risoluzione del contratto per inadempimento *ex art.* 1453 c.c.²⁰.

Il committente deve considerarsi obbligato a porre in essere tutti i comportamenti necessari affinché l'appaltatore possa eseguire la prestazione oggetto dell'incarico. Durante l'esecuzione dell'opera, anche il committente, come qualunque creditore, deve improntare la sua condotta alle regole di correttezza e buona fede (oggettiva), ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c., compiendo quanto è necessario affinché l'assuntore possa adempiere alla propria obbligazione. In particolare, il committente è tenuto ad adottare tutte le misure necessarie per consentire all'appaltatore – a seconda dell'oggetto – di svolgere il lavoro, prestare i servizi ovvero iniziare, realizzare e ultimare l'opera e, secondo una linea di pensiero, sarebbe tenuto anche ad attivarsi per facilitarne l'esecuzione fino a “cooperare” al suo adempimento, attraverso il compimento di quelle attività necessarie affinché l'appaltatore realizzi il risultato cui

¹⁹ LORIZIO, *Il contratto di appalto*, parte gen., Padova, 1939, p. 154; GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 88; GHIRONI, in *Codice dell'appalto privato*², a cura di A. Luminoso, Milano, 2016, pp. 280-286; TRAPUZANO, *L'appalto privato*, Milano, 2020, p. 144 ss.

²⁰ Cfr. tra le molte: Cass., 15 febbraio 2013, n. 3830, in *Giur. it.*, 2013, p. 2027, con nota di D'Auria (nella specie l'ente territoriale non aveva apportato le varianti necessarie onde consentire la prosecuzione dei lavori); Cass., 20 agosto 2003, n. 12235, in *Mass. Foro it.*, 2003; Cass., 22 maggio 1998, n. 5112, *ivi*, 1998; Cass., 16 gennaio 1997, n. 387, in *Mass. Giur. it.*, 1997; Cass., 25 febbraio 1971, n. 491, *ivi*, 1971; App. Ancona, 20 febbraio 2020; Trib. Pavia, 11 febbraio 2022; Trib. Viterbo, 5 febbraio 2019 (tutte in www.leggiditalia.it).

è preordinato il rapporto obbligatorio²¹. Il committente che non cooperi all'adempimento e che ostacoli la «consegna dei lavori» va quindi incontro alla *mora accipiendi* e alla richiesta, da parte dell'appaltatore, di risoluzione del contratto. Egli può inoltre essere condannato a risarcire i danni che il suo comportamento o la sua inerzia abbia cagionato all'appaltatore.

Obbligazione accessoria del committente è quella di consegnare all'appaltatore l'area e quant'altro necessario perché si possa dare inizio all'esecuzione dell'opera (c.d. consegna dei lavori). La messa a disposizione dell'appaltatore dei luoghi ove eseguirà i lavori appaltati include l'eliminazione di qualsiasi ostacolo che, ingombrando l'area in questione, possa comportare ritardi nell'ultimazione dell'opera e originare problemi organizzativi. L'indisponibilità delle aree consegnate, ritardando l'inizio dei lavori, comporta un danno all'appaltatore, per effetto del così detto "fermo attrezzatura" e delle maggiori spese fisse di azienda, nella quantificazione del quale occorre, in ogni caso, tener conto dell'obbligo, che a norma dell'art. 1227 c.c. grava sul creditore, di far di tutto per non aggravare la situazione del debitore²².

Anche la presenza di altre imprese sull'area ove si debbano svolgere i lavori, qualora impedisca all'artefice di realizzare l'opera o il servizio, costituisce un inadempimento dell'obbligo di cooperare gravante sul committente; inadempimento che, se connotato dalla non scarsa importanza richiesta dall'art. 1455 c.c., giustifica la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1453 c.c.²³.

La cooperazione può assumere, a sua volta, un contenuto positivo o negativo e, in quest'ultimo caso, il committente dovrà astenersi dal mantenere un contegno capace di ostacolare la realizzazione dell'opera (o del servizio) a cura dell'assuntore, essendogli fatto divieto di rendere più gravoso l'adempimento attraverso il proprio ingiustificato comportamento.

È principio ormai acquisito, d'altronde, che la buona fede oggettiva, evocata nella fase esecutiva, costituisca fonte di obblighi strumentali ulteriori o collaterali, che non rimangono un mero canone di valutazione dei comportamenti delle parti ma finiscono per integrare il programma negoziale.

Pertanto, per riportare una delle applicazioni più ricorrenti dei citati principi,

²¹ Ciò specie quando la cooperazione risulti necessaria per il particolare oggetto del contratto; v. Cass., 22 novembre 2013, n. 26260, cit., su un caso di peculiare servizio di manutenzione a bordo di nave per tragitti di lungo corso.

