

Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza

Università di Urbino Carlo Bo

Note e Commenti



DIFETTI DELL'OPERA APPALTATA DOPO LA CONSEGNA: UNA DISAMINA ORGANICA DEI RIMEDI A TUTELA DEL COMMITTENTE PREVISTI DAGLI ARTT. 1667-1668 C.C.

Emanuele Montagna

Abstract

[Defects of the work after the delivery in the procurement contract: a methodical analysis about the remedies set for the client by articles 1667 and 1668 c.c.] The paper it's about procurement contract, and it focuses especially on the contractor's liability for defects of the work contracted. A reconstruction of the main theses contending in doctrine and jurisprudence about such kind of liability is held by the author who analyses both theoretical issues and practical implications of the different theories, especially regarding the use of the term "warranty" in the articles 1667-1668 c.c. and the possibility of an objective liability in this field.

Key Words:

Procurement contract, contractor's liability, objective liability, defects of the work, articles 1667-1668 c.c.

Vol. 12 (2024)





Difetti dell'opera appaltata dopo la consegna: una disamina organica dei rimedi a tutela del committente previsti dagli artt. 1667-1668 c.c.

Emanuele Montagna *

1. Premessa metodologica

Dalle norme che disciplinano la responsabilità dell'appaltatore nel caso in cui l'opera consegnata¹ presenti difformità o vizi² emerge la necessità di leggere e coordinare le disposizioni dettate per le singole figure contrattuali con quelle che delineano la disciplina generale del contratto (e delle obbligazioni più latamente intese).

* Emanuele Montagna è Avvocato e Dottore di ricerca in Diritto civile. È attualmente assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Urbino Carlo Bo. Indirizzo e-mail: emanuele.montagna@uniurb.it

¹ Presupposto essenziale, per l'operatività della disciplina dettata dagli artt. 1667-1668 c.c. qui analizzata è che l'opera sia stata completata e consegnata da parte dell'appaltatore, in caso contrario infatti, se l'*opus* non fosse completato, all'appaltatore risulterebbero applicabili gli ordinari rimedi previsti dagli artt. 1454 e 1455 c.c. o, al massimo, il rimedio della risoluzione ex art. 1662 c.c., qualora ne ricorrano i presupposti. Sul punto la giurisprudenza è consolidata, si vedano, ad esempio, Cass., 9/8/1996, n. 7364, in *Contr.*, 1/1997, p. 64; Cass., 22/3/2007, n. 6931 in *Obbl. e contr.*, 7/2007/, p. 759 e ss., con nota di F. GENNARI; Cass. 24/6/2011, n.13983 in *Contr.*, 3/2012, p. 139 e ss., annotata da A. GENOVESE, *Adempimento inesatto del contratto di appalto: norme generali e speciali*; Cass., 25/1/2015, n. 12186, in *DeJure*; Cass., 13/4/2018, n.9198, in *DeJure*.

² Normalmente per difformità si intende una non corrispondenza dell'opera rispetto al progetto o a quanto pattuito nel contratto. Si è invece in presenza di un vizio qualora l'*opus* non presenti caratteristiche o qualità che dovrebbe avere secondo le regole dell'arte o in base alla funzione cui è finalizzato. Sul punto M. GIANATTANASIO, *L'appalto*, 2^a ed., in *Tratt. Cicu e Messineo*, Milano, 1977, p. 196 e ss.; C. MASCARELLO, *Il contratto di appalto*, Milano, 2002, p. 115; S. POLIDORI, *Appalto*, in *tratt. Dir. civ. del cons. naz. not.*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2015, *passim*.

La normativa *de qua* viene infatti spesso esaminata non in modo sistematico, bensì come se si trattasse di un *unicum* avulso dal sistema e non sottoposto dunque alle regole comuni previste nella parte generale dedicata al contratto dal codice civile³.

Diversamente da tale impostazione, nelle pagine che seguono si proporrà un metodo di analisi organico e sistematico che - pur tenendo in considerazione le peculiarità del contratto di appalto - collochi la responsabilità dell'appaltatore all'interno dell'ordinamento generale e nel contesto normativo in esso vigente, espressione dei principi e valori fondanti del sistema, che solo in tal modo potranno essere valorizzati. Un approccio, dunque, che ripudiando una lettura "settoriale" delle norme di parte speciale, dovrà necessariamente procedere coordinando le disposizioni dettate per il contratto in esame con quelle che prefissano, in generale, i presupposti e le conseguenze dell'inadempimento del debitore⁴.

2. La garanzia dell'appaltatore per difformità e vizi dell'opera consegnata: il dibattito sul dato lessicale

La lettera dell'art. 1667 c.c. stabilisce che l'appaltatore sia tenuto alla "*garanzia per le difformità ed i vizi dell'opera*", a condizione che quest'ultima non sia stata accettata dal committente e che i vizi siano stati denunciati entro il termine di sessanta giorni dal momento in cui sono stati individuati. Anche la rubrica dell'art. 1668 riprende tale terminologia⁵. Il legislatore, dunque, non ha scelto di utilizzare il termine "responsabilità", quanto piuttosto quello di "garanzia", espressione che dal punto di vista lessicale viene normalmente utilizzata nell'accezione di assicurare un certo effetto (in questo caso l'assenza di vizi), mentre in ottica prettamente giuridica va ad indicare un mezzo volto ad

³ Si prenda in esame, ad esempio, la tesi che afferma la natura oggettiva della responsabilità in esame, con contestuale disinteresse in ordine alla misura dello sforzo profuso dall'appaltatore e disapplicazione del 1176 c.c. sostenuta, fra gli altri da F. MARINELLI, *La responsabilità dell'appaltatore*, in *I contratti di appalto privato*, a cura di V. CUFFARO, in *Trattato dei Contratti* diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Milano, 2011, p. 310 e ss. Per una analisi dettagliata della problematica relativa alla qualificazione della responsabilità in questione come oggettiva o meno si veda *infra*, in particolare il paragrafo 5. Altra manifestazione di tale modo di pensare si rinviene nella tesi in base alla quale l'art. 1227 c.c. non si applicherebbe in *subiecta materia*, sulla scorta della considerazione che la natura di obbligazione di risultato dell'appalto e la professionalità del debitore-appaltatore fanno sì che questi sia sempre tenuto a garantire che l'opera sia realizzata a regola d'arte. In tal senso si veda Cass., 29/17/1983 n.821 in G. BISCONTINI, A. DI AMATO, C. FRANCHINI, *Codice degli appalti pubblici e privati, annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2002, p. 239.

⁴ Un recente studio di A. ALBANESE, *Lo scioglimento dell'appalto tra normativa speciale e disciplina del contratto generale*, in *Contr. e impr.*, 2/2023, p. 494 e ss. ha condiviso tale impostazione affermando *apertis verbis* - si veda in particolare p. 500 - come le disposizioni speciali dettate in tema di appalto integrino i principi generali in tema di inadempimento, non precludendo pertanto l'applicabilità di questi ultimi qualora il caso concreto sia mancante dei presupposti per l'operatività delle norme speciali. Sui rapporti intercorrenti fra normativa speciale in tema di appalto e azioni ordinarie previste dalla generale disciplina sull'inadempimento si vedano anche G. MUSOLINO, *Norme generali e norme speciali per le obbligazioni nascenti dal contratto di appalto*, in *Riv. giur. edil.*, 3/1994, p. 223 e ss.; L. PRIMICERI, *Azione generale di risoluzione del contratto ed azioni specifiche nell'appalto*, in *Resp. civ.*, 1/2007, p. 59 e ss; S. POLIDORI, *La responsabilità dell'appaltatore*, Napoli, 2004, *passim*; ID., *Appalto*, cit., *passim*.

