

Collana dei Contratti

diretta da Emanuele Lucchini Guastalla

Roberto Panetta

Il contratto di appalto



G. Giappichelli Editore – Torino

Collana *dei* Contratti

diretta da Emanuele Lucchini Guastalla

Roberto Panetta

Il contratto di appalto



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2016 – LINEA PROFESSIONALE - TORINO
G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX: 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-7524-367-8

Composizione: Voxel Informatica s.a.s. - Chieri (To)
Stampa: Stamperia Artistica Nazionale S.p.A. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Indice

pag.

Capitolo 1

Contratto di appalto. Nozione e differenze con altri contratti

1.1.	Nozione	1
1.2.	Il tipo contrattuale dell'appalto. Inquadramento teorico	5
1.3.	L'appaltatore e la sua obbligazione	9
1.4.	Organizzazione dei mezzi necessari	13
1.5.	Gestione a proprio rischio	15
1.6.	Differenze con altri contratti tipici	19
1.6.1.	Appalto e compravendita	19
1.6.1.1.	Il criterio della prevalenza	22
1.6.1.2.	Il criterio della causa in concreto	28
1.6.2.	Appalto e contratto d'opera	30
1.7.	Appalto per la costruzione di navi	33
1.8.	Appalto e contratto di <i>engineering</i>	39
1.9.	Appalto e somministrazione	41
1.10.	Sindacabilità della distinzione tra tipi contrattuali	43
	Indice delle opere citate nel Capitolo 1	43

Capitolo 2

Le parti del contratto di appalto. *Joint venture* e altre forme di cooperazione tra imprese

2.1.	Le parti del contratto. Considerazioni introduttive	47
2.2.	Il committente	48
2.3.	L'appaltatore	50
2.4.	Forme di cooperazione tra imprese nell'appalto	52

V

	<i>pag.</i>
2.4.1. Il contratto di <i>joint venture</i>	53
2.4.1.1. Clausole tipiche del contratto di <i>joint venture</i>	59
2.4.1.2. Forme di responsabilità dei <i>coventures</i> nell'esecuzione del contratto di appalto	79
2.4.1.3. Contitolarità del debito e solidarietà passiva	83
2.4.2. La <i>joint venture corporation</i>	85
2.4.3. Il contratto di rete di imprese	89
2.4.4. Le associazioni temporanee di imprese	96
2.4.4.1. Le caratteristiche delle associazioni temporanee di imprese e il mandato collettivo congiunto	98
2.4.4.2. I tipi di associazioni temporanee di imprese e i requisiti	100
2.4.4.3. I rapporti interni all'associazione temporanea di impresa, i ruoli e le vicende dei partecipanti	102
2.4.5. L'avvalimento	107
2.4.6. Associazione in partecipazione	110
2.4.7. Gruppo europeo di interesse economico (G.E.I.E.)	117
2.5. Il progettista e il direttore dei lavori	118
Indice delle opere citate nel Capitolo 2	122

Capitolo 3

Subappalto

3.1. Il contratto di subappalto	127
3.2. L'autorizzazione al subappalto	131
3.3. Gli effetti giuridici di un subappalto non autorizzato	137
3.4. L'autonomia gestionale e organizzativa del subappaltatore	141
3.5. I rapporti tra le parti contraenti dei contratti d'appalto e subappalto	145
3.6. I rapporti tra le parti contraenti originarie	146
3.7. I rapporti tra l'appaltatore/subcommittente e il subappaltatore	147

	<i>pag.</i>
3.8. I rapporti tra il committente principale e il subappaltatore	153
3.9. Clausole di collegamento tra il contratto di appalto e di subappalto: il c.d. subappalto “trasparente”	154
3.10. La clausola “ <i>if and when</i> ” nel contratto di subappalto	156
Indice delle opere citate nel Capitolo 3	160

Capitolo 4

Il corrispettivo nell'appalto

4.1. Il corrispettivo nell'appalto	163
4.1.1. Il prezzo e la causa. Inquadramento teorico	165
4.2. Può esistere un appalto senza prezzo?	176
4.3. Il corrispettivo nell'appalto come debito di valuta	178
4.4. Il corrispettivo diverso dal denaro	180
4.5. La determinazione del corrispettivo nell'appalto	182
4.6. Segue. Il corrispettivo a corpo (o a <i>forfait</i>)	186
4.7. Segue. Il corrispettivo a misura	190
4.8. Segue. L'appalto a “ <i>cost plus</i> ”	192
4.9. Le modalità suppletive di determinazione del corrispettivo nell'appalto: le tariffe	194
4.10. Segue. Le modalità suppletive di determinazione del corrispettivo nell'appalto: gli usi	200
4.11. Segue. Le modalità suppletive di determinazione del corrispettivo nell'appalto: intervento del giudice	202
4.12. Determinazione ad opera di un arbitratore	205
4.13. Il corrispettivo nell'appalto e l'imposta sul valore aggiunto	207
4.14. La revisione del prezzo	208
Indice delle opere citate nel Capitolo 4	214

