

# L'appalto tra soggetti privati

di Marco Loro

In vista di un prossimo appuntamento nel quale rivolgeremo particolare attenzione alla materia degli appalti pubblici, crediamo opportuno dedicare spazio alla base della relativa disciplina, vale a dire quella codicistica. Per quanto trattasi di istituto giuridico largamente e quotidianamente utilizzato si crede che l'appalto nasconda ancora elementi di interesse, anche per gli operatori del settore più avvezzi, meritevoli di disamina. Tratteremo quindi prossimamente sulla nostra rivista, dalla legge quadro n. 109 del 11 febbraio 1994, c.d. Legge Merloni, al nuovo Testo Unico degli Appalti, decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006: "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE".

## DEFINIZIONE DI APPALTO

Veniamo in primo luogo a identificare l'appalto, come vuole il nostro legislatore, in quel contratto con il quale una parte (appaltatore) assume il compimento di un'opera o di un servizio commissionatogli dall'appaltante (o committente) verso un corrispettivo in denaro. In ambito privatistico l'appalto viene così previsto e disciplinato dagli articoli 1655 e seguenti del Codice Civile e a semplice lettura emerge con chiarezza la sua caratteristica fondamentale: è quella di un contratto in cui la gestione è svolta a totale "rischio" dell'appaltatore, che deve provvedere ad organizzare tutti i mezzi necessari per la sua esecuzione. Il rischio o alea che l'appaltatore assume per il compimento dell'opera o del servizio, secondo l'insegnamento della Suprema Corte di Cassazione, non è però inteso in senso tecnico-giuridico, ovvero relativo ai casi fortuiti, bensì in senso economico. L'alea è quindi data dal fatto che esista una impossibilità di stabilire esattamente e preventivamente i costi che dovrà affrontare (Cassazione Civile, 3 luglio 1979, n. 3754), impossibilità che può o meno essere legata a fatti imprevedibili.

## CHI È L'APPALTATORE

L'appaltatore non può quindi essere che un imprenditore, ovvero, ai sensi dell'articolo 2082 del Codice Civile, colui che esercita un'attività:

a) *economica*, che persegue uno scopo di lucro o, quanto meno, svolta con il fine di trovare un bilanciamento tra costi e ricavi;

b) *organizzata*, dallo stesso imprenditore, sul quale ricade il rischio del risultato economico dell'impresa, perciò rimanendo in capo al medesimo ogni decisione di scelta dei fattori produttivi da impiegare e in quale misura;

c) *produttiva*, vale a dire finalizzata alla produzione o allo scambio di beni o servizi;

d) *professionalmente*, cioè abitualmente, anche se non necessariamente in modo continuativo.

Tali fattori permettono di distinguere l'appalto dal *contratto di lavoro autonomo*, disciplinato dall'articolo 2222 del Codice Civile: in quest'ultimo l'opera o il servizio devono essere svolti con lavoro prevalentemente proprio e senza necessità di appositi complessi produttivi.

Il c.d. "artigiano", rischia quindi solo il proprio lavoro personale, mentre l'appaltatore, impiegando capitali, uomini e mezzi, assume un rischio maggiore.

## CARATTERISTICHE DELL'APPALTO

L'appalto si distingue anche dalla vendita, disciplinata dall'articolo 1470 del Codice Civile, la quale ha ad oggetto un *dare*, ovvero il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di altro diritto verso un corrispettivo.

La distinzione, però, può essere invero molto delicata, specie se si tratta di vendita di cosa ancora da costruire e quindi futura.

Si tratterà di appalto quando la cosa prodotta è frutto di specifica richiesta del committente e il prodotto rappresenti un *quid novi* rispetto alla normale serie produttiva dell'appaltatore; ad esempio nel caso della costruzione di un'apparecchiatura su ordinazione che richieda un cambiamento dei mezzi di produzione, mentre si resterà in tema di vendita se il produttore si impegna a realizzare un oggetto in conformità ad un modello o tipo di propria fabbricazione, come nell'ipotesi di produzione di un'apparecchiatura in serie.