⁵ Come è noto, l'art. 1668 c.c. è rubricato "contenuto della *garanzia* per difetti dell'opera".

assicurare il corretto adempimento dell'obbligazione o il godimento di un diritto⁶. Tale scelta legislativa ha portato la dottrina e la giurisprudenza ad interrogarsi sul significato da attribuire all'opzione lessicale utilizzata. Sul punto si sono formate due teorie, nettamente contrapposte.

La prima tesi, fatta propria dalla giurisprudenza più datata⁷ e da parte della dottrina⁸, riconduce la garanzia *ex* 1667 c.c. alla categoria concettuale della garanzia in senso tecnico ed in conseguenza di ciò qualifica i rimedi previsti dal 1668 c.c. come oggetto di una specifica obbligazione a sé stante, diversa da quella sottesa al rapporto principale; la seconda tesi⁹, invece, attribuisce al termine il valore di sinonimo di “responsabilità”, inquadrando i rimedi previsti dal 1668 c.c. come effetti dell'inesatto adempimento, con conseguente applicabilità alla vicenda dei principi generali sanciti dagli artt. 1218 e 1176 c.c.

La scelta fra l'una o l'altra concezione non è priva di risvolti pratici, come segnalato in dottrina già a partire dalla fine degli anni cinquanta¹⁰. Dalla qualifica dell'espressione come una vera e propria garanzia in senso tecnico¹¹ discende infatti l'irrilevanza dell'elemento della colpa dell'appaltatore, il quale sarebbe, secondo questa tesi, sempre tenuto, in caso di difformità dell'opera, ai rimedi previsti dal 1668 c.c., indipendentemente dalla presenza o meno dell'elemento soggettivo.

⁶ Sul significato giuridico del termine “garanzia” si vedano, *ex multis*, A. MONTEL, voce *Garanzia*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1961, p. 742 e ss.; M. FRAGALI, voce *Garanzia* (diritto privato), in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 466; G. TUCCI, voce *Garanzia*, in *Dig. Civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 579 e ss.

⁷ Si vedano, in tal senso, Cass., 17/5/1950, n. 1273, cit., Cass., 14/4/1956, n. 1104, cit.

⁸ La tesi che attribuisce al termine utilizzato dal legislatore il valore di garanzia in senso tecnico è stata sostenuta da P. GRECO, *Lezioni di diritto commerciale. I contratti*, Roma, 1958, p. 314 e ss.; A. GRAZIANI, *Manuale di diritto commerciale*, Napoli, 1961, p. 174; G. TUCCI, voce *Garanzia*, cit., p. 586; F. MARINELLI, *In tema di garanzia per le difformità e i vizi dell'opera nel contratto di appalto*, in *Giust. civ.*, 1984, p. 277; ID. *La responsabilità dell'appaltatore*, cit., p. 310 e ss., ove l'autore segnala -*sub* nota 10- che manifestavano favore per la teoria della garanzia in senso tecnico già L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1948, p. 335 e M. GIANATTANASIO, *L'appalto*, 2^a ed., cit., p. 181, senza tuttavia portare tale teoria alle sue ultime conseguenze; M.C. CERVALE, *La responsabilità dell'appaltatore*, Milano, 1999, p. 41 e ss.; A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Eur. dir. priv.*, 5/2002, p. 530.

⁹ Tale tesi, maggioritaria, è fatta propria da M. FRAGALI, voce *Garanzia* (diritto privato), cit., p. 449; G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, p. 316 e ss.; L.V. MOSCARINI, *L'appalto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, XI, 3, Torino, 1984; L. BELLANOVA, *Difformità, vizi e difetti nell'appalto: a proposito del I comma del 1667 c.c.*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 592 e ss.; G. MUSOLINO, *La responsabilità dell'appaltatore*, Rimini, 1997, *passim*; ID., *La diligenza e le regole dell'arte nel contratto d'appalto*, in *Riv. trim. appalti*, 1998; ID. *Appalto e contratto d'opera, La responsabilità*, Bologna, 2008, p. 31 e ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, Milano, 2002; S. POLIDORI, *La responsabilità dell'appaltatore*, cit., p. 35 e ss.; ID., *Appalto*, cit., p. 265 e ss.; B. GRAZZINI, *Natura giuridica della garanzia per i vizi nell'appalto e nella vendita e onere della prova in materia di inadempimento contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 4/2013, p. 466 e ss.

¹⁰ Il riferimento è a M. STOLFI, *Appalto (contratto di)*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, p. 655.

¹¹ La garanzia in senso tecnico andrebbe dunque a costituire la promessa, da parte dell'appaltatore, di un indennizzo qualora si verifici un evento dannoso per il committente garantito, in tal senso si è espressa A. CAMEDDA, *La “garanzia” per le difformità e i vizi nell'appalto*, in *Resp. civ. prev.*, 4/2020, p. 1099.

Al contrario, inquadrando il termine garanzia nell'alveo della responsabilità da inesatto adempimento, si riafferma la necessità, per poter usufruire dei rimedi previsti dall'art. 1668 c.c., che l'appaltatore abbia tenuto una condotta quantomeno colposa.

In altre parole, se da un lato si giunge ad una forma di responsabilità molto simile a quella oggettiva¹², sulla scorta della considerazione che l'appaltatore, in qualità di vero e proprio garante, è tenuto in via automatica a determinati comportamenti (eliminazione del vizio o riduzione del prezzo); dall'altro, invece, si ribadisce l'essenzialità dell'elemento psicologico, in mancanza del quale l'appaltatore, pur in presenza di vizi, andrebbe esente da responsabilità.

Risulta pertanto di particolare importanza la scelta fra l'una e l'altra teoria, da compiersi in modo quanto mai oculato.

2.1. La tesi della garanzia in senso tecnico

Coloro che intendono il termine "garanzia" in senso tecnico traggono argomento a supporto della propria tesi innanzitutto dalla costruzione dell'enunciato normativo¹³ del primo comma dell'art. 1668 c.c., che, come noto, prevede tre diversi rimedi a disposizione del committente in caso di presenza di difformità o vizi a seguito della consegna dell'opera: due di tipo manutentivo, l'eliminazione dei vizi e la riduzione del prezzo, ed uno di tipo risarcitorio (nel secondo comma, che sarà analizzato successivamente, si prevede poi la possibilità di chiedere la risoluzione nel caso in cui i vizi siano talmente gravi da rendere l'opera del tutto inadatta alla sua destinazione). Seguendo un'interpretazione letterale, si sottolinea infatti come il legislatore abbia espressamente subordinato la possibilità di esperire il risarcimento del danno da parte dell'appaltante alla circostanza che l'appaltatore abbia tenuto una condotta colposa. Pertanto, si sostiene che il legislatore, se avesse ritenuto necessario il requisito della colpa anche per l'eliminazione del vizio e la riduzione del prezzo, avrebbe apertamente richiamato tale presupposto anche per questi rimedi. Non avendolo fatto, si deduce che abbia ritenuto che la colpa non fosse necessaria per tali fattispecie. I primi due rimedi enunciati dal 1668 c.c., secondo tale ricostruzione, dovrebbero dunque essere tenuti distinti dall'azione volta al risarcimento del danno, essendo sostenuti da requisiti diversi¹⁴.

