



Quaderno

a cura di
Avv. B.G. Carbone

Quaderno



a cura di
Avv. B.G. Carbone

An aerial photograph of a large-scale construction excavation. A tall yellow crane stands on the left side of the pit. The bottom of the excavation is covered with a grid of steel reinforcement bars (rebar) and numerous vertical concrete piles. A long, narrow wooden walkway with red and white safety markings spans across the right side of the excavation. The surrounding area includes a paved road, some construction materials, and a small building in the background.

**LA RESPONSABILITÀ
DELL'ESECUTORE
DELLE OOPP**

Premessa

La responsabilità del soggetto affidatario dell'esecuzione di OOPP, sia esso appaltatore o concessionario ovvero contraente generale, costituisce un tema marginale e generalmente scarsamente indagato nel quadro delle analisi della disciplina pubblicistica degli appalti mentre è diventato meritevole di particolare approfondimento alla luce delle recenti tragiche vicende di Genova, ultimo e ben più grave episodio di una serie di crolli di opere infrastrutturali stradali. Da qui l'esigenza di opportunamente inquadrare i contenuti e i limiti della garanzia dovuta dall'esecutore dell'opera pubblica e di ricercare il regime per il gestore dell'opera pubblica tenuto alla manutenzione ordinaria e straordinaria al fine di garantirne la funzionalità e la restituzione a fine concessione.

L'ampiezza della materia impone talune preliminari puntualizzazioni a cominciare su cosa debba correttamente intendersi per responsabilità dell'esecutore e del gestore, e come si atteggi per ciascuna ipotesi contrattuale tale responsabilità.

Va subito precisato al riguardo che il termine "responsabilità" sta ad indicare la reazione dell'ordinamento di fronte alla lesione di un interesse tutelato e delinea la situazione di accollo che la norma pone a carico di un soggetto in termini di obbligo a rimediare o risarcire il dan-

no causato in conseguenza di una lesione arrecata all'altrui diritto o situazione giuridica rilevante. In questo senso la responsabilità viene innanzitutto ricondotta alla violazione dell'altrui interesse tutelato in via assoluta *erga omnes* ed al cui rispetto il soggetto è tenuto in virtù del principio generale del *neminem laedere* (art. 2043 cc) in forza di ogni altro specifico obbligo di legge propria della convivenza civile (ad esempio per le attività pericolose dall'art. 2050 cc e per la rovina di edifici dall'art. 2053 cc), ma deve intendersi riferita anche all'ulteriore ipotesi d'inadempimento alle obbligazioni assunte contrattualmente per la realizzazione di un'opera pubblica ovvero per la sua custodia e gestione.

Nel primo senso perciò il concetto di responsabilità civile si riconnette alla previsione del codice per il c.d. "fatto illecito" ovvero a quella più appropriata di origine dottrinale di "atto illecito", ed assume connotazione prettamente extracontrattuale o di responsabilità aquiliana. Nel secondo invece che è più coerente con le finalità cui è sotteso il seminario, sono coinvolti gli effetti conseguenti in cui incorre in caso di inadempimento il soggetto che si sia impegnato al risultato di assicurare a parte committente la realizzazione di un'opera conforme alle regole dell'arte ed alle pattuizioni intercorse. Ma la vicenda attinente all'esecuzione di opere pubbliche si presenta più ampia in quanto coinvolge,



in taluni casi almeno, anche la parte committente e taluni dei suoi ausiliari, progettista e direttore dei lavori come pure resta un aspetto particolarmente complesso quello della responsabilità verso i terzi per i danni arrecati nell'esecuzione di opere pubbliche. Tanto per dare un'idea è appena il caso di segnalare che tale ultima vicenda, che dovrebbe riguardare esclusivamente l'esecutore-appaltatore in ragione dell'autonomia organizzativa e gestione che gli pertiene (art. 1655 c.c.), costituisce molto spesso anche oggetto di pattuizione contrattuale sottesa ad affrancare comunque parte committente dal rischio di qualunque azione di terzi (c.d. polizza all risk) stante le oscillazioni della giurisprudenza nell'applicazione delle regole generali sulla responsabilità dei committenti di cui all'art. 2049 c.c. ovvero in relazione alla sovrapposizione di posizioni che si possono realizzare in taluni casi (l'esempio più evidente è in materia di circolazione stradale in soggezione di nuovi lavori di adeguamento dell'arteria laddove le disposizioni di segnalazione dei lavori, di cambi di carreggiata o di limiti di velocità possono dimostrarsi attaccabili per inadeguatezza o non chiarezza lasciando quindi un margine di responsabilità a carico del committente esercente della infrastruttura stessa): questo particolare cenno è giustificato da una recente sentenza della Cassazione (23442/2018) che sarà oggetto di un puntuale esame per comprendere la risoluzione data al caso concreto.

Sussiste, poi, un ulteriore ambito che il tema della responsabilità evoca ed è rappresentato, quando si realizza un ribaltamento di posizioni, proprio dalla responsabilità del committente sia verso l'appaltatore cui non abbia prodigato i necessari strumenti di collaborazione sia verso i terzi interferendo nell'attività dell'appaltatore ovvero indirizzandolo a realizzare risultati contrari ad interessi tutelati di terzi.

Il punto di partenza, ad ogni modo, è dato dal fatto che il nostro ordinamento fonda la responsabilità su specifici elementi costitutivi: la sussistenza di un fatto fisico generatore di un danno ingiusto, l'esigenza di riparare in via risarcitoria all'evento patito ingiustificatamente da altro soggetto, un nesso causale tra evento e danno ingiusto - intendendosi per nesso non una qualsivoglia relazione di causa - effetto, ma una causalità in senso giuridico come relazione fondata sul criterio di oggettiva idoneità del comportamento del soggetto a produrre l'evento e cioè di un criterio di adeguatezza riferito al modello della diligenza del buon padre di famiglia nelle vicende contrattuali (art. 1176 c.c.) ed alle regole fissate dall'art. 2043 c.c. e dalle altre disposizioni amministrative e normative

sulla convivenza civile - ed infine l'elemento dell'imputabilità da intendersi come correlazione di riferibilità del comportamento del soggetto almeno per colpa in via presuntiva di volta in volta con ammissione della possibilità della prova contraria per non aver potuto impedire il fatto (art. 2047 e 2048 c.c.) ovvero di aver adottato tutte le misure idonee proprio per evitare il danno (art. 2050 c.c.) quand'anche per responsabilità oggettiva.

Sul versante contrattuale invece rilevano i criteri dell'art. 1176 cc sul modo di svolgere la prestazione con la diligenza del buon padre di famiglia o con quella aggravata nell'esercizio delle attività professionali (secondo comma) e dell'art. 1218 cc sull'obbligo dell'inadempiente di risarcire il danno "se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile". Queste sono le coordinate che anche in tema di esecuzione di opere pubbliche e più in generale in materia di appalti rilevano per saggiare la posizione del soggetto impegnato a realizzare un risultato ed a garantirne la corrispondenza alle pattuizioni contrattuali ed alle regole dell'arte: a tali principi generali si aggiungono però un complesso di disposizioni che l'ordinamento civile ha previsto specificatamente per l'appalto di opere, ma in realtà anche di servizi, con le garanzie per vizi e difformità di cui agli artt. 1667 e 1668 cc e per quanto riguarda gli edifici e le altre cose immobili che per loro natura sono destinate a lunga durata dall'art. 1669 cc.

Un'ulteriore considerazione va fatta in ordine alle diverse figure contrattuali previste dal codice dei contratti pubblici e cioè quella dell'appalto integrato, quella dell'affidamento a contraente generale ed infine del concessionario sia esso di costruzione e gestione sia solo di gestione sfruttamento della potenzialità commerciale dell'opera: in tutte queste ipotesi non sussistono differenti regimi normativi quanto alla responsabilità rispetto al risultato da rendere, ma significative differenziazioni e deviazioni del modo di atteggiarsi della responsabilità, quanto alla possibilità del soggetto di andare esente da imputabilità per vizi, difformità o difetti dell'opera eseguita, in relazione alla maggiore o minore ingerenza del committente ovvero del maggior livello professionale che contraddistingue l'esecutore come nel caso del contraente generale ai sensi dell'art. 176 del codice 163/2006 ed ora dell'art. 194 del codice 50/2016 ovvero del regime di attività demandate all'affidatario della gestione e dello sfruttamento commerciale di opere pubbliche come nel caso delle concessioni di servizi sia o no propriamente concessioni di servizi pubblici.

Da qui pertanto l'esigenza di una disamina puntuale delle norme del codice dedicate all'appalto per saggiare i contenuti e correlativamente i limiti della responsabilità dell'esecutore verso parte committente e per altro verso nella interrelazione con i terzi.

2. Le obbligazioni dell'appaltatore: l'esecuzione dell'opera e/o del servizio a regola d'arte

2.1 L'obbligazione principale dell'appaltatore è costituita dal compimento di un'opera o dallo svolgimento di un servizio nei termini pattuiti in modo da soddisfare l'esigenza del committente che ha commesso in appalto quel risultato.

L'art. 1655 c.c., difatti, 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 il corrispettivo in denaro"*.

Si tratta, pertanto, di una *tipica obbligazione di risultato* che si contrappone a quella di mezzi nella quale il debitore si obbliga ad una mera attività qualificata senza però impegnarsi ad assicurare alcun risultato determinato a favore del creditore. Pertanto, come puntualizzato dalla giurisprudenza e dalla dottrina, l'appalto non

può avere per oggetto la mera prestazione di energia lavorativa o di attività professionale e per questo tale figura contrattuale va tenuta distinta dal contratto d'opera di cui all'art. 2222 c.c., connotato dalla mancanza di una organizzazione imprenditoriale e dalla prevalenza del lavoro proprio ma senza vincolo di subordinazione (cfr. Cass. 27258/2017). E' appena il caso di segnalare che, nell'ambito del contratto d'opera, ricadono taluni rapporti professionali, segnatamente quello di avvocato che non ha ovviamente obbligo di risultato mentre per quello di ingegneria si parla più propriamente di appalto di servizi avendo per scopo l'elaborazione di un progetto conforme alle regole della tecnica ed effettivamente eseguibile e realizzabile (alquanto differente ma non per il risultato ma per la connotazione attinente all'eseguibilità è quello dell'architetto).

Nell'appalto, ad ogni modo, costituisce elemento qualificante l'apprestamento di apposita organizzazione d'impresa sottesa alla realizzazione dell'opera dedotta quale oggetto del contratto ed alla sua rispondenza allo scopo per cui è commissionata implicando il dovere di garantire non solo la mera esecuzione materiale ma anche *la conformità alle "buone regole dell'arte, della tecnica e dell'esperienza"*.

In linea di principio l'appalto determina una ob-



bligazione ad esecuzione prolungata, ma può essere concepito anche come contratto di durata se è prevista la prestazione periodica di opere o di servizi.

2.2 *L'obbligazione dell'appaltatore è adempiuta* ove sia realizzato il risultato dell'opera o del servizio commissionato e, quindi, *solo con l'esecuzione integrale della prestazione dedotta in conformità alle regole dell'arte ed alle prescrizioni pattuite* (artt. 1662 e 1665 c.c.).

Nell'appalto, perciò, la prestazione deve non solo essere assicurata ma deve anche essere *conforme alle specifiche pattuite e comunque alle regole dell'arte* che, in relazione al genere di attività affidata ad un operatore imprenditoriale attrezzato, si suppone che l'appaltatore ben conosca. Pertanto le regole dell'arte, che ricomprendono anche quelle della tecnica e della migliore esperienza del settore, non sono di per sé disposizioni giuridiche ma diventano parametro per la valutazione del corretto adempimento dell'obbligazione da parte dell'appaltatore che pertanto non può sottrarsi alla relativa osservanza, ma è tenuto alla scrupolosa applicazione.

2.3 *L'osservanza delle regole d'arte* implica non solo la rispondenza ai criteri generali della tecnica propri dello specifico oggetto dell'appalto ma altresì *il controllo dei materiali e degli*

elementi da utilizzare ovvero forniti dal committente come altresì l'adozione delle caratteristiche di estetica e di forma corrispondenti alla particolare opera richiesta.

