

Appalto di opere pubbliche

La responsabilità dell'appaltatore nelle opere pubbliche: responsabilità contrattuale

di Maurizio Ferlini (*) - Avvocato Cassazionista del Foro di Bologna

Il presente saggio, diviso in due parti, illustra e approfondisce gli istituti della responsabilità dell'appaltatore.

Questa prima parte è dedicata alla responsabilità contrattuale, agli aspetti della dinamica applicativa della disciplina del diritto comune (Codice civile) e alla sua complementarietà rispetto allo statuto speciale della responsabilità dell'appaltatore di opera pubblica. Saranno identificati i nuovi profili ermeneutici, le concorrenti responsabilità dell'appaltatore e le evoluzioni interpretative in ordine alla classificazione dei vizi e dei difetti dell'opera.

La seconda parte (nel prossimo numero della Rivista) tratterà gli aspetti e i profili della responsabilità extracontrattuale dell'appaltatore ai sensi dell'art. 1669 Cod. civ.

L'appaltatore nelle opere pubbliche

Anche nell'appalto di opere pubbliche vale la nozione contenuta nell'art. 1655 Cod. civ. secondo la quale l'appaltatore è *“la parte che si assume, con organizzazione dei mezzi necessari ed a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio (...)”*.

La prestazione tipica che, in virtù del contratto di appalto, l'appaltatore è tenuto a svolgere nei confronti del committente consiste, a ben vedere, nella realizzazione di un *opus* materiale, ossia nella realizzazione di un determinato bene della vita fisicamente tangibile e non necessariamente preesistente al contratto di appalto.

L'obbligazione dell'appaltatore, pertanto, assume le forme di un'obbligazione di risultato con la conseguenza che nei giudizi d'inadempimento trova applicazione l'inversione dell'onere della prova di cui all'art. 1218 Cod. civ., cosicché sarà sufficiente per il committente provare il mancato raggiungimento del risultato atteso mentre toccherà all'appaltatore dimostrare di essere immune da colpa.

Ciò premesso risulta abbastanza evidente l'entità del rischio a cui è sottoposto l'appaltatore che, oltre al rischio economico (espresso dal legislatore nella locuzione *“gestione a proprio rischio”*), si assume anche un notevole rischio giuridico che dipende

direttamente dalla tipologia di prestazione (e di obbligazione) che deve svolgere nonché dall'autonomia di cui lo stesso soggetto gode nell'adempimento del suo obbligo.

Ciò che differenzia l'appaltatore di opere pubbliche dal costruttore di opere private è proprio tale autonomia la quale, nell'ambito degli appalti pubblici, è limitata dall'obbligatorietà della presenza di un direttore dei lavori che assurge ad organo della PA attraverso il quale l'amministrazione appaltante esercita di continuo la propria ingerenza sull'attività dell'appaltatore.

La responsabilità dell'appaltatore di opere pubbliche. Inquadramento

La giurisprudenza ormai costantemente fonda la responsabilità del costruttore di opere pubbliche (così come quella del costruttore di opere private) negli artt. 1667, 1668 e 1669 Cod. civ., i quali prevedono due distinte tipologie di responsabilità:

- a) quella - contrattuale - per vizi e difformità dell'opera (artt. 1667 e 1668 Cod. civ.);
- b) quella - extracontrattuale di ordine pubblico - per gravi difetti, rovina o pericolo di rovina di immobili destinati a lunga durata (art. 1669 Cod. civ.).

(*) www.studioferlini.it.

L'appaltatore, quindi, nei casi in cui si profilino le ipotesi di cui sub a) e sub b) è chiamato a rispondere secondo le modalità ed i termini previsti dalle norme sopra richiamate; lo stesso soggetto, quindi, nello svolgimento della sua attività, rimane sottoposto ad un regime di responsabilità speciale che deroga al regime della responsabilità (contrattuale e extracontrattuale) di diritto comune per quanto riguarda sia i presupposti di applicazione che i contenuti e le modalità di esercizio.

Si deve rilevare tuttavia che, come hanno più volte sottolineato la dottrina e la giurisprudenza, tale speciale responsabilità integra senza escludere quella di diritto comune i cui principi generali in materia di responsabilità sia contrattuale (artt. 1453 e 1455 Cod. civ.) che extracontrattuale (art. 2043 Cod. civ.) trovano applicazione, in via residuale, tutte le volte in cui non ricorrano le condizioni per assoggettare l'appaltatore alla speciale responsabilità di cui sopra (1).

La responsabilità contrattuale ex art. 1667 Cod. civ.

Lo sviluppo giurisprudenziale ha portato ad individuare nell'art. 1667 (2) Cod. civ. - secondo il quale "l'appaltatore è tenuto alla garanzia per i vizi e le difformità dell'opera" - una forma "speciale" di responsabilità contrattuale che sorge quando l'opera ultimata presenta "vizi e difformità".

Consolidata giurisprudenza ritiene che, nel caso in cui l'appaltatore non raggiunga il risultato sperato dal committente - realizzando un'opera con dei difetti - lo stesso è da considerarsi *ex lege* inadempiente sulla base di una presunzione di colpevolezza del tutto analoga a quella di cui all'art. 1218 Cod. civ., mentre il committente matura la possibilità di esercitare l'azione di garanzia secondo le modalità ed i termini di cui agli artt. 1667 e 1668 Cod. civ.

Il presupposto: i vizi e le difformità dell'opera - i nuovi approdi interpretativi

Dall'analisi delle pronunce della Suprema Corte di Cassazione, divenute ormai stabili, emerge che l'art. 1667 Cod. civ. trova costante applicazione nei soli casi in cui l'opera oggetto del contratto di appalto sia stata completata, posto che solo in tali casi vi possono essere dei "difetti" e delle "difformità" per i quali l'appaltatore deve rispondere.

L'orientamento è corroborato anche dal dato normativo (art. 1668 (3) Cod. civ.) che esclude la possibilità per il committente - che esercita l'azione di garanzia - di agire per l'adempimento dell'appaltatore; secondo l'indirizzo giurisprudenziale, quindi, il legislatore attraverso l'art. 1668 Cod. civ., ha inteso derogare ai principi di diritto comune in materia di adempimento delle obbligazioni che (*ex art. 1454 Cod. civ. e ss.*) riconoscono al creditore la possibilità di agire nei confronti del debitore anche per l'adempimento dell'obbligazione oggetto del contratto.

Dall'esame della giurisprudenza più recente non è dato rinvenire la nozione di "vizio" e di "difformità" dell'opera di cui all'art. 1667 Cod. civ. per cui sembrano potersi richiamare - a titolo meramente indicativo - le definizioni elaborate dalla giurisprudenza di legittimità (per la verità non troppo recente: sentenza n. 1423/57) secondo la quale la difformità consiste in una discordanza tra il pattuito in contratto e l'eseguito in concreto, mentre il vizio consiste in un difetto che attiene alle modalità di esecuzione delle singole parti dell'opera, che risultano costruite senza l'osservanza delle regole dell'arte o che siano manchevoli di quei particolari di fattura, che normalmente ineriscono ad una determinata opera.