Capitolo 5

Esecuzione del contratto di appalto

5.1. I materiali	217
5.2. Le variazioni	222

	<i>pag.</i>
5.2.1. Le variazioni concordate del progetto	224
5.2.1.1. Le variazioni arbitrarie	227
5.2.2. Le variazioni necessarie del progetto	228
5.2.3. Il recesso del committente	235
5.2.4. Le variazioni ordinate dal committente	239
5.3. Verifica e adempimento del contratto	245
5.3.1. Verifica del committente in corso di esecuzione	245
5.3.2. Diffida ai sensi dell'art. 1662 c.c. e assegnazione di un termine per il corretto adempimento	248
5.4. Verifica finale e il collaudo	250
5.4.1. L'accettazione e la consegna dell'opera	254
5.5. Il pagamento del corrispettivo	257
Indice delle opere citate nel Capitolo 5	259

Capitolo 6

La garanzia dell'appaltatore per vizi e difformità. Lo scioglimento del contratto per impossibilità dell'esecuzione

6.1. La natura giuridica e ambito di applicazione della garanzia	261
6.2. Nozione di difformità e vizi	266
6.2.1. Mancanza di qualità essenziali. <i>Aliud pro alio</i>	268
6.2.2. Conoscenza e riconoscibilità dei vizi	272
6.3. La garanzia <i>ex art. 1667 c.c.</i> e i vizi occulti o taciuti in mala fede dall'appaltatore	275
6.4. La denuncia delle difformità e dei vizi	278
6.5. La prescrizione dell'azione	284
6.6. I rimedi	286
6.6.1. L'eliminazione dei vizi o delle difformità	287
6.6.2. La riduzione del prezzo	289
6.6.3. Il risarcimento del danno	291
6.6.4. La risoluzione	294
6.6.5. Derogabilità dei criteri per la risoluzione	298
6.7. Lo scioglimento del contratto per impossibilità dell'esecuzione	303
Indice delle opere citate nel Capitolo 6	307

	<i>pag.</i>
Capitolo 7	
La responsabilità per rovina o gravi difetti	
7.1. Fattispecie e disciplina	311
7.2. Natura della responsabilità <i>ex art.</i> 1669 c.c.	319
7.3. Legittimazione attiva e passiva all'azione <i>ex art.</i> 1669 c.c.	321
7.3.1. In particolare: la legittimazione passiva del fornitore dei materiali	324
7.4. La durata della responsabilità	326
7.5. L'azione risarcitoria. Termini di decadenza e di prescrizione	328
7.5.1. Il risarcimento del danno	331
7.6. La polizza decennale postuma	333
Indice delle opere citate nel Capitolo 7	335

Capitolo 1

Contratto di appalto. Nozione e differenze con altri contratti

Sommario

1.1. Nozione. – 1.2. Il tipo contrattuale dell'appalto. Inquadramento teorico. – 1.3. L'appaltatore e la sua obbligazione. – 1.4. Organizzazione dei mezzi necessari. – 1.5. Gestione a proprio rischio. – 1.6. Differenze con altri contratti tipici. – 1.6.1. Appalto e compravendita. – 1.6.1.1. Il criterio della prevalenza. – 1.6.1.2. Il criterio della causa in concreto. – 1.6.2. Appalto e contratto d'opera. – 1.7. Appalto per la costruzione di navi. – 1.8. Appalto e contratto di *engineering*. – 1.9. Appalto e somministrazione. – 1.10. Sindacabilità della distinzione tra tipi contrattuali.

1.1. Nozione

Il contratto di appalto è definito dall'art. 1655 c.c. come «*il contratto col 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 nozione di **appalto** designa, quindi, un tipo di contratto nominato articolando due sub-figure: **appalto di opere** e **appalto di servizi**, entrambe riconducibili allo schema romanistico del *do ut facias*¹.

Nell'ambito della prima sub-figura, la prestazione caratterizzante è costituita dalla realizzazione di un'opera a fronte del pagamento di una somma di denaro, mentre, nell'ambito della seconda, ad emergere è chiaramente la prestazione di un **servi-**

¹ In questo senso, V. CUFFARO, 2011, p. 5.

zio a vantaggio del committente, il quale sarà, anche in questo caso, chiamato a corrispondere una somma di denaro per il servizio ricevuto.

Con il codice civile vigente l'appalto viene così ad essere individuato separatamente dalla locazione, nel cui ambito, secondo la tradizione romanistica, era confinato.

La Relazione al Codice (nn. 700-917) inquadra il contratto di appalto nell'ambito della categoria dei **contratti di impresa**.

Tale inquadramento trova giustificazione nel fatto che, disponendo l'appaltatore di una organizzazione di mezzi necessari, *«il risultato contrattuale non si raggiunge direttamente attraverso il lavoro dell'appaltatore, come attraverso il lavoro prevalentemente proprio del prestatore si consegue nel contratto d'opera, ma attraverso l'organizzazione di mezzi necessari, che l'appaltatore pure gestisce a suo rischio»*.

L'appalto è altresì un **contratto bilaterale**, in forza del quale l'appaltatore, su incarico del committente, si impegna a raggiungere un determinato **risultato**, quale il compimento di un'opera o la prestazione di un servizio.

L'appalto è da annoverarsi tra i **contratti commutativi** e non **aleatori**. Infatti, l'entità della **prestazione** è **determinata** o **determinabile** in base a criteri prestabiliti e non in base a fatti futuri ed incerti².