2.4 Altro connotato proprio dell'appalto è l'*autonomia dell'appaltatore* che gli consente di scegliere i mezzi ritenuti più idonei per far conseguire al committente il risultato dedotto in contratto. Vale precisare al riguardo:

- (i) L' *autonomia* si atteggia innanzitutto sul versante *dell'organizzazione del lavoro e degli strumenti (mezzi e maestranze)* diretto a realizzare l'oggetto dell'appalto e che l'appaltatore appresta come operatore professionale, e quindi, come imprenditore ai sensi dell'art. 2082 c.c. secondo criteri di efficienza, di convenienza e di produttività. Questa connotazione dell'appalto è fondamentale e si contrappone ai limiti di ingerenza di parte committente sul momento realizzativo dell'opera (art. 1662 cc) perché se tale ingerenza travalica ed annulla l'autonomia imprenditoriale dell'appaltatore viene a cadere la connotazione essenziale dell'appalto e la conseguente ripartizione dei rischi economici nell'attività e la stessa responsabilità rispetto al risultato realizzato.
- (ii) Altro profilo dell'autonomia è la *gestione a proprio rischio del processo produttivo* che



comporta l'accollo in capo all'appaltatore di ogni effetto pregiudizievole derivante da un errore di previsione nei costi di produzione e quindi in definitiva del rischio circa la convenienza economica del corrispettivo pattuito. Tale rischio coincide perciò con l'alea normale del contratto d'appalto.

2.5 L'appaltatore inoltre è anche e soprattutto un tecnico e viene scelto proprio in funzione della sua capacità tecnico professionale per la conoscenza della tecnica e delle regole dell'arte sicché gode di una particolare autonomia nell'individuazione degli strumenti e delle modalità esecutive occorrenti per la realizzazione dell'appalto.

La cognizione tecnica richiesta all'appaltatore, e verificata attraverso i sistemi di qualificazione attestanti adeguato patrimonio di esperienze e di cognizioni attinenti all'oggetto, determina che allo stesso debba riconoscersi l'autonomia necessaria sotto il profilo tecnico per individuare la più efficace, conveniente ed adeguata tecnologia realizzativa.

Tale autonomia si contrappone al potere di ingerenza del committente quale si assicura con la potestà di impartire prescrizioni nel corso dell'esecuzione ed attraverso l'istituzione di apposita funzione di controllo, vigilanza e di indirizzo nel

corso dell'appalto rappresentata dalla D.L.

La complessa relazione che si realizza in tal modo con l'istituzione della DL ha un duplice effetto:

- (i) di consentire al committente, che si avveda durante l'esecuzione dell'appalto che l'esecuzione non proceda secondo le condizioni di contratto e di capitolato, di intimare un termine all'appaltatore per conformarsi e di risolversi dal contratto in danno in caso di inottemperanza (art. 1662 c.c. – Art. 136, Codice 163, art. 108, comma 4 Codice 50);
- (ii) di far scadere l'appaltatore in nudus minister qualora l'ingerenza da parte del committente (da intendersi in campo gestionale) invada l'autonomia tecnica dell'appaltatore trasformandolo in "un passivo strumento nelle mani del committente o del suo direttore dei lavori": pertanto se, per contratto, l'appaltatore è tenuto ad eseguire un progetto predisposto dal committente ed ad attenersi strettamente alle istruzioni impartite quanto alla metodologia esecutiva ed alla tecnica da seguire finisce per perdere quell'autonomia che gli è propria nel contratto d'appalto (in dottrina e giurisprudenza si parla anche di appalto a regia) ed il rapporto finisce per connotarsi dalla mancanza –



od attenuazione – della responsabilità dell'imprenditore sull'opus da realizzare.

Tale ultimo profilo merita particolare attenzione perché nell'appalto pubblico è sicuramente più marcata la riduzione dei margini di discrezionalità dell'appaltatore con l'effetto che *qualora tale ingerenza travalichi completamente l'ambito di autonomia tecnica dell'appaltatore si attenua corrispondentemente la responsabilità di quest'ultimo in termini di perizia e di diligenza, restando limitata agli ambiti non interessati dall'ingerenza del committente e dalla Direzione Lavori.*

A questo riguardo assume rilievo innanzitutto la *predisposizione del progetto* che usualmente nell'appalto privato è a carico dell'appaltatore mentre in quello pubblico è fermamente escluso (eccezionalità dei casi di appalto integrato, di concessioni e di progetti di finanza e di affidamento a contraente generale, nei quali di volta in volta l'appaltatore può essere chiamato all'elaborazione del solo esecutivo o anche del definitivo). *Va detto che l'appaltatore se è chiamato a svolgere anche attività di progettazione ne risponde direttamente anche se si è rivolto a professionisti esterni e che per contro se è chiamato ad eseguire un progetto esecutivo messo a disposizione dal committente non*

sarà responsabile per la scelta di progetto operata (tipologia delle fondazioni, caratteristiche dell'opera) ma neanche quanto alla forma, tipologia, dimensione dei singoli magisteri di cui si compone il progetto stesso.

2.6 Un capitolo a sé merita il tema delle variazioni introdotte in corso di esecuzione dell'appalto che secondo il codice possono distinguersi in:

- concordate (art. 1659 c.c.);
- necessarie (art. 1660 c.c.);
- ordinate dal committente (art. 1661 c.c.)

Il principio è che l'appaltatore non può apportare modifiche all'oggetto dell'appalto - salvo che non siano state autorizzate dal committente e quindi concordate tra le parti del contratto (art. 1659 c.c.) – ma è tenuto ad eseguire quelle variazioni che si rendano necessarie per una esecuzione a regola d'arte salvo il diritto ad un maggior compenso adeguato ai variati lavori ovvero a risolversi dal contratto se tale variazione superi "il sesto del prezzo complessivo convenuto". È tenuto inoltre ad attenersi alle istruzioni impartite dal committente anche se implicino variazioni in aumento dei lavori sempreché non superino i limiti del sesto e salvo il diritto al maggior compenso.

Il regime dell'appalto pubblico non diverge da



tale schematizzazione con la sola variante dell'elevazione del limite al quinto dell'importo contrattuale risultando e con l'introduzione di complessi modelli procedurali mirati a limitare la discrezionalità dell'amministrazione nel ricorso a varianti (art. 25 L. 109/1996 – art. 132 D.Leg.vo 163/2006) ovvero nelle modifiche del contratto e dell'oggetto del contratto (art. 106 D.Leg.vo 50/2016). Resta comunque fermo il potere correttivo del committente ex art. 1662 c.c..

3. Gli obblighi del committente

Il committente nell'appalto assume un'obbligazione principale costituita dal pagamento del prezzo convenuto (art. 1655 c.c.). In taluni casi come nel contratto di engineering può essere costituito da royalties o dalla partecipazione agli utili, formula che si realizza in particolare nella concessione in cui il corrispettivo è rappresentato dal diritto di sfruttamento economico del bene realizzato (parcheggio, autostrada a pedaggio, etc.).

In tale ultimo caso se le tariffe rientrano in quelle amministrate, atteso il carattere monopolistico dell'attività esercitata, come nel caso dei gestori autostradali, gli obblighi del committente si riverberano anche nell'assicurare l'adeguamento e/o revisione del piano economico e finanziario di concessione a termini di convenzione e nel rispetto delle disposizioni normative che regolano tali meccanismi di riequilibrio.

Altra formula eccezionale (già prevista normativamente anche da ultimo nel codice 163 per gli appalti pubblici) è quella della devoluzione di beni del committente a totale o parziale scomputo del prezzo.

Il committente, tuttavia, è gravato anche da *obblighi di collaborazione per porre in grado l'appaltatore di assolvere all'esecuzione dell'appalto e quindi quanto alla consegna dell'area su cui va realizzata l'opera, o con il metter in grado di svolgere l'attività, con il fornire i titoli abilitativi per la costruzione in uno con i nulla osta ad autorizzazioni occorrenti* (a meno che non siano oggetto di trasferimento in capo all'appaltatore la relativa acquisizione).

Resta fermo che *il committente risponde per queste obbligazioni secondo gli ordinari principi fissati dal codice per l'inadempimento* e cioè ex art. 1176 cc (diligenza), art. 1218 cc (responsabilità per inadempimento salvo dimostrazione di impossibilità della prestazione per cause "a lui non imputabili"), art. 1453 (sulla risoluzione per inadempimento) e segg. cc. (restando invece distinte le ipotesi dell'impossibilità sopravvenuta di cui all'art. 1463 e segg. cc. e dell'eccessiva onerosità di cui all'art. 1467 e segg.). Il ritardo nel pagamento del corrispetti-

vo genera il diritto in capo all'appaltatore agli interessi (1277 cc.) ed al maggior danno (1224 cc.) salvo che per entità e per pattuizione non assuma connotati di tale gravità da determinare (gli estremi per una risoluzione per inadempimento (1453 cc.).

Nell'appalto pubblico era previsto dall'art. 133 del Codice 163/2006 che in caso di ritardo oltre limiti temporali previsti e per un ammontare di almeno 1/4 dell'importo dell'appalto, la facoltà dell'appaltatore di recedere dal contratto: tale previsione che ripeteva l'analoga disposizione regolamentare del previgente DPR 1062 del 1963 non è stata conservata nel codice 50/2016 sicché si applicano i principi ordinari del codice civile.

Va, inoltre, ricordato che qualora il contratto venga risolto per inadempimento del committente questi non ha la possibilità di restituire l'opera parzialmente eseguita all'appaltatore adempiente.

Degli effetti della risoluzione qualunque ne sia la causa si tratterà comunque dianzi.

Conviene invece ricordare che *l'inadempimento dell'appaltante giustifica la sospensione dell'esecuzione dell'opera da parte dell'appaltatore in ragione del principio di cui all'art. 1460 cc. (inadimplendi non est adimplendum): giustifica tale eccezione anche comportamenti dilatori del committente nella contabilizzazione dei lavori a condizione che siano ascrivibili a dolo e/colpa grave.*

4. La responsabilità dell'appaltatore

a) Le fonti

La responsabilità dell'appaltatore trova fondamento in tre distinte fonti costituite innanzitutto

- (i) dalle norme generali del codice civile sull'adempimento (artt. 1176 – Diligenza, 1248 – Responsabilità risarcitoria in caso di inadempimento e 1453 – Risoluzione per grave inadempimento);
- (ii) nelle disposizioni specifiche per tale particolare forma di contratto di cui agli artt. 1667, 1668 e 1669 (Responsabilità per vizi) cui si aggiunga la norma generale dell'art. 2053 sulla rovina degli edifici;
- (iii) nelle norme di settore regolanti l'attività di impresa quanto alla sicurezza dei lavoratori impiegati ed antinfortunistica in generale.

Quanto al primo punto va detto che connotazione centrale della responsabilità generale in materia di contratti è elemento della **colpa** che perciò assume carattere di *criterio di imputazione generale della responsabilità, intendendosi per colpa con l'art. 43 c.p. la "mancanza di diligenza, perizia, prudenza ovvero per inos-*

servanza di leggi, regolamenti, ordini a disciplina".

La **diligenza**, che *riassorbe e riassume anche la prudenza e la perizia*, conosce graduazioni rappresentate da:

- la diligenza del buon padre di famiglia e cioè di un soggetto accorto e scrupoloso;
- la diligenza del soggetto che per titolo, esperienza e conoscenza, e qualità di operatore professionale, deve spingersi oltre adottando tutte le misure opportune ad efficaci misure e cautele atte a realizzare il risultato contrattuale dedotto ed ad evitare danni (colpa lievissima);
- la disciplina del c.d. *quisque de populo* che si rapporta a comportamenti minimi ed elementari della realtà consociativa (colpa grave).

L'art. 1176 c.c. si rapporta alla diligenza del buon padre di famiglia come parametro obiettivo e generale per valutare i comportamenti nell'esatto adempimento delle obbligazioni ed è un concetto insito nella coscienza sociale di una determinata epoca quale prodotto di un modello astratto di cittadino: tale impegno imposto a carico dell'obligato giustifica l'inversione dell'onere della prova sancito dall'art. 1218 c.c. secondo cui *"il debitore che non esegue esattamente la prestazione è tenuto al risarcimento del danno se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da cause a lui non imputabili"*. Tuttavia il secondo comma dell'art. 1176 cc stabilisce l'ulteriore principio secondo cui *"Nell'esecuzione delle obbligazioni inerenti all'esercizio di una attività professionale la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata"*, elevando perciò il livello proprio della diligenza in relazione alla particolare qualificazione professionale dell'obligato quale è per l'appunto l'appaltatore come imprenditore del settore.