²² Cass., 22 novembre 2013, n. 26260, in *Mass. Foro it.*, 2013; Coll. arb., 10 giugno 1994, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1996, p. 282. Per una definizione di «consegna dei lavori», App. Cagliari, 18 settembre 2009, in *Riv. Giur. Sarda*, 2010, p. 23, con nota di Dore Jr. Sul risarcimento del danno, v. ad es., in materia di appalti di opere pubbliche, Coll. arb., 6 giugno 1984, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1985, p. 837: a seguito di ritardo nell'inizio dei lavori dovuto a fatto dell'amministrazione committente, l'appaltatore si era trovato costretto, per le mutate condizioni climatiche, ad eseguire imprevisi lavori. Il collegio ha affermato che spettava all'appaltatore il risarcimento dei maggiori oneri sopportati, non valendo ad infirmare tale considerazione l'ampia discrezionalità di cui è titolare l'amministrazione per quel che attiene al tempo della consegna dei lavori; ha però ridotto l'ammontare dei danni richiesti per il fermo attrezzatura in misura pari al venticinque per cento sulla base dell'utilizzo che l'appaltatore, date le sue rilevanti dimensioni imprenditoriali, avrebbe potuto compiere in altro lavoro delle attrezzature inutilizzate.

²³ App. Cagliari, 18 settembre 2009, in *Riv. Giur. Sarda*, 2010, p. 23, con nota di Dore Jr.

anche la legittimità della licenza edilizia, necessaria per il compimento dei lavori, deve essere garantita dal committente, giacché l'obbligazione di cooperare si estende all'ottenimento dei titoli giuridici necessari all'appaltatore affinché possa realizzare l'*opus*. Ne consegue che una sospensione dei lavori, conseguente all'impugnazione innanzi al giudice amministrativo della licenza illegittima, rappresenta un inadempimento del committente. Questi è responsabile verso l'appaltatore dei danni derivanti dalla sospensione, se non fornisca la prova liberatoria richiesta dall'art. 1218 c.c.²⁴.

In ossequio al dovere di cooperazione, il committente deve anche astenersi da comportamenti che impediscano la contabilizzazione dei lavori eseguiti. In particolare, in tema di appalto di opere pubbliche, lo svolgimento corretto e tempestivo dell'attività di contabilizzazione è da ritenersi oggetto di un'accessoria obbligazione contrattuale, alla quale corrisponde un diritto soggettivo dell'appaltatore: si tratta infatti di un'attività strumentale al pagamento delle rate del corrispettivo, in rapporto allo stato di avanzamento dei lavori. La violazione da parte dell'amministrazione viene quindi a configurare un inadempimento contrattuale che legittima l'appaltatore a esercitare i tradizionali rimedi civilistici²⁵.

Come accennato, l'appalto non produce in via esclusiva effetti obbligatori: da esso possono scaturire, in alcuni casi, effetti traslativi: cfr. *infra*, par. 6.

3. Appalto e impresa: l'organizzazione dei mezzi necessari

L'appalto è connotato dalla organizzazione imprenditoriale della parte che assume l'obbligazione del compimento dell'opera o del servizio (art. 1655 c.c.). A tale connotato si collega il rischio del mancato conseguimento del risultato.

L'organizzazione di mezzi e la gestione a proprio rischio richiamano il nesso di interdipendenza tra appalto e impresa: l'appaltatore è necessariamente un imprenditore, in quanto organizza i mezzi per la realizzazione, a proprio rischio, di un risultato che mette a disposizione di altri verso un corrispettivo. Per ciò stesso, egli «pone in essere i presupposti necessari per l'acquisto della qualità di imprenditore, ove tale qualità l'appaltatore non avesse già al momento dell'appalto»²⁶.

Si tratta, dunque, di un contratto d'impresa e, di gran lunga, del più importante tra i contratti tipizzati dall'ordinamento per l'esercizio dell'attività imprenditoriale. L'appaltatore è un imprenditore commerciale: la sua impresa, all'interno delle im-

²⁴ Cfr. in particolare Cass., 20 agosto 2003, n. 12235, cit., e la risalente e fondamentale Cass., 25 febbraio 1971, n. 491, cit. (sull'obbligo a carico del committente di procurare una legittima licenza edilizia). Per l'obbligo di assicurare la disponibilità giuridica del terreno sul quale verrà costruita l'opera: Coll. arb., 17 gennaio 1989, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1990, p. 15 s.

²⁵ Trib. Monza, 9 gennaio 1997, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 1401, con nota di Codini.

²⁶ G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1950, p. 489. CAGNASSO, *Appalto nel diritto privato*, cit., p. 30: «L'appaltatore, in altri termini, è un imprenditore (ed il contratto di appalto rientra nella categoria dei contratti d'impresa)».

prese commerciali, è impresa industriale, perché diretta alla produzione di beni o servizi (art. 2195, n. 1, c.c.).

Se il soggetto cui sia stata affidata l'esecuzione delle relative attività è un imprenditore, detta sua qualità fa presumere che le parti abbiano stipulato un contratto di appalto e non un contratto d'opera, salvo che si dimostri che il committente si era riservato l'organizzazione e la direzione del lavoro e degli strumenti tecnici: in tal caso, in virtù del nesso tra organizzazione e rischio, si assiste a una traslazione dall'appaltatore al committente del rischio del conseguimento del risultato ripromessosi²⁷.

Come noto, nella generalità dei casi l'attività imprenditoriale è articolata sulla base di un apparato produttivo stabile e complesso, formato da persone e da beni strumentali, secondo la linea emergente dagli artt. 2086, 2094, 2555 c.c. Di norma, i mezzi consistono in un'attrezzatura tecnica e nell'impiego dell'attività di prestatori di lavoro con cui l'imprenditore stipula altrettanti contratti di lavoro. L'appaltatore esplica quindi un'opera di intermediazione, fra committente e lavoratori, che si aggiunge alla sua attività personale, la quale non è però elemento preminente se non in quanto, appunto, coordinatore²⁸.