La verifica circa la rilevanza del vizio lamentato è esclusivo compito del giudice di merito, il quale, sulla scorta delle acquisizioni processuali, dovrà decidere se i difetti rilevati ricadono nella disciplina degli artt. 1667 e 1668 Cod. civ., ovvero in quella posta dall'art. 1669

(1) Così Cass., Sez. III, 13 aprile 2018, n. 9198, Cass., Sez. II, 4 giugno 2011, n. 13983, Cass., Sez. II, 27 marzo 1998, n. 3239, in *Foro It.*, 1998, I; Cass., Sez. II, 9 agosto 1996, n. 7364, in *Giur. Bollettino legisl. tecnica*, 1997, 4022.

(2) **Art. 1667. Difformità e vizi dell'opera.**

L'appaltatore è tenuto alla garanzia per le difformità e i vizi dell'opera. La garanzia non è dovuta se il committente ha accettato l'opera e le difformità o i vizi erano da lui conosciuti o erano riconoscibili, purché, in questo caso, non siano stati in malafede taciuti dall'appaltatore.

Il committente deve, a pena di decadenza, denunciare all'appaltatore le difformità o i vizi entro sessanta giorni dalla scoperta. La denuncia non è necessaria se l'appaltatore ha riconosciuto le difformità o i vizi o se li ha occultati.

L'azione contro l'appaltatore si prescrive in due anni dal giorno della consegna dell'opera. Il committente convenuto per il pagamento può sempre far valere la garanzia, purché le difformità o i vizi siano stati denunciati entro sessanta giorni dalla scoperta e prima che siano decorsi i due anni dalla consegna.

(3) **Art. 1668 Cod. civ. Contenuto della garanzia per difetti dell'opera**

Il committente può chiedere che le difformità o i vizi siano eliminati a spese dell'appaltatore, oppure che il prezzo sia proporzionalmente diminuito, salvo il risarcimento del danno nel caso di colpa dell'appaltatore.

Se però le difformità o i vizi dell'opera sono tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione, il committente può chiedere la risoluzione del contratto.

Cod. civ., accertamento totalmente sottratto al sindacato di legittimità, se adeguatamente motivato (4).

Al fine di procedere all'applicazione dell'art. 1667 Cod. civ., fondamentale è la distinzione tra vizi e difformità conosciuti o riconoscibili (sulla base del grado di cognizioni tecniche del committente) e vizi occulti (non riconoscibili).

La normativa dispone che l'appaltatore risponde dei vizi e delle difformità non riconoscibili/occulti riscontrati dal committente e dallo stesso denunciati entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla scoperta; qualora, invece, l'opera presenti vizi riconoscibili e venga comunque accettata dal committente l'appaltatore sarà libero dal prestare la garanzia, a meno che lo stesso non li abbia in malafede taciuti. La responsabilità dell'appaltatore ex art. 1667 Cod. civ. è stata riconosciuta, tra le altre, in caso di:

- difetto dell'impianto idraulico che non abbia comportato una sospensione o una riduzione dell'erogazione dell'acqua ma che abbia semplicemente provocato un aumento del 15-20% del consumo (Cass., Sez. II, Sent., 6 febbraio 2009, n. 3040);

- difetto meramente estetico e decorativo dell'opera (Cass., Sez. II, 16 luglio 2004, n. 13268).

Sino ai primi anni duemila la giurisprudenza ha operato, altresì, una distinzione tra i vizi e le difformità dell'opera "originari" e "derivati", definendo i primi "errori costruttivi imputabili direttamente e principalmente ad imperizia dell'appaltatore e derivanti dall'inosservanza da parte di questo delle normali regole dell'arte" ed i secondi come "difetti costruttivi dell'opera che dipendono da errori od omissioni del progetto o da altri fattori che comunque non sono direttamente imputabili all'appaltatore".

Ad oggi, questa distinzione può considerarsi in parte superata soprattutto grazie all'estensione della nozione di "grave difetto" di cui all'art. 1669 Cod. civ. che si espande a tal punto da ricomprendere vizi che in principio erano ricondotti all'applicazione dell'art. 1667 Cod. civ.

A mero titolo esemplificativo si cita l'evoluzione giurisprudenziale riscontratasi in tema di difetti costruttivi conseguenti ad errori progettuali; contrariamente all'orientamento maggioritario dei primi anni 2000, oggi la giurisprudenza prevalente ritiene che tali difetti incidano sulla funzionalità dell'opera così menomandone il godimento.

Dalla mera lettura delle più recenti sentenze, infatti, si percepisce l'attuale volontà dei giudici di esaminare il vizio da un punto di vista complessivo, così

finendo per riconoscere a buona parte dei difetti quel carattere di incidenza e funzionalità sul normale godimento del bene proprio dei difetti disciplinati dall'art. 1669 Cod. civ.

La garanzia "speciale" dell'appaltatore per vizi e difformità dell'opera pubblica

Anche gli appalti di opere e di lavori pubblici, nonostante la loro specialità, sono uniformati alla disciplina del codice tenuto conto che la natura pubblicistica della committenza non intacca il rapporto che regola l'esecuzione dell'opera che la prima instaura con l'appaltatore aggiudicatario, il quale trova comunque fonte in un normale contratto di appalto regolato dal Codice civile.

Tuttavia, la particolare finalità del contratto di appalto pubblico, diretto a soddisfare interessi della collettività che esorbitano dalla sfera meramente privatistica, ha indotto il legislatore a modificare alcuni aspetti della garanzia per vizi e difformità di cui agli artt. 1667 e 1668 Cod. civ., introducendo all'art. 102 del D.Lgs. n. 50/2016 una disciplina peculiare che presenta delle differenze sostanziali rispetto a quella prevista dal Codice civile per gli appalti privati.

D.Lgs. n. 50/2016 - Art. 102 Collaudo e verifica di conformità (in vigore dal 18 giugno 2019)

1. Il responsabile unico del procedimento controlla l'esecuzione del contratto congiuntamente al direttore dei lavori per i lavori e al direttore dell'esecuzione del contratto per i servizi e forniture.

2. I contratti pubblici sono soggetti a collaudo per i lavori e a verifica di conformità per i servizi e per le forniture, per certificare che l'oggetto del contratto in termini di prestazioni, obiettivi e caratteristiche tecniche, economiche e qualitative sia stato realizzato ed eseguito nel rispetto delle previsioni e delle pattuizioni contrattuali. Per i contratti pubblici di lavori di importo superiore a 1 milione di euro e inferiore alla soglia di cui all'articolo 35 il certificato di collaudo, nei casi espressamente individuati dal decreto di cui al comma 8, può essere sostituito dal certificato di regolare esecuzione rilasciato per i lavori dal direttore dei lavori. Per i lavori di importo pari o inferiore a 1 milione di euro e per forniture e servizi di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, è sempre facoltà della stazione appaltante sostituire il certificato di collaudo o il certificato di verifica di conformità con il certificato di regolare esecuzione rilasciato per i lavori dal direttore dei lavori e per forniture e servizi dal responsabile unico del procedimento. Nei casi di cui al presente comma il certificato di regolare esecuzione è emesso non oltre tre mesi dalla data di ultimazione delle prestazioni oggetto del contratto.