Le singole fattispecie contrattuali prevedono, poi, una graduazione più articolata della diligenza e quanto all'appalto il modello è riferito ai richiamati artt. 1667, 1668 e 1669 che, stabilendo a carico dell'appaltatore la garanzia per i vizi, le difformità ed i difetti dell'opera o del servizio cui è tenuto a rispondere l'appaltatore, fissano per converso l'ambito della sua responsabilità (il codice parla con termine atecnico di garanzia che tuttavia è insussistente perché non c'è una obbligazione ulteriore autonoma). Difatti l'art. 1667 c.c. stabilisce che l'appaltatore è tenuto a garantire per le difformità ed i vizi dell'opera, l'art. 1668 c.c. impone all'appaltatore di eliminare a proprie spese i vizi e le difformità salva la facoltà del committente di chiedere la proporzionale diminuzione del prezzo

concordato, ma sempre fatto salvo il diritto al risarcimento *"in caso di colpa dell'appaltatore"*. Prevede però anche, al secondo comma, che qualora i vizi e le difformità siano tali da rendere l'opera del tutto inadatta alla destinazione cui è diretta il committente possa chiedere la risoluzione del contratto (art. 1453 c.c.). Infine l'art. 1669 stabilisce un particolare regime per la rovina ed i gravi difetti di edifici e cose immobili destinate a lunga durata sancendo in capo all'appaltatore una responsabilità che secondo la giurisprudenza trova fondamento direttamente dalla norma e perciò è qualificata come extracontrattuale.

Il rapporto tra norme generali del codice e norme particolari stabilite per il contratto d'appalto risponde al criterio che la norma speciale derogi a quella generale.

b) *Concorso tra norme generali e disposizioni speciali*

La disciplina della responsabilità nell'appalto tra norme generali e statuizioni speciali risponde al criterio secondo cui la lex specialis deroga quella generale: pertanto le norme generali non si sovrappongono a quelle speciali ma **le integrano** laddove la fattispecie non sia specificatamente disciplinata (così per vizi della materia che non rientrano nella previsione dell'art. 1667 c.c.).

In linea di principio perciò *il regime speciale degli artt. 1667 e 1668 cc per la cosiddetta garanzia per vizi e difformità trova applicazione in via prioritaria rispetto alle regole fissate in via generale per l'inadempimento dell'art. 1453 e segg. del Codice civile*.

Proprio per questa specialità però possono trovare applicazione esclusivamente se si è realizzata la condizione essenziale, propria di quegli articoli dettati per l'appalto, che sia stata consegnata l'opera commessa perché altrimenti se i vizi e le difformità siano stati rilevate nel corso dell'esecuzione dell'appalto la circostanza può rilevare solo per l'esercizio della particolare facoltà riservata dall'art. 1662 cc al committente di intervenire in corso di esecuzione diffidando l'appaltatore a conformarsi alla direttiva di eliminare vizi e difformità.

Non sarebbe, invece, possibile un *utilizzo alternativo degli istituti* (ad esempio al posto dell'art. 1662, 2° comma c.c. proporre domande di risoluzione ex art. 1453 c.c.) proprio per la prevalenza della disposizione specialistica rispetto a quella generale in quanto da considerarsi derogatoria delle norme di diritto comune in materia di risoluzione di contratti a prestazioni corrispettive.

Sicché nell'esempio riportato finché è in corso l'esecuzione dell'opera resta inibita l'azione generale di risoluzione ex art. 1453 c.c. dovendo-



si invece ricorrere alla – peraltro pressoché analoga – disciplina fissata dall'art. 1662, 2° comma, c.c.

Il principio della funzione integrativa (che esclude l'alternatività) è inoltre rinvenibile nel disposto dall'art. 1323 cc secondo cui “tutti i contratti ancorché non appartengono ai tipi che hanno una disciplina particolare (vigendo nel nostro ordinamento la facoltà di stipulare – art. 1322 cc sull'autonomia contrattuale - anche contratti non tipizzati sempre ché rispondenti ai principi dell'ordinamento civile, volti a realizzare interessi meritevoli di tutela e comunque sottoposti al regime generale del codice sui contratti) sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo”.

Un esempio di funzione integrativa per l'appalto è stato individuato nell'ipotesi che il committente faccia valere la garanzia per vizi dell'opera ex art. 1668 comma 1 c.c. e nel contempo si rifiuti, sostanzialmente ex art. 1460 c.c. (*inadimplendi non est adimplendum*), di corrispondere il prezzo pattuito finché l'appaltatore non abbia effettuato le riparazioni dovute.

Da ultimo va ricordato, tuttavia, che se una fattispecie non trova disciplina nelle specifiche disposizioni regolanti l'appalto, intesa come fattispecie contrattuale tipizzata di riferimento, le norme generali “di diritto comune” trovano *applicazione esclusiva*: tale principio è inserito nella regola fissata dall'art. 1323 c.c.: da qui anche la riconducibilità dell'affidamento a contraente generale o del contratto di concessione

alla disciplina dell'appalto.

Ciò vale in particolare, per l'appalto ma anche per le altre figure ricordate, in tema di adempimento dell'obbligazione e con riguardo a:

- l'art. 1218 c.c. sull'obbligo del debitore di risarcire il danno provocato al creditore con il suo inadempimento alle obbligazioni contrattuali a meno che “non provi che l'inadempimento è stato determinato da una impossibilità della prestazione per causa a lui non imputabile”;
- l'art. 1176, 2° comma c.c., sulla diligenza occorrente nelle attività professionali da rapportare “alla natura dell'attività esercitata”;
- gli artt. 1453 e 1455 c.c. in ordine alla responsabilità per l'inadempimento e la rilevanza di questo per giustificare la risoluzione, che si dimostrano invocabili qualora si versi al di fuori dalla ipotesi dell'art. 1662, 2° comma c.c. (esecuzione difforme o non corrispondente alle regole dell'arte) come nei casi di esecuzione parziale o di abbandono dell'attività o di rifiuto nella consegna dell'opera regolarmente eseguita.

A quest'ultimo riguardo va ricordato che:

- (i) la disciplina comune si applica anche nel caso in cui l'opera, di cui sia omesso il completamento, presenti vizi o difformità non potendosi applicare gli artt. 1667 e 1668 c.c. che presuppongono il compimento dell'opera ma, se il committente decida di accettare in via definitiva anche un'opera pur incompleta, allora potrà far valere le ga-



- ranzie speciali da quelle norme;
- (ii) nel caso di ritardo nella consegna, il ritardo deve essere comunque imputabile all'appaltatore secondo **gli ordinari principi di imputabilità per colpa** che, peraltro, è presunta ex art. 1218 c.c. L'accettazione della prestazione da parte del committente senza eccezione sul ritardo (ovvero senza richiesta di penali ove pattuita) deve intendersi come rinuncia ad avvalersi dei termini di ultimazione concordati. In tutti questi casi comunque il termine deve **avere carattere essenziale** nella disciplina fissata tra le parti e non può essere fatto valere se sia fatta valere la garanzia per vizi e difformità dell'opera senza sollevare questione sul ritardo nella consegna;
 - (iii) l'applicazione delle regole generali sull'inadempimento si realizza anche in caso di inadempimento totale e cioè qualora l'appaltatore non inizia proprio l'esecuzione dell'appalto: in questo caso non vi sarà altro rimedio, che il ricorso all'art. 1453 c.c.;
 - (iv) altra ipotesi si ha poi in caso di **rifiuto alla consegna dell'opera da parte dell'appaltatore**: a questo riguardo va ricordato che l'appaltatore una volta immesso nelle aree con la consegna dei lavori ne assume la detenzione legittima sicché non può essere assoggettato ad azione di spoglio o di reintegra da parte del committente se si rifiuta di consegnare l'opera ma solo a quella di inadempimento.

5. La responsabilità dell'appaltatore per vizi e difformità

5.1 È oggetto di discussione tra dottrina e giurisprudenza la natura della c.d. garanzia per vizi e difformità previste dagli artt. 1667 e 1668 c.c. Sostanzialmente si contrappongono tre tesi:

- quella della **garanzia in senso tecnico** che imporrebbe di qualificare l'obbligazione dell'appaltatore di rimediare e rispondere per vizi e difformità dell'opera come **autonomia** non nascente da responsabilità contrattuali ma come effetto di legge derivante dall'aver posto in essere un appalto e quindi in termini del tutto svincolati dalla diligenza che via abbia messo l'appaltatore nell'esecuzione dell'appalto. Ciò comporta pertanto l'irrelevanza di una colpa ed una serie di effetti in ordine alle modalità per azionare tale garanzia, tenuto conto che la garanzia opera solo per il fatto della promessa di un risultato esente da vizi e da difformità;
- ovvero che si tratti di una **responsabilità contrattuale per inadempimento** ma di natura oggettiva e cioè che prescinda dalla colpa realizzandosi una **presunzione assoluta di responsabilità**;
- ovvero ancora che concreti una **responsabilità contrattuale per colpa** ma con connotazioni del tutto speciali.

Alla prima ricostruzione si obietta che non si può garantire ciò che è sostanzialmente l'oggetto dell'obbligazione centrale dell'appalto: far conseguire il risultato utile esente da vizi e difformità.

La seconda sarebbe corroborata dalle circostanze che l'art. 1668 c.c. richiede il requisito della colpa solo per l'azione di risarcimento del danno ma non per poter pretendere l'eliminazione dei vizi o la diminuzione del prezzo, ma questo implicherebbe di riconoscere un caso di responsabilità oggettiva fuori dalle ipotesi di illecito extracontrattuale e, quindi, al di fuori dei principi propri del codice in materia di responsabilità contrattuale.

A fronte di tali obiezioni viene preferita la ricostruzione – a dispetto del dato nominale – come **responsabilità contrattuale per colpa ma con particolari deviazioni rispetto ai principi generali del 1176 e 1218 c.c.**

Il punto di partenza è costituito dal fatto che anche nel contratto d'appalto *l'esonero da responsabilità può esservi solo in caso di una esecuzione esatta e puntuale della prestazione che assicuri un risultato esente da vizi e da responsabilità proprio perché l'appalto comporta l'assunzione di una obbligazione di risultato.*

Da qui la conclusione che un'opera affetta da vizi e da difformità non possa che derivare dall'aver l'appaltatore assolto senza quella particolare diligenza aggravata pretendibile verso un operatore professionale (art. 1176, 2° comma c.c.) quale deve presupporci essere un appaltatore. *Pertanto al committente è sufficiente dimostrare la sussistenza dei vizi e difformità per poter imputare all'appaltatore la responsabilità di non aver procurato un risultato conveniente. Non deve invece dimostrare la colpa (perché que-*

sta si presume) a meno che non voglia pretendere anche il risarcimento del danno. La presunzione della colpa d'altronde è insita nel fatto che l'opera presenti vizi e/o difformità perché questa circostanza denota di per sé che vi è stato inadempimento.

5.2 Tale conclusione trova conferma nella giurisprudenza della Cassazione che ha riconosciuto tale responsabilità per colpa in capo all'appaltatore laddove:

- (i) per effetto dei vincoli contrattuali o per le disposizioni impartite dal committente, l'appaltatore si sia trasformato in un *nudus minister*;
- (ii) ovvero laddove l'appaltatore possa dimostrare di essere stato costretto ad eseguire il progetto predisposto dal committente pur avendolo avvertito dell'inadeguatezza ovvero che non abbia potuto avvedersi di tale inadeguatezza alla stregua delle proprie cognizioni tecniche e delle cognizioni tecniche pretendibili da un imprenditore del suo livello;
- (iii) ovvero ancora laddove abbia segnalato l'inidoneità dei materiali forniti dal committente e questi non abbia egualmente prescritto l'utilizzo;
- (iv) ovvero qualora si sia realizzata l'impossibilità di evitare i vizi per lo stato della tecnica.

Nel primo caso dovrebbe dubitarsi che possa parlarsi effettivamente di appalto risultando del tutto compressa e sostanzialmente annullata ogni autonomia dell'appaltatore nell'esecuzione.