Se la configurazione ora enunciata risponde alla normalità dei casi, va tuttavia chiarito che siffatto apparato produttivo non è indispensabile affinché una data attività possa dirsi organizzata in forma di impresa. Non è necessario, infatti, che la funzione organizzativa dell'imprenditore abbia a oggetto anche le altrui prestazioni lavorative, autonome o subordinate, o che i mezzi di cui si avvale costituiscano un apparato strumentale fisicamente percepibile: può riconoscersi organizzazione persino nel solo impiego di mezzi finanziari, sicché la qualifica di imprenditore va attribuita anche a chi utilizzi e coordini un proprio capitale per fini produttivi²⁹.

A ben vedere, l'appalto presuppone, più che la qualifica di imprenditore in capo all'appaltatore, l'esistenza di una sua organizzazione ad impresa, la quale pone in secondo piano la sua prestazione di lavoro personale (Relazione al codice civile, n. 700 e 914). Per converso, se un soggetto sprovvisto di organizzazione propria di mezzi di produzione esplica la propria attività personale in via esclusiva o preminente, allora egli è piccolo imprenditore ed è quindi parte del contratto d'opera, piuttosto che di un appalto.

La Suprema Corte, anche di recente, ha ribadito che ove facciano difetto circostanze di fatto atte a dimostrare che il committente si sia riservato l'organizzazione e la divisione del lavoro e degli strumenti tecnici, la qualità di imprenditore del soggetto cui sia stata affidata l'esecuzione di un'opera o di un servizio fa presumere che le parti abbiano inteso stipulare un contratto d'appalto e non di opera³⁰.

²⁷ Cass., 20 luglio 1979, n. 4338, in *Mass. Foro it.*, 1979; Cass., 16 dicembre 1971, n. 2396, *ivi*, 1971; Cass., 12 dicembre 1995, n. 12727, in *Giur. Bollettino legisl. tecnica*, 1996, p. 3773.

²⁸ MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*⁸, III, parte 1, tomo 1, Milano, 1953, p. 197.

²⁹ Cass., 16 settembre 1983, n. 5589, in *Mass. Foro it.*, 1983.

³⁰ Cass., Ord., 12 febbraio 2021, n. 3688, in *Mass. Foro it.*, 2021 (nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, la quale, muovendo dall'importanza dell'opera commissionata – riguardante l'impermeabilizzazione dei lastrici solari di copertura di un fabbricato condominiale – e tenendo conto del fatto che questa era stata affidata ad una ditta specializzata, aveva ritenuto che la sua esecuzione

Invece, quando sull'impiego dei capitali e sull'utilizzazione del lavoro altrui prevale l'impegno personale, si ha contratto d'opera, di cui tipico esecutore è l'artigiano, il quale non disponendo di un'organizzazione di mezzi produttivi non è a capo di quella grande o media impresa che è invece esercitata dall'appaltatore.

Il contratto d'appalto e il contratto d'opera si differenziano quindi per il fatto che nel primo l'esecuzione dell'opera commissionata avviene mediante un'organizzazione di media o grande impresa cui l'obbligato è preposto, mentre nel secondo con il prevalente lavoro di quest'ultimo, pur se coadiuvato da componenti della sua famiglia o da qualche collaboratore, secondo il modulo organizzativo della piccola impresa.

Tuttavia, si è ulteriormente precisato che non è di per sé incompatibile con la figura dell'appalto il carattere artigianale dell'impresa, sempre che emerga la prova dell'assunzione della gestione dell'opera a proprio rischio e un'organizzazione di mezzi necessaria alla sua esecuzione³¹.

La considerazione dell'appalto come contratto naturalmente inerente all'impresa è convalidata dal fatto che l'interesse del committente non verte di norma sulle qualità personali dell'appaltatore, ma sulla sua organizzazione imprenditoriale, come dimostra l'art. 1674 c.c., alla cui stregua la morte dell'appaltatore non provoca lo scioglimento del rapporto, che continua con gli eredi (salvo che questi non diano affidamento).

L'organizzazione dei mezzi è di solito propria di chi assume l'appalto; ma il soggetto che ne sia privo può, con l'autorizzazione del committente (art. 1656 c.c.), subappaltare l'opera o il servizio, valendosi in tal modo dell'organizzazione produttiva di un altro soggetto che ne è fornito (il subappaltatore).

Oggi, peraltro, in molte industrie il processo produttivo assume la forma di una catena di produzione frammentata che si è allungata ed estesa formando una catena logistica (in senso sia orizzontale sia verticale) e una catena di valore a carattere economico produttivo, con determinati compiti o funzioni specialistiche che vengono spesso "esternalizzati" a piccole imprese o a lavoratori autonomi (v. cap. II, par. 11 ss. per la subfornitura, cap. II, par. 3.1. per l'*outsourcing*).

3.1. Appalto e professionalità

Altro tema sovente affrontato negli studi dell'impresa, con ovvie ricadute in tema di appalto, è se possa esservi impresa quando l'attività si sia esaurita in un unico

presupponesse un'organizzazione di impresa tale da ricondurre il contratto alla figura dell'appalto); Cass., 16 novembre 2017, n. 27258; conf. Cass., 12 dicembre 1995, n. 12727, in *Giur. Bollettino legisl. tecnica*, 1996, p. 3773.

