

CESARE TRAPUZZANO

L'APPALTO PRIVATO

Sezione non inclusa

CAPITOLO I

DEFINIZIONE E CLASSIFICAZIONE DELL'APPALTO

Sommario: 1. Delimitazione della figura negoziale. — 2. Contratto consensuale: rinvio. — 3. Contratto bilaterale. — 4. Contratto sinallagmatico. — 5. Contratto non solenne: rinvio. — 6. Contratto ad efficacia obbligatoria. — 7. Contratto commutativo. — 8. Obbligazione di risultato dell'appaltatore. — 9. Contratto a titolo oneroso. — 10. Contratto ad esecuzione prolungata. — 11. Inquadramento sistematico.

1. Delimitazione della figura negoziale.

L'appalto — dal latino medievale *appaltum* e, ancora prima, *ad pactum* ovvero “a contratto” — è un **contratto tipico**, regolato dal codice civile (artt. 1655-1677). Secondo la definizione che ne fornisce l'art. 1655, l'appalto è il contratto attraverso il quale un soggetto, qualificato come appaltatore o assunto o artefice, assume il compimento di un'opera o di un servizio, su incarico di altro soggetto, qualificato come committente o appaltante o ordinante, verso un corrispettivo in denaro, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio. Si tratta, pertanto, di un tipo contrattuale ricadente nel novero dei **contratti nominati**, ossia specificamente regolati dal codice civile.

Alla disciplina codicistica è riservato il rango di **normativa generale**, a fronte delle plurime norme derogatorie che disciplinano **specifiche figure di appalto pubblico di lavori, servizi o forniture e di appalto privato di servizi**; rispetto a queste discipline speciali la normativa generale del codice civile si applica in termini residuali, ossia per sanarne le inevitabili lacune, **nei limiti della compatibilità**.

L'unità della figura comprende, quali sue estrinsecazioni, sia l'**appalto di opere** sia l'**appalto di servizi**, ma non anche l'**appalto di forniture**, fattispecie piuttosto assimilabile ai tipi negoziali della compravendita o della somministrazione (Moscarini, 2009, 277).

L'istituto ha **origini antiche**. Infatti, dell'appalto si rinvencono i primi cenni già nel codice di Hammurabi, Re di Babilonia (a.C. 2285-2242), che tratta dell'architetto il quale costruisce un edificio, contro un compenso determinato in proporzione della sua superficie, e

che ne prevede la responsabilità in caso di rovina (Rubino Sammartano, 1).

Secondo la tradizione romanistica, recepita nel codice civile del 1865, l'appalto rientrava nella categoria del **contratto di locazione** (*locatio conductio*), e segnatamente nella sua sub-figura della *locatio operis faciendi*, a fronte delle altre sub-figure della *locatio rei* e della *conductio operarum*. L'oggetto del contratto era individuabile in una opera finale *ex opere facto corpus aliquod perfectum* (Giannattasio, 1). Sempre attingendo dalla tradizione romanistica, l'appalto si collocava nella **categoria dei contratti a prestazioni corrispettive**, che postulavano uno **scambio tra un *facere* e un *dare*** (*do ut facias*), a fronte della corrispettività fondata sullo scambio *do ut des*.

L'appalto conquista la sua autonomia, concettuale e normativa, solo con il codice civile del 1942, poiché, fino al codice del 1865, era ancora confinato nel modello della locazione d'opera (Benedetti, 4). Ma la modernità dell'istituto è solo apparente (Cervale, 2011, 97), considerato che da sempre l'uomo aspira a costruire e che da questa tensione progettuale, spiccatamente votata al futuro, ha non raramente finito per misurare lo **stato evolutivo di una civiltà** (Benedetti, 4).

Lo schema negoziale di specie esprime una **vocazione costruttiva**: esso è destinato al compimento di un *quid* materiale (opera) o immateriale (servizio), poiché chi pensa, progetta o inventa — o più semplicemente desidera — ha bisogno del lavoro di chi sa fare, realizzare o costruire ciò che altri ha ideato, pensato o desiderato. Sicché la sua definizione si incentra sia sull'**oggetto**, sia sulla **qualità dei contraenti** (Benedetti, 5; Cervale, 2011, 98). Il solo nesso sinallagmatico tra esecuzione dell'opera o compimento del servizio verso un corrispettivo in denaro è, infatti, aspetto insufficiente ad individuare il tipo (Iudica, 2009, 289). Così l'essenza dell'appalto sarebbe piuttosto riconducibile al **modo attraverso il quale è conseguito il risultato materiale**, sul cui raggiungimento il contratto è proiettato (Benedetti, 5). Tanto determina una contaminazione, del tutto unica e originale, tra il tipo di obbligazione e la natura del soggetto deputato alla sua realizzazione (Costanza, 2000, 2).

In ragione della definizione innanzi resa, la dottrina inquadra siffatto tipo negoziale nell'ambito dei contratti: **consensuali, bilaterali, sinallagmatici** (o con prestazioni corrispettive o di scambio), **non solenni, ad efficacia obbligatoria, commutativi** (o non aleatori), con **obbligazioni di risultato** dell'appaltatore, **a titolo oneroso, ad esecuzione prolungata** (Rubino-Moscato, 295; Cagnasso, 1987, 166).

2. Contratto consensuale: rinvio.

Il contratto di appalto **si perfeziona per effetto dello scambio dei consensi** legittimamente manifestato dalle parti e **non già con la consegna della res**, men che meno con la consegna dell'opera o del servizio espletati, che viceversa rappresentano il risultato dell'esecuzione prolungata del contratto. Già nel momento in cui **le parti si impegnano, con il loro accordo**, rispettivamente ad effettuare l'opera o il servizio, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio — l'appaltatore —, verso il pagamento di un corrispettivo in denaro — il committente —, il negozio deve reputarsi concluso (Cianflone-Giovannini-Lopilato, 41). In conseguenza della stipulazione, da esso discendono le correlative obbligazioni per ciascuna delle parti. Pertanto, è escluso che nell'appalto il perfezionamento del vincolo negoziale sia collegato a qualsiasi *traditio*. Anche qualora l'appaltatore si impegni a **fornire la materia prima**, l'appalto non si configura comunque come contratto reale (Giannattasio, 13).

Dalla natura consensuale e non reale dell'appalto deriva che il diritto del committente a conseguire l'opera o il servizio appaltati non è un *prius* dell'appalto, ma un *posterius*, che attiene alla fase esecutiva. L'opera costruenda, qualunque essa sia, e il servizio programmato potranno essere acquisiti al patrimonio dell'appaltante, qualora ciò non avvenga quale esito fisiologico dell'esecuzione, attraverso l'esperimento di **azioni personali** (Giannattasio, 13; Rubino-Moscati, 161). All'esito dell'ultimazione dell'opera, in particolare, il committente potrà esercitare un'**azione diretta ad ottenerne la consegna**, *sub specie* di azione contrattuale ovvero anche di azione di rivendicazione *ex art.* 948, laddove la cosa nasca di proprietà dell'appaltante o divenga tale a seguito dell'attuazione del contratto (Giannattasio, 13; Rubino-Moscati, 542). Sempre avendo riguardo al rapporto negoziale che si instaura tra appaltante e assunto, si ricava che il contenuto della prestazione cui è tenuto il primo verso il secondo non inficia affatto la qualificazione dell'appalto in termini di contratto consensuale: il **pagamento del corrispettivo** costituisce, infatti, un mero obbligo formalizzato dalle parti in sede di stipulazione del negozio, che diviene esigibile allorché l'opera sia eseguita o il servizio compiuto, salva diversa pattuizione. Per effetto della maturazione dei fatti costitutivi del diritto al pagamento del prezzo, l'appaltatore potrà agire contro l'appaltante per pretenderne la corresponsione, spiegando un'ordinaria azione di adempimento contrattuale (Cianflone-Giovannini-Lopilato, 41).

3. Contratto bilaterale.

L'appalto è un contratto bilaterale poiché dalla sua conclusione sorgono **obbligazioni corrispettive che sono a carico del committente e dell'appaltatore**, in ragione del ruolo — imprescindibilmente connesso con la causa del contratto — che dette parti rivestono in tale modello negoziale: nella struttura dell'appalto le due prestazioni contrapposte, cui le parti sono tenute, devono essere **entrambe in obligatione** (Cianflone-Giovannini-Lopilato, 41). È lo stesso tipo negoziale, come congegnato secondo la definizione di cui all'art. 1655, ad esigere che l'appalto sia concluso da una parte che assume l'obbligazione di compiere l'opera o il servizio e da una controparte che beneficia di tale prestazione ed è tenuta a versare un corrispettivo in denaro. La figura negoziale non ammette l'intervento di altre parti con un ruolo diverso: sicché **l'appalto non può atteggiarsi come contratto trilaterale o, in generale, plurilaterale**.

Tema diverso è quello che attiene alla possibilità che ciascuna parte possa essere costituita da persone fisiche, piuttosto che da enti collettivi o persone giuridiche, ovvero da una **pluralità di soggetti giuridici**, che rivestono però, nella loro unitarietà, la qualità di parte committente o di parte appaltatrice.

Qualora siano previsti **più autonomi centri di imputazione** di situazioni giuridiche soggettive, nella qualità di committenti e/o appaltatori, in realtà si tratterà di **più contratti di appalto inseriti nello stesso testo negoziale**: per ciascun rapporto committente-appaltatore si avrà un appalto. Non è escluso, infatti, che un medesimo artefice possa assumere più impegni verso plurimi appaltanti o, viceversa, che più appaltatori possano assumere ciascuno il proprio impegno verso il medesimo committente.

4. Contratto sinallagmatico.

Il contratto di appalto è un tipico contratto sinallagmatico o a prestazioni corrispettive. Ricadono nella categoria dei contratti a prestazioni corrispettive quei contratti in cui le prestazioni delle parti siano indissolubilmente vincolate fra loro da un nesso di interdipendenza funzionale: categoria che per alcuni coincide con i contratti di scambio o con quella più ampia dei contratti bilaterali che mettano in atto un fenomeno di reciproco spostamento patrimoniale o che implicino un rapporto teleologico fra le prestazioni. Nel caso dell'appalto tale vincolo si manifesta nelle obbligazioni relative al compi-

Termine estratto capitolo

CAPITOLO II

PARTI E AUSILIARI NELL'APPALTO

Sommario: 1. I soggetti dell'appalto. — 2. Persone fisiche o enti collettivi. — 3. Capacità giuridica degli stranieri. — 4. Capacità di agire dei contraenti. — 5. Stipulazione a cura degli incapaci. — 6. Qualificazione delle parti quali professionisti o consumatori. — 7. Rappresentanza delle parti. — 8. Gestione di affari altrui. — 9. *Intuitus personae* nell'appalto. — 10. La pluralità dei committenti. — 11. La pluralità degli appaltatori. — 12. *Joint venture*. — 13. Le associazioni temporanee di imprese appaltatrici. — 14. Le associazioni in partecipazione. — 15. I consorzi. — 16. La rete di imprese. — 17. Gruppi europei di interesse economico. — 18. Gli ausiliari delle parti. — 19. Il progettista. — 20. Il direttore dei lavori. — 21. Il capocantiere, il direttore di cantiere, il sorvegliante e l'assistente. — 22. Il responsabile dei lavori. — 23. Il coordinatore per la progettazione. — 24. Il coordinatore per l'esecuzione dei lavori. — 25. La tutela dei dipendenti dell'appaltatore.