La messa a disposizione del progetto da parte del committente non implica di per sé un'esenzione di responsabilità dell'appaltatore perché trattandosi d'operatore tecnico attrezzato ed in possesso delle cognizioni necessarie deve essere in grado di potersi rendere conto delle inadeguatezze del progetto sicché è tenuto segnalarle immediatamente laddove tali eventuali inadeguatezze del progetto possano incidere nel risultato finale in termini di assenza di vizi e di rispondenza ai requisiti di durata, di idoneità prestazionale e comunque di corrispondenza alle legittime aspettative di risultato di parte committente.

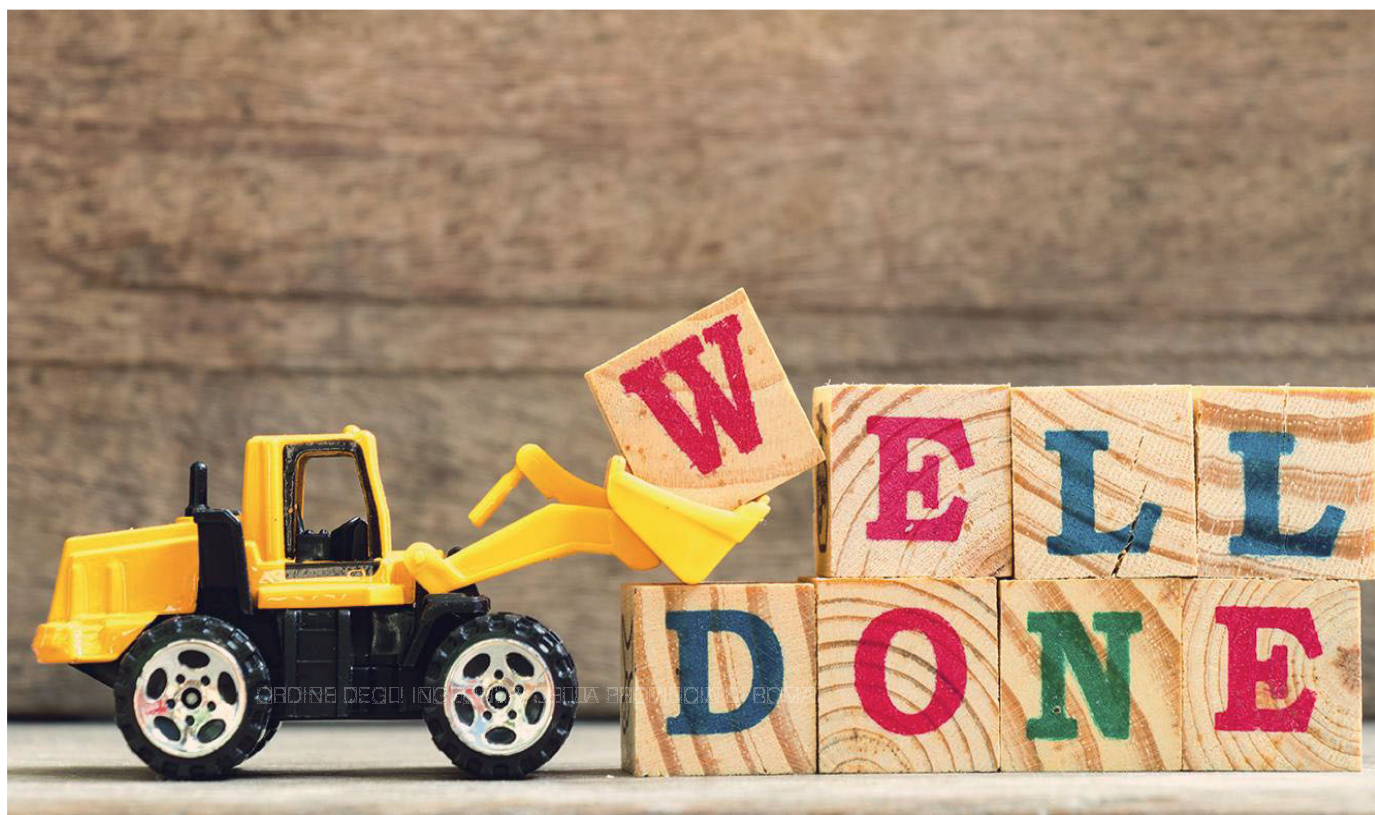
L'appaltatore è perciò tenuto a rilevare e denunciare al committente i vizi del progetto ma non a mettere in discussione la validità del lavoro svolto dal progettista. Perciò, a questo riguardo, meriterebbe un particolare approfondimento il problema dell'ammissibilità di *quelle clausole, che vengono inserite in molti contratti di appalto pubblico e privato, con cui si pretende dall'appaltatore una sorta di appropriazione del progetto in modo da evitare ai committenti obiezioni circa la bontà del progetto e quindi pretese di indennizzi e/o di varianti a fronte di vizi del progetto emersi in corso di esecuzione* senza però mancare di rilevare che generalmente *la giurisprudenza tende a considerarle non mere clausole di stile a meno che non si sia proprio posto in grado l'appaltatore di effettuare una adeguata verifica del progetto* (ad esempio per i ristretti termini per la partici-

zione ad una gara per appalto pubblico) ovvero *perché il progetto coinvolge scelte tecniche di tale livello di specializzazione da non potersi pretendere da un appaltatore, per quanto qualificato, ma diligenza che esorbiti i limiti delle sue cognizioni tecniche.*

Difatti l'appaltatore risponde *solo dei vizi che è in grado di superare con la diligenza e la perizia che possono essere da lui richieste e che è in concreto richiesta* (dal bando di gara, dalle prescrizioni del Capitolato etc.).

La casistica giurisprudenziale al riguardo è piuttosto ampia:

- può essere emblematico il caso della realizzazione di un impianto termico a servizio di un immobile realizzato correttamente e nel rispetto delle previsioni contrattuali ma di fatto poi risultato non adeguatamente efficace ad assicurare nei locali il gradiente termico necessario per sottodimensionamento della caldaia o delle superfici radianti: in questo caso si è ritenuto che non potesse farsi carico all'appaltatore anche della verifica dei dimensionamenti che appartengono ad altre discipline ed ad altre professionalità;
- già più complessa è l'ipotesi che il committente per sua determinazione abbia stralciato dall'esecuzione dell'appalto opere di drenaggio (sottese ad evitare infiltrazioni alle fondazioni od ai locali interrati nei mesi invernali) della realizzanda costruzione pensando di poter ovviare al problema del



corretto scolo delle acque con altri sistemi peraltro poi non apprestati e l'appaltatore non abbia fatto obiezione a tale stralcio e non abbia avvertito del pericolo che ne sarebbe potuto derivare alla corretta realizzazione dell'opera: in questa ipotesi non può escludersi la responsabilità anche dell'appaltatore ma semmai si avrà un cumulo tra colpa dell'appaltatore e quella del committente rilevante secondo l'art. 1227 c.c. ai fini della determinazione del risarcimento;

- altrettanto può osservarsi rispetto ad errate istruzioni e direttive del committente e/o del direttore dei lavori: l'appaltatore ha un preciso onere di denunciare al committente la rilevata erroneità a meno che non fosse in grado di percepirla perché non in possesso delle occorrenti cognizioni tecniche e scientifiche per apprezzare tale erroneità con la diligenza e la perizia quale da lui pretendibile.

5.3 Altre ipotesi di esenzione di responsabilità dell'appaltatore sono riferibili a:

- **caso fortuito** determinativo del difetto riscontrato nell'opera, *intendendosi per caso fortuito, secondo l'art. 45 c.p., l'avvenimento imprevedibile ed eccezionale che si inserisce nell'azione dell'appaltatore deviandola dal comportamento diligente impostato.*

A questo riguardo va però osservato che seppure non è imputabile all'appaltatore, per mancanza di colpa, il vizio o la difformità dovrà essere eliminato dall'appaltatore perché *il caso fortuito esclude la colpa del vizio ma non la responsabilità di consegnare un risultato conforme a quanto convenuto e perciò esente da vizi e difformità in forza dell'art. 1668 c.c.*

- *vi sarà poi assenza di colpa e di responsabilità anche ai sensi dell'art. 1668 c.c. se il difetto dell'opera derivi da fatti successivi alla consegna ed alla accettazione dell'opera (collaudo) come nel caso di inappropriata modalità dell'uso dell'opera:* in realtà in questo caso non potrebbe proprio parlarsi di vizio dell'opera che è stata resa in maniera eccepibile ma è il committente che ne ha fatto un utilizzo inappropriato e perciò fuori dei limiti di destinazione cui era diretta.
- altra ipotesi è data dai *limiti della tecnica* e ciò in quanto il vizio rilevante è solo quello di non conformità dell'opera realizzata alle regole dell'arte conosciute al momento della sua realizzazione.

6. I vizi e le difformità determinativi della responsabilità dell'appaltatore

6.1 La responsabilità sancita dall'art. 1667 c.c. riguarda *i vizi e/o difformità* dell'opera realizzata dall'appaltatore: questi è difatti tenuto a *garantire che quanto da lui consegnato ne sia*

esente e se così non è risulterà inadempiente e ne risponderà salvo le eccezioni indicate.

Prima condizione perciò è *l'opera sia stata condotta a termine* perché se i vizi e le difformità fossero riscontrati in corso di esecuzione si renderebbero applicabili le regole ordinarie degli artt. 1176, 1218 e 1453 c.c. salvo il disposto particolare dell'art. 1662 c.c. per la risoluzione di diritto del contratto in caso di mancato adeguamento da parte dell'appaltatore alle disposizioni adeguate impartite dal committente.

6.2 La norma si riferisce a due distinte fattispecie:

- *le difformità* che devono intendersi *le discordanze dell'opera rispetto alle prescrizioni contrattuali* che implicano perciò una diversità fra l'eseguito ed il pattuito, e quindi fra *l'opera come è stata realizzata e come avrebbe dovuto essere compiuta se l'appaltatore fosse stato attento alle prescrizioni contrattuali;*
- *i vizi* che riguardano invece *le modalità di esecuzione dei singoli componenti dell'opera* e si determinano laddove non vi sia stata osservanza delle regole tecniche ovvero la necessaria attenzione per i particolari di fattura o di qualità che, pur se non espressamente pattuiti, costituiscono una *inerenza del bene commesso per normalità e regole dell'arte.*

Per questo quanto ad entrambe le ipotesi occorre aver riguardo alle pattuizioni contrattuali: se abbiano stabilito particolari requisiti eccedenti quelli normali questi debbono essere assicurati con le necessarie modalità esecutive e con gli opportuni accorgimenti realizzativi atti ad assicurare i requisiti richiesti. La garanzia sui vizi perciò assorbe quella per la mancanza di qualità promessa propria della vendita.

6.3 I *vizi palesi*, e cioè *quelli riconoscibili*, debbono essere fatti valere *in sede di verifica o di collaudo: un'accettazione dell'opera senza riserva implica decadenza.* Va però precisato che *l'accettazione non si risolve nella mera presa in consegna del bene, ma in un negozio unilaterale recettizio volto ad esternare la volontà di accettare la prestazione resa e capace di produrre la liberazione dell'appaltatore con conseguente suo diritto al corrispettivo:* tale liberazione riguarda non solo la responsabilità da eventuale vizi palesi, e perciò conoscibili, ma anche per quelli che, pur non palesi, erano conosciuti dal committente (fermo restando che la prova di tale conoscenza resta a carico dell'appaltatore).

Va ricordato però che *a norma dell'art. 1663, 3 comma c.c. qualora la verifica e/o il collaudo non vengono effettuati "entro breve termine"*

ovvero nei termini contrattualmente stabiliti si determina una presunzione di accettazione.

Tale presunzione non ammette prova contraria e non opera per gli appalti pubblici per i quali è prevista una disciplina particolarmente articolata secondo cui *la consegna non ha mai effetto liberatorio essendo l'opera soggetta a collaudo che deve intervenire entro termini prefissati* (sei mesi salvo casi indicati in apposito Decreto del MIT) e *che non libera dalle garanzie di cui agli artt. 1667-1669 cc dovendo diventare definitivo solo dopo l decorso di due anni* secondo quanto ora stabilito dall'art. 102 del codice 50/2116 (ma già art. 141 codice 163/2006) il cui 5 comma dispone che "l'appaltatore risponde per la difformità e i vizi dell'opera ancorché riconoscibili purché denunciati dalla stazione appaltante prima che il certificato di collaudo assuma carattere definitivo": questo significa che la definitività del collaudo coincide con il venir meno della garanzia ex art. 1667 cc..