³¹ Di recente, Cass., Ord., 12 febbraio 2021, n. 3688, cit.: nella fattispecie, il giudice di appello aveva escluso che avesse portata decisiva la qualifica di impresa artigiana della parte incaricata dell'esecuzione dei lavori, ritenendo, alla luce della valutazione del materiale istruttorio, che emergesse proprio il tratto caratterizzante la figura dell'appalto, secondo il *discrimen* esplicitato *supra* nel testo, e cioè l'assunzione da parte dell'imprenditore del rischio del conseguimento del risultato, senza che fosse stata invece offerta la prova né delle ingerenze preponderanti del committente né dell'utilizzo prevalente dell'attività personale del titolare dell'impresa stessa.

affare. In altri termini, ci si chiede quali siano i confini della “professionalità”, necessaria ex art. 2082 c.c. per l’acquisto della qualità di imprenditore.

È indubbio che anche all’esecuzione di un contratto di appalto assunto solo occasionalmente si applica la disciplina dell’appalto.

Senonché, a rigore, in tale evenienza l’appaltatore non potrebbe essere qualificato imprenditore in senso tecnico (art. 2082 c.c.), nonostante l’organizzazione ad impresa, perché mancherebbe il requisito della professionalità. E tuttavia non si dubita che spetti la qualifica d’imprenditore anche a chi conclude un solo contratto d’appalto, se l’opera da costruirsi sia tale da assorbire completamente e per lungo tempo l’attività di un’impresa: si pensi alla costruzione di un’autostrada o di una grande stazione o di una ferrovia³². In giurisprudenza, d’altronde, la qualità di imprenditore è riconosciuta anche a chi compia un solo affare, in dipendenza della sua rilevanza economica e della sua complessità, quando si tratta di assoggettare l’appaltatore a fallimento³³.

Se è vero che anche lo svolgimento di un unico affare può comportare la qualifica imprenditoriale, in considerazione della sua rilevanza economica e della complessità delle operazioni in cui si articola, deve allora concludersi che l’abitudine, la sistematicità e la continuità dell’attività economica vanno intese in senso non assoluto, ma relativo. La professionalità, intesa come requisito qualificante l’impresa, non deve necessariamente avere una costante continuità nel tempo; essa può estrinsecarsi anche in un’attività temporalmente circoscritta, purché realizzata attraverso un’organizzazione produttiva con scopo di lucro. La questione va quindi risolta nel senso che il compimento di un singolo affare può costituire impresa, quando implichi il compimento di una serie coordinata di atti economici, come avviene nel caso di costruzione di edifici da destinare all’abitazione, sia pure con un’unica operazione economica³⁴.

D’altra parte, sistematicità, abitudine e continuità nello svolgimento dell’attività imprenditoriale non possono considerarsi sinonimi di perennità, sicché, come devono essere qualificati veri e propri imprenditori quelli che esercitano un’attività na-

³² RUBINO, *L’appalto*⁴, cit., p. 47; MIRAGLIA, *Appalto privato*, in *Enc. giur. del Sole 24 ore*, I, Milano, 2007, p. 499; STOLFI, «*Appalto (contratto di)*», in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 630. V. sul punto anche VOLTAGGIO-LUCCHESI, *Vizi, difetti e difformità dell’opera nell’appalto*, Palermo, 1952, p. 11 ss.; VITALLI, *Dell’appalto*, in *Commentario teorico-pratico al codice civile*, diretto da V. De Martino, Novara-Roma, 1973, p. 38.

³³ Così già Cass., 29 maggio 1954, n. 1791, in *Foro it.*, 1954, I, c. 1547.

³⁴ Come nel caso posto all’attenzione di Cass., 29 agosto 1997, n. 8193, in *Mass. Foro it.*, 1997. Cfr. anche, *ex multis*, Cass., 29 maggio, 1954, n. 1791, *ivi*, 1954; Comm. Trib. centrale, XXIV, 19 maggio 1983, n. 1153, in *www.leggiditalia.it*; Comm. Trib. centrale, XIX, 13 gennaio 1981, n. 81, *ivi*; Cass., 20 gennaio 1973, n. 267, in *Mass. Foro it.*, 1973; Cass., 12 maggio 1965, n. 907, in *Mass. Foro it.*, 1965; Cass., 13 aprile 1964, n. 870, *ivi*, 1864; Cass., 29 maggio 1954, n. 1791, *ivi*, 1954; Cass., 31 maggio 1986, n. 3690, in *Fisco*, 1986, p. 4492 e in *Rass. Tributaria*, 1986, II, p. 719 (per la quale la qualifica di imprenditore può determinarsi, anche ai fini fiscali, in base ad un solo affare; nella specie: demolizione di un fabbricato avuto in eredità, costruzione sull’area di risulta di un edificio, successiva vendita degli appartamenti. Cfr., nello stesso senso, e proprio con riferimento ad una attività di costruzione di immobili, Cass., 29 gennaio 1973, n. 267, cit.). Per l’attribuzione della qualifica di imprenditore anche se l’attività svolta sia stagionale: Cass., 6 aprile 1968, n. 1051, in *Mass. Foro it.*, 1968.

turalmente stagionale, devono essere parimenti considerati imprenditori coloro che svolgono un solo affare, se lo stesso presenti una notevole rilevanza economica e comporti una molteplicità di operazioni per la sua realizzazione.