In particolare, l'appaltatore assume il rischio economico della gestione dell'impresa, nel senso che, comunque, egli resta obbligato a portare a termine l'opera. Ne discende che eventuali difficoltà di carattere tecnico e possibili variazioni dei costi dei mezzi necessari alla realizzazione non impattano sull'esecuzione dell'obbligazione, salvo il verificarsi di circostanze imprevedibili, nel qual caso trova applicazione la disciplina dell'art. 1664 c.c. (cfr. Cap. 4).

Secondo la giurisprudenza, tale carattere di **commutatività**

² Tra gli altri, D. RUBINO-G. IUDICA, 2007, p. 22 afferma che *«l'appalto, pur non essendo un contratto aleatorio in senso tecnico giuridico, presenta però, specie per l'appaltatore, un'alea in senso meramente economico cioè la possibilità che il costo effettivo dell'opera o del servizio risulti poi maggiore del previsto o addirittura del prevedibile»*.

rimane immutato anche nel caso in cui le parti abbiano inserito nel contenuto del contratto una clausola che, in deroga all'art. 1664 c.c., escluda la possibilità per l'appaltatore di domandare la revisione del prezzo, addossando così allo stesso un rischio che non eccede però la normale **alea** contrattuale. In questo modo, infatti, tale clausola non risulta idonea a trasformare l'appalto da contratto commutativo a contratto aleatorio³.

Lo schema contrattuale dell'appalto comprende anche il contratto stipulato da una **pubblica amministrazione** con un imprenditore.

Tale contratto è oggetto, però, di distinta disciplina di carattere pubblicistico, che deroga, in alcune parti, alle disposizioni codicistiche. È il caso, ad esempio, delle regole relative all'esecuzione del rapporto oppure delle regole concernenti il procedimento di ricerca del contraente privato.

Il contratto di appalto può essere, altresì, considerato un contratto *intuitus personae*.

Tale locuzione indica generalmente il particolare **affidamento**

³ In questo senso, tra gli altri, Cass., Sez. II, 22 novembre 2000, n. 15112, in *Foro it.*, 2001; Trib. Roma, 25 maggio 2000, in *Giurisprudenza romana*, 2000. A questo proposito, la giurisprudenza pare pacifica sul fatto che l'istituto della revisione dei prezzi sia una particolare applicazione del più ampio rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta disciplinato dall'art. 1467 c.c. ai quali è comune il fondamento giuridico rappresentato dal turbamento dell'equilibrio di valore tra le prestazioni verificatosi in modo oggettivo ed imprevedibile nel corso del rapporto contrattuale; la revisione ha poi la finalità particolare di ovviare alla risoluzione di un contratto come quello di appalto che, per la sua particolare natura, merita di essere mantenuto in vita tanto nell'interesse particolare dei contraenti quanto di quello economico generale (così Cass., Sez. I, 5 febbraio 1987, n. 1123 in *Mass. Giust. civ.*, 1987). In questo senso, la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di sottolineare come «l'art. 1664 c.c. costituisce la particolare applicazione al contratto di appalto (che, pur essendo un contratto non aleatorio comporta particolari tipi di rischio espressamente regolamentati) del principio contenuto nell'art. 1467 c.c.; norma quest'ultima che può ritenersi applicabile ad un contratto di appalto solo nell'ipotesi in cui l'onerosità sopravvenuta sia da attribuire a cause diverse da quelle previste nell'art. 1664 c.c., dovendo altrimenti la norma speciale prevalere sulla norma generale, in quanto disciplina specifica di un contratto commutativo con caratteristiche particolari» (così, Cass., Sez. I, 3 novembre 1994, n. 9060, in *Rep. Foro it.*, 1994).

di un soggetto sull'**identità** e sulle **qualità personali** di un altro soggetto.

Il vincolo fiduciario che sottostà alla conclusione di tale tipo contrattuale deriva dal fatto che le qualità personali dell'appaltatore colorano l'esecuzione dell'obbligazione dedotta, un'obbligazione che è caratterizzata da elementi di complessità e professionalità⁴.

Tale vincolo è altresì confermato dal divieto di subappalto di cui all'art. 1656 c.c. (cfr. Cap. 3).

A questo proposito, la giurisprudenza ha avuto modo di sottolineare come «*l'art. 1656 c.c., che vieta all'appaltatore di dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, quando non sia stato autorizzato dal committente, non richiede che il consenso di quest'ultimo sia specificamente riferito ad un determinato soggetto e non esclude, quindi, che esso sia preventivo e generico non essendo tale autorizzazione incompatibile con l'intuitus personae che caratterizza il rapporto di appalto*

⁴ A. GALASSO, 1974, p. 93 ss. sostiene che i contratti aziendali possono essere caratterizzati dalla rilevanza delle "qualità personali" del contraente ceduto oppure dalla importanza rivestita dalla "persona". A fronte di questa sottile ma fondamentale distinzione si impongono due generi di discipline scaturenti dall'art. 2558 c.c. in cui la rilevanza delle qualità personali legittima il recesso per giusta causa nella misura in cui il cessionario non abbia i medesimi requisiti del cedente, mentre la rilevanza della persona causa la intrasmissibilità assoluta del rapporto. A sostegno della presente tesi, F. GALGANO, 1969 mira a differenziare i contratti con carattere personale dai contratti *intuitus personae* evidenziando che il contratto sarebbe personale quando l'interesse all'affare trae origine dalle personali valutazioni del contraente e quindi quando non c'è quella «*immanenza dell'interesse all'affare nel patrimonio del soggetto*» che giustifica il subingresso nel rapporto da parte del successore; dimodoché l'alternativa non consisterebbe, come nel negozio *intuitu personae*, nello stipulare il contratto con quella determinata persona o con un'altra, bensì nella conclusione o meno del contratto. La distinzione appare arbitraria, specialmente se raffrontata alla molteplicità di ipotesi normative alle quali l'*intuitus* presta la propria etichetta. Qualificando "personali" i rapporti che rispondono alla seconda alternativa e "fiduciari", o *intuitu personae*, quelli che rispondono alla prima, si mira in definitiva a separare dal più ampio contesto dell'*intuitus personae* il fenomeno della "inerenza alla persona", che secondo la comune opinione ne costituisce un effetto normale e che indica, invece, uno dei diversi profili normativi dell'*intuitus*.