1. I soggetti dell'appalto.

Dalla definizione che l'art. 1655 offre del contratto di appalto si ricava che, nella sua impostazione generale, tale figura negoziale realizza, sul piano subiettivo, un'ipotesi di **contratto a struttura bilaterale** (Pototschnig, 54), che regola un rapporto patrimoniale, di cui sono protagonisti, da un lato, la parte che affida il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro (committente o appaltante) e, dall'altro, la parte che assume tale obbligazione, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio (appaltatore o assuntore). L'obbligazione principale di cui è creditore l'appaltante — e debitore l'appaltatore — consiste, appunto, nell'esecuzione di un'opera o di un servizio (Musolino, 113; Balante-Maroni, 46). Nessun ulteriore riferimento sulle caratteristiche di tali parti è contenuto nella disciplina dell'appalto, anche oltre il profilo definitorio dettato dall'art. 1655. Nondimeno, la realtà commerciale propone uno scenario ben più complesso e strutturato (Balante-Maroni, 46), non solo con riferimento ai requisiti che connotano il committente e l'appaltatore, ma anche con riguardo all'individuazione di altre figure soggettive coinvolte nell'esecuzione dell'appalto.

Sotto il primo aspetto, può accadere che rivestano la qualifica di appaltante o di appaltatore **strutture organizzative articolate** ovvero

una **pluralità di soggetti distinti, ma associati**, allo scopo di eseguire l'appalto, quali le *joint ventures* e i raggruppamenti o associazioni temporanee di impresa (Balante-Maroni, 46).

Sotto il secondo aspetto, possono essere interessate dall'appalto **figure intermedie tra committente e appaltatore** che, a volte, assumono un ruolo preminente nella fase esecutiva, come il progettista e il direttore dei lavori (Nervi, 63).

2. Persone fisiche o enti collettivi.

Le parti possono essere sia **persone fisiche** sia **persone giuridiche** sia **enti collettivi** dotati di soggettività giuridica (E. Piras, 161), tanto dal lato dell'appaltante, quanto dal lato dell'appaltatore. La **natura pubblica o privata** del committente influisce sulla qualificazione giuridica dell'appalto: ove l'appaltante sia un soggetto pubblico, si applicherà la disciplina dei contratti pubblici; ove sia un soggetto privato, si applicherà la disciplina codicistica dell'appalto (Mangini-IacuanIELLO Bruggi, 72; Musolino, 57). Ciò però non esclude che un soggetto di diritto pubblico possa concludere un appalto privatistico ove agisca *iure privatorum*, ossia al di fuori dell'esercizio dei propri poteri autoritativi (Nervi, 64).

Non necessariamente il **committente** deve essere un **imprenditore**. Può trattarsi sia di persona fisica, sia di persona giuridica, sia di soggetto giuridico privo di personalità giuridica, come le associazioni non riconosciute, i comitati, le società di persone. Né deve essere il proprietario del suolo, ove l'appalto abbia ad oggetto la costruzione di un immobile, o colui al quale l'opera è destinata; in tal caso si realizza un'ipotesi di **appalto a favore di terzi** (Rubino Sammartano, 108). Sebbene non ricorra un rapporto contrattuale con l'esecutore dell'appalto, il proprietario del suolo sul quale siano state realizzate le opere **senza il suo previo consenso**, qualora decida di ritenerle, anziché chiederne la demolizione, è obbligato ad effettuare il pagamento del **valore** dei materiali e del prezzo della mano d'opera oppure dell'aumento di valore subito dal suo fondo, ai sensi dell'art. 936 (Rubino Sammartano, 108). Qualora, invece, l'opera sia stata eseguita con il **consenso del proprietario**, questi sarà tenuto a corrispondere il giusto **prezzo** dell'opera. Il proprietario del suolo che intenda opporsi all'esecuzione dell'opera ha l'**obbligo di esprimere il proprio dissenso** non appena ne sia giunto a conoscenza e, in ogni caso, prima che l'opera sia realizzata nella sua struttura essenziale. In caso contrario il suo comportamento può valere quale tacito consenso (App. Palermo 27 marzo 1951, in *Giur. it.*, 1951, 1, 2, 703).

La disciplina dell'appalto è imperniata sulla **figura dell'appaltatore**, essendo tale contraente al centro delle previsioni sui requisiti soggettivi e oggettivi dell'appalto, sulle capacità, sull'individuazione dei doveri e obblighi, sul riconoscimento delle garanzie (Balante-Maroni, 51). L'appaltatore può essere una **persona fisica** o una **persona giuridica** o un **ente collettivo** con soggettività giuridica, ma privo di personalità giuridica, che si impegna ad attuare la specifica prestazione di *facere* enucleata dall'art. 1655, consistente nella realizzazione dell'opera o nel compimento del servizio. In specie, l'appaltatore può assumere la forma della **ditta individuale** ovvero la **forma societaria**; secondo alcuni, la sua attività può essere prestata anche in forma di **cooperativa** (*contra* Rubino-Moscato, 46). Ad avviso della dottrina, l'assuntore è **di regola un imprenditore** (Mangini-Iacuanello Bruggi, 75; Russo-Criaco, 105). Deve essere, all'uopo, dotato di un'organizzazione adeguata all'assolvimento dell'incarico, tale da consentirgli il **reperimento dei mezzi**, che non necessariamente devono essere di sua proprietà, essendo sufficiente che ne abbia la disponibilità ai fini dell'esecuzione dell'appalto (Pototschnig, 59). Deve, ancora, assumersi il **rischio economico** dell'attuazione dell'appalto. Anche per la giurisprudenza, in ragione dell'oggetto della prestazione cui è tenuto, secondo la stessa definizione dell'appalto resa dal codice civile, questi non può che essere un imprenditore (Cass. 16 novembre 2017, n. 27258; Cass. 21 maggio 2010, n. 12519, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 5, 794), di **dimensioni medio-grandi**, ad avviso di alcuni arresti. La struttura imprenditoriale necessaria dell'appaltatore è compatibile con la **natura agricola** (Cass. 13 febbraio 1982, n. 911, in *Foro it.*, 1982, 4, 1, 1035, e in *Riv. infort. e mal. prof.*, 1982, 3, 2, 58) o **artigianale** della sua attività (Cass. 8 marzo 1990, n. 1856, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, 3; Trib. Arezzo 6 luglio 2015, in *www.dejure.it*), purché l'organizzazione di cui dispone sia **idonea, in concreto**, a consentire l'esecuzione dell'opera o il compimento del servizio. Il fatto che l'attività prestata dall'appaltatore possa essere **occasionale** non esclude comunque, contrariamente all'assunto di un filone minoritario della dottrina (Stolfi, 630), la sua natura imprenditoriale, che è insita nella indefettibilità dell'organizzazione dei mezzi necessari, ossia dei mezzi produttivi (persone, capitale, beni), a struttura imprenditoriale, che l'appaltatore deve coordinare e predisporre autonomamente, assumendosi il rischio economico del risultato al quale è funzionale il contratto. E ciò perché l'assuntore non deve necessariamente rivestire la qualità di **imprenditore in senso tecnico**, non presupponendo la nozione di appaltatore, in via indefettibile, il requisito della **professionalità**, che invece contraddistingue la definizione normativa di imprenditore (Mascarello, 10; E. Piras, 161). Ma l'opinione è controversa, poiché la tesi opposta evidenzia che il **requisito della professionalità potrebbe essere compatibile con l'occa-**

sionalità della prestazione resa, qualora essa sia di una certa importanza e durevole nel tempo (Rubino-Moscato, 47).

Alla stregua della causa dell'appalto, l'appaltatore è, di norma, **l'unico responsabile dei danni derivati a terzi** dall'esecuzione dell'opera (Balante-Maroni, 51). Un'eventuale **corresponsabilità del committente** può configurarsi solo ove siano violate, nei confronti dei terzi danneggiati, specifiche regole di cautela riconducibili al precetto di *neminem laedere ex art. 2043* ovvero nel caso in cui l'evento dannoso sia imputabile al committente per *culpa in eligendo*, essendo stato affidato l'appalto ad un'impresa assolutamente e *a priori* inidonea (Cass. 26 marzo 2009, n. 7356; Cass. 21 giugno 2004, n. 11478; Cass. 26 giugno 2000, n. 8686, in *Guida al dir.*, 2000, 35, 32). L'appaltante risponde altresì, in via solidale con l'appaltatore, nell'ipotesi in cui si sia **ingerito nell'attività** dell'appaltatore ovvero si sia riservato **poteri di direzione e di sorveglianza**, al cui esercizio sia riconducibile la provocazione del nocumento verso il terzo, o nell'ipotesi in cui il pregiudizio sia stato cagionato in esecuzione di **direttive impartite** dal committente o di un suo **specifico ordine**, poiché in queste fattispecie l'illecito è ascrivibile anche alla condotta, positiva o negativa, dell'appaltante (Cass. 5 giugno 2007, n. 13123, in *Imm. e dir.*, 2008, 5, 12). L'appaltatore può andare esente da responsabilità solo qualora, in forza delle clausole negoziali, sia un **semplice esecutore degli ordini** dell'appaltante ed abbia conseguentemente agito quale *nudus minister* dello stesso, attuandone le relative direttive (Cass. 29 marzo 2007, n. 7755, in *Imm. e dir.*, 2008, 2, 30; Cass. 12 luglio 2006, n. 15782, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2007, 1, 421).

3. Capacità giuridica degli stranieri.

Nella prassi accade spesso che i contratti di appalto tra privati siano connotati dal **requisito dell'internazionalità** e ciò in conseguenza del naturale coinvolgimento nell'operazione economica normalmente sottostante a tali contratti di una significativa pluralità di soggetti economici, alcuni dei quali **provenienti da Stati diversi**, come avviene per i contratti di costruzione di grandi opere (Seatzu, 125). Senonché, con riferimento ai contratti di appalto conclusi con soggetti stranieri, sia nella veste di committenti, sia nella veste di appaltatori, nessuna preclusione ricorre ove si tratti di cittadini **appartenenti agli Stati membri dell'Unione europea** (Rubino-Moscato, 58; Ziccardi, 473), essendo i cittadini comunitari in attuazione delle libertà sancite dal Trattato istitutivo dell'Unione europea. Termine estratto capitolo

CAPITOLO III

L'ACCORDO

Sommario: 1. Fase precontrattuale. — 2. Perfezionamento per effetto del consenso. — 3. Conclusione per contegni concludenti. — 4. Conclusione mediante previo bando. — 5. Preliminare di appalto. — 6. Interpretazione dell'autoregolamento. — 7. Elementi essenziali dell'accordo.

1. Fase precontrattuale.

Spesso la stipulazione dell'appalto è preceduta dall'**avvio di trattative**, più o meno articolate sul piano qualitativo e temporale, atte a consentire al committente, per un verso, un'adeguata valutazione circa la possibilità e convenienza dell'opera o del servizio che si vorrebbe realizzare e, per altro verso, una scelta più pertinente in ordine all'assegnazione dell'appalto tra le varie imprese contattate nel momento preparatorio. Tanto implica un **progressivo processo formativo della decisione**, accompagnato sia dalla predisposizione dei vari documenti descrittivi dell'opera o del servizio, aventi un ruolo precontrattuale, sia dai contatti con le varie imprese invitate per la trattativa prima dell'eventuale aggiudicazione (Rubino Sammartano, 71). L'analisi di tale fase può essere rilevante anche per ricostruire la comune volontà delle parti formalizzata in sede contrattuale.