4. L'autonomia dell'appaltatore

L'appaltatore è *dominus* nell'organizzare e regolare lo svolgimento del lavoro nell'ambito delle finalità previste dal contratto e al fine di conseguirle. La sua autonomia è una connotazione tipica del contratto, essendo egli comunque obbligato a osservare le regole dell'arte e ad assicurare un risultato tecnico conforme alle esigenze del committente. L'autonomia con cui svolge la sua attività nell'esecuzione dell'opera o del servizio appaltato si esplica organizzandone i mezzi necessari, curandone le modalità e obbligandosi a fornire alla controparte l'opera o il servizio cui si era obbligato.

Viceversa, il controllo e la sorveglianza da parte del committente si limitano all'accertamento e alla verifica della corrispondenza dell'opera o del servizio con quanto costituisce l'oggetto del contratto.

L'autonomia e la libertà di gestione dell'appaltatore comportano che il rischio inerente alla cosa oggetto delle opere appaltate si sposti dal committente all'assuntore dell'esecuzione dell'*opus*, con inapplicabilità della responsabilità del committente *ex art. 2049 c.c.* (c.d. responsabilità di padroni e committenti). Inoltre, durante tutto il tempo dell'esecuzione dell'opera e fino alla consegna all'appaltante, il dovere di custodia e di vigilanza sulla cosa da consegnare passa dal committente all'appaltatore, il quale è tenuto sia ad impedire che la cosa sia distrutta o si deteriori sia a rispettare il principio del *neminem laedere*, ossia evitare di arrecare danni a terzi a causa dell'esecuzione dell'opera commissionata. È pertanto da escludere, in relazione ai danni arrecati a terzi nel corso ed a causa dell'esecuzione dei lavori, una responsabilità anche del committente, non potendo questi controllare le modalità dell'organizzazione che si è data l'impresa appaltatrice. Il potere di vigilanza e controllo che, all'interno del contratto di appalto, il committente può esercitare nel proprio interesse, è irrilevante sul piano della responsabilità extracontrattuale derivante dall'esecuzione delle opere commissionate³⁵.

È ben vero che nulla vieta che il progetto sia redatto dallo stesso committente; così come accade, talvolta, che il contratto preveda in maniera dettagliata lo svolgimento della fase esecutiva dei lavori, sia fissandone alcuni aspetti tecnici sia stabilendo con precisione quali siano i materiali da impiegare.

L'autonomia dell'appaltatore può essere ulteriormente limitata se il committente ha riservato la direzione dei lavori a se stesso o a un tecnico di sua fiducia.

Tuttavia, anche la funzione direttiva eventualmente riservata al committente può ridurre, ma non annulla, l'autonomia dell'imprenditore e non lo esonera quindi da

³⁵ Cass., 26 giugno 2000, n. 8686, in *Danno e Resp.*, 2000, p. 1229.

responsabilità³⁶. Resta infatti all'appaltatore un'ampia libertà sulle modalità attuative delle direttive impartitegli dal committente o dal direttore dei lavori, così come non è inficiata, dato che gestisce a proprio rischio, la sua indipendenza nell'organizzare la propria impresa, i rapporti col personale, la gestione economico-finanziaria e tutto ciò che non attiene direttamente all'opera o al servizio da eseguire: si tratta di settori nei quali il committente è privo di un interesse che appaia meritevole al punto da accordargli un potere di ingerenza.

Unica eccezione è data dall'ipotesi in cui l'assuntore sia tenuto, per contratto, a eseguire il progetto predisposto e le istruzioni ricevute senza alcuna possibilità di sottrarsi alle istruzioni del committente. In tal caso, viene meno anche la sua responsabilità. Ma va sin qui detto che quando l'appaltatore esegua, come *nudus minister*, l'opera senza alcuna autonomia tecnica da parte sua, perché obbligato dal contratto a conformarsi passivamente alle direttive del committente, non si ha un vero e proprio appalto, ma un c.d. appalto a regia, che costituisce una fattispecie atipica per molti versi più vicina al contratto di lavoro subordinato (v. cap. II, par. 10) e che in alcuni casi consente l'applicazione dell'art. 2049 c.c.

A parte tale eccezione, in ragione della sua generale autonomia, è di regola l'appaltatore che risponde dei danni provocati a terzi ed eventualmente anche dell'inosseranza della legge penale durante l'esecuzione del contratto. E tale autonomia dell'appaltatore, come accennato, vale senz'altro a escludere che tra lui e il committente si instauri un rapporto institorio e che il secondo possa rispondere in via extracontrattuale ai sensi dell'art. 2049 c.c.³⁷.

L'autonomia dell'appaltatore non è però assoluta neanche per il codice. Anche al di là delle cennate, eventuali, previsioni pattizie, il legislatore ha tenuto presente che l'esecuzione del contratto di appalto è volta comunque alla produzione di un risultato richiesto dal committente, sicché è la stessa legge che prevede una possibilità di ingerenza di quest'ultimo nel corso della fase esecutiva: dal potere di controllo e di verifica, attribuitogli dall'art. 1662 c.c. affinché possa sincerarsi che i lavori procedono secondo gli accordi e le regole dell'arte, alla facoltà, concessagli dall'art. 1661 c.c., di ordinare entro certi limiti variazioni al progetto; fino al diritto di receso *ad nutum* dal contratto, riconosciutogli dall'art. 1671 c.c.