L'appaltatore deve quindi godere di un certo grado di autonomia nell'esecuzione dell'opera, non potendovi essere per l'effetto appalto in senso tecnico nell'ipotesi del cd. *appalto a regia*, nel quale l'appaltatore è *nudus minister* ed esegue un'opera sotto la direzione del committente che gli corrisponde una somma fissa o una percentuale sul valore dell'opera.

L'appalto è un contratto a forma libera, essendo che la legge non richiede specifici requisiti di forma del contratto per riconoscerne l'effetto giuridico. Esso è inoltre un contratto tipicamente oneroso, con prestazioni reciproche e non necessariamente fondato su un rapporto di conoscenza e fiducia tra i contraenti.

L'esecuzione del rapporto inizia quindi con la c.d. *consegna dei lavori* da parte del committente. Quest'ultimo deve mettere l'appaltatore in grado di iniziare la propria attività, ad esempio immettendolo nel possesso dei luoghi dove il lavoro deve essere svolto ovvero fornendogli il materiale necessario, se è stato così pattuito, anche per l'ipotesi in cui l'oggetto si traduca in un'operazione di trasformazione di detti beni mobili.

Oggetto dell'appalto è quindi un'opera o un servizio che deve essere determinato o determinabile e, normalmente, è accompagnato da un progetto che deve essere redatto o procurato dal committente. Questo deve essere sufficientemente dettagliato per consentirne la realizzazione e non è essenziale che sia già stato approvato alla conclusione del contratto, anche se logica e opportunità consigliano di non assumere appalti con progettazione ancora in itinere.

La materia necessaria a compiere l'opera deve essere fornita dall'appaltatore a meno che non sia previsto diversamente dagli accordi tra le parti o dagli usi, come disciplinato dall'articolo 1658 del Codice Civile; anche nel caso in cui venga fornita dal committente, l'appaltatore, ai sensi di quanto previsto dall'articolo 1663 del Codice Civile, è tenuto a dare pronto avviso al committente dei difetti della materia se vengono scoperti in corso d'opera e siano tali da compromettere la regolare esecuzione.

Il corrispettivo può essere determinato a corpo, c.d. appalto a *forfait*, per tutta l'opera nel suo complesso oppure a *misura*, tanto al metro quadrato, al metro cubo o al metro lineare. Se le parti non hanno fissato il corrispettivo né hanno fissato il modo per determinarlo, questo deve essere stabilito con riferimento "alle tariffe esistenti o agli usi" ovvero in mancanza o in caso di conflitto tra le parti, deve essere determinato dal Giudice, secondo la prescrizione dell'articolo 1657 del Codice Civile.

### VARIABILITÀ DEI COSTI

Essendo un contratto ad esecuzione prolungata, nell'appalto possono intervenire circostanze imprevedibili che determinano variazioni in aumento o in diminuzione dei costi dei materiali e della manodopera, i quali più o meno inevitabilmente potrebbero avere delle ripercussioni sul prezzo complessivo.

Il nostro legislatore, per l'ipotesi, ha stabilito che le parti sopportino tale rischio entro il 10% in aumento, che favorirebbe il committente o in diminuzione, che favorirebbe l'appaltatore; mentre per il caso in cui tali circostanze imprevedibili comportino un aumento o una diminuzione che ecceda tale percentuale, attribuisce alle parti la facoltà di procedere ad una revisione del prezzo che, come previsto dall'articolo 1664 del Codice Civile, potrà però essere accordata solo per la differenza che eccede il suddetto decimo.

Secondo la Corte di Cassazione, al riguardo, il diritto dell'appaltatore alla revisione dei prezzi è subordinato al duplice accertamento che vi sia stato un aumento del costo dei materiali e della manodopera impiegata in misura superiore al decimo del prezzo e che tale au-

mento non sia prevedibile in relazione al precedente andamento degli stessi prezzi e alla svalutazione monetaria (Cassazione Civile, 5 maggio 1988, n. 2290). L'imprevedibilità può però riguardare, in periodo di instabilità monetaria, anche solo la misura del mutamento quando si verifichi un improvviso salto inflattivo dovuto a particolari contingenze (Cassazione Civile, Sezioni Unite, 9 novembre 1992, n. 12076). La norma sulla revisione del prezzo dettata dall'articolo 1664, comma primo, del Codice Civile ha in ogni caso carattere dispositivo e, pertanto, le parti possono derogarvi fissando convenzionalmente un diverso limite o rimuovendo lo stesso limite legale di un decimo in aumento o in diminuzione.