Dalla fase precontrattuale deve essere distinta la **fase successiva alla stipulazione e anteriore all'esecuzione**, i cui comportamenti sono appunto posteriori alla cristallizzazione delle clausole negoziali dell'appalto.

In specie, nella fase preparatoria la ponderazione circa la realizzabilità e la convenienza dell'opera induce l'appaltante a rivolgersi a **tecnici qualificati** per l'effettuazione di **studi di fattibilità** o di consulenze geologiche. Sotto il primo profilo, con riferimento ad opere particolarmente complesse, può essere utile verificare sia l'esistenza di problemi tecnici ostativi dell'esecuzione o, comunque, che ne importino difficoltà attuative sia, su un piano propriamente economico, la ricorrenza di prospettive di mercato in ragione della natura e/o della destinazione dell'opera programmata.

Per converso, i **controlli geologici** sono funzionali alla verifica della

realizzabilità dell'opera, in relazione alle caratteristiche del luogo in cui essa dovrebbe sorgere. E ciò con particolare riguardo alle qualità del suolo, specie ove si tratti di interventi che interessano il sottosuolo o che comunque esigono scavi di una certa entità e difficoltà, ad esempio nella roccia (Rubino Sammartano, 72). La carenza di tali preventivi controlli del sottosuolo può influire in seguito sulla distribuzione dei rischi delle difficoltà prevedibili o impreviste, che si presentino in relazione all'emergenza in corso d'opera (Giannattasio, 127; Rubino-Iudica, 299).

Sul punto, la giurisprudenza ha osservato che, nell'appalto per la costruzione di un edificio, l'**indagine sulla natura e la consistenza del suolo edificatorio** rientra nei compiti dell'appaltatore, ove manchi una diversa previsione contrattuale; in tale situazione, pertanto, i difetti della costruzione, derivanti da vizi ed inidoneità del suolo, comportano la responsabilità dello stesso (Cass. 21 novembre 2016, n. 23665; Cass. 18 aprile 2002, n. 5632, in *Giust. civ.*, 2003, 2, 1, 465; Cass. 7 settembre 2000, n. 11783; Cass. 18 novembre 1998, n. 11613; Cass. 23 settembre 1996, n. 8395, in *Giust. civ.*, 1997, 4, 1, 1013, con nota di De Tilla, e in *Foro it.*, 1997, 4, 1, 1217; Cass. 16 novembre 1993, n. 11290, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 1619; Cass. 18 marzo 1987, n. 2725, in *Arch. civ.*, 1987, 11, 1105). Così l'appaltatore, cui sia affidata la costruzione di un edificio, deve prevenire la verifica del cedimento delle fondazioni dovuto alle caratteristiche geologiche del suolo, non tenute presenti dal progetto. Allo stesso modo, deve prevenire la risorgenza della falda idrica in caso di eventi meteorici; a tale scopo deve eseguire gli opportuni interventi per accertarne la causa ed apprestare i necessari accorgimenti tecnici volti a garantire la realizzazione dell'opera senza difetti costruttivi.

La **previa individuazione delle difficoltà** permette non solo di effettuare una più accurata indagine sui costi, ma, a volte, anche di evitare che, in assenza di essa, l'appaltatore possa in seguito rivendicare pretese integrative del corrispettivo in ordine alle difficoltà incontrate nel momento esecutivo (Rubino-Moscato, 366).

Sempre alla fase preparatoria devono essere ricondotti quei **documenti valevoli per l'eseguibilità dell'opera**, quali mappe, planimetrie, grafici e i veri e propri progetti, ossia le rappresentazioni grafiche dell'opera da realizzare (Rubino Sammartano, 79). Ancora, costituiscono documenti precontrattuali il **prezziario**, il **computo metrico** e i **capitolati**. Il **prezziario** elenca gli importi delle varie categorie di lavori e si distingue dall'analisi dei prezzi che generalmente l'appaltatore, e per esso il suo ufficio preventivo, effettua per proprio uso (Rubino-Moscato, 191). Per contro, il **computo metrico** contiene l'elencazione delle varie categorie di lavorazioni e riporta, a fianco di ciascuna categoria, lo spazio destinato all'indicazione dell'entità della corri-

spondente lavorazione. A volte il prezzario e il computo metrico si fondono in un unico documento. Il **capitolato**, invece, contiene le specifiche relative alle modalità dell'opera e agli aspetti tecnici; esso ha lo scopo di dare all'appaltatore le prescrizioni che il committente ritiene opportune. Per conferire piena efficacia a tale documento è necessario che esso sia contestuale alla stipula o sia comunque concordato in seguito. Qualora, invece, il contratto riservi al committente la facoltà di emettere in seguito un capitolato, potranno insorgere contrasti tra le parti qualora esso contenga prescrizioni che l'appaltatore ritenga diverse da quanto già pattuito (Rubino Sammartano, 80). Allorché in un appalto di diritto privato si faccia **rinvio al capitolato di opere pubbliche**, il capitolato richiamato acquista **natura contrattuale** (Rubino-Moscato, 126; Rubino-Iudica, 122). Ancora, nell'ipotesi in cui l'appaltatore abbia predisposto un preventivo su richiesta dell'appaltante, questo vale come **offerta di contratto** (Pret. Messina 18 aprile 1959, in *Giur. sicil.*, 1959, 1055).

Nel corso delle trattative le parti possono cristallizzare alcuni punti su cui hanno raggiunto un'intesa di massima, a fronte di una negoziazione ancora *in itinere*, in un'apposita **minuta o puntuazione del contratto d'appalto**, che raccoglie un impegno con funzione meramente preparatoria di un futuro negozio, privo di vincolatività (Rubino Sammartano, 87). Nondimeno, può accadere che l'intesa raggiunta dalle parti su tutti gli elementi essenziali dell'appalto abbia ad oggetto un vero e proprio regolamento definitivo del rapporto, in tal caso essendo vincolante per le parti, quand'anche, per taluni aspetti, siano necessarie ulteriori specificazioni, il cui contenuto sia, però, da configurare come mera esecuzione del contratto già concluso; il relativo accertamento è riservato all'apprezzamento del giudice di merito e non è sindacabile in sede di legittimità, se non per vizi radicali della motivazione (Cass. 29 novembre 2018, n. 30851; Cass. 4 febbraio 2009, n. 2720, in *Giur. it.*, 2010, 4, 830, con nota di Bottoni).

Nella fase precontrattuale l'appaltante può richiedere un **finanziamento volto a coprire l'importo del corrispettivo** dovuto all'assuntore, o una sua porzione, per la realizzazione dell'opera o la prestazione del servizio. Varie sono le forme di finanziamento esigibili allo scopo: dal finanziamento bancario alle operazioni di *leasing* immobiliare. La concessione del finanziamento, finalizzato all'attuazione dell'appalto, dipende dalla situazione patrimoniale in cui versa l'appaltante ovvero dalle **garanzie, reali o personali**, che questi sia in grado di fornire. Spesso viene concessa ipoteca sul suolo, sul quale deve essere realizzata la costruzione appaltata. Il rilascio del finanziamento può dipendere anche dalla fiducia riposta dal finanziatore nell'impresa prescelta per eseguire l'appalto (Rubino Sammartano, 82). Qualora il finanziamento richiesto non sia stato ancora concesso al momento della

stipulazione dell'appalto, per essere ancora in istruttoria la relativa pratica, la sua concessione può espressamente costituire oggetto di una **condizione sospensiva** dell'efficacia del contratto. Per converso, qualora l'ente finanziatore si sia riservato la facoltà di revoca del finanziamento concesso, può essere l'esercizio della revoca a costituire oggetto di una **condizione risolutiva** dell'efficacia dell'appalto.

L'**ingiustificata ed improvvisa interruzione delle trattative**, sia da parte del committente, sia da parte dell'appaltatore, specie qualora esse siano in stato avanzato e abbiano determinato l'assunzione di impegni economici di una certa consistenza, con la predisposizione dei documenti innanzi enumerati, può legittimare, a cura della parte che ha subito tale condotta, la richiesta di **risarcimento dei danni per responsabilità precontrattuale** ai sensi dell'art. 1337, ove il contegno interruttivo adottato sia in concreto contrario a correttezza. In questo caso, in base alle generali regole, il risarcimento coprirà il solo **interesse contrattuale negativo**, ossia le **spese inutilmente sostenute** in vista della conclusione del contratto e la **perdita di ulteriori occasioni contrattuali**, ugualmente o maggiormente vantaggiose (Rubino Sammartano, 83).

2. Perfezionamento per effetto del consenso.

L'appalto è un contratto consensuale che si perfeziona mediante lo **scambio di proposta e di accettazione**. Anche rispetto al contratto di appalto trova naturalmente applicazione la norma generale di cui all'art. 1326, in base alla quale l'accordo tra persone lontane deve intendersi concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta, sia questi il committente o l'appaltatore, ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte (Rubino Sammartano, 88; Rubino-Iudica, 90; Pototschnig, 23). Questa modalità di conclusione non è ammissibile per gli appalti di opere pubbliche conclusi dalla pubblica amministrazione, i quali, oltre a richiedere la forma scritta *ad substantiam* (perciò con esclusione di qualsivoglia manifestazione di volontà implicita o desumibile da comportamenti meramente attuativi), devono essere consacrati in un unico documento, per il quale, pertanto, attesa anche la necessità di accordi specifici e complessi, deve escludersi che il consenso possa formarsi sulla base di scritti successivi atteggiatisi come proposta e accettazione fra assenti (Cass. 26 marzo 2009, n. 7297; Cass. 4 maggio 2004, n. 8417; Cass. 3 gennaio 2001, n. 59, in *Foro it.*, 2001, 10, 1, 2899).

Affinché il contratto di appalto sia perfezionato, è necessario che il concorrente, prima di accettare, si sia informato, in modo opportuno, sulla natura e sul contenuto del progetto. Termine estratto capitolo

CAPITOLO IV

LA CAUSA

Sommario: 1. Causa concreta dell'appalto. — 2. Organizzazione dei mezzi necessari. — 3. Assunzione del rischio. — 4. Autonomia dell'appaltatore. — 5. Esecuzione a regola d'arte.

1. Causa concreta dell'appalto.

Con riferimento alla causa del contratto d'appalto, costituiscono elementi tipizzanti non solo le prestazioni essenziali oggetto del rapporto sinallagmatico, ovvero la realizzazione di un'opera o la prestazione di un servizio dietro corrispettivo, ma anche l'**organizzazione dei mezzi necessari** e la **gestione a proprio rischio**, considerati appunto quali elementi causalmente essenziali per l'identificazione del tipo (Rubino-Iudica, 14) ovvero quali **marcatori** che devono accompagnare l'esecuzione della prestazione principale da parte dell'appaltatore (Benedetti, 6). Si tratta di una **causa complessa** che si materializza — per un verso — nell'interesse del committente ad utilizzare l'organizzazione d'impresa dell'appaltatore, addossandogli ogni rischio in ordine all'esecuzione dell'opera o del servizio, e — per altro verso — nell'interesse dell'appaltatore a conseguire un utile dall'esecuzione mediante la previsione di un corrispettivo (Marinelli, 1996, 24). Sicché la causa astratta può essere utilizzata per ricostruire il tipo, finendo con il coincidere con esso (Marinelli, 1996, 22).