L'autonomia è il principale elemento discriminatore rispetto alla subfornitura (v. cap. II, par. 11 ss.). L'autonomia dell'appaltatore è in funzione della stessa sua obbligazione, che è di risultato e non di mezzi, e vi è compatibile il controllo e la sorveglianza esercitata dal committente al fine di assicurarsi che l'opera venga eseguita in conformità delle regole dell'arte. L'appaltatore, dovendo però perseguire il risultato

³⁶ In tema: RUBINO, *Ingerenza del committente, autonomia e responsabilità dell'appaltatore*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, I, p. 21.

³⁷ Cass., 25 gennaio 2016, n. 1234, in *CED Cassazione*, 2016; Trib. Imperia, 14 maggio 2020, in *www.leggiditalia.it*: «Connotazione del contratto di appalto, ritenuta essenziale ai fini della riconducibilità al tipo è l'autonomia dell'appaltatore, *dominus* nell'organizzare e regolare lo svolgimento del lavoro nell'ambito delle finalità previste dal contratto ed al fine di conseguirle, senza che in via generale sia ammessa un'ingerenza del committente sotto tale profilo. Si tratta, in particolare, di un carattere che appare strettamente connesso all'assunzione del rischio in capo all'appaltatore e che esclude ogni rapporto institorio tra fra committente ed appaltatore, con conseguente inapplicabilità dell'art. 2049 c.c.».

dell'opera, non deve solo attenersi alle norme tecniche ed alle direttive dell'appaltante, ma deve opporre le eventuali necessarie obiezioni di ordine tecnico. La subfornitura è invece caratterizzata dal controllo diretto ed integrale sull'esecuzione dei lavori da parte dell'impresa committente. Progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli e prototipi sono infatti forniti dall'impresa committente, la quale, dovendo il prodotto o servizio essere inserito nella produzione di un bene complesso, trasferisce al subfornitore il cosiddetto *know how*, nel senso dell'intero patrimonio conoscitivo sul come produrre un determinato bene o servizio. La dipendenza tecnologica e progettuale verso il committente risiede in questo integrale trasferimento da parte del committente medesimo al subfornitore delle nozioni sul come fare un determinato bene o servizio, al punto che il subfornitore, a differenza dell'appaltatore, è privo di autonoma capacità valutativa in ordine alla congruità delle prescrizioni.

Nell'appalto d'opera pubblica, l'autonomia dell'appaltatore è meno ampia di quella degli appaltatori privati per l'ingerenza dell'amministrazione appaltante, attraverso la nomina obbligatoria del direttore dei lavori e una sorveglianza intensa e costante. Ma sia pure in limiti più ristretti, l'autonomia continua tuttavia a sussistere, sicché anche l'appaltatore di opera pubblica è l'unico responsabile dei danni cagionati a terzi nel corso dei lavori, mentre una responsabilità dell'amministrazione committente resta configurabile, in via concorrente e solidale, allorché il fatto dannoso sia stato posto in essere in esecuzione del progetto e di direttive della medesima, e, in via esclusiva, solo quando l'ingerenza di detta amministrazione abbia compromesso ogni margine di libertà ed autonomia dell'appaltatore nell'organizzazione od esecuzione dei lavori³⁸.

4.1. ... e la gestione a proprio rischio

L'autonomia di cui gode l'appaltatore è in stretta relazione con il rischio assunto dal medesimo: proprio perché dispone di ampia discrezionalità tecnica e organizzativa, egli risponde del risultato, anche quando abbia eseguito l'opera secondo le direttive del committente, rimanendo obbligato a osservare le regole dell'arte e a segnalare al committente gli errori delle prescrizioni, da questo impartite, che non si uniformino alle predette regole³⁹. E anche quando sia chiamato a realizzare un pro-

³⁸ Così Cass., 9 febbraio 1991, n. 1346, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1991, 786; in *Riv. giur. edil.*, 1992, I, p. 603: pertanto, la responsabilità dei danni da abusivo deposito di detriti su terreno altrui non grava sull'amministrazione appaltante bensì sull'appaltatore, al quale di norma è rimessa l'organizzazione del cantiere e la valutazione della necessità di occupare temporaneamente i beni privati al fine di ottenere l'autorizzazione prefettizia prevista dagli artt. 64 e 65, legge 25 giugno 1865, n. 2359. Cfr., in materia di appalti pubblici, Cass., 17 ottobre 2014, n. 22036, in *CED Cassazione*, 2014.

³⁹ Salvo i casi in cui sia espressamente vincolato alla rigida osservanza delle direttive del committente (Cass., 14 novembre 1994, n. 9562, in *Contratti*, 1995, p. 202). Per i casi in cui l'appaltatore, perdendo ogni autonomia, era stato ridotto a *nudus minister*, dovendo eseguire la prestazione sotto la diretta e penetrante direzione del committente (c.d. appalto a regia), v. anche Cass., 22 settembre 2011, n. 19369, in *Mass. Foro it.*, 2011; Cass., 8 giugno 2015, n. 11798, *ivi*, 2015; Cass., 28 gennaio 2015, n. 1611, *ibidem*; Cass., 17 giugno 2013, n. 15093, *ivi*, 2013; Cass., 21 maggio 2012, *ivi*, 2012.

getto altrui, è sempre tenuto a rispettare le regole dell'arte ed è soggetto a responsabilità nonostante l'ingerenza del committente. Ne consegue che la responsabilità dell'appaltatore, con il conseguente obbligo risarcitorio, non viene meno neppure in caso di vizi imputabili ad errori di progettazione o direzione dei lavori se egli, accortosi del vizio, non lo abbia tempestivamente denunciato al committente manifestando formalmente il proprio dissenso, ovvero non abbia rilevato i vizi pur potendo e dovendo riconoscerli in relazione alla perizia e alla capacità tecnica da lui esigibili nel caso concreto⁴⁰.