La denuncia di taluni vizi implica decadenza per gli ulteriori vizi palesi non denunciati in sede di accettazione.

La riconoscibilità dei vizi si misura secondo un parametro di cognizioni di un tecnico di media diligenza prescindendosi dalle effettive nozioni dell'appaltante mentre poi se questo si fa assistere da un tecnico (collaudatore) la riconoscibilità dei vizi va misurata con riguardo alla perizia media che nella specifica materia possiede normalmente un tecnico dell'arte ovvero quindi dell'ingegneria.

6.4 *I vizi occulti sono invece quelli non conoscibili del committente con quella media diligenza e comunque da lui effettivamente non noti.*

Per tali vizi l'accettazione senza riserve non pregiudica il diritto del committente di farli valere al momento del disvelamento nel rispetto dei termini di decadenza per la denuncia fissati dall'art. 1667, 2 comma c.c. in 60 giorni dalla scoperta.

Tale garanzia permane anche in caso di presunzione di accettazione per effetto del decorso del termine breve per la verifica o per mancata effettuazione a seguito di invito dell'appaltatore ovvero nel caso di ricezione senza riserve (art. 1665, 3 e 4 comma cc.).

Il committente ha l'onere di fornire la prova della tempestività della denuncia solo se è contestata dall'appaltatore, ma se non effettua la denuncia non può far valere la garanzia né in via d'azione né in via d'eccezione.

La disciplina fissata per i vizi occulti trova applicazione anche per i vizi "taciuti in malafede" dall'appaltatore. Perché si abbia tale ipotesi non è necessario che questi abbia dichiarato l'opera priva di vizi pur essendo consapevole

del contrario (come nella compravendita art. 1491 cc) ovvero che abbia posto in atto artifici per occultare i vizi *essendo sufficiente il silenzio nella consapevolezza dell'esistenza dei vizi*. Nel caso di vizi occultati con raggiiri è esperibile anche l'azione di annullamento del collaudo per dolo che ha un diverso termine di prescrizione di 5 anni.

In ogni caso *si considera incompatibile con un preteso occultamento di vizi la circostanza che i lavori si siano svolti sotto la Direzione dei lavori del committente che abbia seguito in continuazione lo svolgimento dell'esecuzione dei lavori.*

6.5 Secondo la prevalente dottrina (Rubino) non vi è spazio in materia per *una responsabilità per aliud pro alio, con la conseguente applicazione degli artt. 1453 e 1455 cc, solo tra due realtà fenomeniche esistenti laddove nell'appalto si realizza in difformità a quanto pattuito.*

Da qui la conclusione per la non applicabilità di quella disposizione e per dover far riferimento anche in questo alla disciplina dell'art. 1668 cc, e segnatamente al 2 comma, quanto alla possibilità di chiedere la risoluzione.

6.6 *Il riconoscimento di vizi e difformità da parte dell'appaltatore implica l'assunzione della relativa responsabilità e fa sorgere una diversa ed autonoma obbligazione la cui operatività prescinde dall'accertamento dei vizi e delle relative imputabilità.*

Tuttavia, poiché si tratta di un obbligazione inerente al complessivo rapporto, ogni relativa questione deve considerarsi devolvibile in arbitrato se in contratto è prevista clausola compromissoria del contratto d'appalto che implichi la devoluzione in arbitri di ogni questione relativa al rapporto.

7. La responsabilità per i materiali conferiti dal committente e per la custodia del bene affidato dal committente

7.1 *L'art. 1658 c.c. prevede in via di principio che nell'appalto il materiale sia fornito di regola dall'appaltatore facendosi eccezione in relazione alle specifiche pattuizioni di contratto od agli usi.*

L'appaltatore risponde della idoneità dei materiali utilizzati anche in caso di difetti non solo se occulti ma anche se segnalati, e ciò in virtù dei principi di diligenza, di buona fede e di correttezza perché è tenuto a verificarne l'adeguatezza, l'idoneità allo scopo e pertanto l'assenza di vizi. Nel caso impieghi materiali di minor pregio rispetto al dovuto od al pattuito sarà esposto alla richiesta di riduzione del prezzo.

La responsabilità dell'appaltatore discende dalla garanzia su di lui gravante ex art. 1667

c.c. di eseguire l'opera con la diligenza e la perizia necessarie e di impiegare perciò materiali di qualità tale da assicurare che l'opera appaltata sia immune da vizi.

7.2 La responsabilità quanto alla idoneità dei materiali utilizzati nell'appalto, e quindi per eventuali difetti, ricade sull'appaltatore anche se i materiali siano stati forniti dal Committente avendo l'appaltatore, in ragione della principale obbligazione di realizzare l'opera commessa a regola d'arte, anche l'onere di verificarne l'adeguatezza e la rispondenza (art. 1663 cc).

Pertanto la fornitura dei materiali da parte del Committente, anche in presenza di clausola di esonero da vizi relativi, non manda franco l'appaltatore da responsabilità per eventuali difetti degli stessi a meno che egli non abbia avvisato il committente di tali difetti e questi abbia insistito nell'utilizzo.

Tale responsabilità si giustifica pur, a cospetto della facoltà di controllo e di verifica in corso d'opera, in ragione del fatto che si presuppone che l'appaltatore sia soggetto esperto e conoscitore della tecnica e quindi in grado di valutare con la diligenza media di un professionista (art. 1176, 2 comma c.c.) l'idoneità dei materiali meglio dello stesso committente per il quale analoga presunzione non sussiste e non può sussistere essendosi affidato con l'appalto ad un operatore imprenditoriale professionale e

non già ad un mero prestatore d'opera (come nell'ipotesi di un contratto d'opera di cui all'art. 2222 c.c.).

Inoltre anche l'accettazione diretta da parte del committente, o tramite il DL, dei materiali, come in caso di clausola di esonero per l'uso di materiali forniti dal Committente, non vale ad affrancare l'appaltatore dalla responsabilità per vizi dell'opera ex art. 1667 c.c..

Difatti, poiché l'affrancamento da responsabilità dell'appaltatore può realizzarsi esclusivamente con l'accettazione dell'opera, non avrebbero rilevanza sia i controlli in corso d'opera sia accettazione parziali o accettazione dei materiali ex art. 1662 e 1663 cc.

Va precisato che la necessità di una denuncia per difetti dei materiali forniti dal committente di cui all'art. 1663 c.c. trova applicazione anche nell'ipotesi di messa a disposizione di un'opera su cui venga chiamato ad eseguire intervento di ristrutturazione o manutenzione: sicché l'appaltatore per andare esente da responsabilità deve far presente formalmente al committente dei vizi e difetti del bene su cui deve intervenire nei limiti naturalmente della riconoscibilità e senza obbligo di effettuare indagini esperibili mediante manomissione del manufatto stesso (Cass n. 710/1985).

7.3 La custodia dei materiali forniti dal committente o dall'opera su cui dovrà essere eseguito



Quality

l'intervento in appalto determina una responsabilità dell'appaltatore che sarà tenuto alla custodia secondo la diligenza del buon padre di famiglia. In tal caso la sua responsabilità è quella del depositario sull'appaltatore incombe anche l'obbligo di curarne la manutenzione sino alla consegna dell'opera (artt. 1766 e 1777 cc.).

La previsione dell'art. 1663 cc. trova applicazione anche in materia di appalti di servizi sicché l'appaltatore che si avveda di difetti nelle apparecchiature o nelle opere messe a disposizione dal committente per lo svolgimento di un servizio, deve rifiutarsi di prestare il servizio salvo che il committente insista assumendosene il rischio.

In merito a tali ultime notazioni va osservato che su questi principi si fonda la contestazione ad ASPI per la caduta del Ponte Morandi che era stato realizzato dall'amministrazione pubblica e quindi ceduto con la gestione dell'autostrada alla Società: nel caso il problema si sposta sulla conoscibilità da parte di ASPI delle effettive condizioni di pericolosità e di pericolo di prossimo collasso dell'infrastruttura.

8. La responsabilità aggravata per l'appalto immobiliare

8.1 Per gli appalti di edifici o di altri beni immobili destinati per loro natura a lunga durata l'art. 1669 c.c. prevede a carico dell'appaltatore una responsabilità particolare qualora nel corso di dieci anni dal compimento dell'opera "l'opera per vizio del suolo o per difetto della costruzione, rovina in tutto od in parte, ovvero presenta evidente pericolo di rovina o gravi difetti". Di tanto risponderà l'appaltatore "nei confronti del committente e dei suoi avanti causa purché sia fatta la denuncia entro un anno della scoperta": la relativa azione si prescrive in un anno dalla denuncia.

Si tratta di una responsabilità aggiuntiva a carico dell'appaltatore che il codice del 1942 ha ripreso da analoga disposizione, l'art. 1639, del codice del 1865 con la differenza di aver esteso la garanzia anche per i gravi difetti e di aver ommesso di coinvolgere "l'architetto".

8.2 La natura della responsabilità ex art. 1669 cc. Rispetto a tale figura l'orientamento della giurisprudenza si è espresso, nel contrario avviso della dottrina, per la natura extracontrattuale o aquiliana della responsabilità e ciò in ragione del fatto che tale particolare responsabilità fissata dall'art. 1669 c.c. sarebbe diretta in via generale alla tutela dell'incolumità pubblica e rivestirebbe perciò carattere di ordine pubblico da cui anche l'ulteriore connotazione di non poter essere derogata per pattuizione contrattuale: l'art. 1669 c.c. difatti è considerato nor-

ma generale inderogabile.

Tale responsabilità aquiliana si aggiungerebbe con carattere di specificità a quella generale di cui all'art. 2043 c.c. (*neminem laedere*) che risulterebbe comunque applicabile, con i più ridotti termini di prescrizione quinquennale e fuori dalle ipotesi considerate dall'art. 1669 c.c. (e cioè al di là del caso di rovina o pericolo di rovina o gravi difetti di un immobile destinato per sua natura a lunga durata) siccome nell'ipotesi che, per effetto della costruzione ad esempio di un manufatto temporaneo, si sia determinato un danno ingiusto a terzi.

Tale conclusione, però, non sembra propriamente corretta perché, pur rispondendo sicuramente la norma a finalità di ordine pubblico per la tutela dell'incolumità della collettività, configurata come illecito aquiliano, si porrebbe in singolare ed ingiustificata concorrenza con altre disposizioni ed, in primo luogo, con lo stesso art. 2043 c.c. ma altresì con l'art. 2053 c.c. (relativo alla rovina di edifici) prevedendo un regime per taluni versi (obbligo di denuncia o decadenza) più favorevole per l'imprenditore rispetto a quello generale dell'illecito aquiliano od ancora con l'art. 2050 cc (attività pericolose) nel quale va data la prova positiva di aver adottato tutte le misure necessarie per evitare il danno).

Né può considerarsi decisivo l'argomento fondato sull'essere la garanzia un effetto legale del contratto di appalto e sul suo carattere inderogabile potendo sussistere anche in ambito contrattuale effetti naturali del negozio fissati in modo tassativo dalla legge.

Ancora la particolare protezione che presuppone per l'incolumità pubblica è solo indiretta trattandosi di norma sulla responsabilità laddove l'interesse pubblico ad una buona edificazione è salvaguardato dall'insieme delle normative primarie e regolamentari sulle modalità da rispettare nell'edificazione (normativa antisismica, normativa per la prevenzione degli incendi, normativa sulle costruzioni in c.a., normativa sul decorso e sull'igiene delle costruzioni etc.): pertanto l'interesse pubblico alla sicurezza nelle costruzioni è tutelato principalmente dalle autorizzazioni, permessi e nulla osta che debbono essere richiesti preventivamente.

Non convince ancora la collocazione della norma nell'ambito della disciplina del contratto d'appalto anziché come ulteriore ipotesi all'interno delle fattispecie di cui all'art. 2050 sulle attività pericolose o più propriamente all'art. 2053 c.c. sulla rovina degli immobili.