2. Organizzazione dei mezzi necessari.

In linea generale l'organizzazione delinea la **programmazione e la pianificazione dell'agire imprenditoriale**. Infatti, l'imprenditore specula sulla differenza tra il costo del lavoro e del capitale e i ricavi dei beni o dei servizi prodotti, predisponendo, a tale fine, un lavoro di organizzazione e creazione volto a determinare, conformemente ad adeguate previsioni, le modalità di attuazione della produzione e della distribuzione dei beni, che rappresenta l'apporto tipico dell'imprenditore. Ne consegue che nella normalità delle situazioni non è dato

ipotizzare un'**impresa senza organizzazione**, esigendo il legislatore il requisito dell'attività organizzata anche per la figura del piccolo imprenditore di cui all'art. 2083 (Zuddas, 5). Pertanto, un minimo di organizzazione è pur sempre necessario affinché possa essere integrata un'impresa, sia pure piccola, riscontrandosi, in mancanza, il semplice lavoro autonomo non imprenditoriale (Musolino, 63).

Con particolare riguardo all'appalto, l'organizzazione dei mezzi necessari e la gestione a proprio rischio tipizzano la prestazione dell'appaltatore (Vitale, 366; Cagnasso, 1987, 166; Cagnasso, 1991, 665). Con l'espressione "organizzazione dei mezzi necessari" il legislatore si riferisce a un'**organizzazione dei mezzi produttivi a struttura imprenditoriale**; infatti, il contratto d'appalto, per l'importanza dell'opera o del servizio che ne formano oggetto, implica la disponibilità, in capo all'appaltatore, di un ampio complesso di mezzi produttivi e del lavoro di soggetti assunti al di fuori del suo nucleo familiare (Marinelli, 1996, 33; Rubino-Iudica, 14; Leccese, 2017, 1366). L'**organizzazione dei mezzi e della mano d'opera**, quand'anche più o meno complessa e articolata, deve comunque connotare indefettibilmente l'attività dell'appaltatore, la quale consta di elementi eterogenei, non solo reali, ma anche personali, non essendo l'insieme delle cose materiali che appartengono all'azienda da solo sufficiente affinché l'imprenditore possa conseguire i suoi obiettivi produttivi ed economici. Infatti, ridotta alle sole cose materiali, l'azienda perderebbe l'essenza organica che la contraddistingue, per restare una mole inerte di beni, che non assurge a compiuto organismo (Zuddas, 6). Anche la giurisprudenza precisa che l'appaltatore deve disporre di un'organizzazione che gli permetta di portare a compimento l'opera o il servizio oggetto della prestazione che egli ha assunto (Cass. 29 marzo 2007, n. 7755; Cass. 12 luglio 2006, n. 15782, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2007, 4, 1, 421). Rispetto alla prestazione del lavoro, che rappresenta l'obbligazione principale e prevalente dell'assuntore, la somministrazione della materia è meramente strumentale e accessoria (Cass. 8 ottobre 1973, n. 2528). Così, l'art. 1655, nel definire l'appalto, alluderebbe al **modello organizzativo di cui all'art. 2082**, mentre la definizione di contratto d'opera di cui all'art. 2222 sarebbe riferibile al diverso modello della piccola impresa contemplato dall'art. 2083 (Rubino-Moscato, 22; Russo-Criaco, 105; Rubino-Iudica, 15). A suffragare questa ricostruzione concorrerebbe la circostanza che il riferimento della giurisprudenza all'**attributo "commerciale"** dovrebbe essere interpretato come **sinonimo di medio-grande** (Costanza, 2000, 6). Ed inoltre la stessa Relazione al codice civile (nn. 700 e 917) identificava l'appalto con un contratto d'impresa (Zuddas, 8). Rispetto a questi elementi, tutti convergenti verso la sussunzione dell'impresa dell'assuntore nell'alveo dell'**attività diretta alla produzione di beni e servizi** di cui

all'art. 2195, n. 1, la prestazione del lavoro personale dell'appaltatore sarebbe collocata in secondo piano (Stolfi, 630; Rubino-Moscato, 16, 63; Cagnasso, 1987, 167; Russo-Criaco, 106). In questa prospettiva, dovrebbe ricorrere uno stretto collegamento tra lo *status* professionale dell'appaltatore e un'organizzazione propria di mezzi, dovendo escludersi che sia integrata la figura dell'appaltatore a fronte di **soggetto del tutto privo di una sua organizzazione**, che non esegua mai direttamente le opere o i servizi commissionati, **affidandoli sistematicamente a terzi** (Vitali, 345; Rubino-Iudica, 18).

In senso contrario, altro filone della dottrina osserva che i requisiti volti a identificare l'appaltatore non devono essere tratti dalla definizione di imprenditore, attesa la **specialità della disciplina dedicata all'appalto**. Con la conseguenza che l'accento dovrebbe essere piuttosto riposto, non solo e non tanto sul profilo dell'organizzazione, quanto su quello della **disponibilità dei mezzi necessari a portare a compimento l'opera o il servizio**, cioè dell'insieme di strumenti, cose e persone funzionali al raggiungimento dello scopo. Cosicché l'organizzazione dell'impresa potrebbe non essere quella dell'appaltatore, potendo questi servirsi, con il consenso del committente, dell'**organizzazione altrui ai fini di realizzare l'opera o il servizio**, eventualmente tramite un subappalto (Marinelli, 1996, 33). Non sarebbe, pertanto, escluso che l'assuntore si obblighi ad eseguire la prestazione con mezzi dei quali non abbia la disponibilità diretta, ma che si procuri mediante **accordi perfezionati con terzi**, che rimangono estranei all'appalto. Allo stesso modo, l'organizzazione dell'appaltatore non presuppone che questi **fornisca il materiale necessario** all'attuazione della prestazione, che ben può essere fornito dall'appaltante, sempreché l'appaltatore predisponga il cantiere, ossia gli attrezzi, i macchinari e gli impianti, unitamente al personale necessario per farli funzionare; qualora, infatti, sia lo stesso committente a curare personalmente tutti gli aspetti organizzativi, non ricorre il modello dell'appalto (Marinelli, 1996, 34; Mangini-Iacuaniello Bruggi, 12; Villanacci, 46). D'altronde, benché l'organizzazione solitamente consti unitamente di beni ed energie lavorative, è compatibile con il modello dell'appalto che l'appaltatore possa esercitare l'attività **utilizzando esclusivamente il fattore capitale e il proprio lavoro**, senza creare alcuna organizzazione intermediatrice del lavoro altrui, potendo la presenza e la misura dei fattori produttivi atteggiarsi nel modo più vario, in base all'oggetto e alle dimensioni dell'impresa (Zuddas, 7). Da tanto discende che sulla struttura imprenditoriale prevarrebbe l'aspetto dell'**idoneità all'esecuzione** dell'opera o al compimento del servizio, alla stregua dei mezzi disponibili (Costanza, 2000, 4; Benedetti, 13). D'altronde, è stato evidenziato che, ove i requisiti dell'imprenditore si sovrapponevano a quelli dell'appaltatore, ne discenderebbero non pochi problemi di coordinamento e

di compatibilità (Zuddas, 3). Dall'adesione a quest'ultima ricostruzione si ricava che l'appaltatore **non deve essere necessariamente un imprenditore medio-grande**; ben può trattarsi di un **piccolo imprenditore**, pur sempre dotato di un'organizzazione, sia pure elementare o rudimentale (Benedetti, 13), ossia che esegua l'opera con gli strumenti e il lavoro personale dell'esecutore e dei propri familiari. In questa ipotesi la distinzione del tipo appalto dal tipo contratto d'opera risiederebbe nel fatto che il prestatore d'opera non disporrebbe di alcuna organizzazione che si accompagni al suo lavoro personale.

Parimenti, non è essenziale il **requisito della professionalità**, potendo sussistere un contratto d'appalto anche nel caso di **assunzione occasionale di un unico incarico**, restando comunque ferma la struttura imprenditoriale (Stolfi, 630; Giannattasio, 19; Rubino-Moscato, 47; Rescigno, 2; Mangini-Iacuanello Bruggi, 26). Peraltro, la qualità di imprenditore commerciale non verrebbe meno di per sé sola ove fosse concluso un solo contratto di appalto di un'opera che sia di tale entità da **impegnare completamente e per un lungo periodo tutte le energie** di cui l'impresa dispone, non difettando in questo caso il requisito della professionalità; a tali fini, ha una portata decisiva la stabilità e persistenza nel tempo dell'esercizio di una certa attività, che meglio è dato rintracciare nell'affidamento di una grande opera, piuttosto che in una pluralità di appalti di modesta entità (Stolfi, 630; Rubino-Moscato, 64). Ne consegue che l'occasionalità, pur essendo incompatibile con la nozione di imprenditore in senso tecnico, non costituisce ostacolo alla qualificazione del contratto come appalto (Rubino-Iudica, 16). In senso diverso, altri autori sostengono che la **professionalità sia un requisito che connota** in modo imprescindibile l'attività dell'appaltatore (Votaggio Lucchesi, 1955, 558; Musolino, 63; Zuddas, 8). Tale requisito è identificato dall'**abitudine** e non dall'occasionalità dell'attività svolta dall'appaltatore nonché dal perseguimento di un fine di lucro. E ciò sebbene l'abitudine esiga la mera **costanza nella ripetizione dell'attività**, il che non implica il suo esercizio in modo perpetuo e ininterrotto, essendo bastevole l'**esercizio in forma ciclica o stagionale**. Né tale attività abituale deve corrispondere alla sola o alla principale attività svolta dall'appaltatore, ben potendo trattarsi di **attività esercitata in via accessoria e marginale** rispetto ad altre, da cui l'assuntore tragga la propria ordinaria fonte di reddito (Zuddas, 8).

Dalle osservazioni sviluppate si desume che l'organizzazione identificativa dell'appalto deve essere **sganciata dalla nozione di imprenditore e di impresa**, essendo piuttosto necessario che l'organizzazione, di qualsiasi natura essa sia, sia finalizzata al conseguimento del risultato che

Termine estratto capitolo

CAPITOLO V

L'OGGETTO

Sommario: 1. L'oggetto in relazione alle prestazioni cui ciascuna parte è tenuta. — 2. Il contenuto: obbligazioni principali e accessorie. — 3. Appalto avente ad oggetto opere. — 4. Appalto avente ad oggetto servizi. — 5. La possibilità dell'oggetto. — 6. La liceità dell'oggetto. — 7. La determinatezza o determinabilità dell'oggetto. — 8. L'indivisibilità dell'obbligazione oggetto dell'appalto. — 9. Il regime giuridico dell'indivisibilità dell'obbligazione. — 10. La complessità della prestazione dell'appaltatore. — 11. La conformità alle prescrizioni contrattuali e alle regole dell'arte. — 12. La delimitazione dell'oggetto dell'appalto (e delle connesse responsabilità) in ragione dello strumento del progetto. — 13. Prestazione continuativa o periodica di servizi. — 14. L'appalto avente ad oggetto beni di consumo.