3. Il collaudo finale o la verifica di conformità deve avere luogo non oltre sei mesi dall'ultimazione dei lavori o delle prestazioni, salvi i casi, individuati dal decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di cui al comma 8, di particolare complessità dell'opera o delle prestazioni da collaudare, per i quali il termine può essere elevato sino ad un anno. Il certificato di collaudo o il certificato di verifica di conformità ha carattere provvisorio e assume carattere definitivo decorsi due anni dalla sua emissione. Decorso tale termine, il collaudo si intende tacitamente approvato ancorché l'atto formale di approvazione non sia stato emesso entro due mesi dalla scadenza del medesimo termine.

(4) Cass. 26 aprile 2005, n. 8577; Cass. 21 aprile 1994, n. 3794.

4. All'esito positivo del collaudo o della verifica di conformità il responsabile unico del procedimento rilascia il certificato di pagamento ai fini dell'emissione della fattura da parte dell'appaltatore. Il certificato di pagamento è rilasciato non oltre il novantesimo giorno dall'emissione del certificato di collaudo provvisorio ovvero del certificato di regolare esecuzione e non costituisce presunzione di accettazione dell'opera, ai sensi dell'articolo 1666, secondo comma, del codice civile.]

5. Salvo quanto disposto dall'articolo 1669 del codice civile, l'appaltatore risponde per la difformità e i vizi dell'opera o delle prestazioni, ancorché riconoscibili, purché denunciati dalla stazione appaltante prima che il certificato di collaudo assuma carattere definitivo.

6. Per effettuare le attività di collaudo sull'esecuzione dei contratti pubblici di cui al comma 2, le stazioni appaltanti nominano tra i propri dipendenti o dipendenti di altre amministrazioni pubbliche da uno a tre componenti con qualificazione rapportata alla tipologia e caratteristica del contratto, in possesso dei requisiti di moralità, competenza e professionalità, iscritti all'albo dei collaudatori nazionale o regionale di pertinenza come previsto al comma 8 del presente articolo. Il compenso spettante per l'attività di collaudo è contenuto, per i dipendenti della stazione appaltante, nell'ambito dell'incentivo di cui all'articolo 113, mentre per i dipendenti di altre amministrazioni pubbliche è determinato ai sensi della normativa applicabile alle stazioni appaltanti e nel rispetto delle disposizioni di cui all'articolo 61, comma 9, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133. Per i lavori, tra i dipendenti della stazione appaltante ovvero tra i dipendenti delle altre amministrazioni, è individuato il collaudatore delle strutture per la redazione del collaudo statico. Per accertata carenza nell'organico della stazione appaltante, ovvero di altre amministrazioni pubbliche, le stazioni appaltanti individuano i componenti con le procedure di cui all'articolo 31, comma 8.

7. Non possono essere affidati incarichi di collaudo e di verifica di conformità:

a) ai magistrati ordinari, amministrativi e contabili, e agli avvocati e procuratori dello Stato, in attività di servizio e, per appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria di cui all'articolo 35 a quelli in quiescenza nella regione/regioni ove è stata svolta l'attività di servizio;

b) ai dipendenti appartenenti ai ruoli della pubblica amministrazione in servizio, ovvero in trattamento di quiescenza per appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria di cui all'articolo 35 ubicati nella regione/regioni ove è svolta per i dipendenti in servizio, ovvero è stata svolta per quelli in quiescenza, l'attività di servizio;

c) a coloro che nel triennio antecedente hanno avuto rapporti di lavoro autonomo o subordinato con gli operatori economici a qualsiasi titolo coinvolti nell'esecuzione del contratto;

d) a coloro che hanno, comunque, svolto o svolgono attività di controllo, verifica, progettazione, approvazione, autorizzazione, vigilanza o direzione sul contratto da collaudare;

d-bis) a coloro che hanno partecipato alla procedura di gara.

8. Con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, sono disciplinate e definite le modalità tecniche di svolgimento del collaudo, nonché i casi in cui il certificato di collaudo dei lavori e il certificato di verifica di conformità possono essere sostituiti dal certificato di regolare esecuzione rilasciato ai sensi del comma 2. Fino alla data di entrata in vigore di detto decreto, si applica l'articolo 216, comma 16, anche con riferimento al certificato di regolare esecuzione, rilasciato ai sensi del comma 2.

9. Al termine del lavoro sono redatti:

a) per i beni del patrimonio culturale un consuntivo scientifico predisposto dal direttore dei lavori o, nel caso di interventi su beni culturali mobili, superfici decorate di beni architettonici e a materiali storicizzati di beni immobili di interesse storico artistico o archeologico, da restauratori di beni culturali, ai sensi della normativa vigente, quale ultima fase del processo della conoscenza e del restauro e quale premessa per il futuro programma di intervento sul bene; i costi per la elaborazione del consuntivo scientifico sono previsti nel quadro economico dell'intervento;

b) l'aggiornamento del piano di manutenzione;

c) una relazione tecnico-scientifica redatta dai professionisti afferenti alle rispettive competenze, con l'esplicitazione dei risultati culturali e scientifici raggiunti.

La normativa speciale di cui all'art. 102 del D.Lgs. n. 50/2016 trova in *primis* un punto di contatto con gli artt. 1667 e 1668 Cod. civ. laddove ricalca sostanzialmente la distinzione tra vizi occulti e vizi palesi, mentre si distanzia laddove prevede modalità, termini e condizioni differenti in base alle quali si attiva la speciale garanzia che l'appaltatore deve garantire nei confronti del committente pubblico in caso di vizi e difformità dell'opera.

La garanzia per vizi palesi

Come già accennato anche l'appaltatore di opera pubblica è tenuto a garantire la stazione committente dalla presenza di vizi e difformità nell'opera, nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 1667 Cod. civ.

La norma codicistica richiamata, al comma 1, chiarisce l'esatta portata di tale garanzia che, per espressa previsione normativa, viene meno "se il committente ha accettato l'opera e le difformità o i vizi erano da lui conosciuti o erano conoscibili".

Ne consegue, quindi, che la stazione appaltante non ha nessun titolo per avvalersi dei mezzi di cui agli artt. 1667 e 1668 Cod. civ., e pertanto la garanzia non è dovuta, nel caso in cui la committenza accetti l'opera sulla quale sono presenti vizi c.d. palesi, ossia conosciuti dalla PA al momento dell'accettazione dell'opera, ovvero non evidenti ma che la stessa amministrazione avrebbe potuto conoscere.