Tali considerazioni portano a propendere per la diversa conclusione della natura contrattuale della fattispecie tanto più perché le tre disposizioni di cui agli artt. 1667, 1668 e 1669 cc ap-



paiono costituire un complesso di norme regolanti in via di specialità (ma non esclusività) – rispetto al regime ordinario degli artt. 1176 e 1218 c.c. – l'inadempimento contrattuale.

In questa diversa ricostruzione, l'art. 1669 c.c. sostanza in definitiva una tipica responsabilità contrattuale dell'appaltatore particolarmente aggravata per la costruzione di edifici od altri beni immobili destinati a lunga durata che si connette all'obbligo dell'appaltatore di costruire a regola d'arte l'opera appaltata in maniera che soddisfi gli interessi del committente ma anche che non costituisca pericolo per l'incolumità pubblica, garantendone in tal modo la solidità e durabilità. Si tratta perciò di una tipica responsabilità per colpa aggravata che, tuttavia, non è inquadrabile come responsabilità oggettiva nella quale non ha alcun rilievo l'elemento della colpa. Difatti pur prescindendo la norma da riferimenti a comportamenti dell'appaltatore e quindi da una sua colpa, e pur rispondendo tale responsabilità alla duplice esigenza che le opere vengano realizzate non solo in conformità a quanto commesso ma prioritariamente senza vizi e di fissare un riparto dei rischi economici connessi all'attività costruttiva d'impresa (che solo l'appaltatore può gestire con opportune forme assicurative), l'imputazione per colpa si presume sempre sino al limite della dimostrazione di assoluta irriforabilità dell'evento al soggetto come nel caso fortuito: perciò nel 1669 c.c. si configura una responsabilità per colpa in re ipsa (Bianca) sino a prova contraria (art. 1218 cc).

D'altronde è la stessa giurisprudenza ad utilizzare, per saggiare la responsabilità ex art. 1669 c.c., i parametri generali sull'inadempimento consentendo all'appaltatore di offrire la prova positiva alla stregua di fatti specifici di aver usato nella realizzazione dell'opera tutta la diligenza possibile e di non aver potuto egualmente evitare il vizio: pertanto per la giurisprudenza la responsabilità dell'appaltatore ex art. 1669 cc si configura alla stregua di una presunzione *iuris tantum* che l'appaltatore può vincere, qualora l'opera rovini o presenti pericolo evidente di rovina o in definitiva mostri gravi difetti, dimostrando il fortuito ovvero la riferibilità a fatti sopravvenuti in grado di spezzare il nesso eziologico ovvero ancora di aver correttamente avvertito parte committente che il compimento dell'opera secondo il progetto fornito e/o le direttive esecutive impartite avrebbe potuto determinare gravi difetti dell'opera in corso di esecuzione.

8.3 Responsabilità ex art. 1669 e ex art. 11667 e 1668 cc

In ogni caso la responsabilità per gli immobili di lunga durata di cui all'art. 1669 c.c. si atteggiava come una forma aggiuntiva specialistica di responsabilità per vizi dell'opera appaltata di cui all'art. 1667 e 1668 c.c..

Ciò comporta che, ricorrendo i presupposti (e cioè che non siano decorsi i due anni dalla consegna) il committente può optare per l'una o l'altra forma di garanzia tenendo conto però che quella generale dell'art. 1667 c.c. richiede



un termine di denuncia di 60 giorni ma ha il vantaggio di consentire al committente l'opzione di richiedere il ripristino a spese dell'appaltatore, ovvero la riduzione del prezzo od ancora al limite la risoluzione del contratto laddove la garanzia di cui all'art. 1669 cc può dare ingresso solo ad un'azione risarcitoria.

8.4 I presupposti nella responsabilità nell'appalto immobiliare

8.4.1 Prima condizione perché si possa accedere alla speciale garanzia dell'art. 1669 c.c. è che si verta in materia di un appalto avente ad oggetto un edificio ovvero un bene immobile destinato a lunga durata (per tale nozione vedasi art. 812 c.c. che si riferisce agli edifici ed alle altre costruzioni "anche se unita al suolo a scopo transitorio e in genere a tutto ciò che "naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo" nonché agli "edifici galleggianti" comma 2.

Va ancora ricordato che, in dipendenza dell'art. 247 del codice della navigazione che richiama le norme sull'appalto, si renderebbe applicabile l'art. 1669 cc anche in caso di costruzione di nave

8.4.2 Il secondo requisito è costituito dalla destinazione a lunga durata dell'opera immobiliare.

Difatti solo rispetto a tali opere è data la responsabilità aggravata di cui all'art. 1669 c.c.: la sussistenza di tale connotato va verificata caso per caso con una indagine puntuale adeguatamente suffragata.

8.4.3 L'evento dannoso deve poi essere conseguenza di un vizio del suolo o da un difetto del-

la costruzione proprio perché la garanzia del 1669 c.c. riguarda fenomeni di stabilità, rovina e durabilità dell'opera.

- a) Il vizio del suolo si avrà tutte le volte che non siano state effettuate adeguate verifiche sulla tenuta e sulle caratteristiche geodinamiche del terreno su cui deve ancorarsi il bene con la conseguenza di aver dimensionato le fondazioni in maniera non appropriata. Al riguardo occorre ricordare che l'aver fornito il committente il progetto non esenta l'appaltatore dalle verifiche sulla tenuta del suolo a meno che il progetto non sia corredato da apposita relazione geologica di tecnico abilitato.

Un vizio del suolo sopravvenuto od imprevedibile concreterebbe invece un caso fortuito.

L'appaltatore resta invece responsabile sia nell'ipotesi di essersi affidato per la palificazione ad un subappaltatore specializzato che non abbia eseguito regolarmente la palificata (salvo diritto di rivalsa verso il subappaltatore) sia nel caso che abbia fornito dati incompleti al progettista delle fondazioni salvo la corresponsabilità di questi avendo professionalmente l'obbligo di previa verifica.

- b) il difetto della costruzione è l'alternativo elemento integrativo della fattispecie che difatti accosta all'ipotesi della rovina o del pericolo di rovina, anche la constatazione della presenza nell'opera di "gravi difetti".



Tale connotazione è esclusiva e differenzia l'ipotesi del 1669 c.c. a quella del 1667 c.c. che invece prevede vizi, senza alcuna graduazione e difformità rispetto alle pattuizioni e prescrizioni: ciò si spiega perché le difformità sono per loro natura evidenti e perciò rilevabili secondo i criteri dell'art. 1667 c.c. mentre i difetti possono manifestarsi solo a distanza di molto tempo.

8.4.4 Sul piano degli effetti la norma prevede che il vizio del suolo e/o i difetti della costruzione imputabili alla negligenza dell'appaltatore siano determinativi di tre distinte ipotesi:

- rovina totale o parziale;
- pericolo certo ed effettivo di rovina totale o parziale;
- sussistenza nella costruzione di gravi difetti.

a) *Rovina totale o parziale*

La rovina della costruzione si realizza in caso di *disintegrazione in tutto od in parte dell'opera* stessa e quindi di tutte quegli elementi strutturali che non determinano la stabilità ovvero di una porzione della stessa che assuma tuttavia un tale rilievo nella configurazione del bene appaltato tale da essere determinativo di una situazione non reintegrabile. Deve trattarsi perciò di rovina o collassamento di parti strutturali indispensabili per la stabilità dell'opera o per la sua conservazione e durata mentre risulterebbe non rilevante a questi fini se attenesse ad elementi superficiali o irrilevanti per la durata dell'opera (come ad esempio le rifiniture, mentre quanto all'infiltrazione di acqua per lo più viene considerato un grave difetto perché suscettibile di incidere sulla durabilità dell'opera);

b) *Pericolo di rovina*

L'ipotesi si realizza sempreché *la rovina sia un evento che, ancorché collocabile in un momento più o meno prossimo, sia certo e cioè risulti evidente anche ad un soggetto di media avvedutezza non in possesso di cognizioni di ingegneria* (come nel caso di lesione alle strutture dell'edificio). Ciò comporta che deve sussistere *un elevato grado di certezza, sia pure alla stregua delle conoscenze della tecnica, dell'imminenza del crollo e della conseguente esigenza di intervenire per prevenire tale disastro*;

- c) l'elemento della *gravità dei difetti* presenti nella costruzione è dalla giurisprudenza abbinata ad *una incidenza profonda sugli elementi essenziali dell'opera e sulla relativa funzionalità*.

In merito a tale ipotesi, che è stata aggiunta dal codice del 1942 e non era perciò presente nel previgente del 1865, la Relazione del Guardiasigilli configura la manifestazione di tali difetti in movimenti od alterazioni delle strutture essenziali dell'opera da cui dipende la *stabilità dell'edificio* cui perciò in definitiva riconduce l'ipotesi stessa.

D'altronde tutti i tentativi di ricercare una chiave unitaria di lettura per le tre ipotesi (rovina, pericolo di rovina e gravi difetti), finiscono per convergere nel riferire i gravi difetti siccome attinenti alla *solidità dell'immobile* e quindi che siano *tali da intaccarne la buona conservazione nel tempo e la possibilità di lunga durata, mentre il pericolo di rovina riguarderebbe più specificatamente la stabilità*.

Più recentemente però la giurisprudenza è andata estendendo l'ambito di applicabilità dell'istituto della garanzia per gravi difetti

staccandola dalle altre e riconnettendola, oltre a profili di solidità e stabilità, ad aspetti di apprezzabile menomazione del normale godimento dell'opera e della sua funzione economica.

Tale soluzione si dimostra più aderente alla più recente normativa di tutela del consumatore che avvalorata la funzione di realizzazione degli obiettivi economico –sociali dell'istituto.

Può essere ancora interessante perciò, per dare un più chiara rappresentazione della ricostruzione giurisprudenziale, richiamare la principale casistica individuata. Può così ricordarsi che vengono ricondotti dalla giurisprudenza all'ipotesi dei gravi difetti:

- il difetto di impermeabilizzazione del lastrico solare e del tetto;
- il distacco di una porzione rilevante del rivestimento di facciata di un edificio dipendente da infiltrazioni d'acqua;
- la caduta del rivestimento di facciata non limitata all'intonaco ma al rivestimento di protezione ;
- la deformazione e rottura degli scarichi delle acque luride;
- la mancata sigillatura della muratura tale da determinare l'effetto di rilevanti infiltrazioni;
- la costruzione di solai con spessore insufficiente a garantire i minimi di carico previsti dalla legislazione sul cemento armato e senza le accuratezze costruttive per garantire l'adeguata coibentazione termica od isolamento acustico;
- la mancata sicurezza dei balconi per inadeguato ancoraggio delle ringhiere.

8.4.5 Riguardo alla differenza tra la nozione di

vizi dell'opera di cui all'art. 1667 c.c. ed i gravi vizi di cui all'art. 1669 c.c. va osservato che anche nel caso assumano carattere redibitorio e cioè implicino richieste ripristinatorie (art. 1668 2° comma) i primi, pur riguardando una incidenza sull'adeguatezza dell'opera per l'uso cui è diretta, non assumono la connotazione dei gravi vizi riferibile ai vizi del suolo ed ai difetti di costruzione.

Così, pur potendosi avere vizi attinenti a parti di un edificio quali ascensori o impianto di riscaldamento rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 1667 cc, non possono però rientrare fra quelli rilevanti ai fini dell'art. 1669 cc perché non incidono sulla sostanza, solidità e stabilità della costruzione.

9. Le azioni

Le azioni a disposizione del Committente in presenza di vizi e di difformità dell'opera sono previste dagli artt. 1667 e 1668 c.c.

Rispetto agli immobili di lunga durata sono a disposizione del committente anche l'azione ex art. 1669 cc ma, a differenza delle altre, questa è riconosciuta anche a favore degli aventi diritti dal Committente (cui si aggiunge secondo una chiave di ricostruzione, però, tutta extracontrattuale anche l'acquirente dal costruttore-venditore).

Al di fuori del contratto di appalto tali azioni non sono riconosciute all'acquirente verso il venditore non costruttore e così nel caso di cooperativa edilizia committente il singolo socio assegnatario di alloggio non potrà svolgere azione autonoma per far valere vizi del proprio alloggio ma potrà solo intervenire a sostegno della cooperativa.