1. L'oggetto in relazione alle prestazioni cui ciascuna parte è tenuta.

Si premette che l'oggetto del contratto di appalto rileva, più che come requisito o elemento costitutivo della fattispecie negoziale, bensì, al pari dei soggetti, come **presupposto o come termine** attraverso il quale il contratto si perfeziona. L'oggetto del negozio è dunque indicativo di una entità preesistente ed esterna alla fattispecie, ossia della porzione della realtà materiale sulla cui appartenenza e/o consistenza il regolamento negoziale incide. Con riferimento all'appalto, quale contratto ad efficacia obbligatoria, tale oggetto si concretizza nel **comportamento che le parti sono vincolate a tenere** secondo il regolamento negoziale (Moscarini, 2009, 319): da un lato, l'obbligo dell'appaltatore di eseguire la prestazione che connota il tipo, la quale può essere materializzata dall'esecuzione di un'opera o dal compimento di un servizio; dall'altro, l'obbligo dell'appaltante di adempiere al pagamento di un corrispettivo in denaro. L'essenza del regolamento negoziale è dunque consacrata non già dall'oggetto, ma dal **contenuto dell'appalto**, che si distingue dalla causa: quest'ultima consiste nella funzione economico-sociale che il negozio assolve, ossia nella sua attitudine a realizzare una determinata finalità — che ne costituisce, al contempo, la ragione giustificativa —, mentre il contenuto definisce la **sostanza del regolamento di interessi** stabilito dall'autonomia privata. Ne discende che la nozione di oggetto è piuttosto riferibile all'**oggetto materiale del regolamento** negoziale, ove il negozio sia ad efficacia

reale, ovvero all'**oggetto della prestazione** che le parti si obbligano ad eseguire, ove il negozio sia ad efficacia obbligatoria, come l'appalto.

Senonché, secondo alcuni autori, l'oggetto del contratto e i suoi requisiti assumerebbero comunque una **particolare configurazione** in relazione al contratto di appalto (Russo-Criaco, 79). Ma in senso contrario, l'opinione prevalente sostiene che oggetto del contratto d'appalto è il **risultato di un *facere***, che può consistere tanto nel compimento di un'opera quanto nella prestazione di un servizio (Rubino-Moscato, 136; Rubino Sammartano, 59; Rubino-Iudica, 113; Grondona, 73). O più semplicemente l'oggetto dell'appalto si identifica nell'**opera da compiere o nel servizio da prestare** (Stolfi, 647; Rescigno, 4). Si tratta di due sub-figure di un **tipo contrattuale unitario** (Moscarini, 2009, 320). L'oggetto si contraddistingue così per la sua **complessità**, atteso che esso è costituito dall'utilità economica, ossia dall'interesse della parte espresso e racchiuso nel bene materiale identificato dal contratto medesimo (Cervale, 2011, 100). A fronte del nesso esistente tra oggetto dell'appalto e prestazione dell'appaltatore, la **prestazione principale che grava sul committente**, di corrispondere il prezzo, sebbene comune ad una serie di contratti nominati (Rubino-Iudica, 113), **non è neutra** ai fini della qualificazione del contratto di appalto (Scognamiglio, 393; *contra* Rubino-Moscato, 97; Rubino Sammartano, 59), assumendo essa una rilevanza specifica nel contesto negoziale di specie (Grondona, 74).

Ora, la discriminazione in relazione all'oggetto dell'appalto si basa sulla **verifica della necessità o meno di elaborazione della materia** ai fini della produzione del risultato dedotto in contratto: sono **appalti di opere** quelli che comportano l'elaborazione o la trasformazione della materia nella prospettiva della produzione di un nuovo bene o della modificazione di un bene preesistente; viceversa, sono **appalti di servizi** quelli che implicano la produzione di una determinata utilità, senza che sia richiesta l'attività di elaborazione della materia (Stolfi, 647; Rubino-Iudica, 114; Cappai, 188). Costituisce un corollario di detto criterio di partizione la natura del rapporto che si instaura **tra l'appaltatore e la res**: nell'appalto di opere l'impresa appaltatrice assume la vigilanza dell'*opus* e ne risponde nei confronti dei terzi mentre nell'appalto di servizi la detenzione e la custodia del bene su cui si attua la prestazione di *facere* permangono in capo al committente (Cass. 4 febbraio 2005, n. 2278, in *Corr. giur.*, 2005, 11, 1561, con nota di Bianchi, e in *Imm. e dir.*, 2005, 6, 16, con nota di Rubino Sammartano). La qualificazione di una fattispecie contrattuale come appalto di opere ovvero come appalto di servizi è essenziale al fine di stabilire la **disciplina applicabile**: sono, infatti, incompatibili con l'appalto di servizi l'art. 1669 in tema di rovina e difetti degli immobili, l'art. 1673 in tema di perimento o deterioramento dell'opera prima della consegna

e, in genere, tutte le norme che disciplinano o presuppongono la consegna del risultato dell'attività dell'appaltatore (Mangini-IacuanIELLO Bruggi, 96; Rubino-Iudica, 114). Controversa è poi la compatibilità dell'appalto di servizi con l'art. 1658 in tema di fornitura della materia e con l'art. 1663 sulla denuncia da parte dell'appaltatore dei difetti della stessa. Infatti, gran parte della **disciplina sull'appalto** è concepita **in funzione dell'appalto di opere**. Per converso, l'**appalto di servizi** ha assunto una sempre **maggiore rilevanza socio-economica** nel campo dei contratti stipulati con la pubblica amministrazione, ma anche nel settore degli appalti privati, all'esito dell'incremento del fenomeno economico dell'*outsourcing*, ossia dell'esternalizzazione dei servizi — ma in verità anche delle opere —, rispetto alla struttura delle imprese (Moscarini, 2009, 321). Ove si aderisca ad una logica funzionale, la riferibilità delle singole norme all'appalto di opere piuttosto che all'appalto di servizi può essere desunta alla stregua della ponderazione dell'intrinseca compatibilità del disposto normativo con il **contenuto dell'attività materiale** stabilita nel negozio (Rubino-Iudica, 114). Anche secondo la giurisprudenza, l'applicabilità delle singole norme via via dettate per l'appalto d'opera e l'appalto di servizi non deriva dal riferimento letterale delle stesse all'uno o all'altro, bensì dalla loro compatibilità o incompatibilità con il contenuto specifico del rapporto (Cass. 21 maggio 1983, n. 3530; Cass. 16 febbraio 1956, n. 447, in *Foro pad.*, 1956, 1, 833; Trib. Novara 14 maggio 2010, n. 104).

2. Il contenuto: obbligazioni principali e accessorie.

Il contenuto in senso sostanziale dell'appalto, che qualifica l'autoregolamento negoziale, comprende le statuizioni delle parti in ordine ai **risultati materiali perseguiti e agli effetti giuridici che si producono** all'esito della stipulazione. Segnatamente, il programma negoziale contemplato nell'appalto, al quale sono sottesi l'interesse economico e la natura giuridica dell'operazione posta in essere dalle parti, è identificato da specifiche obbligazioni, principali e accessorie, che connotano il tipo. Di seguito si prospettano i requisiti delle obbligazioni che concretano l'atto di autonomia privata dell'appalto; un'analisi di dettaglio è rinviata, invece, al prosieguo della trattazione.

L'**obbligazione principale dell'appaltatore** consiste nel compimento dell'opera o del servizio e ha **carattere indivisibile**, anche quando l'opera da realizzare è divisibile e/o sia stato pattuito un pagamento graduale del prezzo (Giannattasio, 88; Moscarini, 1984, 726; Rescigno, 5; Rubino-Iudica, 143). Dal carattere di indivisibilità dell'obbligazione deriva che, nel caso in cui l'opera o il servizio vengano realizzati solo parzialmente, tale **inadempimento parziale** va

equiparato ad un inadempimento totale, legittimando la risoluzione del contratto, nei limiti di cui all'art. 1455, e il rifiuto di pagamento del prezzo da parte del committente (Rubino-Iudica, 143).

Il contenuto dell'obbligazione dell'appaltatore consiste nell'esecuzione dell'opera secondo le **condizioni stabilite nel contratto** e secondo le **regole dell'arte** vigenti nel periodo in cui l'opera è eseguita, come si desume dall'art. 1662, secondo comma, e dall'art. 1667, primo comma; le regole dell'arte riguardano non solo la sicurezza, la stabilità e l'utilizzabilità dell'opera, ma anche la forma e il lato estetico (Rubino-Moscato, 273; Rubino-Iudica, 137). Nello stesso senso è orientata la Corte regolatrice, la quale ha evidenziato che l'obbligo dell'appaltatore di eseguire a regola d'arte l'opera commissionatagli comporta, non solo l'osservanza dei criteri generali della tecnica per quel dato tipo di lavoro, ma anche l'adozione di quei pregi di estetica e di forma che siano stati presi in considerazione dal contratto, o che comunque siano desumibili dagli scopi cui l'opera è destinata (Cass. 14 novembre 1994, n. 9562, in *Giur. it.*, 1995, 1, I, 1920, con nota di Gianola; Cass. 2 giugno 1993, n. 6171, in *Giur. it. Mass.*, 1993, 617; Cass. 30 gennaio 1976, n. 308). Nel caso di **costruzioni di beni immobili**, l'appaltatore deve osservare anche le prescrizioni contenute nelle **norme di legge e nei regolamenti** (Rubino-Iudica, 143). Alle medesime conclusioni giunge la giurisprudenza di legittimità (Cass. 31 maggio 2006, n. 12995). L'esecuzione dell'opera in conformità alle regole dell'arte, alle prescrizioni contrattuali e, più in generale, all'obbligo di diligenza è inscindibilmente connessa con il principio di autonomia dell'appaltatore: dal suddetto principio deriva, infatti, l'obbligo per l'appaltatore di attuare un controllo su tutto quanto proviene dal committente o da suoi rappresentanti, dal progetto alle istruzioni sulle modalità di esecuzione (Mangini-Iacuaniello Bruggi, 161).

L'**obbligazione principale del committente** è cristallizzata dal pagamento del prezzo dell'opera o del servizio; il **corrispettivo deve essere in denaro**, altrimenti si fuoriesce dallo schema dell'appalto: nell'ipotesi, quindi, che il committente si impegni a corrispondere all'appaltatore una cosa diversa dal denaro, è in realtà concluso un **contratto innominato**, soltanto affine all'appalto, la cui disciplina sarà applicabile in quanto compatibile (Stolfi, 643; Mangini-Iacuaniello Bruggi, 102; Leccese, 2017, 1372). Che una prestazione diversa dal pagamento di una somma di denaro a carico dell'appaltante determini lo slittamento dal modello dell'appalto è conclusione cui aderisce anche il giudice di merito (Trib. Roma 23 novembre 1967, in *Giur. it.*, 1968, 1, 2, 291).

Termine estratto capitolo

In caso di pubblicazione di questo libro, si prega di indicare la fonte di consultazione.

CAPITOLO VI

IL CORRISPETTIVO IN DENARO

Sommario: 1. Essenzialità del corrispettivo in denaro. — 2. Le forme di corrispettivo. — 3. Corrispettivo a corpo. — 4. Corrispettivo chiuso. — 5. Corrispettivo commisurato al rimborso dei costi. — 6. Corrispettivo a misura. — 7. Corrispettivo a tempo. — 8. Corrispettivo nell'appalto a regia. — 9. Corrispettivo dei lavori in economia. — 10. Corrispettivo a cottimo. — 11. Mancata determinazione o determinabilità del corrispettivo. — 12. Le tariffe. — 13. Gli usi. — 14. La determinazione giudiziale. — 15. Determinazione del corrispettivo rimessa ad un arbitratore. — 16. L'errore sul prezzo. — 17. I tempi del pagamento.