Non desta particolari problematiche la previsione della decadenza dalla garanzia nell'ipotesi in cui l'amministrazione accetti l'opera pur essendo a conoscenza dei vizi in essa presenti, che si presumono quindi accettati unitamente all'*opus* con conseguente rinuncia della committenza ad attivare la garanzia.

Più problematico risulta definire in base a quali criteri stabilire quando un vizio è conoscibile ovvero non lo è dalla committenza al momento dell'accettazione, tenuto conto che la possibilità di individuazione del difetto determina la decadenza della garanzia.

Il parametro alla stregua del quale valutare la conoscibilità di un vizio è sicuramente quello della diligenza, per cui anche nell'appalto pubblico l'appaltatore non è tenuto alla garanzia quando la stazione appaltante, dopo l'accettazione dell'opera, lamenta un vizio od una difformità dalla stessa astrattamente rilevabile se si fosse comportata diligentemente, ossia se avesse operato quelle necessarie verifiche e se avesse tenuto quei comportamenti che era legittimo attendersi avuto riguardo all'oggetto dell'appalto.

Resta da stabilire che tipo di diligenza è richiesta alla pubblica amministrazione: qualificata (art. 1176, comma 2, Cod. civ.) ovvero generica (art. 1176 Cod. civ.).

Sul punto la giurisprudenza in materia di appalti privati, dopo alcune oscillazioni, sembra essersi assestata su posizioni garantiste a vantaggio dell'appaltatore ritenendo questo non tenuto alla garanzia quando il vizio o la difformità erano conoscibili dalla committenza con l'ordinaria diligenza.

In applicazione di tale principio, ad esempio, la Suprema Corte di Cassazione ha ritenuto conoscibile dal committente, dichiarandolo pertanto decaduto dalla garanzia *ex art. 1667 Cod. civ.*, la difformità consistente nella maggior altezza delle pedate di una scala rispetto alle previsioni del progetto, tenuto conto che il difetto avrebbe potuto essere rilevato con l'ordinaria diligenza, ossia con una semplice misurazione, comportamento, questo, che compete ad un qualsiasi uomo di medie capacità (5).

Secondo questo insegnamento, quindi, la garanzia non è dovuta quando l'opera o i lavori sono accettati in presenza di difetti che sarebbero stati ravvisabili, individuabili da chiunque, non essendo richieste particolari esperienze e cognizioni tecniche per la loro individuazione.

La particolare struttura dell'appalto pubblico, tuttavia, rende incompatibile il citato orientamento giurisprudenziale e pare, pertanto, condivisibile l'opinione di chi ritiene che la riconoscibilità del vizio e della difformità debba essere parametrata alla luce del criterio della diligenza qualificata: poiché l'amministrazione deve avvalersi, per il collaudo, di persona tecnica, il criterio della riconoscibilità va ragguagliato alle cognizioni comunemente e mediamente possedute da una persona esperta dell'arte (6). Naturalmente il discorso si esaurisce qualora l'appaltatore sia in malafede; in questo caso, che presuppone il comportamento scorretto di aver taciuto dei vizi di cui era a conoscenza, l'appaltatore non decade dalla garanzia anche se il committente accetta l'opera ed il vizio risulta poi conoscibile. Naturalmente grava sulla stazione appaltante l'onere di dover provare la malafede del costruttore.

La responsabilità dell'appaltatore di opere pubbliche per vizi e difformità trova il massimo punto di distacco nella disciplina prevista dal legislatore all'art. 102 del D.Lgs. n. 50/2016, che, tenuto conto della particolare struttura procedimentalizzata dell'appalto *de qua*, si sostituisce alla normativa del

codice, strutturalmente inadeguata alla fattispecie in oggetto, recependo in buona sostanza i principi elaborati dall'evoluzione della giurisprudenza in merito alle criticità emerse dall'applicazione della normativa privatistica alle fattispecie concrete.

L'impianto normativo del codice è basato, infatti, sugli appalti privati e prevede di norma la scansione di alcune fasi concatenate tra loro, alle quali sono agganciati determinati effetti giuridici, e che coincidono con la verifica dell'opera, la consegna (con o senza riserve) e l'accettazione della stessa.

Momento fondamentale - ai fini in oggetto - di questa sequenza è quello dell'accettazione dell'opera da parte del committente tenuto conto che, in base all'art. 1667 Cod. civ., l'appaltatore è liberato dalla garanzia per vizi e difformità al momento dell'accettazione dell'opera.

Di norma la committenza accetta l'opera dopo la verifica della presenza di vizi e difformità sulla stessa, qualora naturalmente le operazioni di controllo diano esito negativo, e la esprime attraverso la presa in consegna senza avanzare alcuna riserva. Può accadere tuttavia, negli appalti privati, che la committenza non esegua alcuna verifica sull'opera, essendo questa una mera facoltà (forse più un onere) e non anche un dovere, con la conseguenza che in tali casi, ai sensi dell'art. 1667, comma 3, Cod. civ., l'opera è accettata tacitamente e l'appaltatore è ugualmente liberato da garanzia se il committente riceve la consegna della costruzione senza avanzare alcuna riserva.

Questa impostazione, come anticipato, non si adatta alla struttura procedimentale rigida dell'appalto pubblico, dove non può sussistere alcuna accettazione tacita, potendo l'amministrazione esprimere la volontà di accettare l'opera solo al termine della procedura, essendo obbligata ad eseguire le operazioni di verifica e collaudo.

La disarmonia della normativa è stata fonte di dubbi, problematiche applicative e motivo di contenzioso tra appaltatore e stazione appaltante, soprattutto in quei casi in cui l'opera veniva consegnata anticipatamente rispetto alle procedure di verifica e collaudo. Il problema è stato affrontato in Cass., Sez. I, 13 maggio 2004, n. 271, in merito ad un caso in cui la stazione appaltante, dopo aver rilevato la presenza di vizi quali dislivello della quota di calpestio dei ballatoi e fenomeni di condensa sulle pareti esterne degli alloggi, vedeva respinta dalla Corte di merito la

(5) Cass., Sez. II, sent. del 12 giugno 2000, n. 7969.

(6) Così G. Veronesi, *Il diritto privato nella giurisprudenza* a cura di Paolo Cendon, UTET.

propria domanda di garanzia per intervenuta prescrizione.

Per il giudice di secondo grado, infatti, per stretta interpretazione dell'art. 1667 Cod. civ., l'azione in oggetto si prescrive, ai sensi del comma 3, decorsi due anni dalla materiale presa in consegna dell'opera da parte dell'amministrazione, anche se questa è anticipata rispetto alle operazioni di verifica e collaudo (7).

Il Collegio, in riforma della sentenza di secondo grado, afferma invece che la consegna dell'opera di cui all'art. 1667 Cod. civ. non può che essere la "consegna definitiva", ossia quella che prende consistenza successivamente o contestualmente alla verifica ed all'accettazione della stessa.