Secondo la Suprema Corte di Cassazione, però, in tale ultima ipotesi la deroga è valida purché le parti abbiano preventivamente considerato le circostanze imprevedibili (Cassazione Civile, 22 febbraio 1974, n. 529; Cassazione Civile, 14 luglio 1980, n. 4514).

L'appaltatore ha quindi diritto ad un ulteriore compenso se nel corso dell'opera si manifestino difficoltà di esecuzione per cause geologiche, idriche e similari non previste dalle parti, che rendano la prestazione dell'appaltatore notevolmente più onerosa, come prevede l'articolo 1664, comma secondo, del Codice Civile.

### VARIAZIONI IN CORSO D'OPERA

Al progetto iniziale possono poi essere apportate delle variazioni che possono essere concordate, necessarie oppure ordinate dal committente. L'articolo 1659 del Codice Civile disciplina le variazioni concordate, prescrivendo che l'appaltatore non può apportare variazioni alle modalità convenute dell'opera se il committente non le ha autorizzate e che l'autorizzazione deve essere provata per iscritto. L'appaltatore, salvo diversa pattuizione, non ha diritto ad alcun compenso ulteriore se il prezzo dell'opera era stato determinato a corpo. Nell'ipotesi in cui egli esegua le variazioni che ritiene opportune senza autorizzazione del committente, non avrà diritto a compenso nemmeno sotto forma di indebito arricchimento; si tratta di quelle ipotesi disciplinate dagli articoli 2041 e 2042 del Codice Civile in cui si ha l'arricchimento di un soggetto a fronte di una diminuzione patrimoniale subita da un altro senza alcuna causa giustificativa dell'arricchimento dell'uno e della perdita dell'altro.

Nell'ipotesi di variazioni, seppur opportune, apportate dall'appaltatore senza autorizzazione del committente, l'appaltatore non avrà inoltre diritto a compenso neppure nel caso in cui dette variazioni abbiano migliorato l'opera incrementandone il valore e anzi il committente potrà pretendere l'eliminazione delle stesse anche se non importino una diminuzione di valore dell'opera ovvero ne comportino un aumento (Cassazione Civile, 5 giugno 1991, n. 6363).

Se le variazioni sono necessarie per l'esecuzione dell'opera a regola d'arte e le parti non si accordano, secondo la previsione dell'articolo 1660 del Codice Civile, spetta al Giudice determinare le variazioni da introdurre e le conseguenti modifiche del prezzo. In tale ipotesi di variazioni necessarie se l'importo delle stesse supera il sesto del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore può recedere dal contratto e può ottenere un'equa indennità.

Se le variazioni necessarie sono di notevole entità, il committente può, a sua volta, recedere dal contratto corrispondendo un equo indennizzo all'appaltatore. La disciplina delle variazioni necessarie,



## SEMPLICITÀ E CONVENIENZA CON LE VALVOLE E LE TESTE TERMOSTATICHE GIACOMINI.



**SEMPLICITÀ  
DI UTILIZZO**



**COMFORT**



**RISPETTO  
DELL'AMBIENTE**



**RISPARMIO  
ENERGETICO**

Le teste termostatiche permettono di regolare la temperatura con precisioni molto elevate consentendo di ottenere a seconda delle esigenze e delle proprie abitudini differenti temperature degli ambienti. Alla base vi è un principio di funzionamento semplice ed affidabile: la variazione di temperatura dell'ambiente provoca una conseguente variazione di volume dell'elemento (cera o liquido) contenuto nel sensore della testa termostatica. Questa variazione di volume comporta la chiusura o l'apertura della valvola, modulando la portata di acqua che entra nel corpo scaldante. Quando nell'ambiente si sta raggiungendo la temperatura desiderata, la testa fa chiudere progressivamente la valvola lasciando passare il quantitativo di acqua minimo indispensabile per mantenere costante la temperatura ambiente. Le teste termostatiche Giacomini si inseriscono con discrezione in ogni ambiente domestico grazie al loro design che ne fa il completamento estetico ideale di radiatori, scaldasalviette e termoarredi. E sono disponibili anche in versione cromata per equipaggiare in modo coordinato elementi terminali cromati nei locali bagno. **Con il Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 19 febbraio 2007 sono state rese note le disposizioni attuative dei commi della Legge Finanziaria 2007 che riguardano gli interventi di riqualificazione energetica degli edifici. Come auspicato da tempo, il provvedimento dà impulso all'adozione della termoregolazione individuale per singolo ambiente con interessanti agevolazioni fiscali. Le termostatiche Giacomini rispondono perfettamente ai requisiti della legge.**