1. Essenzialità del corrispettivo in denaro.

L'appalto privato è un **contratto a prestazioni corrispettive e a titolo oneroso**. Infatti, a fronte dell'esecuzione dell'opera o del compimento del servizio, l'appaltante deve versare all'appaltatore un **corrispettivo in denaro** (Macario-Addante, 400). Da ciò consegue che la tematica relativa alla determinazione del corrispettivo attiene propriamente all'**oggetto dell'appalto** (Giannattasio, 99; Rubino-Moscato, 113; Marinelli, 1996, 25; Mangini-Iacuaniello Bruggi, 102). Il corrispettivo è, infatti, un **elemento essenziale** del contratto di appalto, la cui causa consiste appunto nello scambio tra l'effettuazione di un'opera (o di un servizio) e il prezzo espresso in termini pecuniari (Stolfi, 636; Morozzo Della Rocca, 393; Giannattasio, 109; Rubino-Moscato, 176; Mangini-Iacuaniello Bruggi, 63). L'essenzialità del corrispettivo è stata affermata anche dalla giurisprudenza (Cass. 3 settembre 1958, n. 2955, in *Temi nap.*, 1958, 1, 570; Trib. Roma 23 novembre 1967, in *Giur. it.*, 1968, 1, 2, 381). E ciò sebbene alla **specifica previsione sul corrispettivo in denaro** dell'appalto, quale controprestazione sinallagmaticamente connessa al compimento di un'opera o di un servizio, che connota la definizione del contratto *ex art. 1655*, si contrappone la disposizione che **esclude la necessità della sua previa determinazione o determinabilità**, perciò importando l'art. 1657 una deroga all'art. 1346 (Stolfi, 643; Moscarini, 1984, 715; Rubino Sammartano, 97; Rubino-Iudica, 227; Pennasilico, 121). Che la previsione di cui all'art. 1657 rappresenti una deroga al principio generale della necessaria determinazione o determinabilità dell'oggetto del contratto è confermato anche dalla

Corte regolatrice (Cass. 17 luglio 2007, n. 15926; Cass. 16 maggio 2006, n. 11364; Cass. 28 luglio 2000, n. 9926; Cass. 5 aprile 2000, n. 4192; Cass. 28 agosto 1993, n. 9129). Pur costituendo una deroga al principio fissato nella disciplina sul contratto in generale, non si tratta però di una norma isolata, poiché essa trova riscontro in analoghe regole dettate dagli artt. 1709, in tema di mandato, 1755, per il mediatore, 2099, in tema di lavoro subordinato, 2225, in tema di contratto d'opera, e 2233, per le professioni intellettuali (Moscarini, 1984, 716). Altre previsioni simili sono state rinvenute negli artt. 1561, 1733 e, secondo alcuni, nell'art. 1474, in tema di compravendita (Careda, 344). Da questo differente trattamento, che ha un minimo di organicità, si è tratto spunto per ritenere che nei contratti professionali e d'impresa ricorrerebbe un concetto di **determinabilità dell'oggetto mediante il ricorso a fonti extracontrattuali**, e ciò al precipuo scopo conservativo di evitare la nullità di detti contratti per indeterminatezza dell'oggetto. A questo particolare assetto sulla determinabilità del prezzo nell'appalto **non corrisponde un'identica elasticità nella determinabilità della controprestazione**, ossia dell'opera o del servizio che l'appaltatore deve compiere. Ed ancora, le fonti integrative e sussidiarie di determinazione del corrispettivo di cui all'art. 1657 presuppongono che le parti non abbiano provveduto alla sua determinazione; ove, invece, tale determinazione vi sia stata, tali **fonti suppletive** non operano (Russo-Criaco, 253). D'altronde, allorché le **parti non abbiano raggiunto l'accordo sull'ammontare del corrispettivo**, non si rinverrà un problema di determinabilità del prezzo, perché appunto in siffatta ipotesi l'appalto non si è concluso per disaccordo delle parti su un elemento essenziale del negozio (Cass. 27 febbraio 1989, n. 1084; Cass. 9 agosto 1947, n. 1467). In ultimo, la regola sulla determinabilità del prezzo mediante **fonti esterne al contratto**, aspetto questo pertinente al *quantum*, non esclude affatto l'essenzialità di tale elemento, profilo quest'ultimo riguardante l'*an*. Naturalmente il diritto al corrispettivo spetta a fronte di un **appalto valido**. Dall'essenzialità del corrispettivo deriva che, in difetto di determinazione convenzionale, suppliscono delle fonti integrative, espressamente individuate dall'art. 1657, per la quantificazione del prezzo in denaro. La determinazione *ex post* del corrispettivo consente di superare, specie per l'appaltatore, le **specifiche difficoltà** che la natura della prestazione può comportare relativamente alla fissazione del prezzo al momento della conclusione del contratto (Grondona, 82).

Seguendo il ragionamento che precede, ove il **corrispettivo consista in beni diversi dal denaro** o si consacrino nel compimento di un'altra opera o di un altro servizio, la fattispecie negoziale non può più essere ricondotta all'appalto, ma integra un **contratto misto**, appartenente alla categoria dei contratti *do ut facias* oppure *facio ut facias*, affine

all'appalto, cui è applicabile la relativa disciplina (Giannattasio, 114; Rubino-Moscato, 178; Mangini-Iacuanello Bruggi, 64; Vignali, 2000, 209), fatte salve le norme non compatibili con l'esecuzione della controprestazione in natura (Rubino Sammartano, 99). Così il committente non potrebbe avvalersi della **facoltà di recesso**, che produce effetti *ex nunc*, ove la controprestazione in natura possa essere eseguita solo per intero, ferma restando comunque, in questa ipotesi, la possibilità di procedere a conguagli in denaro per la differenza di valore tra le prestazioni sinallagmatiche (Rubino-Moscato, 180).

In termini meno rigidi, altra parte della dottrina ha osservato che non è necessario che il corrispettivo sia convenuto sempre in denaro, potendo anche essere **costituito da un bene diverso**, purché il **valore di tale bene sia sempre esprimibile da un punto di vista economico**, *id est* sia traducibile in un preciso equivalente monetario (Cervale, 2011, 116). O, ancora, si è osservato che si tratterebbe comunque di appalto nell'ipotesi in cui si ritenga che il legislatore non abbia inteso limitare il corrispettivo al denaro, ma abbia indicato quest'ultimo semplicemente in quanto esso integra uno **scambio naturale**, non essendo il modello alterato qualora il corrispettivo normalmente convenuto in denaro sia concretamente stabilito in natura, cosicché si ricadrebbe nell'appalto anche ove la controprestazione sia totalmente in natura, come accade in frequenti fattispecie di appalto immobiliare nel settore edile o di appalto mobiliare nel settore dei tessuti (Rubino Sammartano, 99, 100) o nell'ambito della raccolta e spremitura di olive (Cass. 31 marzo 1941, n. 912, in *Riv. dir. comm.*, 1941, 2, 204).

Più restrittivo è l'indirizzo della giurisprudenza di legittimità, secondo cui, **in mancanza di corrispettivo in danaro**, il contratto, che ha effetti obbligatori, va qualificato come **contratto innominato** del genere *do ut facias*, analogo al contratto di appalto, ma che da esso differisce, comportando una diversa valutazione dell'incidenza delle prestazioni delle parti e dei rispettivi inadempimenti (Cass. 21 novembre 1997, n. 11643; Cass. 5 agosto 1995, n. 8630; Cass. 18 novembre 1987, n. 8487).

Qualora la prestazione corrispettiva sia convenuta **in parte in denaro e in parte in natura**, la qualificazione giuridica dell'operazione negoziale come appalto o come contratto atipico dipenderà dalla **prevalenza** della quota di prestazione stabilita in nummario ovvero dalla prevalenza della quota stabilita in natura, con la precisazione che il giudizio di prevalenza non assume una portata esclusivamente **quantitativa**, ma ben può essere compiuto in chiave **qualitativa**, alla stregua della ponderazione dell'interesse dell'appaltatore a ricevere precipuamente la prestazione in natura o il denaro (Rubino-Moscato, 181).

Sotto il profilo dell'inquadramento negoziale, vi può essere eccezione al pagamento del corrispettivo in danaro nel solo **contratto di**

engineering, nel quale il compenso può essere costituito anche da *royalties* o da partecipazioni agli utili dell'attività intrapresa con la realizzazione del progetto, nonché nell'**appalto di lavori pubblici**, in cui, in sostituzione totale o parziale della somma di denaro, si può stabilire il trasferimento all'appaltatore della proprietà di beni immobili appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice, in quanto non assolvano più a funzioni di interesse pubblico.

Ovviamente il corrispettivo in denaro che qualifica l'appalto si identifica con il **prezzo che l'assuntore ha diritto di pretendere verso l'appaltante**, cosicché lo schema negoziale dell'appalto non è integrato allorché le somme possano essere percepite solo da terzi. In applicazione di questo principio, la giurisprudenza di merito ha escluso che rientri nella figura dell'appalto il contratto attraverso cui il proprietario di una sala da ballo conceda ad un'impresa la gestione del servizio di *toilette*, il cui compenso sia rappresentato dalle sole mance dei clienti che si avvalgano del servizio (App. Venezia 14 febbraio 1955, in *Giust. civ. Mass.*, 1955, voce *Appalto*, n. 17).

Dovendosi trattare di corrispettivo in denaro, l'obbligazione del committente di prestare il prezzo è **obbligazione di valuta** (Giannatasio, 114; Leccese, 2017, 1379). Anche la giurisprudenza sostiene che il pagamento dell'obbligazione pecuniaria di corrispondere il prezzo dell'appalto costituisce un debito di valuta, soggetto al principio nominalistico (Cass. 22 giugno 2004, n. 11594; Cass. 8 aprile 1999, n. 3393, in *Mass. Foro it.*, 1999; Cass. 24 febbraio 1986, n. 1118; Cass. S.U. 14 luglio 1983, n. 4814, in *Foro it.*, 1983, 12, 1, 3051, e in *Giust. civ.*, 1984, 3, 1, 851; Cass. 12 novembre 1981, n. 5981, in *Foro it. Rep.*, 1981, voce *Appalto*, 122, n. 23; Cass. 3 settembre 1958, n. 2955, in *Foro it. Rep.*, 1958, voce *Appalto*, 109, n. 23; Trib. Napoli 25 gennaio 1975, in *Foro it. Rep.*, 1975, voce *Appalto*, n. 11), con la conseguenza che spetteranno i soli interessi di mora, con decorrenza dal primo atto di costituzione in mora, e non spetterà, invece, la rivalutazione monetaria in via automatica. Tale obbligazione deve essere adempiuta al **domicilio del creditore** ai sensi dell'art. 1182, terzo comma, trattandosi di obbligazione *portable*, ossia determinata sin dall'origine o determinabile in base ad una semplice operazione algebrica (Cass. 26 agosto 1985, n. 4527). È applicabile, in mancanza di usi contrari, la regola dell'**anatocismo** dettata dall'art. 1283 (Cass. 5 dicembre 2018, n. 31468; Cass. 1 agosto 2013, n. 18438; Cass. S.U. 17 luglio 2001, n. 9653, in *Corr. giur.*, 2001, 11, 1442, con nota di Di Majo, e in *Giust. civ.*, 2001, 12, 1, 2944).

Termine estratto capitolo

CAPITOLO VII

LA FORMA

Sommario: 1. Libertà delle forme dell'appalto. — 2. Casi in cui è necessaria la forma scritta a pena di nullità: l'appalto pubblico. — 3. L'appalto privato avente ad oggetto la costruzione di immobili con effetti traslativi. — 4. L'appalto privato avente ad oggetto la costruzione di navi e aeromobili. — 5. L'appalto ricadente nella disciplina della subfornitura. — 6. Richiamo al capitolato generale. — 7. La forma convenzionale.