Già la Relazione del Guardasigilli al Re avvisava che «(...) l'elemento della gestione a rischio dell'appaltatore, nel senso che questo organizza a proprio rischio l'attività necessaria alla produzione dell'opera, è un carattere ineliminabile dell'appalto, mancando il quale (esso) assume un *nomen iuris* diverso. Del resto che l'appaltatore debba avere la direzione dell'impresa risulta dallo stesso concetto di gestione a proprio rischio perché, essendo l'organizzazione del lavoro a rischio dell'appaltatore, essa si qualifica necessariamente come una gestione autonoma, della quale il potere direttivo è appunto uno degli aspetti».

Nell'obbligazione principale dell'appaltatore è compresa, dal punto di vista contenutistico, ogni attività finalizzata a raggiungere lo scopo del contratto. In questa generale dimensione elemento essenziale di tale obbligazione diviene la funzione di responsabilità, dovendo, in ogni caso, l'esecuzione dell'opera essere giuridicamente ascritta all'appaltatore nella fase organizzativa, che non può, però, prescindere dall'esercizio di una posizione di controllo e di direzione sull'attività dell'apparato imprenditoriale. Poiché la prestazione dell'appaltatore si risolve nell'adempimento di un'obbligazione di risultato, egli è tenuto ad assolvere ai propri obblighi osservando i criteri generali della tecnica relativi al particolare lavoro affidatogli, rispondendo per le imperfezioni o i vizi dell'opera, di cui deve garantire l'assenza⁴¹.

L'appaltatore si assume il rischio di non coprire, con il corrispettivo pattuito, i costi per il compimento dell'opera o del servizio (questo rischio è mitigato dall'art. 1664 c.c.: v. cap. IV, par. 4 ss.).

Ma si assume anche il rischio di non ricevere dal committente alcun corrispettivo se «non riesce a realizzare l'opera (salvo che la sua esecuzione sia diventata impossibile per causa imputabile al committente: art. 1672) o se non l'ha realizzata secondo il progetto convenuto o, comunque, a regola d'arte (art. 1667) o, infine, se l'opera perisce prima della consegna per causa non imputabile al committente (art. 1673)». Il rischio, in altre parole, di avere svolto invano la sua attività e averne invano affrontato i costi.

Il rischio del lavoro comprende il rischio della difficoltà dell'opera, giacché vige il principio dell'invariabilità del corrispettivo, che si collega alla qualificazione dell'attività dell'appaltatore come frutto di un'obbligazione di risultato: l'appaltatore è inadempiente se non procura al committente il risultato pattuito, ossia se non rea-

⁴⁰ Cass., 30 maggio 2003, n. 8813, *ivi*, 2003; Cass., 12 aprile 2005, n. 7515, *ivi*, 2005.

⁴¹ Cass., 22 giugno 2021, n. 17819, in *Quotidiano Giuridico*, 2021, ove una premessa di carattere generale sull'inquadramento del contratto di appalto, con particolare evidenziazione delle obbligazioni che scaturiscono dalla sua conclusione.

lizza l'opera o se non esegue il servizio. Soltanto se l'impossibilità della prestazione non è imputabile a nessuna delle parti, egli ha diritto a un compenso per la parte dell'opera eseguita, ma se e nella misura in cui essa sia utile al committente (art. 1672 c.c.). Si è evidenziata la posizione di "subordinazione funzionale" che l'attività produttiva occupa rispetto al risultato di lavoro, perché nell'appalto «l'attività di lavoro non è dovuta come tale, ma è dedotta *in obligatione* solo come mezzo a fine, per conseguire il risultato promesso». E infatti «l'obbligazione dell'appaltatore non può dirsi adempiuta se non in quanto l'attività produttiva consegue il risultato promesso ed al momento in cui questo sia conseguito»; nel contempo il committente, da parte sua, «può ottenere la risoluzione del contratto, senza dovere attendere che scada il termine di ultimazione dell'opera, quando l'attività produttiva già si manifestasse assolutamente inidonea al conseguimento del risultato promesso»⁴².

In ogni ipotesi di appalto, l'appaltatore, al pari del resto di qualsiasi altro imprenditore impegnato in qualsivoglia genere di intrapresa, assume il rischio economico della gestione dell'opera commessagli e resta, quindi, esposto all'eventualità di dover realizzare il lavoro assunto in perdita: sia quando il prezzo dovutogli sia stato concordato come invariabile, ma si rilevi erroneamente calcolato, sia quando i meccanismi legislativamente o contrattualmente previsti per la revisione del corrispettivo si dimostrino, sotto qualsiasi profilo, insufficienti ad adeguarlo ai costi concretamente sopportati.