**GIACOMINI**  
Technology in Comfort



Via per Alzo, 39 • 28017 San Maurizio d'Opaglio (NO) ITALY  
tel. 0322 923111 • fax 0322 96256 • info@giacomini.com • www.giacomini.com

disciplinate dall'articolo 1660 del Codice Civile, però, contempla l'ipotesi in cui, durante l'esecuzione del contratto, sia necessario apportare delle variazioni al progetto iniziale il cui costo è a carico del committente; rimane invece esclusa la fattispecie in cui la necessità di variazioni sia accertata dopo l'esecuzione del contratto e sia determinata dall'inadeguatezza dell'esecuzione stessa, fattispecie in cui il costo delle opere è a carico dell'appaltatore (Cassazione Civile, 30 novembre 1978, n. 5666). Le variazioni del progetto possono, come previsto dall'articolo 1661 del Codice Civile, essere ordinate dal committente purché il loro ammontare non superi il sesto del prezzo complessivo e l'appaltatore ha diritto al compenso per i maggiori lavori eseguiti anche se il prezzo era stato determinato a corpo. Ciò però non trova applicazione nel caso in cui le variazioni, pur rientrando nei predetti limiti, determinino modificazioni notevoli alla natura dell'opera o dei quantitativi delle singole categorie di lavori previste nel contratto. Nel caso di variazioni non necessarie ordinate dal committente che superino il limite del sesto del corrispettivo totale dell'appalto previsto dall'articolo 1660 del Codice Civile, l'appaltatore non avrà quindi la facoltà di recedere dal contratto ma solo quella di rifiutarsi di eseguire le variazioni e di continuare l'esecuzione dell'opera secondo il progetto originario (Cassazione Civile, 16 novembre 1971, n. 3267). L'appaltatore può provare con ogni mezzo di prova che le variazioni dell'opera siano state richieste dal committente in quanto la prova scritta viene richiesta, ai sensi dell'articolo 1659, comma secondo, del Codice Civile, solo per le variazioni dovute all'iniziativa dell'appaltatore (Cassazione Civile, 18 gennaio 1983, n. 466; Cassazione Civile, 20 marzo 2007, n. 6642)

Con apposita pattuizione le parti possono comunque escludere il potere del committente di ordinare variazioni.

### II CONTROLLO DEI LAVORI

Nel corso dei lavori il committente ha diritto di controllare il loro andamento e, se accerta che non procedono secondo il contratto e a regola d'arte, può fissare un congruo termine entro il quale l'appaltatore si deve conformare alle condizioni previste, pena la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno, come stabilisce l'articolo 1662 del Codice Civile. Il committente può poi controllare i lavori attraverso il Direttore dei Lavori, il quale ha sì la veste di suo rappresentante ma solo sul piano delle manifestazioni di volontà di carattere tecnico, non giuridico.

### CONCLUSIONI

Il rapporto cessa con la completa ultimazione dei lavori, la verifica, il pagamento e il passaggio dell'opera in proprietà del committente, aspetti del contratto di appalto che unitamente ai vizi dell'opera e alla responsabilità dell'appaltatore meritano un approfondimento autonomo. Sin qui, in ogni caso, si crede emerga anche agli occhi dell'operatore tecnico avulso dal diritto la vera natura dell'obbligazione assunta dall'appaltatore, che è un'obbligazione di risultato e non di mezzi, dove quindi non solo l'opus, che rileva comunque in termini di correttezza e diligenza, ma soprattutto l'esito del lavoro viene a costituire il fulcro del nesso sinallagmatico.

Avv. Marco Loro, Patrocinante in Cassazione - info@studioloro.it