Non vi è dunque spazio per una consegna anticipata dell'opera giuridicamente rilevante, tenuto conto che la verifica dell'opera non è un diritto per la stazione appaltante, come lo è per il privato, che vi può anche rinunciare attraverso l'accettazione senza riserve, ma è un obbligo che deve essere adempiuto prima della presa in consegna dell'opera attraverso le operazioni di collaudo.

Il collaudo, per di più, nelle opere pubbliche, *"oltreché necessario ed obbligatorio (e, quindi, non rinunziabile) è anche formale, nel senso che la volontà di accettare l'opera non può risultare per facta concludentia, ma deve essere sempre espressa, subordinata, come è, ad una particolare procedura"*.

Del resto, se così non fosse, l'azione in questione verrebbe ad esistere prima della verifica e dell'accettazione dell'opera stessa, e quindi, prima dell'accertamento di un eventuale inadempimento dell'obbligazione dell'appaltatore.

Se ne ricava che, per effetto della proceduralizzazione degli appalti di opere pubbliche e della formalizzazione dell'attività della committenza pubblica, non può esistere una volontà implicita di accettazione dell'opera espressa prima della verifica attuata con il collaudo, di modo che negli appalti pubblici non opera il meccanismo dell'art. 1667, comma 1, Cod. civ., sopra descritto, e l'appaltatore è tenuto alla garanzia per vizi palesi (anche se riconoscibili) fino al momento del collaudo stesso, che assume a momento cruciale in cui, a seguito di verifica, si cristallizza la volontà dell'amministrazione di accettare l'opera così come risultante dalle operazioni compiute sulla stessa (8).

In questo senso il legislatore, all'art. 102 del D.Lgs. n. 50/2016 ed all'art. 229 del D.P.R. n. 207/2010, ha recepito l'orientamento della giurisprudenza di legittimità ed ha formulato le nuove regole in materia di responsabilità dell'appaltatore per vizi e difformità dell'opera pubblica estendendo la garanzia fino al momento in cui il certificato di collaudo diviene definitivo.

L'intervento legislativo, quindi, conferma la tesi interpretativa della giurisprudenza secondo la quale, negli appalti pubblici, atteso le loro particolari caratteristiche, l'accettazione dell'opera avviene solo espressamente e coincide con il momento in cui il certificato di collaudo assume il carattere di definitività. Fino a questo punto non vi può essere alcuna decadenza dalla garanzia di cui all'art. 1667 Cod. civ. e la stazione appaltante è sempre legittimata ad agire nei confronti del costruttore, essendo irrilevante che eventuali vizi fossero già da tempo conosciuti, conoscibili e che l'opera sia già stata presa in consegna dall'amministrazione.

L'unico carattere di differenziazione della normativa rispetto alla precedente impostazione giurisprudenziale è ravvisabile nella previsione della necessaria denuncia all'appaltatore dei vizi riscontrati prima dell'assunzione, da parte del certificato di collaudo, del carattere di definitività.

La disposizione contenuta nell'art. 102 del D.Lgs. n. 50/2016, dunque, è da ritenersi riferita ai soli vizi che l'amministrazione conosce, prima o dopo le operazioni di collaudo, e va raccordata con il fatto che, la stessa normativa, fissa il momento dell'accettazione con l'approvazione del collaudo medesimo.

Ne consegue, pertanto, che, in presenza di vizi conosciuti, tenuto conto che dopo l'approvazione del collaudo l'appaltatore non è più tenuto alla garanzia, la stazione appaltante è tenuta, per mantenere viva la possibilità di agire nei confronti del costruttore ai sensi e per gli effetti degli artt. 1667 e 1668 Cod. civ., a denunciare i vizi riscontrati prima dell'approvazione del collaudo, con l'effetto di impedire che l'accettazione dell'opera determini la rinuncia alla garanzia ai sensi dell'art. 1667, comma 1, Cod. civ.

In assenza di tale adempimento la responsabilità dell'appaltatore sopravvive solo nella ipotesi in cui il collaudo non venga approvato e, pertanto, l'opera non venga accettata dalla stazione appaltante tenuto conto che, come ha precisato la giurisprudenza,

(7) Nella specie la corte dichiara nulla la clausola del capitolato speciale d'appalto che, in deroga al comma 3 dell'art. 1667 Cod. civ., fissava il *dies a quo* di decorrenza del termine di prescrizione dell'azione di garanzia al momento dell'approvazione del collaudo.

(8) È solo con il collaudo che l'opera può dirsi formalmente accettata dalla P.A.; cfr. *ex multis*, Cass., Sez. I, Sent., 5 febbraio 2016, n. 2307.

“l'appaltatore risponde, ai sensi dell'art. 1667 Cod. civ., dei vizi palesi dell'opera nel caso di mancanza di accettazione dell'opera stessa da parte del committente, senza che quest'ultimo sia tenuto all'uopo ad ulteriori adempimenti, ed in particolare alla denuncia ex art. 1667 citato, atteso che l'appaltatore, a seguito della mancata accettazione, può controllare l'esistenza di vizi riconoscibili ed eventualmente provvedere anche alla loro eliminazione” (9). Ne consegue che la stazione appaltante, successivamente all'approvazione dei risultati delle operazioni di collaudo, non può far valere i difetti della costruzione che già conosceva e che non ha denunciato all'appaltatore: dopo il collaudo, infatti, decade la garanzia.

La garanzia per vizi occulti

La normativa pubblicistica, ed in particolare l'art. 102 del D.Lgs. n. 50/2016, prevede una disciplina particolare, introducendo sostanziali differenze, anche in merito alla garanzia cui è tenuto l'appaltatore nei casi di vizi e difformità c.d. occulti, ossia scoperti in un determinato momento dalla stazione appaltante.

La disciplina privatistica della garanzia per la tipologia di vizi in oggetto è contenuta nell'art. 1667, comma 2, Cod. civ., secondo il quale «il committente deve, a pena di decadenza, denunciare all'appaltatore i vizi e le difformità entro sessanta giorni dalla scoperta».

In relazione a quanto stabilito al primo comma dello stesso articolo il vizio o la difformità occulti sono quei difetti che si manifestano autonomamente, in relazione a particolari circostanze non imputabili alla committenza e che la stessa non poteva conoscere antecedentemente al periodo in cui il difetto si è manifestato.

Per questa categoria di vizi è prevista, come accennato, una disciplina particolare che prevede l'onere per il committente, a pena di decadenza, di denunciare i difetti entro il termine di sessanta giorni dalla scoperta.

Il committente, quindi, deve portare a conoscenza l'appaltatore dei difetti riscontrati affinché questo possa provvedere alla loro eliminazione e riportare la costruzione conforme alle regole dell'arte. In caso contrario, ossia quando non venga rispettato il breve termine di sessanta giorni per la denuncia, la legge prevede una presunzione assoluta di accettazione dei vizi e di rinuncia alla garanzia da parte del committente.