dato che il committente rimane estraneo al subappalto e che, nell'ambito del rapporto principale, la sua autorizzazione indica solo che la fiducia riposta nell'appaltatore si estende alla bontà ed oculatezza della scelta del subappaltatore»⁵.

Altra parte della dottrina, tuttavia, esclude che il contratto di appalto sia necessariamente stipulato *intuitu personae* e ritiene che assuma rilevanza non tanto la **persona** dell'appaltatore quanto l'**organizzazione di impresa** dell'appaltatore.

A tal proposito, la dottrina sostiene che sia lo stesso legislatore a caratterizzare sul piano causale il contratto di appalto in ragione del rilievo assunto dall'organizzazione di cui l'appaltatore è dotato per eseguire la prestazione. L'elemento dell'**organizzazione**, più della persona dell'appaltatore, risulta, quindi, decisivo per la soddisfazione dell'interesse del committente⁶.

Inoltre, la dottrina segnala come, in caso di morte dell'appaltatore, ai sensi dell'art. 1674 c.c., lo scioglimento del contratto non sia automatico ma presupponga l'accertamento dell'effettiva rilevanza della persona dell'appaltatore; inoltre, l'art. 81 l. fall., stabilendo che, in caso di fallimento dell'appaltatore, il contratto si scioglie solo «*se la considerazione della qualità soggettiva è stata motivo determinante del contratto*»⁷ fa propendere più per un accertamento in concreto dell'effettiva rilevanza delle caratteristiche personali e/o aziendali dell'appaltatore piuttosto che per una generalizzata considerazione delle stesse.

1.2. Il tipo contrattuale dell'appalto. Inquadramento teorico

L'appalto è un **tipo** contrattuale, in quanto regolato da precise disposizioni del codice civile, che ne individuano le caratteristiche essenziali, lo distinguono quindi da figure affini e ne regolano l'attuazione e gli effetti.

⁵ Così, Cass., Sez. II, 5 settembre 1994, n. 7649, in *Mass. Giust. civ.*, 1994.

⁶ In questo senso, V. CUFFARO, 2011, p. 71 ss.

⁷ In questo senso, D. RUBINO-G. IUDICA, 2007, p. 98 ss.; V. CUFFARO, 2011, p. 71 ss.

Il concetto di “tipo”, in sé considerato, può essere individuato in tre significati diversi: in primo luogo, con funzione di rappresentare attraverso una singola realtà l’intera categoria; in secondo luogo, con funzione di disegnare le caratteristiche principali di una categoria; e infine, con la funzione di discriminare ciò che è caratteristico della categoria da ciò che è, invece, essenziale⁸.

Il “tipo contrattuale” può del pari essere inteso sia come **modello** di disciplina, sia come **regime** di tipicità, in quanto l’accordo non produce effetti se non rientra in una figura specificamente prevista dall’ordinamento, sia come funzione “tipica”, relativa cioè non alle funzioni pratiche della causa, ma a quella funzione che appare inseparabile dagli effetti di quel negozio⁹.

Il tipo contrattuale non è dato quindi soltanto dalla presenza di alcuni elementi, né dalle loro relazioni, bensì dal loro contesto unitario, dal loro insieme che ne permette una individuazione come realtà a sé stante¹⁰.

La individualità del tipo permette di cogliere la relazione interna tra i vari elementi che lo compongono, il che conduce poi ad identificarlo con un particolare “modello di disciplina”.

In altre parole, l’individuazione di un tipo giuridico consente di acquisire i suoi elementi connaturati e di poter trarre da questi una disciplina, che però, si badi bene, non è semplicemente un modello, un esempio a cui far riferimento liberamente, ma costituisce la disciplina a cui le parti devono ricorrere senza esasperare un concetto di libertà contrattuale oggi troppo enfatizzato e spesso frainteso.

⁸ F. MARINELLI, 1996, p. 15; R. SACCO, 1989, p. 39 elabora, con riguardo alle *formanti*, ossia alle componenti dei sistemi giuridici, le nozioni di *genotipo*, inteso come “nozione superastratta” e di *fenotipo*, “manifestazione empirica” che viene studiato in analisi dogmatica concettuale all’interno di ogni Paese.

⁹ R. SACCO, 1966, p. 786.

¹⁰ Puntuale notazione del C. BEDUSCHI, 1986, p. 35 che rileva come dalla semplice “presenza” dei vari aspetti particolari si passa alla loro specifica “rilevanza”; dalla pura “constatazione” di dati si passa alla loro “interpretazione”. Sono degni di attenzione i singoli passaggi evidenziati, in quanto testimoniano il processo costruttivo del diritto e il ruolo creativo dell’interprete.