Inoltre, coloro che sono favorevoli alla tesi della garanzia in senso tecnico sottolineano come la locuzione "garanzia" utilizzata nel testo del 1667 e nella rubrica del 1668 c.c. esprima una peculiare diversità rispetto al termine "responsabilità" utilizzato nel successivo 1669 c.c. e pertanto non possa essere utilizzata come sinonimo di questa. Secondo questa interpretazione, il legislatore ha utilizzato consciamente il termine

¹² Per quanto riguarda la dibattuta *querelle* in ordine alla possibilità o meno di configurare una responsabilità oggettiva per inadempimento dell'obbligazione, affrontata dalla dottrina soprattutto con riferimento alla responsabilità extracontrattuale, si veda almeno S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 264 sub nota 1001, ove l'autore richiama le opere dottrinali sia di coloro che hanno individuato la colpa come elemento fondante della responsabilità - A. DE CUPIS, *Il danno, Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1946; L. CORSARO, *L'imputazione del fatto illecito*, Milano, 1969 - sia di coloro che si sono fatti portavoce di una concezione oggettiva - P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

¹³ In giurisprudenza, hanno utilizzato tale argomento: Cass., 12/9/1966, n. 2360 in *Mass. Giust. civ.*, 1966, p. 1362; Cass., 11/12/1974, n. 4185, in *Foro it.*, 1975, I, c. 870; Cass., 30/7/1982, n. 4367, in *Rep. Giust. civ.*, 1982, voce *Appalto*, p. 90, n. 19.

¹⁴ In proposito si veda, in particolare, Cass., 12/9/1966, n. 2360, cit.

garanzia al fine di rimarcare la rilevanza dell'adempimento dell'appaltatore, che - in virtù delle peculiarità dell'appalto - ricopre un ruolo fondamentale all'interno del rapporto contrattuale *de quo*¹⁵. Insomma l'adempimento dell'appaltatore sarebbe di importanza nettamente superiore, in ragione dell'assetto degli interessi dedotto nel contratto, rispetto a quella che normalmente viene attribuita all'esatto adempimento in altri rapporti. La scelta del termine sarebbe dunque finalizzata al raggiungimento di uno specifico risultato, di particolare interesse per il legislatore: aumentare la sicurezza che si giunga all'esatto adempimento, facendo pressione sull'appaltatore che, vedendo aggravata la sua posizione e sapendo che non potrà liberarsi dimostrando la mancanza dell'elemento psicologico, sarà spinto a convogliare tutte le proprie risorse ed energie nel tentativo di raggiungere l'adempimento. Si tratterebbe di una autonoma obbligazione primaria, nascente dalla stipulazione del contratto di appalto. In tal modo, si riuscirebbe a tutelare al massimo l'interesse generale che le opere appaltate - frequentemente costituite, soprattutto nel periodo storico di emanazione del codice civile, da costruzioni edili, concepite per durare a lungo nel tempo - siano realizzate a regola d'arte.

2.2. Critiche alla tesi della garanzia in senso tecnico. La responsabilità *ex* 1667-1668 c.c. come espressione del generale principio della responsabilità contrattuale

Sembrebbero tuttavia maggiormente condivisibili le argomentazioni utilizzate dall'opposta dottrina¹⁶, schierata a sostegno della garanzia intesa come responsabilità. Secondo tale corrente di pensiero i sostenitori della garanzia in senso tecnico utilizzano il concetto di garanzia in modo fin troppo ampio, ritenendo che l'appaltatore, in qualità di vero e proprio garante, si faccia carico di un rischio contrattuale. In tal modo il committente sarebbe "assicurato"¹⁷ in ordine all'esecuzione a regola d'arte dell'opera. In sostanza, laddove si verificasse concretamente il rischio, si determinerebbero in capo all'appaltatore le conseguenze previste dalla norma, senza che quest'ultimo abbia alcuna possibilità di fornire la prova dell'assenza della colpa per liberarsi da tali effetti. Così ragionando, però, si rischia di attribuire al concetto di garanzia una funzione assicurativa che parrebbe esulare dal sistema codicistico italiano. È stato infatti acutamente sottolineato¹⁸ che attribuire alla locuzione in esame il significato di garanzia in senso tecnico comporterebbe presupporre, in contrasto coi principi del sistema, che l'appaltatore assuma un'obbligazione di garanzia personale per la stessa obbligazione nella quale è debitore¹⁹. Egli sarebbe tenuto da un lato - in via ordinaria e dunque sulla base del

¹⁵ F. MARINELLI, *La responsabilità dell'appaltatore*, cit., p. 303.

¹⁶ In particolare, S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 266.

¹⁷ La scelta del termine non è casuale, adombrando la funzione assicurativa che parrebbe essere attribuita - erroneamente - al concetto di garanzia.

¹⁸ M. STOLFI, *Appalto (contratto di)*, cit., p. 659; M. FRAGALI, voce *Garanzia* (diritto privato), cit., p. 450; S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 267.

¹⁹ Come sottolinea S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 267 *sub* nota 1009, è vero che l'art. 1255 c.c. prevede la possibilità che il debitore principale ed il garante siano la stessa persona, nel caso in cui vi sia un interesse del creditore in tale senso, tuttavia questa possibilità sembra circoscritta alla fattispecie di riunione soggettiva sopravvenuta posteriormente, da un punto di vista temporale, alla costituzione del rapporto, con esclusione, quindi, dell'ipotesi di contestuale costituzione del rapporto obbligatorio e della garanzia personale da parte del medesimo soggetto. Si veda sul punto P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione delle obbligazioni*, Camerino-Napoli, 1995, p. 54 e ss.

criterio di colpevolezza - all'adempimento della prestazione di eseguire l'opera; dall'altro lato, sarebbe tuttavia contemporaneamente tenuto a garantire l'assenza di difetti nell'opera oggetto della sua prestazione, stavolta senza che l'elemento soggettivo possa rivestire alcuna importanza. Tale ragionamento non convince appieno. C'è da tenere in considerazione, poi, che una siffatta garanzia, violerebbe palesemente il dettato del 1941 c.c.²⁰ in quanto verrebbe assunta a condizioni più onerose del rapporto che si prefigge di garantire. Si perderebbe così, peraltro, la caratteristica che differenzia la funzione di garanzia da quella assicurativa²¹, ovvero l'accessorietà, tipica del rapporto fideiussorio.

Anche la Cassazione, dopo un'iniziale fase nella quale pareva condividere la tesi della garanzia in senso tecnico, ha successivamente abbandonato tale impostazione, intendendo il termine garanzia come responsabilità²². Emblematica a questo proposito, la sentenza²³ nella quale la Suprema Corte ha ribadito che la garanzia prevista dagli artt. 1667-1668 c.c. è una applicazione della generale responsabilità per inadempimento che si differenzia dal regime ordinario esclusivamente in ragione dei ben più stringenti termini di decadenza e prescrizione.