La funzione dell'atto di denuncia è, quindi, proprio quella di portare l'appaltatore a conoscenza del non corretto adempimento della sua obbligazione in modo che questo possa porvi rimedio, tanto che, ai sensi dello stesso art. 1667, comma 2, Cod. civ., la denuncia non è necessaria - ed il committente non decade dalla garanzia - qualora l'appaltatore abbia occultato i vizi ovvero li abbia riconosciuti.

Anche l'istituto della denuncia, che rappresenta l'elemento centrale della garanzia in oggetto, subisce delle sostanziali differenze se declinato nell'ambito degli appalti pubblici tenuto conto che, ai sensi del sopra richiamato art. 102 del D.Lgs. n. 50/2016, qualora il difetto sia stato scoperto dalla stazione appaltante prima dell'approvazione del collaudo, “l'appaltatore risponde per vizi e difformità dell'opera (...) purché denunciati dalla stazione appaltante prima che il certificato di collaudo assuma carattere definitivo”.

La norma, quindi, è destinata a sostituire quella civilistica di cui all'art. 1667 Cod. civ., anche con riferimento alle ipotesi di vizi occulti, per i quali detta una disciplina speciale applicabile nell'ambito degli appalti pubblici e che spiega i suoi effetti - questo è l'elemento fondamentale - solo per quei vizi scoperti prima dell'approvazione del collaudo.

Infatti, prima di tale momento, la committenza pubblica che scopre dei difetti sulla costruzione è sollevata dal dover rispettare il repentino termine decadenziale dei sessanta giorni di cui all'art. 1667 Cod. civ., godendo della possibilità di compiere l'atto di denuncia, pur sempre necessario, fino al momento dell'assunzione del carattere di definitività da parte del certificato di collaudo.

L'appaltatore pubblico, quindi, subisce lo svantaggio di non godere di termini certi per potersi liberare da garanzia tenuto conto che, quando il vizio è scoperto in corso di procedimento, la committenza pubblica gode di tempo “n” per poter denunciare il difetto senza il rischio di incorrere in alcuna decadenza, quantomeno fino al momento dell'approvazione del certificato di collaudo. Costante giurisprudenza, infatti, ritiene che è solo dall'esito del collaudo che prendono corpo e significato sia la tematica dell'accettazione dell'opera che quella di un'eventuale decadenza del committente dalla possibilità di far valere difformità e vizi, sia, infine, quella della prescrizione dell'azione volta ad invocare la garanzia per questi ultimi (10).

(9) Cass., Sez. II, sent. del 5 febbraio 1983, n. 962.

(10) Cass., Sez. I, sent., 20 dicembre 2016, n. 26338.

È così destinata a svanire la problematica giurisprudenziale relativa all'individuazione esatta del momento in cui il difetto si considera scoperto dal committente, dal quale, nell'ambito degli appalti privati, decorre il termine di decadenza dei sessanta giorni di cui all'art. 1667, comma 2, Cod. civ. (11). Resta da stabilire se siano applicabili agli appalti pubblici le disposizioni della seconda parte dell'art. 1667, comma 2, Cod. civ., ossia se la stazione appaltante sia sollevata, come il committente privato, dall'onere della denuncia nelle ipotesi in cui l'appaltatore abbia occultato i vizi o li abbia riconosciuti. Pur in assenza di soluzioni giurisprudenziali la risposta deve sostanzialmente ritenersi negativa, valendo al riguardo le medesime considerazioni effettuate in merito alla problematica relativa ai vizi palesi.

Del resto, il vizio occulto, quando scoperto dalla stazione appaltante, muta la sua natura in vizio palese, ed in particolare in vizio conosciuto dalla stazione appaltante, con la conseguenza che ne deriva lo stesso regime giuridico. La denuncia deve pertanto ritenersi necessaria, non per l'effetto di interrompere un termine decadenziale, bensì al fine di evitare la decadenza dalla garanzia che matura con l'accettazione dell'opera da parte della stazione appaltante dopo l'assunzione da parte del certificato di collaudo del carattere di definitività.

La normativa di cui all'art. 1667, comma 2, Cod. civ., non è quindi suscettibile di applicazione analogica alla materia degli appalti pubblici, quantomeno fino al momento temporale in cui dispiega i suoi effetti la normativa pubblicistica di cui al D.Lgs. n. 50/2016 e relativo regolamento di attuazione, D.P.R. n. 207/2010.

L'azione di garanzia

Alla presenza di difetti nell'opera realizzata, il committente è legittimato ad agire contro l'appaltatore

esercitando l'azione di garanzia che, ai sensi dell'art. 1668 Cod. civ., è configurata come rimedio speciale nel caso in cui si integri l'inadempimento al rapporto di appalto di cui all'art. 1667 Cod. civ., e che, pertanto, si differenzia dalle comuni azioni spettanti al creditore sia per i contenuti che per le condizioni cui è sottoposta ed i termini di decadenza (12).

Il contenuto dell'azione ex art. 1668 Cod. civ.

Il contenuto dell'azione di garanzia è specificato dall'art. 1668 Cod. civ.; la norma attribuisce al committente, in caso di violazione dell'art. 1667 Cod. civ. da parte dell'appaltatore, una serie di rimedi specifici quali:

- a) l'eliminazione dei difetti e delle difformità a spese dell'appaltatore;
- b) la riduzione del prezzo;
- c) il risarcimento del danno;
- d) la risoluzione del contratto.

La giurisprudenza, ormai consolidata sul punto, nel dare applicazione agli artt. 1667 e 1668 Cod. civ. ha avuto modo di definire il rapporto tra le varie domande che il committente è legittimato ad avanzare nei confronti dell'appaltatore nell'esercizio dell'azione.

L'eliminazione dei difetti a spese dell'appaltatore

I più recenti sviluppi della giurisprudenza di legittimità hanno permesso di superare definitivamente la questione relativa al fatto che tale azione fosse una normale azione di adempimento inquadrabile nello schema dell'art. 1453, comma 1, Cod. civ. ovvero se si trattasse di azione autonoma rispetto a questa.

L'autonomia riconosciuta dai giudici all'azione di garanzia e la sua conseguente collocazione al di fuori dell'ambito di operatività dell'art. 1453 Cod. civ. ha permesso alla giurisprudenza di dare

(11) Cass., Sez. II, 9 novembre 2000, n. 14598 *cit.*: "Il riconoscimento dei vizi e delle difformità dell'opera da parte dell'appaltatore, che ai sensi dell'art. 1667 Cod. civ. importa la superfluità della tempestiva denuncia da parte del committente, non deve accompagnarsi alla confessione stragiudiziale della sua responsabilità e pertanto è sussistente anche se l'appaltatore, ammessa l'esistenza del vizio, contesti o neghi in qualsiasi modo o per qualsiasi ragione di doverne rispondere"; Cass., Sez. II, 30 gennaio 2001, n. 1320, in *Mass. Giur. It.*, 2001: "L'impegno dell'appaltatore di eliminare i vizi dell'opera oggetto del contratto di appalto comporta l'assunzione di una nuova obbligazione, sempre di garanzia, diversa ed autonoma rispetto a quella originaria, svincolata dai termini di decadenza e prescrizione di cui all'art. 1667 Cod. civ. e soggetta all'ordinario termine prescrizione di dieci anni. L'impegno dell'appaltatore di provvedere alla eliminazione dei vizi dell'opera si configura come un implicito unilaterale riconoscimento dell'esistenza di tali vizi e comporta, pertanto, la superfluità di una tempestiva denuncia da parte del committente.