Infatti, ritenere il “**tipo**” esclusivamente come **esempio** di una possibile disciplina significa svalutare il contenuto normativo della disciplina dei vari contratti tipici, disciplina che diviene dunque sostanzialmente inutile e superflua, perché sostituita integralmente dalla volontà negoziale.

Nel nostro ordinamento i **contratti tipici** e i **contratti atipici** coesistono su un piano di sostanziale parità, e il sistema si struttura pertanto come un **sistema misto**, caratterizzato dall’esistenza di contratti tipici e dalla possibilità affidata ai privati di crearne di nuovi, pur con il limite della realizzazione di interessi meritevoli di tutela¹¹.

Il tipo legislativo e il contratto tipico però non corrispondono frequentemente al contratto tipico concretamente realizzato dai privati: se è vero, come è vero, che il tipo legislativo costituisce un modello di disciplina a cui i privati devono fare riferimento e che la libertà contrattuale degli operatori del mercato non può spingersi oltre i già labili confini posti dall’ordinamento, è anche vero che il tipo legislativo e il contratto così come tipizzato hanno una capacità espansiva tale da consentire ai privati di rimanere all’interno del tipo contrattuale scelto senza incorrere nel rischio di concludere un negozio non meritevole di tutela, o addirittura *contra legem*.

Una perfetta coincidenza tra tipo legislativo e contratto tipico concretamente posto in essere dalle parti è estremamente rara. Anzi, più spesso, tale coincidenza manca e ciò è permesso dalla **elasticità** del tipo contrattuale, che non perde, nella maggior parte delle volte, le caratteristiche essenziali che lo connotano¹². Spostandosi dal centro verso l’esterno, le caratteristiche

¹¹ Il riferimento è all’art. 1322 c.c. che recita «*Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico*». La parola “anche” lascia intendere che i privati devono primariamente fare ricorso alle forme contrattuali previste dalla legge e poi, qualora l’interesse perseguito sia meritevole di tutela (giudizio meramente discrezionale lasciato all’arbitrio del giudice), possono anche ricorrere a figure non tipizzate.

¹² G.B. FERRI, 1966, p. 54 afferma che «*il tipo, pertanto, proprio perché*

fondamentali, o meglio, qualificanti del “tipo” diminuiscono e sfumano, ma restano tuttavia tante e tali da continuare a qualificarlo. Diversa è invece la situazione se, tirando esasperatamente le proprietà tipiche del negozio, si oltrepassano i confini segnati dalle caratteristiche essenziali del tipo, e si perdono così la sua qualificazione e ogni possibile ipotesi di sussunzione all’interno di quel modello di disciplina.

Con specifico riferimento al contratto **tipo dell’appalto**, deve sottolinearsi come lo stesso tragga le proprie origini dal **distaccamento** dal generale e unitario schema della **locazione** di derivazione romanistica, ove era tradizionalmente inserito ancora nel codice civile *post-unitario* del 1865.

La tendenza alla tipizzazione ha portato, pertanto, il legislatore del 1942 a distinguere, con separate qualificazioni, la locazione di cose, di cui agli artt. 1571 e ss. c.c., il contratto di lavoro subordinato di cui agli artt. 2094 e ss. c.c., il contratto di opera (artt. 2222 e ss. c.c.) e, infine, il contratto di appalto (artt. 1655 e ss. c.c.) che, in questa sede, ci occupa.

Deve notarsi come la *locatio operis* sia certamente la figura locativa più vicina all’odierno contratto di appalto nella misura in cui in essa il raggiungimento di un determinato e concreto risultato, contrattualmente pattuito, costituiva, al tempo, l’oggetto dell’obbligazione, a nulla rilevando la mole di lavoro necessaria per conseguirlo. Di contro, nell’ambito della *locatio operarum*, il debitore si obbligava a fornire una determinata quantità di energie lavorative, indipendentemente (entro certi limiti) dal risultato da raggiungere¹³.

Ed è proprio in funzione di tale identità dell’oggetto dell’obbligazione che l’appalto, in quanto contratto nel quale appa-

espressione della normalità, ha una sua elasticità e consente, nel concreto atteggiarsi del negozio, modificazioni di taluni suoi elementi o integrazioni che ne lasciano intatti i caratteri fondamentali; con la conseguenza cioè che, pur dovendosi tener conto degli elementi particolari inseriti nel negozio concreto, sussiste tuttavia la possibilità di assumere il negozio concreto nel tipo astratto e di derivare, da tale sussunzione, l’applicazione delle regole proprie del tipo, in quanto non espressamente modificate».

¹³ In questo senso, *ex multis*, P. CENDON, 2010, p. 6 ss.

riva rilevante il raggiungimento del risultato, veniva collocato entro lo schema della *locatio operis*.

A questo riguardo, è bene rilevare che, se nella *locatio operis* rientrava solo il contratto concluso *intuitu personae locatoris* – ossia quel contratto in cui la prestazione doveva essere eseguita soltanto dal soggetto che aveva assunto tale obbligazione – nel contratto di appalto, come già anticipato sopra, tale vincolo fiduciario si è, nel tempo, fortemente affievolito, non caratterizzando decisamente il tipo contrattuale.