Parrebbero condivisibili le argomentazioni avanzate dalla giurisprudenza appena richiamata e da quella parte di dottrina²⁴ che hanno confutato l'assunto secondo cui la garanzia in questione sarebbe una obbligazione dotata di propria autonomia²⁵, diversa dunque dall'obbligazione principale dedotta nel contratto d'appalto. In realtà, tale obbligazione risulta infatti già racchiusa all'interno di quella principale - ovvero eseguire l'opera appaltata - e ad essa è strettamente connessa, in modo pressoché indissolubile dato che, obbligandosi al compimento dell'opera, l'appaltatore si vincola contemporaneamente ad eseguirla senza vizi né difetti. La prestazione della garanzia prevista dal 1667 e 1668 c.c. dovrebbe pertanto essere considerata come connaturata al contratto d'appalto, inserendosi all'interno dello stesso obbligo di prestazione gravante sull'appaltatore: egli infatti si obbliga a fornire un *opus* eseguito a regola d'arte ed idoneo a realizzare concretamente le funzioni per le quali è stato commissionato, rispondendo, dunque, laddove non riesca a raggiungere tale risultato, per inesatto adempimento, secondo i criteri

²⁰ Che, come è noto, stabilisce che la fideiussione non possa essere prestata a condizioni più onerose rispetto al rapporto garantito.

²¹ In ordine a tale differenza si veda G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Camerino-Napoli, 1993, p. 174 e ss.

²² Tale filone giurisprudenziale trae le proprie origini da Cass., 13/8/1964, n. 2314, in *Rep. Giust. civ.*, 1964, voce *Appalto*, nn. 22-24 poi seguita da Cass., 18/1/1980, n.432 in *Rep. Giust. civ.*, 1980, voce *Appalto*, nn. 17-39; Cass., 7/2/1983, n. 1016, in *Giust. Civ.*, 1984, I, p. 273.

²³ Il riferimento è a Cass., 20/1/2010, n. 936 annotata da C. SPACCAPELO, *Anche in materia di appalto spetta l'obbligo di provare l'esattezza del proprio adempimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1/2011, p. 188 e ss.

²⁴ Il riferimento è a C. GIANATTANASIO, *L'appalto*, cit., p. 193; D. RUBINO, *L'appalto*, 4^a ed., con note di E. MOSCATI, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. VASSALLI, VII, 3, Torino 1980, p. 478 e ss.; D. RUBINO e G. IUDICA, *Appalto*, 4^a ed., in *Comm. Cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2007, *passim*.

²⁵ Come accade per quanto riguarda la garanzia del venditore nel contratto di compravendita, circostanza di cui dà atto S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 270, riportando in nota gli Autori che in dottrina si sono occupati della natura giuridica delle garanzie dovute dal venditore. Per un parallelo fra la qualificazione della garanzia nella vendita e quella nell'appalto si veda B. GRAZZINI, *Natura giuridica dei vizi nell'appalto e nella vendita e onere della prova in materia di inadempimento contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 466 e ss.

generali, fra cui la necessarietà della colpa²⁶.

A sostegno della riconducibilità della “garanzia” prevista dal 1667 c.c. nell’alveo del concetto giuridico di responsabilità, è stato sottolineato²⁷ come il secondo comma del 1668 c.c. preveda un rimedio demolitorio (la possibilità, per il committente, di chiedere la risoluzione nel caso in cui vizi siano tali da rendere l’opera del tutto inadatta alla sua destinazione), in aperto contrasto con quella che sarebbe la funzione della garanzia in senso tecnico, da intendersi, invece, come latamente soddisfattoria.

Dottrina di stampo opposto²⁸ ha contestato l’impostazione qui condivisa, partendo, più che da un’analisi sistematica, da ragionamenti di stampo socioeconomico. Si è così affermato che la tesi che interpreta il termine “garanzia” nell’accezione di “responsabilità” sarebbe contraddittoria e viziata da un’impostazione ideologica contraria alla responsabilità oggettiva, maggiormente idonea, nell’ambito dell’appalto, a garantire la migliore allocazione dei rischi. In un’ottica giuseconomica, si è infatti sostenuto che la responsabilità oggettiva sia preferibile rispetto a quella fondata sulla colpa, in quanto unica soluzione in grado di trasferire concretamente il peso derivato al sistema economico dal malfunzionamento dell’impresa su quest’ultima²⁹. Pertanto, qualificare la responsabilità dell’appaltatore come una vera e propria garanzia permetterebbe di soddisfare maggiormente le esigenze del sistema economico, tutelando in modo più forte il committente, che spesso costituisce la parte debole del rapporto contrattuale³⁰.

Secondo tale differente modo di inquadrare la questione, dare al termine “garanzia” il significato di “responsabilità”, porterebbe ad un’ingiustificata mancanza di considerazione per il dato letterale ed a non dare il giusto rilievo all’inciso presente nel primo comma dell’art. 1668 c.c., ove invece il legislatore parla espressamente di colpa come requisito per poter domandare il risarcimento del danno.

Tale contestazione non parrebbe, tuttavia, decisiva. Proprio le considerazioni di stampo socioeconomico dovrebbero indurre a riflettere molto attentamente alle conseguenze estreme cui può portare l’assunto secondo cui l’appaltatore sarebbe tenuto ad una vera e propria garanzia e risponderebbe a prescindere dal requisito della colpa: l’appaltatore vedrebbe infatti notevolmente ampliata la sua sfera di responsabilità, con relativo incremento delle possibilità di andare incontro ad una crisi d’impresa. Tale circostanza potrebbe portare anche ad una peggiore realizzazione delle altre opere appaltate, nel tentativo di recuperare parte del mancato guadagno causato da precedenti responsabilità, tramite l’utilizzo di materiali meno costosi o di manovalanza meno qualificata.

D’altra parte, se si analizza con attenzione la concreta realtà dei rapporti socio-economici attuali, ci si può rendere conto che non sempre ha ragione di esistere una rigida dicotomia fra imprenditori forti e committenti deboli e sprovveduti. Ciò appare particolarmente evidente in relazione alla figura dell’appalto in edilizia. In quest’ambito,

²⁶ Si vedano L.V. MOSCARINI, *L’appalto*, cit., p. 738; L. BELLANOVA, *Difformità, vizi e difetti nell’appalto: a proposito del i comma del 1667 c.c.*, cit., p. 592; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell’appaltatore*, cit., p. 78 e ss.; S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 270.

²⁷ Il riferimento è a L. BELLANOVA, *Difformità, vizi e difetti nell’appalto: a proposito del i comma del 1667 c.c.*, cit., p. 593.

²⁸ F. MARINELLI, *La responsabilità dell’appaltatore*, cit., p. 305.

²⁹ Tale impostazione si uniforma ai concetti enunciati per la prima volta da P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 512 e ss.

³⁰ In tal senso si è espressa M.C. CERVALE, *La responsabilità dell’appaltatore*, cit. p. 362.

accanto ad un'incontestabile presenza di grandi cordate imprenditoriali, si osserva anche un proliferare di realtà di gran lunga più modeste (ditte individuali o piccole società) la cui solidità è spesso fortemente minacciata dall'accadimento di eventi di carattere nazionale o transnazionale non certo prevedibili o contenibili con la normale diligenza (si pensi al recente aumento esponenziale dei costi o alla carenza di materie prime a seguito del conflitto russo-ucraino o, ancora prima, agli effetti determinati dalla pandemia da covid-19³¹).