1. Libertà delle forme dell'appalto.

Il tipo negoziale rappresentato dall'appalto privato non ricade nella previsione di cui all'art. 1350, sicché è un **contratto a forma libera o non solenne** (Vitali, 231; Giannattasio, 93; Rubino-Moscato, 121; Rescigno, 4; Macario-Addante, 399). La sua stipulazione non richiede, pertanto, la **forma scritta**, né *ad substantiam* né *ad probationem* (Morozzo Della Rocca, 68; Rubino-Moscato, 121; Moscarini, 1984, 727; Mangini-IacuanIELLO Bruggi, 99; Rubino-Iudica, 134). Tanto implica, per un verso, che può essere concluso **verbalmente**, anziché mediante atto pubblico o scrittura privata, ovvero con **manifestazione tacita di volontà** (Rubino-Moscato, 121; Rubino-Iudica, 134; Tagliaferri, 2013, 149); per altro verso, che la **dimostrazione della sua stipulazione può avvenire senza limitazioni cogenti**, ossia anche ricorrendo alla prova testimoniale, ai meccanismi inferenziali, con utilizzazione delle presunzioni semplici, e in genere a tutti i mezzi di prova regolati dalla legge (Giannattasio, 93; Macario-Addante, 400). E ciò sempre facendo salvo il **prudente apprezzamento del giudice**, in ragione del valore economico dell'appalto *ex artt.* 2721, secondo comma, e 2729, secondo comma. Infatti, in presenza di appalti di **notevole importanza economica**, è consigliabile che essi siano documentati da atti scritti, poiché la genuinità della prova per testi potrebbe essere compromessa dall'entità degli interessi in gioco (Ugas, 228).

A questa medesima conclusione perviene la giurisprudenza, la quale ha sostenuto che il contratto d'appalto **non è soggetto a rigore di forme**, con la conseguenza che per la sua stipulazione non è richiesta la forma scritta, né *ad substantiam*, né *ad probationem* (Cass. 19

febbraio 2014, n. 3916; Cass. 6 giugno 2003, n. 9077, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 6; Cass. 16 luglio 1983, n. 4911, in *Giur. it. Mass.*, 1983, 1289, e in *Foro it. Rep.*, 1983, voce *Appalto*, 139, n. 8), potendo, dunque, essere concluso anche per *facta concludentia*. Spetta al prudente apprezzamento del giudice di merito valutare se l'appalto sia stato concluso verbalmente, accertamento non sindacabile in sede di legittimità, fatta salva l'ipotesi di motivazione inesistente, apodittica o apparente (Cass. 22 novembre 2000, n. 15112, in *Foro it.*, 2001, 2, 1, 471). Ne consegue la rilevanza della prova testimoniale, dedotta con riguardo all'effettiva esecuzione delle prestazioni per il cui corrispettivo la parte, in quanto creditrice, chieda l'ammissione al passivo della procedura di fallimento (Cass. 5 agosto 2016, n. 16530; Cass. 26 ottobre 2009, n. 22616, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 1493).

Né è conseguentemente precluso che una parte del contratto di appalto sia stipulata per iscritto e una ulteriore parte oralmente, come può accadere nel caso in cui i contraenti fissino i punti determinanti dell'accordo in uno **scritto, che sia poi integrato in via verbale** (Rubino Sammartano, 92). Ove l'appalto sia concluso verbalmente, lo scritto potrebbe riguardare il solo elenco sottoscritto dalle parti dei lavori da eseguire e del prezzo unitario di ciascuno di essi, senza che debba essere necessariamente riportato il prezzo complessivo o forfetario (Cass. 21 febbraio 1979, n. 1125, in *Foro it. Rep.*, 1979, voce *Appalto*, 102, n. 14). Peraltro, la presenza di uno scritto che riporti taluni aspetti del negozio non è sempre significativa dell'intervenuta conclusione di un contratto verbale di appalto, dovendo pur sempre verificarsi che alla presenza di tali documenti si accompagnino le **dichiarazioni di volontà espresse oralmente**, aventi i caratteri della bilateralità, completezza e attualità, richiesti per la formazione di un contratto (Ugas, 226). Così, laddove sussista un progetto compilato per iscritto, quale insieme di dati tecnici, non si può ancora sostenere che tale progetto sia di per sé solo una clausola contrattuale e, quindi, che vi sia una parte di volontà contrattuale manifestata per iscritto (Rubino-Iudica, 135). Il tema degli scritti che riassumono parzialmente i termini di un contratto di appalto, concluso per il resto in via orale, interferisce con quello della prova della conclusione dell'appalto. Ove si tratti, infatti, di **patto verbale aggiunto o contrario** al contenuto del documento che delinea alcuni elementi dell'appalto, per il quale si alleggi che la relativa stipulazione è avvenuta **anteriamente o contestualmente** alla redazione dello scritto, la prova per testimoni o per presunzioni del patto non è ammessa ai sensi degli artt. 2722 e 2729, secondo comma. Al riguardo, il documento cui allude l'art. 2722 deve consistere in un atto scritto avente contenuto convenzionale, sicché non vi ricadono i meri **atti unilaterali**. D'altro canto, anche il patto a cui si riferiscono le limitazioni probatorie deve essere bilaterale (Cass. 19 settembre 2019,

n. 23414) e deve comunque importare un'aggiunta o un contrasto con il contenuto del documento di collegamento. Da tanto consegue che, nel caso in cui sia redatta per iscritto solo una parte dell'appalto, per esempio inerente alla determinazione dell'opera, come accade ove sia predisposto un progetto o atti equivalenti, mentre tutte le altre clausole, come quelle attinenti alla fissazione del prezzo o ai termini di esecuzione, siano concordate solo in via verbale, ciascuno dei due segmenti del contratto soggiace alle regole generali: **la parte orale può essere provata anche per testimoni**, fatto salvo il limite di valore di cui all'art. 2721, primo comma, superabile in base al prudente apprezzamento del giudice ai sensi dell'art. 2721, secondo comma; in relazione alla **parte scritta, non è ammessa la prova per testimoni o per presunzioni** di patti aggiunti o contrari, anteriori o contemporanei (Rubino-Moscato, 122). Passando alla casistica giurisprudenziale, la **fattura** dei lavori eseguiti, in quanto documento unilaterale, è stata considerata inidonea ad assurgere al rango di prova della conclusione del contratto medesimo (Cass. 18 agosto 1993, n. 8751, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 1299). Per converso, le quietanze di pagamento rilasciate dall'appaltatore in corso d'opera, nelle quali sia precisato l'ammontare dell'intero corrispettivo, costituiscono elemento adeguato per desumere la conclusione dell'appalto e la fissazione di un prezzo complessivo e forfetario (Cass. 16 luglio 1983, n. 4911).

Le eventuali **clausole vessatorie previste nell'appalto predisposto da uno dei contraenti**, secondo il modello dei contratti per adesione, devono essere **specificamente approvate** per iscritto, affinché siano vincolanti per le parti, ai sensi dell'art. 1341, secondo comma (Rubino Sammartano, 92). In senso contrario si è espresso un isolato arresto di merito, con riferimento alla clausola di esonero dall'osservanza del termine di decadenza per la denuncia dei vizi *ex art.* 1667, secondo comma (Trib. Alba 6 dicembre 2003, in *Giur. piemontese*, 2004, 89). Costituisce clausola vessatoria anche il **rinvio a capitoli predisposti da una delle parti**. Non è così qualora i capitoli siano predisposti **da terzi**.

Dal fatto che l'appalto non è un contratto solenne si desume che nessuna forma vincolata è prescritta anche per il **mandato**, con o senza rappresentanza, conferito ai fini della stipulazione di un appalto privato *ex art.* 1392 (Rubino Sammartano, 92). Nella stessa direzione si muove la giurisprudenza (Cass. 13 dicembre 1969, n. 3965; Cass. 14 luglio 1965, n. 1499, in *Giust. civ.*, 1965, 1, 1746).

Inoltre, il consenso prestato alla sua **cessione** (preventivo, concomitante o successivo alla sua stipulazione) non deve, parimenti, risultare da forme solenni, solo essendo necessario che risulti manifestata, anche tacitamente, la volontà di una modificazione soggettiva (Cass. 19 dicembre 1996, n. 11381, in *Studium juris*, 1997, 411). Salvo che le parti

non abbiano convenuto in via pattizia che le modifiche al contratto principale debbano rivestire la forma scritta *ad substantiam* (Tagliaferri, 2013, 152).

Sono impropriamente comprese tra le norme sulla forma le prescrizioni che impongono alle parti **appositi oneri di informazione** su dati che rappresentano un *quid pluris* rispetto all'ordinario contenuto contrattuale, i quali debbono essere riportati nel testo negoziale ovvero devono essere attestati da documenti ai quali il contratto fa rinvio (Ugas, 233). In realtà siffatta qualificazione è fuorviante, poiché il mancato assolvimento del corrispondente onere non implica la nullità del contratto per il solo fatto che tali dati siano assenti, potendo piuttosto incidere sul contenuto negoziale, ai fini dell'illiceità della causa o dell'oggetto. Così accade ove l'attività dedotta nell'appalto esiga la previa sottoposizione a **controlli o autorizzazioni**: il loro difetto non rileva sul piano della forma del contratto, bensì può attenere alla **determinazione dell'oggetto** del contratto in ragione della necessità che lo stesso rispetti le norme, anche tecniche, di legge e di regolamento (Rubino-Moscato, 279); oppure può influire sull'obbligazione dell'assuntore di realizzare l'opera in conformità dell'oggetto negoziale e della legge, qualora l'obbligo di richiedere tali autorizzazioni e controlli sia a suo carico; o, ancora, può incidere sull'obbligo dell'appaltante di consentire l'esecuzione del contratto, qualora l'obbligo di richiedere autorizzazioni e controlli sia a suo carico (Rubino-Moscato, 131). La violazione della disciplina sulla prescrizione di autorizzazioni e controlli ha **natura precipuamente pubblicistica** ed implica una responsabilità che può avere natura amministrativa, penale o civile a carico delle parti (Ugas, 234).

2. Casi in cui è necessaria la forma scritta a pena di nullità: l'appalto pubblico.

La forma scritta è, invece, necessaria *ex lege* nel caso di **appalto pubblico** ai sensi dell'art. 3, primo comma, lett. *ii*), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Tagliaferri, 2010, 203). Sulla stessa posizione è attestata la granitica giurisprudenza (Cass. 8 aprile 1998, n. 3662; Cass. S.U. 22 luglio 1982, n. 4284, in *Foro it. Rep.*, 1982, voce *Comune*, n. 143), la quale ha altresì precisato che il contratto di appalto di opere pubbliche deve essere consacrato in un **unico documento**, escludendosi così che il consenso possa formarsi sulla base di scritti successivi atteggiandosi come proposta e accettazione fra assenti (Cass. 26 marzo 2009, n. 7297; Cass. 3 gennaio 2009, n. 1000, in *Foro it. Rep.*, 2009, voce *Comune*, n. 143).