Deve, in ultimo, notarsi come nell'ambito della *locatio operis*, il codice distingue due tipi, l'appalto (art. 1655 c.c.) e il contratto d'opera (art. 2222 c.c.), a seconda che l'opera o il servizio siano compiuti mediante un'organizzazione ad impresa, o invece con lavoro prevalentemente personale dell'artefice e dei suoi familiari: due tipi, quindi, che si differenziano perché una delle parti è, o non è, organizzata ad impresa¹⁴.

1.3. L'appaltatore e la sua obbligazione

Nell'ottica della nota (e forse superata) distinzione tra **obbligazione di mezzi** e **obbligazione di risultato**, l'obbligazione dell'appaltatore è stata sempre considerata di risultato.

Come visto, tale caratteristica discende proprio dalla *locatio operis* di tradizione romanistica, ma nel tempo ha registrato un forte indebolimento.

La distinzione tra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato riposa sulla rilevanza che assume, nell'una o nell'altra, il comportamento del soggetto tenuto alla prestazione, valutato secondo il criterio generale della diligenza del buon padre di famiglia oppure della diligenza professionale¹⁵.

Da una parte, notoriamente, le obbligazioni di risultato si caratterizzano per la previsione come fine dovuto del **conseguimento** di un **risultato** in grado di determinare la piena **soddi-**

¹⁴ Così, G. DE NOVA, 1974, p. 97 ss.

¹⁵ P. CENDON, 2010, p. 12 ss.

sfazione dell'interesse, economico o non, che ha sollecitato il creditore all'acquisizione del diritto di credito.

Di contro, le obbligazioni “**di mezzi**” non impongono al debitore il raggiungimento di un determinato risultato, che resta, quindi, fuori dall'oggetto della prestazione, ma si limitano ad imporre un determinato **comportamento** del debitore. In questo modo, *«l'interesse protetto del creditore si arresta al ricevimento di un comportamento del debitore qualificato da un certo grado di convenienza o di utilità in funzione di quel fine rimasto all'esterno del perimetro del vincolo, la cui realizzazione non è di per sé compresa nell'orbita del rapporto obbligatorio»*¹⁶.

Deve pur sottolinearsi come autorevole dottrina abbia, in tempi addietro, evidenziato che la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi *«non vuole significare l'assenza, in certe obbligazioni, di un risultato dovuto, il che sarebbe assurdo, ma piuttosto separare i rapporti obbligatori in due categorie, caratterizzate da una maggiore o minore corrispondenza del termine finale dell'obbligazione (risultato dovuto) al termine iniziale, cioè all'interesse da cui l'obbligazione trae origine»*¹⁷.

¹⁶ Così, F. PIRAINO, 2014, p. 888 che rinvia alla più ampia e approfondita disamina condotta da L. MENGONI, 1954, p. 190 ss. A questo proposito, autorevole dottrina sottolineato come debbano essere tenute distinte *«il dovere di mettere in essere un determinato risultato concreto»* dal *«dovere di una determinata diligenza»* pur ritenendo tale ripartizione del tutto descrittiva, frutto della constatazione della varietà fenomenologica delle obbligazioni e della presenza di vincoli meno ampi degli altri (in questo senso, G. OSTI, 1918, p. 425 ss.).

¹⁷ Così, L. MENGONI, 1954, p. 188 ss. Tale interesse, che resta nella sfera del fatto, in alcuni casi assume rilevanza giuridica divenendo così l'interesse protetto, ossia quello la cui realizzazione individua il risultato dell'obbligazione e dando vita alle obbligazioni dette “di risultato”; mentre, in altri casi, tale piena “giurificazione” non si compie e l'interesse protetto coincide con un momento intermedio nella sequenza delle modificazioni che possono condurre al soddisfacimento dell'interesse-presupposto e ciò dà vita alle obbligazioni dette “di mezzi”. In quest'ultima l'interesse protetto si presenta, dunque, come strumentale all'interesse-presupposto ma ciò non comporta certo l'assenza di risultato, il quale, invece, c'è ma “non è che un mezzo nella serie teleologica che costituisce il contenuto dell'interesse primario del creditore e quel che il

Inoltre, la distinzione tra le obbligazioni “di mezzi” e le obbligazioni “di risultato” non poggia su una diversità di oggetto dei due tipi di obbligazione e non determina conseguenze in tema di responsabilità¹⁸.

A questo proposito, la dottrina ritiene che anche nelle obbligazioni “di mezzi” può individuarsi una **correlazione** tra **condotta** e **risultato** sulla base di un “modello teleologico a posteriori”, in base al quale si rintraccia l’effettiva modificazione o conservazione della posizione giuridica del creditore realizzato dal debitore (risultato in concreto) da assumere come elemento di confronto con il risultato cui, in termini astratti, si sarebbe dovuti pervenire ove si fossero adottate condotte diverse da quelle poste in essere dal debitore (risultato in astratto)¹⁹. Ne discende che, nell’ambito delle obbligazioni “di mezzi”, il debitore è tenuto al raggiungimento di un risultato che, però, è in sé mobile; nell’ambito, invece, delle obbligazioni “di risultato”, questo è invece ad oggetto dell’obbligazione stessa e assume rilevanza giuridica specifica²⁰.