Sembrebbero pertanto maggiormente condivisibili le argomentazioni di quella parte di dottrina³² che ha sottolineato le nefaste conseguenze cui si perverrebbe accettando la tesi della garanzia in senso tecnico: si finirebbe infatti per non dare alcuna rilevanza al grado di diligenza impiegato dall'appaltatore nell'esecuzione dell'*opus*, con un ragionamento che appare, a ben vedere, del tutto incoerente rispetto sistema ed alle sue previsioni normative, primo fra tutti l'art. 2 della Cost. che impone il rispetto dei doveri di solidarietà sociale, di cui parrebbe espressione, nell'ambito *de quo*, l'art. 1176 c.c. sulla diligenza nell'adempimento. La struttura giuridica dell'appalto e le ragioni di carattere giuseconomico, per quanto rilevanti, non potranno mai sopravanzare principi costituzionali stabiliti a diretta tutela della persona³³, contrariamente a quanto sostenuto da coloro che affermano la correttezza della tesi della garanzia in senso tecnico.

Inoltre, la tesi che propugna un'interpretazione del termine in esame come garanzia in senso tecnico sembrerebbe non tenere in debita considerazione la circostanza che nel contratto di appalto la responsabilità *ex* 1667 c.c. viene elisa nel caso in cui l'appaltatore riesca a dimostrare che i vizi siano stati determinati da cause a lui non imputabili³⁴. Per la verità c'è stato chi³⁵ ha tentato di controbattere a tale circostanza sostenendo che anche la tesi che qualifica la responsabilità dell'appaltatore come una garanzia in senso tecnico non addossa al garante qualsivoglia evento che possa astrattamente avere effetti negativi sull'opera: graverebbero sull'appaltatore solo quegli effetti che siano in un certo qual modo governabili dal medesimo, in quanto causati da fattori della produzione. Esulerebbero quindi dalla copertura di tale forma di garanzia i vizi cagionati da caso fortuito o forza maggiore. Purtuttavia - anche tralasciando la considerazione che una

³¹ Relativamente agli effetti della pandemia specificatamente sul contratto di appalto si veda A. ALBANESE, *Il più moderno tra i contratti più antichi: le nuove sfide dell'appalto*, in *Giur. comm.*, 4/2023, p. 688 e ss. L'Autore si interroga sulla possibilità di desumere dal sistema un generale dovere di rinegoziazione del contratto, indipendente da precise disposizioni normative in tal senso. Le condivisibili argomentazioni parrebbero avere risvolti anche dal punto di vista della responsabilità per difformità o vizi correlati alla pandemia, imprevedibili nonostante la diligenza dell'appaltatore. Più in generale, sui rapporti fra pandemia e disciplina generale del contratto si vedano: F. MACARIO, *Covid-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?* in *Nuov. giur. civ. comm.*, 1/2020, p. 80 e ss.; A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, in *Contr.*, 2/2020, p. 213 e sss.

³² Ci si riferisce a quanto argomentato da M. LIPARI, *Il rischio nell'appalto e l'alea normale del contratto*, in *Giust. civ.*, 1986, p. 223.

³³ Per la centralità della tutela della persona nell'ordinamento giuridico si veda almeno P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale* secondo il sistema italo-comunitario delle fonti, 3^a ed. Napoli, 2006, *passim*.

³⁴ Già M. STOLFI, *Appalto (contratto di)*, cit., p. 660, aveva mosso tale obiezione, richiamando ad esempio i casi in cui i vizi dipendano da forza maggiore, da fatto illecito del terzo, da errori nel progetto redatto dal committente, dall'omissione di corretta manutenzione dell'opera.

³⁵ F. MARINELLI, *La responsabilità dell'appaltatore*, cit., p. 313.

siffatta forma di responsabilità, conseguenza della garanzia in senso tecnico, parrebbe configurare più una figura di responsabilità aggravata piuttosto che oggettiva vera e propria³⁶, come invece professano i sostenitori di tale tesi - questa impostazione non parrebbe essere in grado di spiegare come mai nell'art. 1662 c.c. il legislatore abbia previsto uno stringente potere di controllo da parte del committente: non avrebbe senso contemplare una possibilità di verificare la misura della diligenza e dello sforzo profuso dall'appaltatore nell'esecuzione dell'opera se poi di tale sforzo non si avesse minimamente considerazione ai fini della responsabilità, affermando l'irrilevanza dell'elemento della colpa³⁷. Del resto, dal momento che i principi generali che governano l'obbligazione debbono essere ritenuti validi anche nell'ambito della specifica disciplina dell'appalto, non si vede in base a quale motivo si possa affermare che nel caso di specie la diligenza concretamente profusa dall'appaltatore non dovrebbe avere rilevanza al fine di stabilire se questi sia responsabile o no dei vizi e delle difformità.

3. Natura colposa o oggettiva della responsabilità contrattuale *ex artt. 1667 e 1668 c.c.*

Il nodo interpretativo in ordine alla responsabilità dell'appaltatore *ex artt. 1667-1668 c.c.* non è tuttavia completamente sciolto in conseguenza delle argomentazioni fin qui svolte.

Invero, il fatto che la responsabilità gravante sull'appaltatore non costituisca una garanzia in senso tecnico non esclude a priori la possibilità che essa sia a lui ascrivibile indipendentemente dalla presenza dell'elemento psicologico.

Va compreso, dunque, se essa debba essere fondata sul principio della colpa³⁸, in base alle regole generali stabilite in materia contrattuale, con applicazione del 1218 c.c., ovvero se, al contrario, possa ipotizzarsi - come sostenuto da parte della dottrina³⁹ - che si tratti di una responsabilità della quale l'appaltatore risponda *tout court*.

Alla luce dei principi generali sembrerebbe maggiormente condivisibile la tesi che fonda la responsabilità dell'appaltatore sulla colpa di quest'ultimo, con applicazione dei principi generali in tema di responsabilità contrattuale al caso di specie. Ne discenderebbe la conseguenza che, sebbene sia onere probatorio del committente dimostrare la presenza

³⁶ Si pensi alla ben nota differenza che intercorre -in ambito extracontrattuale- fra le fattispecie disciplinate da un lato dagli artt. 2047, 2048, 2050, 2051, 2052, 2053 e 2054 c.c., che ammettono tutte la prova liberatoria, e dall'altro dall'art. 2049 c.c. che, non prevedendo tale possibilità, va a costituire un esempio di vera e propria responsabilità oggettiva a tutti gli effetti.

³⁷ Un ragionamento antitetico è stato propugnato da F. MARINELLI, *La responsabilità dell'appaltatore*, cit., p. 315 il quale afferma che il controllo previsto dall'art. 1662 c.c. abbia la finalità di evitare che irregolarità nella fase di esecuzione possano compromettere la realizzazione dell'*opus*, mirando quindi alla realizzazione di un'opera priva di difetti, fine ultimo che si prefigge la norma.

³⁸ Di questo avviso sono G. MUSOLINO, *La responsabilità civile nell'appalto*, Padova, 2003, p. 82 e ss.; S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 271 e ss.