Termine estratto capitolo

CAPITOLO VIII

APPALTO E FIGURE AFFINI

Sommario: 1. Duttilità dello schema dell'appalto. — 2. Appalto e prestazione d'opera. — 3. Appalto e lavoro subordinato. — 4. Appalto e interposizione di mano d'opera (o appalto fittizio o pseudo-appalto). — 5. Appalto e vendita. — 6. Appalto e permuta. — 7. Appalto ed esecuzione dei lavori in economia. — 8. Appalto a regia. — 9. Appalto e somministrazione. — 10. Appalto e *catering*. — 11. Appalto e contratto di albergo. — 12. Appalto e contratto di viaggio. — 13. Appalto e locazione. — 14. Appalto e mandato. — 15. Appalto e trasporto. — 16. Appalto e deposito. — 17. Appalto e agenzia. — 18. Appalto e *brokeraggio*. — 19. Appalto e subfornitura. — 20. Appalto e sponsorizzazione o pubblicità. — 21. Appalto e *computer service contracts* nonché di accesso a *internet*. — 22. Appalto ed *engineering*. — 23. Appalto e *handling*. — 24. Appalto e *outsourcing*. — 25. Appalto privato e appalto di opere pubbliche.

1. Duttilità dello schema dell'appalto.

Il problema della distinzione dell'appalto da figure negoziali affini si pone perché nella prassi la duttilità dello schema contrattuale dell'appalto, unitamente alla **versatilità della disciplina** codicistica, si è trasfusa in una molteplicità di **contratti atipici** (Rubino-Moscatti, 21; Balante, 91). Esso costituisce, infatti, il **prototipo** dei contratti atti a consentire l'esecuzione di opere e servizi, una sorta di matrice da cui sono derivate molte figure negoziali (Luminoso, 107).

D'altro canto, il ricorso al termine "appalto" è stato più volte oggetto di un abuso lessicale nel mondo degli affari, specialmente con riguardo all'individuazione dei **servizi offerti dall'appaltatore**. L'uso dell'espressione "appalto" in termini polisensivi è peraltro testimoniata dal promiscuo riferimento ai concetti di appalto di somministrazione o appalto di forniture (Balante, 91).

Sicché nell'esperienza pratica è possibile individuare una serie di accordi collocabili nel modello negoziale dell'appalto, alcuni tipizzati e distinti solo in rapporto alla prestazione, altri invece atipici o a causa mista. Tra i **contratti tipizzati** — che possono essere sussunti nello schema dell'appalto — alcuni esponenti della dottrina indicano il trasporto, il noleggio, il deposito, il contratto di organizzazione di viaggi; tra i **contratti legalmente atipici ma socialmente tipici** si anno-

verano, per converso, il *catering*, l'*engineering*, i contratti per i servizi informatici, i contratti di diffusione pubblicitaria, i contratti di sponsorizzazione e i contratti di *outsourcing*; altre figure molto diffuse sono qualificate come **specifiche estrinsecazioni dell'appalto**, come i contratti di manutenzione e riparazione, i contratti per i servizi di vigilanza, i contratti di pulizie, i contratti di subfornitura, i contratti di consulenza stipulati con le imprese, i contratti di assistenza alle imprese, i contratti di gestione di impianti, i contratti per l'assistenza ai bambini e agli anziani, i contratti di abbonamento ad una *pay-tv*, i contratti di accesso a *internet*; altri negozi, invece, sono classificati come **misti**, tra questi il contratto di albergo, di ristorazione (diversi dal *self service* e dal *fast food*, ricadenti nel modello della somministrazione), di spettacolo, di servizi autostradali, di assistenza e prestazioni sanitarie presso case di cura e ospedali, di garage-autorimessa e di ormeggio di barche, di agenzia pubblicitaria e di concessione di pubblicità, di amministrazione, di servizio per le pompe funebri, di gestione di punti vendita (Luminoso, 107; Balante, 91).

Secondo un filone della dottrina, la duttilità dell'impianto normativo inerente all'appalto permette di **adeguare la fattispecie alle esigenze aziendali**, anche con riferimento all'oggetto del negozio (Rubino-Iudica, 48). In senso contrario, altra tesi sostiene che, quando l'impianto normativo sia oggetto di un'operazione forzata di adattamento, si realizzerebbe una **simulazione dell'appalto ovvero una modifica** bilaterale del negozio (Musolino, 18).

Ad ogni modo la sussunzione della fattispecie concreta entro un determinato tipo negoziale, e segnatamente la qualificazione giuridica del contratto come appalto, è la risultante dell'**interpretazione della volontà delle parti** espressa nell'autoregolamento. La relativa esegesi deve essere guidata dalle regole ermeneutiche generali di cui agli artt. 1362 e ss., poiché la disciplina dell'appalto non contiene alcuna norma interpretativa speciale o particolare (Scognamiglio, 397; Tagliaferri, 2013, 156).

2. Appalto e prestazione d'opera.

L'appalto e il contratto d'opera rientrano nello schema del **rapporto di lavoro autonomo** (Voltaggio Lucchesi, 1955, 559) e ricadono nel modello dei **contratti di risultato**, avendo ad oggetto il compimento di un'opera o la prestazione di un servizio (Mangini-IacuanIELLO Bruggi, 22). Anche la giurisprudenza evidenzia che le due figure non possono considerarsi strutture negoziali ontologicamente e funzionalmente diverse tra loro, risultandone, viceversa, la indiscutibile **omogeneità**, tra l'altro, sotto il profilo della identità delle situazioni che

possono verificarsi tanto nell'una quanto nell'altra fattispecie contrattuale, anche con riferimento alla scelta del contraente (Cass. 29 agosto 1997, n. 8254, in *Giur. it.*, 1998, 11, 2057). Per l'effetto, presentano i seguenti elementi comuni: la **corrispettività** delle prestazioni, l'**indipendenza o autonomia** del debitore, con la conseguente mancanza di subordinazione verso il committente, la correlativa **assunzione del rischio** economico, l'identificazione del tipo di prestazioni che le parti si sono impegnate a fornire nella **produzione di un opus o di un servizio**, l'**esecuzione a regola d'arte** (Stolfi, 631; Vitali, 23; Rubino Sammartano, 16; Zuddas, 19; Leccese, 2017, 1358). Affinità sussistono anche sotto il profilo della disciplina applicabile ai due schemi negoziali: in tema di **determinazione della misura del corrispettivo**, la quale, ove non sia stata pattuita tra le parti, può essere desunta dalle tariffe esistenti o dagli usi, oppure può essere rimessa alla decisione del giudice, *ex artt.* 1657 e 2225; con riferimento ai **diritti** del prestatore d'opera e dell'appaltatore per il caso in cui la realizzazione dell'opera sia divenuta **impossibile in conseguenza di una causa non imputabile** ad alcuna delle parti *ex artt.* 1672 e 2228; quanto alle conseguenze del **recesso del committente**, quando sia già iniziata l'esecuzione dell'opera, e al diritto dell'appaltatore e del prestatore d'opera ad essere tenuti indenni delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno *ex artt.* 1671 e 2227 (Pototschnig, 34); con riguardo all'esclusione della responsabilità del committente per i **danni causati a terzi** dall'appaltatore o dal prestatore d'opera, atteso che l'applicabilità dell'art. 2049 presuppone l'esistenza di un rapporto di dipendenza, proprio del lavoro subordinato (Mangini-Iacuniello Bruggi, 24; Zuddas, 23). Da queste affinità si è desunto che le norme dettate in tema di appalto siano generalmente applicabili **in via analogica** anche al contratto d'opera, fatte salve le norme eccezionali che il legislatore ha previsto in via esclusiva per l'appalto, come, ad esempio, i rimedi previsti della **revisione del prezzo** e dell'equo compenso, ai sensi dell'art. 1664, ove siano integrati i relativi presupposti (Rubino, 688; Rubino-Moscati, 12; Mangini-Iacuniello Bruggi, 24), o la disciplina delle **variazioni concordate** del progetto *ex art.* 1659 (Cass. 26 novembre 1954, n. 4320, in *Giust. civ.*, 1955, 558). Per converso, una voce dissonante in dottrina reputa che sia del tutto inutile tentare un'estensione delle norme dedicate all'appalto al contratto d'opera (Voltaggio Lucchesi, 1955, 560).

Le due figure si distinguono, invece, alla stregua di una **ponderazione precipuamente quantitativa**, più che qualitativa, in quanto l'appalto presuppone l'esistenza di un **organizzazione a carattere imprenditoriale**, con prevalente impiego di lavoro subordinato e con utilizzazione del lavoro anche di soggetti estranei al nucleo familiare dell'appaltatore (Stolfi, 631; Mangini-Rudan Bricola, 19; Morozzo Della

Rocca, 7; Russo-Criaco, 42; Rubino-Iudica, 27), ovvero postula una **organizzazione di media o grande impresa** (Voltaggio Lucchesi, 1955, 558; Cagnasso, 1991, 672; Balante, 112). Diversamente, nel contratto d'opera la prestazione è svolta prevalentemente dall'assuntore, con lavoro proprio e dei membri della sua famiglia, secondo il modulo organizzativo della **piccola impresa** (Giannattasio, 19; Moscarini, 1984, 709; Rescigno, 2; Mangini-Iacuaniello Bruggi, 22; Villanacci, 48; Rubino-Iudica, 26). Infatti, l'art. 2222 qualifica come prestatore d'opera colui che si obbliga, verso un corrispettivo, a compiere un'opera o un servizio con il **lavoro prevalentemente proprio o dei familiari**. E, a monte, la stessa Relazione al codice civile (n. 700) affermava che "la caratteristica essenziale che ha permesso la differenziazione dell'appalto dalla più semplice figura del contratto d'opera, regolato negli art. 2222 e seguenti, non è data dal risultato che in entrambi è un'opera o un servizio, ma dal fatto che nell'appalto vi è un'organizzazione ad impresa, la quale pone in secondo piano la prestazione di lavoro dell'appaltatore" (Vitali, 34; Rubino-Moscato, 16; Russo-Criaco, 42; Pototschnig, 34).

Anche la giurisprudenza aderisce a questa impostazione e, al riguardo, sostiene che il contratto d'appalto e il contratto d'opera si differenziano in ragione del fatto che nel primo l'esecuzione dell'opera commissionata avviene mediante un'organizzazione di media o grande impresa, cui l'obbligato è preposto, mentre nel secondo con il prevalente lavoro di quest'ultimo, pur se coadiuvato da componenti della sua famiglia o da qualche collaboratore, secondo il modulo organizzativo della piccola impresa (Cass. 21 maggio 2010, n. 12519, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 5, 794; Cass. 29 maggio 2001, n. 7307, in *Foro it. Rep.*, 2001, voce *Appalto*, n. 14; Cass. 4 giugno 1999, n. 5451, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1262; Cass. 17 settembre 1997, n. 9237, in *Studium juris*, 1998, 79; Cass. 12 dicembre 1995, n. 12727, in *Giur. it. Mass.*, 1995, 1308). In questa logica, elementi sintomatici della consistenza dell'organizzazione sono l'**importanza dell'opera commissionata** e l'affidamento dell'incarico ad una **ditta specializzata** (Cass. 16 novembre 2017, n. 27258).

La circostanza che il contraente, cui siano stati convenzionalmente affidati l'esecuzione dell'opera o lo svolgimento di un servizio, si sia **avvalso di collaboratori** non può, di per sé, dimostrare, nel medesimo, l'esistenza di quella qualità che, comportando una complessa organizzazione di fattori produttivi, lo contrassegna della titolarità di un'organizzazione produttiva, incompatibile con la *locatio operis* (Cass. 27 gennaio 1997, n. 819, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 140). Infatti, nell'ambito dell'art. 2222, la qualità lavorativa si affianca