Tali azioni si aggiungono a quelle ordinarie di

adempimento e si riferiscono all'opera consegnata perché se l'appalto è in corso sussiste il rimedio di cui all'art. 1662, 2° comma c.c. (diffida ad adempiere e risoluzione del contratto).

9.1 Nell'esercizio delle azioni di garanzia per vizi e difformità ex art. 1667 cc il Committente può chiedere:

- l'eliminazione dei vizi e delle difformità a spese dell'appaltatore, chiedendo una condanna nella forma dell'art. 2931 c.c. (esecuzione forzata dagli obblighi di fare);
- la riduzione del prezzo in proporzione ai difetti;
- ovvero la risoluzione del contratto ma solo se le difformità e/o vizi siano tali da rendere l'opera inadatta alla sua destinazione.

Qualora peraltro abbiano comportato i vizi e difetti anche danni non riparabili in forma specifica (per ritardo, per mancato guadagno, per danni fisici a persone o cose) al committente spetta altresì l'azione di risarcimento dei danni a condizione che l'appaltatore versi in stato di colpa (art. 1668, 1° comma).

Le azioni non sono tra loro surrogabili sicché con l'azione risarcitoria non si può ottenere le spese di ripristino eventualmente eseguite in danno salvo specifica pattuizione.

Il regime dell'appalto si differenzia da quello della vendita nella quale a norma dell'art. 1492 c.c. è possibile solo la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo mentre nel caso di difetto di qualità la sola risoluzione ex art. 1497 c.c..

9.2 *L'azione di eliminazione dei vizi e difformità è una azione di adempimento* e costituisce una applicazione particolare di quella generale di cui all'art. 1453, 1 comma c.c..

La sua specialità non è riferibile al contenuto ma ai presupposti dell'azione - quanto alla sussistenza di vizi (palesi o occulti) ovvero della difformità del realizzato rispetto al pattuito - ma anche circa i limiti, modalità e termini di esercizio (decadenza e prescrizione) di questa particolare azione di adempimento.

E 'correlata all'obbligo di realizzare l'opus secondo le migliori regole dell'arte e con la diligenza e perizia necessaria.

La previsione dell'art. 1668, 1 comma c.c. secondo cui l'eliminazione delle difformità e dei vizi "a spese dell'appaltatore" ha indotto a ritenere che l'appaltatore è tenuto a sopportare le spese che il Committente abbia dovuto sborsare per eliminare i vizi e le difformità dell'opera, ma non anche che possa essere richiesto di eseguire tale eliminazione ex art. 2931 c.c.. Tale soluzione non appare giustificata anche perché se l'operazione di eliminazione vien effettuata dal committente in via stragiudiziale ("esecuzione in danno") non consentirebbe il recupero delle spese sostenute neanche con la

riduzione del prezzo dovendo questo essere calcolato non in funzione delle spese effettuate per il ripristino ma rispetto alla differenza di valore tra l'opera con o senza i vizi.

La giurisprudenza comunque è orientata nel senso che la garanzia di cui all'art. 1667 c.c. impone in primo luogo all'appaltatore un obbligo di ripristino e di eliminazione dei vizi e cioè di correzione e di riparazione dell'opus senza diritto ad alcun compenso e che tale obbligo di ripristino sia anche da considerarsi a favore dell'appaltatore in quanto come imprenditore potrà meglio e più convenientemente procedervi. Tale obbligo sarebbe insito nel contratto perché null'altro che la specificazione dell'impegno a compiere l'opera a regola d'arte e nel rispetto delle prescrizioni contrattuali.

Per converso se non si riesce ad opera dell'appaltatore od un terzo ad eliminare il vizio competerà al committente solo una azione di riduzione del prezzo. *La richiesta di rimborso delle spese sostenute per l'eliminazione a fronte del rifiuto dell'appaltatore ad operare le correzioni e riparazioni dell'opera è una tipica obbligazione sostitutiva dell'originaria consistente nel pretendere l'esecuzione a regola d'arte.*

L'azione per vizi e difformità può essere esercitata anche nel caso ricorrano le condizioni per la risoluzione del contratto.

Quanto viene richiesta l'eliminazione dei vizi l'appaltante può sospendere la sua prestazione di versare il corrispettivo d'appalto e dopo l'esecuzione dei lavori diretti all'eliminazione ex art. 1460 c.c. (eccezione *inadimplendi non est adimplendum*) con il solo limite della *proporzionalità e della buona fede*.

Il meccanismo è piuttosto contorto però in caso di mancata esecuzione spontanea delle riparazioni ed eliminazioni da parte dell'appaltatore perché anche a fronte di una condanna ex art. 2931 c.c. occorre un ulteriore provvedimento del giudice che, verificato il perdurante inadempimento, addossi all'appaltatore le relative spese di rifacimento fatte eseguire da un terzo. La domanda di eliminazione dei vizi non preclude quella di risarcimento del danno e può concorrere con quella di riduzione del prezzo proposta in via subordinata nel caso di impossibilità dell'eliminazione.

9.3 *L'azione di riduzione del prezzo*

Trova ragione nell'ipotesi di impossibilità di eliminazione del difetto o di una difformità che non è di ostacolo per la destinazione del bene ma ne riduca il valore ovvero più semplicemente per mancanza di fiducia nell'appaltatore. Pertanto non è diretta ad ottenere l'esatta prestazione pattuita ma ad adeguare il prezzo al minor valore della prestazione effettivamente resa ed è perciò *alternativa all'azione di adem-*

pimento di eliminazione dei vizi e difformità salvo nell'ipotesi che venga proposta in via subordinata per la parte di vizi non eliminabili ed è proponibile anche in appello.

Ha fondamento risarcitorio e comunque reintegratorio del patrimonio.

La riduzione non si rapporta alle spese da sostenersi per l'eliminazione dei difetti ma alla differenza di valore, riferibile al momento dell'accettazione, tra l'opera appaltata con il rendimento previsto e quello effettivamente conseguito in ragione dell'eseguito.

L'azione di eliminazione può essere convertita in quella di riduzione anche in corso di giudizio.

La proposizione dell'azione di risoluzione non preclude la conversione in azione di riduzione non applicandosi il disposto dell'art. 1492, 2 comma c.c. e quindi il principio della irrevocabilità della scelta come nella vendita.

Può essere formulata anche in corso di giudizio perché è fondata sulla medesima causam petendi sia pure caratterizzata da un più ridotto petitum.

9.4 L'art. 1668 c.c. prevede accanto all'azione per l'eliminazione dei vizi e delle difformità la possibilità di pretendere anche il risarcimento del danno in caso di colpa dell'appaltatore.

Tale azione di risarcimento è *complementare a quella di adempimento per l'eliminazione dei vizi e difformità o per la riduzione del prezzo: ha perciò carattere accessorio e sussidiario.*

Si realizza questa ipotesi laddove i vizi e le difformità abbiano determinato a carico del committente *danni ulteriori non eliminabili con l'azione ripristinatoria o tramite la riduzione del prezzo* sicché tale risarcimento può essere richiesto a prescindere dalle azioni di garanzia. Per questa connotazione con tale azione non possono essere richieste le spese per l'eliminazione dei vizi e difformità, come altresì non è compatibile tale ultima richiesta in chiave risarcitoria rispetto all'azione di riduzione del prezzo. Per contro *il risarcimento del danno può costituire l'unico ristoro in caso di ineliminabilità dei vizi e/o delle difformità.*

Presupposto per tale richiesta però è che l'appaltatore versi in colpa, ma in linea con i principi generali di cui all'art. 1218 c.c. (secondo cui compete al debitore di dimostrare che l'inadempimento è dipeso da cause a lui non imputabili) *la colpa va presunta* sicché *spetterà all'appaltatore convenuto per il risarcimento dimostrare che i vizi non siano a lui riferibili* perché ad esempio il progetto aveva così configurato l'opera senza che l'appaltatore potesse rendersene conto ovvero in quanto le difformità discendono da disposizioni impartite dal D.L. cui non abbia potuto sottrarsi: il problema è che queste ipotesi è discutibile che possa

rientrarsi nella garanzia per vizi e difformità prevista dall'art. 1667 c.c. mancando uno degli elementi essenziali della riferibilità all'appaltatore della causa che ha determinato l'insorgere del vizio ovvero la difformità.

La casistica annovera tra i danni risarcibili:

- quelli da ritardo nella consegna dell'opera riparata o emendata;
- quelli conseguenti a difformità non emendabili ma non incidenti sul valore o sul rendimento dell'opera.

9.5. L'azione di risoluzione del contratto

L'art. 1668, 2 comma c.c. prevede come estremo rimedio per il caso che i vizi e/o le difformità rendano l'opera **"del tutto inadatta alla sua destinazione"** la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto. Pertanto l'azione di risoluzione prevista presuppone un grado di gravità dell'inadempimento più elevato rispetto a quello dell'art. 1455 c.c. (secondo cui si può chiedere la risoluzione solo se l'inadempimento della parte non abbia *"scarsa importanza avuto riguardo all'interesse della controparte"*: è necessario che l'inadempimento abbia determinato vizi e/o difformità tali da determinare che l'opera sia davvero *"del tutto inadatta alla sua destinazione"*).

Tale connotato assume carattere costitutivo della fattispecie e distingue la risoluzione nell'appalto rispetto all'ipotesi generale dell'art. 1455 c.c. nella quale la scarsa importanza è invece elemento ostativo alla risoluzione ovvero rispetto a quella prevista nella vendita dovendosi in quest'ultima verificare che la cosa sia solo **"inidonea all'uso"** (art. 1490 c.c.)

La totale inidoneità comporta che l'opera sia **integralmente diversa da quella pattuita o difetti di una qualità essenziale** da rapportarsi non alla semplice destinazione funzionale ma a quella concepita nello specifico dal committente.

In ogni caso non integra una ipotesi di risoluzione un minor rendimento dell'opera rispetto al previsto (potrà dar luogo a risarcimento dei danni perché ineliminabile il difetto ma non alla risoluzione).

In questa ricerca va tenuto presente il criterio oggettivo ovvero l'utilizzazione dell'opera generalmente o comunemente viene effettuata dalla collettività cui si aggiunge quello soggettivo di un particolare impiego o finalità perseguita dal committente.

L'azione di risoluzione è ammissibile anche rispetto a vizi occulti ed anche qualora questi vizi siano venuti ad insorgere nella quotidiana utilizzazione delle cose.

9.6.1 Rapporti tra le diverse azioni

L'azione di risoluzione è compatibile con l'azione di riduzione del prezzo proposta in via subordinata perché non si applica la restrizio-

ne prevista per la vendita (art. 1490 c.c.): resta esclusa invece qualora sia stata già esercitata l'azione per ottenere l'eliminazione dei vizi per il divieto di cui all'art. 1453, 2 comma c.c..

9.6.2 La risoluzione nell'appalto ha effetto retroattivo salvo per le prestazioni periodiche o continuative (esecuzione continuata): ciò comporta che il committente è liberato dall'obbligo di versare il residuo del prezzo mentre l'appaltatore è tenuto alla remissione in pristino. Tuttavia se il committente intende trattenere l'opera, acquistandola in via di derivativa per accessione, sarà tenuto non già a versare il prezzo convenuto ma un compenso da commisurarsi a quello di cui all'art. 936 cc (materiali e manodopera) ovvero secondo i criteri dell'indebito di cui all'art. 2041 c.c. e quindi nei limiti della spesa (indennizzo per la diminuzione patrimoniale).

9.6.3 L'azione di responsabilità nell'appalto immobiliare

Negli appalti immobiliari vige una particolare forma di garanzia per un decorso di un tempo di dieci anni a favore del committente e dei suoi aventi causa in relazione ad eventi di rovina o pericolo di rovina o di gravi difetti da cose immobili destinate a lunga durata e correlati a vizio del suolo od a difetto di costruzione. Tale azione viene oramai considerata dalla giurisprudenza con indirizzo costante come azione per responsabilità aquiliana (rifacendosi così alla tradizione del codice anteriore del 1865) intesa come azione a protezione dell'interesse pubblico alla stabilità e solidità degli edifici e quindi a tutela dell'incolumità dei cittadini.