Se poi il riconoscimento dei vizi è esplicito ricorre una rinuncia a far valere la inoperatività della garanzia prevista dall'art. 1667 Cod. civ. per inosservanza dei termini di decadenza e di prescrizione ivi previsti".

(12) Dall'esame del contenuto dell'azione di garanzia emerge (vedi *infra* § 3.2.2) come questa assuma una dimensione autonoma ed ulteriore rispetto alle normali azioni spettanti al creditore in caso di inadempimento del debitore. L'art. 1668 Cod. civ., infatti, non attribuisce la possibilità al committente di agire per l'adempimento dell'appaltatore il che ha portato la giurisprudenza e la dottrina a ritenere che le azioni in oggetto non si sovrappongano ma si affianchino a quelle comuni del creditore per poter essere esercitate in situazioni differenti: l'azione di garanzia rappresenta il rimedio specifico contro gli inadempimenti dell'appaltatore consistenti nell'aver compiuto un'opera con dei difetti (art. 1667 Cod. civ.); le azioni di diritto comune trovano applicazione invece nelle residuali ipotesi in cui l'appaltatore non abbia nemmeno portato a compimento l'opera o i lavori.

applicazione alla normativa speciale in modo più aderente al dato letterale dell'art. 1668 Cod. civ., svincolando, così, gli interessi del committente che, secondo la precedente interpretazione, sarebbe stato obbligato a chiedere in via principale l'eliminazione dei difetti all'appaltatore senza la possibilità di farli eliminare da un soggetto diverso di sua fiducia.

L'art. 1668 Cod. civ. parla, infatti, di eliminazione dei difetti "a spese" dell'appaltatore e non necessariamente "ad opera" dello stesso con la conseguenza che si è fatta strada in giurisprudenza l'idea che il committente potesse anche provvedere autonomamente all'eliminazione dei vizi rivalendosi poi nei confronti dell'appaltatore per le somme spese per l'eliminazione degli stessi.

Tale principio è ormai costantemente applicato dalla giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione e lo troviamo espresso anche in una pronuncia (sentenza n. 11602/02) relativa ad un appalto privato avente ad oggetto la costruzione di fabbricati; a seguito dei vizi riscontrati il committente provvedeva ad eliminarli autonomamente e chiedeva all'appaltatore il risarcimento del danno pari alla somma spesa.

Il Supremo Collegio, contrariamente a quanto sosteneva l'appaltatore - secondo il quale il committente non avrebbe il diritto di provvedere autonomamente alla eliminazione dei vizi - annoverava l'azione esercitata dal committente tra quelle previste dall'art. 1668 Cod. civ. che, prevedendo una forma di responsabilità contrattuale, riconosceva la possibilità del committente che non intendesse ottenere una pronuncia di inadempimento dell'appaltatore e la condanna dello stesso all'esecuzione in forma specifica, di agire per il risarcimento del danno in misura corrispondente alla somma necessaria per l'eliminazione dei vizi (13).

In base all'orientamento giurisprudenziale richiamato, la domanda di risarcimento del danno diviene, quindi, una domanda a-tecnica che in realtà nasconde l'esercizio del diritto del committente di ottenere l'eliminazione dei vizi "a spese" dell'appaltatore.

La riduzione del prezzo

Ai sensi dell'art. 1668 Cod. civ., la responsabilità dell'appaltatore per i vizi e le difformità dell'opera può essere fatta valere attraverso una richiesta di riduzione del prezzo dell'appalto per la misura corrispondente al minor pregio dell'opera difforme o viziata.

Secondo l'orientamento della dottrina tale azione si porrebbe come una alternativa rispetto all'azione di eliminazione dei difetti e delle difformità - affiancandosi a questa senza sovrapporsi - da esercitarsi nelle ipotesi in cui il difetto presente sull'opera non possa essere eliminato con un successivo intervento (14) o qualora il committente non intenda avvalersi nuovamente dell'opera del professionista dimostratosi inadempiente.

L'azione di riduzione del prezzo e quella di eliminazione dei vizi non possono essere esperite congiuntamente in quanto ciò comporterebbe un illegittimo duplice beneficio conseguente dalla restituzione di ciò che si è dato e al conseguimento dell'utilità che l'adempimento avrebbe determinato (15).

Dall'analisi dei casi sottoposti all'esame dei giudici emerge tuttavia che la possibilità di esercitare l'una o l'altra azione sembra ancorata più ad una valutazione discrezionale del committente che alla tipologia di difetto presente sull'opera.

Questo è il dato che si ricava da una pronuncia della Suprema Corte di Cassazione (sentenza 14598/2000) dove, in presenza di fessurazioni e di distaccamento di placche da una pavimentazione non eseguita a regola d'arte, l'appaltatore viene condannato ai sensi degli artt. 1667 e 1668 Cod. civ. a restituire al committente, come autonomamente richiesto dallo stesso, le somme indebitamente ricevute per lavori di pregio inferiore rispetto a quanto era legittimo attendersi.

Nell'ambito dell'azione in questione la giurisprudenza, quindi, inquadra anche le richieste della committenza di restituzione delle somme indebitamente ricevute per lavori eseguiti non a regola d'arte.

Il risarcimento del danno

L'azione di risarcimento del danno è idonea a fungere sia da sanzione **integrativa** rispetto agli ulteriori

(13) Così anche Cass., Sez. II, 10 gennaio 1996, n. 169, in *Mass. Giur. It.*, 1996: "La tutela apprestata al committente dall'art. 1668 Cod. civ. si inquadra nell'ambito della normale responsabilità contrattuale per inadempimento e pertanto, qualora l'appaltatore non provveda direttamente alla eliminazione dei vizi e dei difetti dell'opera, il committente, ove non intenda ottenere l'affermazione giudiziale dell'inadempimento con la relativa condanna dell'appaltatore e l'attuazione dei suoi diritti nelle forme della esecuzione specifica, può sempre chiedere il risarcimento del

danno, nella misura corrispondente alla spesa necessaria alla eliminazione dei vizi, senza alcuna necessità del previo esperimento dell'azione di condanna alla esecuzione specifica"; Cass., Sez. II, 19 aprile 2006, n. 9033; App. Trieste, Sez. I, 16 febbraio 2010; Trib. Torre Annunziata 17 gennaio 2017.