Ebbene, mantenendo la riflessione entro le suddette categorie concettuali e ritornando all’esame del contenuto dell’obbligazione gravante sull’appaltatore, quest’ultimo è tenuto al compimento di un’opera o di un servizio, promettendo di ottenere il risultato della propria attività organizzativa.

creditore ha diritto ad attendersi consiste nella «*produzione di una serie più o meno ampia di mutamenti intermedi ai quali è condizionata la possibilità di tale soddisfacimento*» (così, L. MENGONI, 1954, p. 189 ss. come richiamato da F. PIRAINO, 2014, p. 888 ss.).

¹⁸ In questo senso, F. PIRAINO, 2011, p. 574 ss.

¹⁹ In giurisprudenza si veda Cass., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999.

²⁰ Deve sottolinearsi come il debitore di un’obbligazione “di mezzi” possa contrastare la domanda di accertamento dell’inadempimento formulata dal creditore fornendo la prova che il risultato ottenuto è esattamente quello conseguibile nel caso specifico con l’uso dei mezzi necessari e sulla base dello standard di condotta di riferimento, oppure rilevando una causa di impossibilità dell’esecuzione della prestazione a lui non imputabile; di contro, il debitore di un’obbligazione “di risultato” dispone solo del secondo rimedio appena richiamato.

L'appaltatore, pertanto, mediante **l'organizzazione dei mezzi necessari** e la **gestione** degli stessi **a proprio rischio**, promette alla controparte di conseguire l'*opus* specificatamente pattuito.

In particolare, l'appaltatore non assume l'obbligazione di consegnare al committente un *opus* qualsiasi, magari semplicemente idoneo a raggiungere il proprio scopo e privo di vizi, ma si impegna a consegnare l'opera o il servizio commissionato.

A dire il vero, circa il conseguimento dello specifico *opus* pattuito, si registrano due diversi orientamenti: il primo, secondo il quale l'appaltatore è tenuto al compimento dell'opera così come commissionata; il secondo, invece, ritiene che l'appaltatore assuma l'obbligazione di compiere un'opera perfetta e senza vizi, anche se diversa da quella specificatamente commissionata.

Tale contrasto deve quindi rintracciarsi tra il rispetto di quanto contrattualmente pattuito – magari, anche in violazione delle norme tecniche – e il rispetto delle regole dell'arte affinché l'opera sia idonea al raggiungimento del proprio scopo e non presenti vizi.

A questo proposito, deve ritenersi che tale contrasto non può essere risolto mediante una scelta, ma piuttosto in termini di sovrapposizione e coordinamento tra le due differenti tesi.

Autorevole dottrina ha, in passato, ritenuto come **l'obbligo di compiere un'opera perfetta** e senza **vizi** fosse da rintracciarsi già nella **legge** e che, quindi, lo stesso dovesse prevalere su quello squisitamente contrattuale²¹.

In realtà, come detto, il contratto di appalto si caratterizza proprio per il fatto che l'appaltatore si impegna a conseguire un **risultato**, a raggiungere un certo evento previsto come **prodotto della propria attività**, con la conseguenza che l'obbligazione non può considerarsi adempiuta qualora l'attività del debitore non abbia conseguito il risultato dedotto in obbligazione²².

²¹ In questo senso, D. RUBINO, 1980, p. 168 ss.

²² A questo proposito, la dottrina fa notare come tale soluzione ben si coniughi con la particolare natura del contratto di appalto e con i particolari requisiti che la legge richiede al soggetto appaltatore: il committente sceglierà

1.4. Organizzazione dei mezzi necessari

Come già anticipato, l'appaltatore, imprenditore ai sensi dell'art. 2082 c.c., deve disporre di un'**organizzazione di mezzi** necessari per assolvere l'obbligazione assunta e per raggiungere il risultato promesso.

Tale elemento costituisce, come si vedrà, anche l'elemento discrezionale tra il **contratto d'appalto** ex art. 1655 c.c. e il **contratto d'opera professionale**, ravvisabile, quindi, nell'organizzazione di tipo imprenditoriale nel primo caso e in una gestione autonoma e di piccole o medie dimensioni nel secondo²³.

Il requisito della "organizzazione dei mezzi necessari" si riferisce ad una **organizzazione dei mezzi produttivi**, quali energie lavorative, capitali, beni, a struttura imprenditoriale. Il contratto di appalto, infatti, presuppone la disponibilità da parte dell'appaltatore di un articolato complesso di mezzi produttivi, unitamente alla necessità di impiego delle energie lavorative di altri soggetti, assunti al di fuori del nucleo familiare²⁴.

È proprio in relazione a questo aspetto che l'appalto si definisce un **contratto di impresa**: il risultato contrattuale non si raggiunge direttamente attraverso il lavoro dell'appaltatore, come attraverso il lavoro prevalentemente proprio del prestatore si consegue nel contratto d'opera, ma attraverso l'organizzazione dei mezzi necessari. In questo senso, la dottrina ha evidenziato come appaltatore non è l'artigiano, il quale "fa", bensì l'imprenditore, il quale "fa fare"²⁵.

Il requisito dell'organizzazione imprenditoriale non è tanto

l'appaltatore in base ad un rapporto di fiducia che gli garantisca professionalità, competenza, disponibilità finanziaria e, appunto, garanzia di conseguimento del risultato pattuito: così, P. CENDON, 2010, p. 14.

²³ D. RUBINO-G. IUDICA, 2007, p. 14 ss.