³⁹ D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino, 1965 p. 391; P. SIBILLE, *La garanzia per i vizi o difformità dell'opera nel contratto d'appalto*, in *Corr. amm.*, 1967, p. 403 e ss.; F. LAPERTOSA, *La garanzia per i vizi nella vendita e nell'appalto*, in *Giust. civ.*, 2/1998, p. 45 e ss.; M.C. CERVALE, *La responsabilità dell'appaltatore*, cit. p. 362; F. MARINELLI, *La responsabilità dell'appaltatore*, cit., p. 313, M. DELLACASA, *La garanzia per i vizi e difformità: profili generali e regime della garanzia*, in *Trattato dei contratti* diretto da V. ROPPO e A. M. BENENDETTI, III, *Opere e servizi*, 1, p. 331 e ss. In giurisprudenza si sono schierate a favore della ricostruzione della responsabilità dell'appaltatore come oggettiva: Cass., 9/11/1960, n. 2980, in *DeJure*; Cass., 12/9/1966, n. 236062, in *DeJure*; Cass., 10/6/1968, n. 1662, in *DeJure*; Cass., 30/7/1982, n. 4367, in *Foro pad.*, 3/1982, p. 249 e ss.

degli asseriti vizi riscontrati sull'opera completata, una volta dimostrato ciò, la colpa dell'appaltatore si presumerebbe⁴⁰, con inversione dell'onere probatorio. L'appaltatore sarà dunque considerato responsabile salvo che fornisca la prova liberatoria, dimostrando che il vizio o la difformità, lungi dall'essere l'effetto di una propria condotta colposa, sia stato cagionato da un evento avverso inevitabile. Non è sufficiente, dunque, fornire la prova di aver utilizzato un grado di diligenza adeguato, l'appaltatore è invece gravato dall'onere di dimostrare specifici fatti imprevedibili ed inevitabili, che hanno determinato le imperfezioni ed i vizi dell'*opus*⁴¹. In buona sostanza egli dovrebbe dunque dimostrare uno dei seguenti eventi per fornire la prova liberatoria: il caso fortuito; il fatto che le conoscenze tecniche, al momento della realizzazione dell'opera, non permettessero di evitare la il verificarsi del difetto; l'impossibilità di evitare l'insorgenza del vizio pure impiegando la massima diligenza e perizia possibili; o, infine, un vizio del progetto, dei materiali o delle istruzioni (purché segnalati) fornite dal committente⁴².

L'opposta tesi, secondo cui la "garanzia" cui è tenuto l'appaltatore costituirebbe una forma di responsabilità oggettiva, critica l'impostazione qui sostenuta sulla base dell'assunto che il dato lessicale del 1668 c.c. parrebbe stabilire una differenza in ordine al fondamento giuridico dell'imputazione della responsabilità in relazione al tipo di rimedio richiesto. Ed infatti, se da un lato per poter domandare un risarcimento viene esplicitamente previsto il requisito della colpa, dall'altro l'elemento soggettivo non è richiamato nel caso in cui si opti per l'eliminazione del vizio o la riduzione del prezzo. Da ciò, si dovrebbe trarre la conclusione che, pur qualificando la responsabilità dell'appaltatore come una fattispecie di inadempimento contrattuale, le si dovrebbe

⁴⁰ Tale impostazione è stata fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità in tema di appalto già da molti anni, si vedano in tal senso, ad esempio, Cass., 15/7/1976, n. 2798, in *Rep. Giust., civ.*, 1976, voce *Appalto*, n. 26; Cass., 12/1/1978, n. 129, in *Rep. giust. civ.*, 1978, voce *Appalto*; Cass. 30/7/1982, n. 4367, in *DeJure*. Più in generale, in ordine alla prova dell'inadempimento di un'obbligazione, nel senso che il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno ovvero per l'adempimento debba provare solamente la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, si veda Cass., Sez. Un., 30/10/2001, n. 13533 in *Giust. civ., Mass.*, 2001, p. 1826; in *Corr. giur.*, 12/2001, p. 1565, con nota di V. MARICONDA, *Le Sezioni Unite chiudono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Danno e resp.*, 3/2002, p. 318 e ss; in *Contratti*, 2/2002, p. 113, con nota di U. CARNEVALI, *L'inadempimento e l'onere della prova*. Specificatamente in tema di appalto, nella giurisprudenza di merito, conformi all'impostazione sopra delineata, si segnalano: Trib. Arezzo, 15/5/2018, n. 548, in *DeJure*; App. Genova, 14/3/2019 n. 363 in *DeJure*; Trib. Roma, 22/06/2021, n. 10923 in *DeJure*.

⁴¹ Si veda sul punto D. RUBINO, *L'appalto*, cit. p. 521 e ss.

⁴² Per un maggiore approfondimento sul punto si vedano S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 272; A. SCACCHI, *Appalto (diritto privato)*, in *Enc. Giur. Treccani*, II, voce aggiornata, Roma, 2006, p.9; V. MANGINI e M. IACUNIELLO BRUGGI, *Il contratto di appalto*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, Torino, 1997, p.264.

assegnare natura oggettiva poiché nel contratto d'appalto è prevista una specifica ripartizione del rischio contrattuale⁴³, particolarmente gravosa per l'appaltatore⁴⁴.

Inoltre, i sostenitori della natura oggettiva della responsabilità *de qua* avvalorano la propria tesi anche in ragione della qualificazione del contratto d'appalto come contratto di risultato⁴⁵, circostanza dalla quale si fa discendere l'irrelevanza della condotta dell'appaltatore, che sarebbe sempre responsabile nel caso in cui non sia riuscito a fornire un *opus pefectum*, pur avendo adottato la massima diligenza possibile.

Tali considerazioni non paiono tuttavia condivisibili, come sottolineato da attenta dottrina⁴⁶. È stato infatti sottolineato come la collocazione dell'appalto fra i contratti di risultato derivi da un'impropria generalizzazione, dato che, per decidere se l'appaltatore sia responsabile o meno, il suo comportamento andrebbe analizzato alla stregua delle regole dell'arte.

Secondo tale più condivisibile visione, anche nell'appalto la diligenza del debitore rivestirebbe un ruolo fondamentale ai fini della sua responsabilità, in modo del tutto analogo a ciò che accade negli altri contratti che abbiano ad oggetto prestazioni di fare.

L'appaltatore infatti, lungi dal rispondere aprioristicamente in base ad astratte classificazioni, adempie correttamente all'obbligazione assunta se, comportandosi diligentemente ai sensi del secondo comma dell'art. 1176 c.c., si uniforma alle regole dell'arte attualmente vigenti nel proprio settore di competenza. E ciò indipendentemente dal fatto che tale rispetto abbia poi determinato o meno il concreto raggiungimento del risultato utile sperato dal committente⁴⁷.

⁴³ Si veda in tal senso quanto sostenuto da P. SIBILLE, *La garanzia per i vizi o difformità dell'opera nel contratto d'appalto*, cit., p. 403.

⁴⁴ Ai sensi dell'art. 1672 l'appaltatore, infatti, perde il diritto al pagamento della parte di opera già realizzata nel caso in cui la prosecuzione sia divenuta oggettivamente impossibile per causa non imputabile ad alcuna delle parti e non rivesta una qualche utilità per il committente (Sul punto si segnalano, le considerazioni di M. COSTANZA, *Perimento e deterioramento dell'opera*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 67. L'Autore è a favore della tesi della responsabilità oggettiva). Inoltre in base al disposto del 1673 c.c. il perimento o deterioramento dell'opera antecedente all'accettazione è a carico dell'appaltatore (salvo per quanto riguarda il valore della materia, qualora sia stata fornita direttamente dal committente).