(14) Così M.C. Crevalle, *La responsabilità dell'appaltatore*, Milano, 1999, pag. 128.

(15) Cass. n. 8889/2011.

rimedi previsti dall'art. 1668 Cod. civ., sia da sanzione esperibile in via **alternativa** alle summenzionate azioni (16). In definitiva, qualora il committente opti per l'eliminazione dei vizi a cura e spese dell'appaltatore, anziché per la riduzione del prezzo, l'azione risarcitoria resta utilizzabile in via integrativa per il pregiudizio non eliminabile per mezzo del nuovo intervento dell'appaltatore oppure in via alternativa, anche in concorso con la domanda per i vizi (Cass., Sez. II, Sent., 24 ottobre 2019, n. 27359).

La prima modalità di esercizio dell'azione presuppone la colpa dell'appaltatore ed è volta a perseguire il ristoro di quei pregiudizi patrimoniali che non possono essere rifusi tramite l'esperimento dell'azione per la eliminazione dei vizi o di riduzione del prezzo ed attiene al danno subito dalle persone o cose in conseguenza dei difetti rilevati o alle spese di rifacimento che il committente ha provveduto a far eseguire direttamente (17).

La giurisprudenza ha espresso questo principio in tema di appalto privato, condannando l'appaltatore al risarcimento del danno subito dal committente consistente nel ridotto godimento dell'immobile, disagio patito a causa dalla protrazione dei lavori necessari per rimuovere i vizi riscontratisi nell'opera prodotta dall'appaltatore (Cass., Sez. II, 29 novembre 2005, n. 25921).

Per quanto concerne invece la proposizione dell'azione in via alternativa, l'esperibilità della stessa prescinde dalla colpa dell'appaltatore e "tende a conseguire un *minus* rispetto alla reintegrazione in forma specifica, della quale rappresenta il sostitutivo legale, mediante la prestazione della *eadem res debita*, sicché deve ritenersi ricompresa, anche se non esplicitata, nella domanda di eliminazione delle difformità o dei vizi" (18).

La risoluzione del contratto

In conclusione, l'ultimo rimedio previsto dall'art. 1668 Cod. civ. consiste nella risoluzione del contratto che il committente può chiedere nei casi in cui "le difformità o i vizi dell'opera siano tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione".

In base ad una lettura strettamente aderente al dato letterale della disposizione, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza ritengono che l'azione di

risoluzione in oggetto si ponga in rapporto di specialità rispetto a quella prevista dall'art. 1455 Cod. civ. per tutti i contratti in generale e che legittima il creditore a richiedere la risoluzione del contratto quando l'inadempimento non è di "scarsa importanza".

Appare chiaro che il requisito della totale inidoneità dell'opera alla sua destinazione è ben più rigoroso di quello contenuto nell'art. 1455 Cod. civ. con la conseguenza che la risoluzione del contratto ex art. 1668 Cod. civ. si pone come *extrema ratio* ossia come soluzione a cui ricorrere solo in presenza di difetti particolarmente gravi.

Dalla casistica giurisprudenziale, per la verità non particolarmente ricca in merito, si possono ricavare ulteriori dati interpretativi per delimitare l'ambito di operatività di tale rimedio (Trib. di Pavia 1° febbraio 1986) secondo i quali il committente è legittimato a richiedere la risoluzione del contratto anche quanto l'inidoneità dell'opera è eliminabile e non definitiva purché l'opera, al momento della realizzazione, sia comunque assolutamente inidonea all'uso a cui è destinata; secondo altro criterio interpretativo l'inidoneità può essere valutata anche in maniera soggettiva avuto riguardo, cioè, agli interessi specifici del committente.

La dottrina ritiene che l'azione di risarcimento del danno sia cumulabile con l'azione "speciale" di risoluzione del contratto di appalto fondando tale tesi sull'applicabilità in simili fattispecie dei principi generali in materia di inadempimento contrattuale che (art. 1453 Cod. civ.) anche in caso di risoluzione del contratto fanno salvo il diritto del creditore (committente) al risarcimento del danno.

Ad oggi, la giurisprudenza maggioritaria consente la risoluzione del contratto esclusivamente nel caso in cui i difetti dell'opera possano incidere in modo importante sulla struttura e sulla funzionalità dell'opera e conseguentemente siano tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione ovvero all'uso al quale è preordinata (Cass. nn. 9295/2006; 15167/2001; 1395/1996; 9078/1994) (19).

Concludendo, l'azione di risoluzione in oggetto deve ritenersi autonoma e differente rispetto a quella riconosciuta al committente dall'art. 1662 (20) Cod. civ.; come ha avuto modo di precisare la giurisprudenza l'azione di cui all'art. 1662

(16) Cass., Sez. II, sent., 16 ottobre 2017, n. 24305.

(17) Cass., Sez. II, 29 novembre 2005, n. 25921, in *Urbanistica e appalti*, 2, 2006, pag. 178.

(18) Cass., Sez. II, sent., 16 marzo 2011, n. 6181.

(19) Cass., Sez. VI, ord., 15 dicembre 2011, n. 26965.

(20) **Art. 1662. Verifica nel corso di esecuzione dell'opera.**

Il committente ha diritto di controllare lo svolgimento dei lavori e di verificarne a proprie spese lo stato.

Quando, nel corso dell'opera, si accerta che la sua esecuzione non procede secondo le condizioni stabilite dal contratto e a regola d'arte, il committente può fissare un congruo termine entro il quale l'appaltatore si deve conformare a tali condizioni; trascorso

Cod. civ., infatti, assume una connotazione del tutto particolare ed autonoma in quanto rappresenta una forma derogatoria dell'azione di risoluzione di diritto comune e si differenzia da quella di cui all'art. 1668 Cod. civ. per i presupposti, posto che non

richiede, a differenza della prima, la totale inidoneità dell'opera alla sua destinazione ma solamente che l'appaltatore non elimini i difetti riscontrati dal committente durante l'esecuzione dei lavori entro il termine fissato dallo stesso (21).

inutilmente il termine stabilito, il contratto è risolto, salvo il diritto del committente al risarcimento del danno.

(21) Così, Cass. 4 marzo 1993, n. 2653 "In tema di appalto, il particolare rimedio risolutorio previsto dall'art. 1662, comma 2, Cod. civ. oltre a costituire una deroga alla norma generale sulla risoluzione per inadempimento di cui all'art. 1453 Cod. civ. perché

si riferisce ad una obbligazione in corso di attuazione, differisce da quello previsto per il caso di inadempimento finale dall'art. 1668, comma 2, Cod. civ., perché la risoluzione è ammessa anche quando l'opera non sia del tutto inadatta alla sua destinazione e quindi anche quando l'inadempimento sia temporaneo e di scarsa importanza e si presenti pertanto solo allo stato di pericolo".