²⁴ P. CENDON, 2010, p. 15 ss. che sottolinea come «l'attività dell'appaltatore si concretizza quindi nel dirigere e coordinare i lavori e, quindi, nel procurarsi i capitali necessari ed i materiali, nell'assumere dipendenti o nell'utilizzare proprio personale, nell'impiantare il cantiere, nel sorvegliare l'andamento dei lavori, nel curare i rapporti con i terzi».

²⁵ In questo senso, D. RUBINO, 1980, p. 263.

desumibile dal tenore dell'art. 1655 c.c., che con la generica espressione "organizzazione dei mezzi necessari" potrebbe alludere tanto ad una impresa in senso tecnico, quanto al semplice fatto che i mezzi occorrenti per la realizzazione dell'*opus* devono essere forniti dall'appaltatore, quanto piuttosto dal combinato disposto degli artt. 2222, 2082 e 2083 c.c., dai quali può desumersi che il **contratto d'opera** deve essere **abbinato** al modello organizzativo del **piccolo imprenditore** di cui all'art. 2083 c.c., mentre l'**appalto** si ricollega alla nozione di **medio-grande impresa** disciplinata dall'art. 2082 c.c.²⁶.

È opportuno altresì sottolineare che, se l'appaltatore si identifica normalmente con l'imprenditore medio-grande, tale qualifica, in tutti i suoi elementi, non è detto che sia un **requisito indefettibile** nella tipologia del contratto di appalto. Infatti, ciò che non può mancare nel contratto d'appalto è l'organizzazione ad impresa: questa può preesistere all'incarico ed essere finalizzata all'attività in genere oppure, come avviene assai di frequente, essere costituita *ad hoc* per dare esecuzione ad un accordo già stipulato.

Per quanto riguarda, in particolare, il requisito della professionalità, che connota la figura dell'imprenditore di cui all'art. 2082 c.c., si ritiene che sussista **contratto di appalto** anche nel caso di **assunzione occasionale** di un unico incarico²⁷. L'occasionalità, quindi, pur essendo in contrasto con la nozione di professionalità che, a sua volta, connota l'imprenditore, non costituisce ostacolo alla qualificazione del contratto come appalto. A questo proposito, la dottrina ha sottolineato che l'impresa, quale nota distintiva dell'appalto, va intesa come organizzazione e gestione dei mezzi necessari alla produzione del **singolo** risultato promesso²⁸.

²⁶ Così, D. RUBINO-G. IUDICA, 2007, p. 15.

²⁷ In questo senso, M. STOLFI, 1958, p. 630; V. MANGINI-M. IACUNIELLO BRUGGI, 1997, p. 27.

²⁸ Così, A. CIANFLONE-G. GIOVANNINI, 2003, p. 5 ss. In giurisprudenza, in questo senso, Cass., Sez. I, 18 maggio 2016, n. 10165, in *DeJure*.

1.5. Gestione a proprio rischio

L'appaltatore è chiamato non solo a predisporre l'organizzazione ritenuta necessaria per eseguire l'opera o prestare il servizio, ma è, altresì, chiamato a gestirla “**a proprio rischio**”.

Ciò comporta che, per definizione, anche se il **costo** dei fattori produttivi risulta **superiore** a quello inizialmente stimato al tempo della conclusione del contratto, l'**appaltatore** resta **obbligato** a fornire al committente il **risultato** promesso, così sopportando il costo marginale emerso.

L'appaltatore assume così il **rischio** che l'attuazione del rapporto si traduca in una **perdita patrimoniale**.

Tale **rischio** va però inteso in senso **economico** e non **giuridico**, alludendo all'eventualità che il costo della prestazione risulti superiore alle previsioni fatte dall'appaltatore, fino, addirittura, ad eccedere l'importo del corrispettivo atteso²⁹, salvi i diritti alla revisione del prezzo, che possono scattare in alcuni casi previsti dalla disciplina dell'appalto.

Secondo la dottrina, il rischio «*non riguarda la sopportazione del caso fortuito, ma attiene alla situazione in cui l'appaltatore si obbliga ad operare, nel senso che, in sede di organizzazione ed esecuzione dei lavori, questi deve sopportare quei danni che provengono da forza maggiore o che più particolarmente possono essere a lui imputati o per cattiva organizzazione o per infelice scelta dei suoi collaboratori o ausiliari*»³⁰.

Può ritenersi che la formula gestione “a proprio rischio” sia

²⁹ In questo senso, tra gli altri, V. ROPPO, 2014, p. 29 ss.

³⁰ In questo senso, D. RUBINO-G. IUDICA, 2007, p. 20 ss. A questo proposito, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che «*il rischio o pericolo che l'appaltatore assume nel compimento dell'opera o del servizio, non è quello inteso in senso tecnico-giuridico, relativo, cioè, ai casi fortuiti, ma quello cosiddetto economico, che deriva dall'impossibilità di stabilire previamente ed esattamente i costi relativi, per cui l'appaltatore, che non ha il potere di interrompere i lavori per l'aumentata onerosità degli stessi, potrà anche perdere nell'affare se i costi si riveleranno superiori al corrispettivo pattuito, salve le modificazioni consentite in presenza di determinate circostanze e realizzabili col rimedio della revisione dei prezzi*». Così, Cass., Sez. II, 3 luglio 1979, n. 3754, in *Mass. Giust. civ.*, 1979.