La locuzione «gestione a proprio rischio», pertanto, non va intesa in senso tecnico-giuridico, ma nel suo significato economico: «il rischio che l'appaltatore assume a proprio carico non è quello derivante dal caso fortuito, che resta regolato dalle disposizioni generali (art. 1221) o da disposizioni particolari all'appalto (art. 1673), ma è il rischio economico proprio di ogni imprenditore, che concerne il risultato utile dell'esercizio dell'impresa, e cioè l'accollo delle perdite e all'appropriazione dei profitti, che derivano dall'attività intrapresa; tale rischio può, peraltro, essere parzialmente attenuato, in presenza di circostanze eccezionali (art. 1664)»⁴³.

Una responsabilità del committente nei riguardi dei terzi risulta configurabile soltanto:

a) allorquando si dimostri che l'appaltatore dovesse eseguire la prestazione sotto la diretta e penetrante direzione del committente o quando il fatto lesivo sia stato

⁴² STOLFI, «Appalto (contratto di)», in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 641.

⁴³ MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. Utet*, Libro IV, tomo 3°, Torino, 1991, p. 396; VITALI, *Dell'appalto*, in *Commentario teorico-pratico al codice civile*, diretto da V. De Martino, Novara-Roma, 1973, p. 44; VILLANACCI, voce *Appalto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg., Torino, p. 50: «I rischi che la legge pone a carico dell'appaltatore sono di natura economica: derivano dalla impossibilità per l'imprenditore di determinare il costo dell'opera al momento della conclusione del contratto, esponendosi così all'alea di negoziare un corrispettivo che si riveli poi, nel corso del rapporto contrattuale, non sufficiente a fargli conseguire un congruo guadagno o, addirittura, inidoneo a coprire le spese cui è andato incontro con l'accettazione dell'incarico». Cfr. anche GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 8. In giurisprudenza: Cass., 23 agosto 1993, n. 8903, in *Mass. Foro it.*, 1993; Cass., 11 maggio 1965, n. 891, *ivi*, 1965; Cass., 9 agosto 1973, n. 2306, *ivi*, 1973; Cass., 17 luglio 1976, n. 2845, *ivi*, 1976. In senso difforme: VOLTAGGIO-LUCCHESI, *Vizi, difetti, difformità dell'opera nell'appalto*, Palermo, 1952, p. 27, secondo cui il rischio avrebbe rilievo eminentemente tecnico, essendone un mero riflesso le ripercussioni di carattere economico.

commesso dall'appaltatore in esecuzione di un ordine impartitogli dal direttore dei lavori o da altro rappresentante del committente stesso; tanto che l'appaltatore finisce per agire quale *nudus minister* privo dell'autonomia che normalmente gli compete (v. cap. V, par. 11);

b) allorché risultino presenti gli estremi della *culpa in eligendo*, il che si verifica se il compimento dell'opera o del servizio siano stati affidati ad un'impresa appaltatrice priva della capacità e dei mezzi tecnici, indispensabili per eseguire la prestazione senza che si determinino situazioni di pericolo per i terzi (v. cap. V, par. 11.5).

Il committente può poi rispondere in qualità di proprietario della cosa, ai sensi dell'art. 2051 c.c., per i danni da essa prodotti a terzi (o, eventualmente, ai sensi dell'art. 2053 c.c.).

5. Contratto a esecuzione prolungata

L'esecuzione della prestazione dell'appaltatore non si esaurisce, di regola, in un momento, non è istantanea, ma richiede del tempo: il risultato che interessa al committente creditore discende dal tempo che occorre all'appaltatore per compiere l'opera. Il decorrere di quel tempo è dunque una necessità naturale, e non *giuridica*, per giungere a un unico risultato⁴⁴: varia da caso a caso e si quantifica in relazione a quanto occorra per la produzione del risultato pattuito, ferma la facoltà dell'appaltatore, nell'ambito della sua autonomia, di regolare liberamente il ritmo dei lavori.

Qualora il contratto non stabilisca un termine per il compimento dell'opera, va escluso che, in assenza di apposita previsione di legge, possa valere la regola *quod sine die debetur statim debetur*. Avrà rilievo decisivo, piuttosto, il tempo necessario per la realizzazione dell'opera o del servizio; varrà inoltre la disciplina prevista in generale per le obbligazioni dall'art. 1183, 1° comma, c.c.

Qualora invece nel contratto sia stato fissato un termine finale, esso deve essere riferito alla verifica *ex art. 1665 c.c.*; fermo il diritto dell'appaltatore di domandare un prolungamento del termine quando l'esecuzione dei lavori si protragga per cause a lui non imputabili.

L'appalto, se non è un contratto a prestazione istantanea, non è però, neanche, un contratto di durata in senso tecnico, perché la prestazione dell'appaltatore non è frazionabile nel tempo⁴⁵.

⁴⁴ «Ma per giungere a questo risultato, la limitatezza della capacità creativa e lavorativa umana ha bisogno di un certo tempo. Non più quindi una necessità giuridica, ma solo una necessità pratica» (RUBINO, *L'appalto*⁴, cit., p. 687).

⁴⁵ Con la conseguenza che il corrispettivo spettante al medesimo, se l'opera viene completata e consegnata dopo la presentazione del ricorso, non è soggetto alla falcidia concorsuale e va pagato integralmente in prededuzione. Nei contratti di durata, all'opposto, il credito maturato dal contraente *in bonis* prima del deposito del ricorso per concordato preventivo, essendo possibile isolare il corrispettivo spettante per le prestazioni rese fino ad una certa data, può essere considerato concorsuale e come tale sog-