⁴⁵ Si veda, ad esempio, quanto sostenuto da F. MARINELLI, *La responsabilità dell'appaltatore*, cit., p. 314. Per un inquadramento dottrinale in ordine alla generale distinzione fra obbligazioni di mezzi e di risultato, senza alcuna pretesa di completezza, si vedano, almeno: L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 185 e ss., p. 280 e ss., p. 366 e ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1987, p. 58 e ss.; P. RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1979, p. 190 e ss.; V. DE LORENZI, *Classificazioni dogmatiche e regole operazionali in tema di responsabilità contrattuale*, Milano, 1981, p. 101 e ss.; ID., *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XII, Torino, 1995, p. 397 e ss.; G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione fra obbligazioni di mezzi e di risultato*, Napoli, 1999.

⁴⁶ G. MUSOLINO, *La diligenza e le regole dell'arte nel contratto di appalto*, in *Riv. trim. app.*, 3/1998, p. 460 e ss.; ID., *La responsabilità civile nell'appalto*, cit., p. 82 e ss.; S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 278 e ss.; ID., *La responsabilità dell'appaltatore*, cit., p. 41 e ss., in particolare p. 54.

⁴⁷ S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 279, porta ad esempio il caso in cui una ditta informatica, abbia assunto l'appalto di creare un programma in grado di proteggere la banca dati dell'impresa committente dagli attacchi degli *hackers*: egli avrà adempiuto correttamente laddove, dopo aver

Del resto, se la diligenza dell'appaltatore - estrinsecata dal rispetto delle regole dell'arte - non avesse alcuna rilevanza, non si spiegherebbe come mai il legislatore abbia previsto, all'art. 1662 c.c. il potere, da parte del committente, di controllare, durante l'esecuzione del rapporto, che l'appaltatore stia eseguendo l'opera a regola d'arte e nel rispetto delle prescrizioni contrattuali.

Anche l'argomento fondato sul dato letterale del 1668 c.c. - che prescrivendo il requisito della colpa solo per il risarcimento del danno potrebbe far pensare ad una natura oggettiva in ordine al dovere dell'appaltatore di eliminare i vizi o ridurre il prezzo - si rivela inadatto a supportare in maniera convincente la tesi favorevole ad una responsabilità oggettiva dell'appaltatore.

Come sottolineato in dottrina⁴⁸, infatti, nell'interpretazione della norma non ci si può fermare al dato letterale, dovendosi sempre tenere conto dei principi che governano il sistema (ivi compreso dunque quello sancito dal 1176 co. 2 c.c. per quanto riguarda la diligenza qualificata) nonché dell'ordinamento giuridico nel suo complesso.

Per la verità va segnalato che sul punto è recentemente emerso in dottrina un interessante terzo filone interpretativo⁴⁹: nel tentativo di sanare i contrasti delle due tesi appena illustrate, tale indirizzo ha ipotizzato che la responsabilità dell'appaltatore possa essere inquadrata in un *terzium genus*, diverso sia dalla responsabilità contrattuale pura che da quella oggettiva. La responsabilità ex 1667-1668 c.c. costituirebbe dunque un istituto composito, che presenta di volta in volta le caratteristiche della responsabilità per inadempimento o della responsabilità oggettiva, correlata al rischio contrattuale puro. Coloro che sostengono che la responsabilità oggetto del presente studio incarni un istituto eterogeneo, avvalorano la propria tesi sulla base di due considerazioni. Innanzitutto fanno notare come, da un punto di vista applicativo non si riscontrino grandi diversità in ordine agli effetti che comporta la scelta tra le due teorie classiche: in concreto l'individuazione del fondamento della garanzia dell'appaltatore risulterebbe abbastanza marginale, sia perché anche coloro che la qualificano come una responsabilità contrattuale sono estremamente rigidi nel permettere la prova liberatoria - di fatto avvicinandosi ad una forma di responsabilità simile a quella oggettiva propugnata dall'opposta tesi - sia perché è effettivamente molto poco frequente il caso in cui i vizi dell'*opus* possano essere ricondotti ad un evento fortuito⁵⁰. *In secundis*, ad un più attento esame, si può notare come le due tesi classiche abbiano in realtà diversi punti di contatto, avendo posizioni simili per

analizzato le modalità con le quali fino a quel momento hanno operato i pirati informatici, abbia allestito un programma in grado di impedire di effettuare ulteriori attacchi dello stesso tipo. L'adempimento sarà in questo caso da considerarsi corretto anche nel caso in cui gli *hackers* riescano successivamente a penetrare nella banca dati grazie ad una nuova modalità di pirateria informatica ancor più avanzata, mai utilizzata prima, e questo proprio perché la diligenza posta in essere dall'appaltatore non potrà in alcun modo essere contestata.

⁴⁸ G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, a cura di P. PIOVANI, Milano, 1962, p. 107 e ss.; P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica e assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 4/1985, p. 990 e ss.

⁴⁹ F. CAPPALÀ, *La natura della garanzia per i vizi nell'appalto*, Milano, 2011, p. 93 e ss.; ID., *Art. 1667 c.c.*, in *Codice dell'appalto privato*, 2^a ed., a cura di A. LUMINOSO, Milano, 2016, p. 622 e ss.; A. CAMEDDA, *La "garanzia" per le difformità e i vizi nell'appalto*, cit., p. 1101.

⁵⁰ Circostanza sottolineata da F. CAPPALÀ, *La natura della garanzia per i vizi nell'appalto*, cit. p. 62 e ripresa da M. DELLACASA, *La garanzia per i vizi e difformità: profili generali e regime della garanzia*, cit., p. 331 e ss.; A. CAMEDDA, *La "garanzia" per le difformità e i vizi nell'appalto*, cit., p. 1101.

quanto riguarda la suddivisione degli oneri probatori gravanti su appaltatore e committente e ritenendo entrambe che l'appaltatore sia liberato dalla garanzia prevista dal 1667 c.c. nel caso in cui le difformità siano state cagionate da direttive del committente vincolanti o contenenti errori che l'appaltatore non poteva cogliere con la diligenza ordinaria.

Tuttavia, per quanto tale ultimo inquadramento possa apparire accattivante, e pur nella consapevolezza che gli effetti della scelta fra una responsabilità basata sulla colpa e quella oggettiva possa sembrare talvolta marginale, in questo settore, - anche in ragione dei punti di contatto fra le due teorie evidenziati dalla dottrina da ultimo esaminata - la scelta più corretta parrebbe comunque quella di ritenere la responsabilità dell'appaltatore come basata sul generale criterio della colpa. Solo in tal modo sembrerebbe infatti potersi rispettare il generale principio sancito dall'art. 1176 c.c. co. 2, secondo cui il corretto adempimento delle obbligazioni riguardanti l'esercizio di una attività professionale (categoria di cui è espressione l'appalto) è incentrato sulla diligenza qualificata, contrapposta a quella del buon padre di famiglia prevista in via generale dal primo comma del medesimo articolo. Tale diligenza qualificata non può che essere valutata in base al rispetto o meno delle *regulae artis* da parte dell'appaltatore ed in correlazione con la specifica attività professionale esercitata nel caso concreto, senza trincerarsi dietro una classificazione, come quella fra obbligazioni di mezzi e di risultato, che è prettamente dottrinale, non rinvenendosi alcun dato codicistico a riguardo.