Tale ricostruzione disarticolata dalla responsabilità contrattuale ha degli importanti effetti:

- sotto il profilo soggettivo perché sono riconosciuti legittimati, oltre al committente ed i suoi aventi causa, anche l'acquirente verso il costruttore-venditore, il condomino per le parti comuni dell'edificio etc.
- sempre per la riconosciuta natura extracontrattuale la responsabilità viene estesa anche al progettista ed al Direttore dei lavori in concorso con l'appaltatore. Inoltre sempre sulle stesse basi di una ricostruzione come azione aquiliana di ordine pubblico per la tutela della pubblica incolumità e per preservare la solidità delle costruzioni l'azione viene anche estesa nei confronti del committente responsabile per la scelta dell'appaltatore e degli ausiliari in disparte l'ipotesi che con le proprie disposizioni abbia ridotto l'appaltatore a nudus minister.

9.6.4 L'azione prevista dall'art. 1669 c.c. è configurata esclusivamente come **azione risarcitoria** essendo riconosciuta all'appaltante **solo** questa forma di riparazione. Pertanto il conte-

nuto del risarcimento sarà una somma di denaro e costituisce un debito di valore: la relativa determinazione va rapportata al valore della cosa immobile rovinata nonché tutti gli altri danni derivati al committente.

Tuttavia i proprietari degli immobili dovendo usare l'ordinaria diligenza per non aggravare il danno sono tenuti dopo la scoperta a procedere alle riparazioni e ad eliminare al più presto il pericolo di rovina né possono attendere il risarcimento dei soggetti tenuti.

9.7 Prescrizione e decadenza delle azioni

Le azioni di responsabilità nell'appalto sono soggette a termini di prescrizione e di deca-



denza differenti rispetto a quelli previsti per il contratto d'opera di cui all'art. 2226, 2 comma c.c. o per la vendita di cui all'art. 1495 cc (in entrambi i casi otto giorni dalla scoperta e un anno per l'azione).

Nell'appalto le due ipotesi di azione per vizi e difformità (art. 1667 c.c.) e per rovina o gravi vizi di beni immobili destinati a lunga durata (art. 1669 cc) hanno un regime differenziato:

- a) l'art. 1667 c.c. prevede un termine di decadenza per la denuncia del fatto costituente il vizio o la difformità di sessanta giorni. Prevede inoltre un termine di prescrizione della garanzia di due anni dalla consegna della

cosa. Pertanto la denuncia interrompe la prescrizione e la relativa azione, purché la denuncia sia stata fatta nel termine di due anni, potrà essere avviata anche oltre tale termine nell'ordinario termine prescrizione decennale. Altrettanto valga per l'eccezione del committente avverso la richiesta dell'appaltatore di pagamento del saldo del corrispettivo convenuto.

Tale termine però vale per le azioni di cui all'art. 1667 e 1668 c.c. e non per le azioni ordinarie soggette al regime ordinario di prescrizione.

Il termine di decadenza per la denuncia de-



corre dal momento in cui il committente abbia acquisito consapevolezza del vizio e/o difformità: si presume però che il difetto sia stato effettivamente scoperto nel momento in cui è diventato riconoscibile ed il committente abbia potuto percepire il nesso di causalità tra vizio ed operato dell'appaltatore.

La prova della denuncia e della relativa tempestività deve essere data dal committente agente ma sull'appaltatore grava l'onere di superare la presunzione di responsabilità provando che il committente aveva acquisito conoscenza anteriore e perciò la sua denuncia non può considerarsi tempestiva.

La scadenza del termine di due anni per far valere la garanzia non consente al committente di eccepire successivamente i vizi dell'opera: tuttavia se tali vizi sono stati tempestivamente denunciati nei due anni potranno essere opposti per contrastare l'azione dell'appaltatore per ottenere il saldo del prezzo in forza dei principi *inadimplendi non est adimplendum* (art. 1460 c.c.).

I termini dell'art. 1667 c.c. devono considerarsi applicabili anche negli appalti di servizi.

b) Nell'azione di responsabilità aggrava per beni immobiliari di lunga durata sono previsti tre distinti termini:

- un primo di **10 anni** che secondo l'orientamento prevalente non è di prescrizione ma di durata della garanzia per rovina o gravi difetti decorrenti dal compimento dell'opera;
- un secondo di **un anno per la denuncia** decorrente dalla scoperta che è termine di decadenza
- un terzo di **un anno per l'azione** diretta a far valere le ragioni oggetto della denuncia che è termine di prescrizione e perciò è suscettibile di interruzione.

Va ricordato che la denuncia deve essere adeguatamente circostanziata in modo da mettere in grado l'appaltatore dei vizi del suolo e dei difetti di costruzione nonché circa l'idoneità di questi a determinare un effettivo pericolo di rovina delle cose in tutto od in parte ovvero ad essere causa dei difetti delle cose immobili.

L'onere della prova della tempestività della denuncia grava sul committente ma tale conoscenza deve essere presunta quando il vizio del suolo o il difetto della costruzione sia diventato riconoscibile come causa di una potenziale rovina o di gravi difetti.

Occorre perciò una conoscenza oggettiva della gravità dei difetti quale deve intendersi acquisita qualora sia espletata apposita

CTU per il relativo accertamento.

L'azione si prescrive in un anno dalla denuncia. Ciò comporta che in realtà la garanzia di cui trattasi si estende anche oltre il decennio qualora la denuncia sia effettuata nell'imminenza della scadenza del decennio e l'azione del risarcimento nell'anno dalla denuncia. Periodo ancora allungabile poiché la prescrizione dell'azione può essere interrotta non solo dalla proposizione dell'azione ma anche con diffida stragiudiziale con conseguente decorso poi del più lungo periodo prescrizione ordinario ex art. 2943 c.c..

10. Concorso di responsabilità nell'appalto

Nell'appalto, specie quello immobiliare, concorrono diverse figure che, pur ferma la responsabilità dell'appaltatore, restano comunque corresponsabili per i vizi e le difformità dell'opera realizzata e per la rovina od i gravi difetti delle cose immobili di lunga durata.

Si possono individuare diverse posizioni:

- responsabilità dell'appaltatore verso il committente;
- responsabilità del progettista ex art. 2236 cc per non aver assolto con la dovuta perizia e diligenza i compiti tecnici assegnati;
- responsabilità del Direttore Lavori per non aver saputo presiedere con la necessaria diligenza e perizia alla direzione e alta sorveglianza dei lavori.

In tema di concorso nella responsabilità per danni la giurisprudenza distingue il **concorso per responsabilità alternativa** o **per responsabilità solidale** quest'ultimo solo ammette il regresso nei confronti dei concorrenti.

Secondo la *giurisprudenza non è necessario perché si abbia concorso solidale che il fatto giuridico da cui deriva la responsabilità sia unico per tutti ma che del medesimo danno debbano rispondere più soggetti a titolo di risarcimento ancorché tale risarcimento abbia fonte differente*. Tale conclusione trova conferma nel dettato dell'art. 2055, 1 comma c.c. secondo cui "se un danno è imputabile a più soggetti tutti sono obbligati in solido al risarcimento del danno".

Nella casistica esaminata dalla giurisprudenza vengono ad emergere le seguenti ipotesi:

a) concorso tra appaltatore e progettista.

Anche in caso di elaborazione del progetto da parte di un professionista qualificato l'appaltatore resta comunque responsabile per i vizi del progetto che con la necessaria diligenza e sulla base delle proprie cognizioni l'appaltatore poteva e doveva rilevare essendosi impegnato a realizzare l'opera a regola d'arte e quindi senza vizi.

Pertanto a meno che siano richieste delle conoscenze tecniche tali da non consentire all'appaltatore di rilevare i vizi del progetto, di questi restano responsabili in concorso progettista e appaltatore. Va ricordato che in questa particolare forma di concorso l'orientamento più accreditato delinea una responsabilità alternativa sicché non essendo solidarietà non si applica un criterio di ripartizione del debito e non è ammissibile una azione di regresso da parte del coresponsabile che abbia pagato l'intero. Secondo la giurisprudenza però la responsabilità di progettista e appaltatore possono diventare solidali nell'ipotesi di collusione e ciò in questo caso si realizzerebbe un unico illecito extracontrattuale.

Anche la giurisprudenza che segue l'orientamento di considerare alternative le responsabilità del progettista e dell'appaltatore in quanto riconducibili a fonti contrattuali diverse, ammette comunque la proponibilità di un'azione congiunta del committente verso appaltatore e progettista per conseguire il ristoro dei danni conseguenti alle rispettive inadempienze e responsabilità.

La linea giurisprudenziale più recente però si dimostra incline a considerare questo concorso non come alternativo ma solidale nella considerazione che da diverse obbligazioni può comunque discendere una obbligazione risarcitoria solidale argomentando che il principio generale dell'art. 2055 c.c. sulla responsabilità solidale deve considerarsi suscettibile, laddove il fatto dannoso sia imputabile a più soggetti, di applicazione analogica anche fuori dalla sfera extracontrattuale. D'altronde in questo ambito non si dubita dal fatto che l'imputazione ai singoli coobbligati possa discendere da differenti eventi causativi del danno rilevando solitamente che l'*eventus damni* sia stato cagionato da distinti e diversi atti illeciti autonomi concorrenti.

b) *concorso tra responsabilità dell'appaltatore e del Direttore Lavori*

Sussiste un ulteriore profilo di responsabilità concorrente per vizi e difformità dell'opera o per la sua rovina e gravi difetti ed è quella del Direttore Lavori preposto dal Committente alla sorveglianza e vigilanza sulla conduzione dell'appalto con l'appaltatore responsabile del risultato dedotto in appalto.

Anche in tal caso si tratta di un concorso che tratterebbe responsabilità alternative essendo fondate quella del professionista nell'incarico professionale di D.L. e quell'appaltatore negli artt. 1667, 1668 e

1669 c.c. e non risultando le rispettive singole inadempienze in alcun modo interferenti (ancorché concorrenti) rispetto alla produzione del danno. Tuttavia anche in tal caso la giurisprudenza è orientata a riconoscere la solidarietà del concorso tra i due rispettivi inadempimenti;

c) *responsabilità dell'appaltatore e del proprietario per la rovina di immobili.*

Si delinea in questo caso un concorso tra responsabilità contrattuale dell'appaltatore con quella **extracontrattuale del proprietario ex art. 2053 cc**: naturalmente occorre che non sia venuta meno la garanzia decennale ex art. 1669 cc

La responsabilità per danni verso terzi

L'ampia autonomia gestionale ed organizzativa assicurata all'appaltatore dagli artt. 1655 e segg. c.c. fa sì che si debba considerarsi responsabile per i danni eventualmente provocati a terzi nell'esecuzione dell'opera o del servizio. Per questo motivo si nega che si possa configurare a carico del committente una responsabilità aquiliana ex art. 2049 c.c. (per ausiliari o commessi) mentre per contro trattandosi di attività *pericolosa grava sull'appaltatore ex art. 2050 c.c. ulteriore responsabilità per i danni arrecati a soggetti terzi salvo che non possa dimostrare "l'adozione di ogni misura per evitare il danno"*.

La posizione del subappaltatore è analoga a quella dell'appaltatore principale salvo l'ambito più ristretto in cui si realizza e la legittimazione attiva dell'appaltatore principale committente.

Solo invece, in determinati casi, può delinearsi anche una responsabilità del committente in concorso e cioè *quando l'appaltatore abbia agito sotto la diretta direzione del committente o spendendone il nome ovvero nei casi in cui avrebbe dovuto assicurare una collaborazione per il mantenimento delle condizioni di sicurezza nel corso di esecuzione dell'appalto come accade per l'esecuzione di lavori in pregiudizio di esercizio di traffico veicolare o ferroviario.*

La giurisprudenza tuttavia è incline ad allargare tale casistica come nel caso in cui il committente abbia scelto un esecutore assolutamente inidoneo (impresa non in possesso di idonea iscrizione SOA o per classifica non adeguata) o di una ingerenza che abbia trasformato l'appaltatore in *nudus minister*. Ancora ravvede tale responsabilità anche in relazione a:

- atto proprio del committente (anche per progetto o per omissione colposa o per opere di scavo)
- uso del nome o riduzione appaltatore a *nudus minister*
- ovvero scelta di un esecutore inidoneo.