4. I rimedi previsti dal primo comma del 1668 c.c. a tutela del committente

Una volta risolte, nei termini sopra illustrati, le questioni ermeneutiche in ordine al significato da attribuire al termine "garanzia" e quelle riguardanti la qualificazione della responsabilità dell'appaltatore, appare opportuno analizzare partitamente i singoli rimedi previsti dall'art. 1668 c.c. tentando anche di verificare se la scelta di ritenere la responsabilità dell'appaltatore fondata sulla colpa trovi conferma della sua bontà nel ventaglio rimediabile codicistico o se, viceversa, sia da questo smentita.

Come è noto, il committente, ai sensi del primo comma della norma poc'anzi citata, può avvalersi di tre rimedi: l'eliminazione del vizio o del difetto, la riduzione del prezzo ed il risarcimento del danno. Il legislatore prevede nella prima parte della norma rimedi soddisfattori (di cui il primo manutentivo), in ossequio al principio di conservazione del contratto e, come già illustrato, subordina all'esplicito requisito della colpa solo il risarcimento. Il secondo comma prevede poi un quarto rimedio, di tipo demolitorio, sotto forma di risoluzione, come *extrema ratio* qualora le difformità siano talmente gravi da rendere l'opera del tutto inadatta al suo scopo.

A livello generale il committente è libero di scegliere il rimedio soddisfattorio che ritiene più adatto alla tutela dei propri interessi⁵¹, tuttavia va segnalato che in dottrina sono presenti opinioni piuttosto difformi in ordine alla possibilità che il committente abbia

⁵¹Si veda, sul punto, A. CAMEDDA, *La "garanzia" per le difformità e i vizi nell'appalto*, cit., p. 1109.

facoltà di cambiare la propria scelta, una volta proposta la domanda giudiziale⁵². Alcuni⁵³, infatti, ritengono che la facoltà di scelta fra eliminazione dei difetti o riduzione del prezzo permanga anche una volta incardinato il giudizio, e perfino in appello; altri⁵⁴ sostengono, invece, che la scelta compiuta in giudizio cristallizzi e precluda dunque la possibilità di optare per il rimedio inizialmente scartato; altri ancora⁵⁵, infine, nel tentativo di tutelare al massimo entrambe le parti contrattuali, danno una risposta differente a seconda che ad essere scelta inizialmente sia stata l'azione di eliminazione dei difetti, o viceversa quella di riduzione del prezzo. Tale ultima impostazione, parrebbe in effetti quella maggiormente in grado di applicare correttamente il principio della buona fede che permea tutto l'ordinamento italiano.

4.1. segue. L'eliminazione dei vizi

⁵² Anche in ordine alla fase stragiudiziale c'è peraltro una diversità di vedute: se infatti da un lato alcuni autori ritengono che il committente sia libero di cambiare il rimedio anche dopo averne formalmente scelto uno, tramite un atto stragiudiziale - in tal senso si sono espressi D. RUBINO, e G. IUDICA, *Appalto*, cit., p. 415 - altri - il riferimento è a M. DELLACASA, *La garanzia per i vizi e difformità: profili generali e regime della garanzia*, cit., p. 411 e ss. - sostengono che, una volta domandata la riduzione del prezzo in via stragiudiziale, il committente potrebbe cambiare idea, chiedendo l'eliminazione del difetto, solo dimostrando che l'appaltatore non ha fatto affidamento sulla sua iniziale richiesta. Tale considerazione discende dall'applicazione del generale principio di buona fede anche nell'ambito *de quo*: l'appaltatore, sulla base dell'iniziale opzione per la riduzione del prezzo, potrebbe infatti aver legittimamente rimosso i materiali, gli strumenti (impalcature, macchinari, etc.) o la forza lavoro da quel cantiere, per dislocarla su un altro e comporterebbe un ingiusto aggravio della sua posizione costringerlo a riportare il tutto in loco (con i relativi costi e disagi) sulla base del mero capriccio del committente.

⁵³ Tale opinione è fatta propria da M. GIANATTANASIO, *L'appalto*, cit., p. 210 e ss.; G. MUSOLINO, *Appalto e contratto d'opera*, Bologna, 2008, p. 70; E. RUSSO e C. CRIACO, *L'appalto privato*, in *Giurisprudenza critica*, diretta da P. CENDON, Torino, 2005, p. 379 e ss., sulla scorta della considerazione che si tratterebbe di una mera modifica dell'iniziale domanda proposta in giudizio, non già di una nuova domanda. In giurisprudenza, in linea con tale impostazione si segnalano Cass., 8/4/1975, n. 1496, in *Giur. it.*, 12/1976, I, p. 1811; Cass., 15/6/1976 n. 2236, in *Giust. civ.*, 7/1976, I, p. 787.

⁵⁴ I sostenitori di questa tesi inquadrano il cambio del rimedio per cui si è optato come una vera e propria nuova domanda, integrante una *mutatio libelli* vietata ai sensi del codice di procedura civile. Il *petitum* sia sostanziale che processuale delle due azioni è infatti differente, sul punto si veda D. RUBINO e G. IUDICA, *Appalto*, cit., p. 416.

⁵⁵ M. DELLACASA, *La garanzia per i vizi e difformità: profili generali e regime della garanzia*, cit., p. 410 e ss. - applicando il generale principio della buona fede, con un'impostazione coerente con quanto dal medesimo autore affermato per l'ambito stragiudiziale - sostiene infatti che il committente che abbia originariamente domandato eliminazione dei difetti possa poi mutare la sua richiesta nel corso del giudizio, domandando la riduzione del prezzo, laddove l'appaltatore continui ad essere inadempiente. Viceversa il committente non potrebbe domandare successivamente l'eliminazione dei difetti se abbia originariamente agito in giudizio chiedendo la riduzione del prezzo, perché tale mutamento determinerebbe un pregiudizio per il convenuto, il quale abbia fatto ragionevole affidamento sulla definitiva inattuazione del rapporto.

L'eliminazione dei vizi⁵⁶ ad opera dell'appaltatore costituisce senz'altro l'opzione più naturale ed immediata per far fronte alla presenza di tali difformità⁵⁷, permettendo di contenere i costi e di risolvere la problematica con tempistiche brevi. Essa va a costituire a livello tecnico una azione di esatto adempimento⁵⁸ con profili di specialità per quanto riguarda termini di decadenza e prescrizione determinati dalla soggezione al regime sancito dall'art. 1667 c.c.

In quest'ambito si evidenziano, peraltro, importanti risvolti relativi alla questione della necessità o meno della colpa nell'affermazione di una responsabilità dell'appaltatore: muovendosi all'interno del rimedio costituito dall'eliminazione dei difetti, infatti, l'elemento soggettivo varia a seconda del caso concreto che di volta in volta viene in questione, come è stato attentamente sottolineato in dottrina⁵⁹.

Nulla quaestio nel caso in cui il difetto si sia verificato a causa dell'inosservanza delle regole dell'arte da parte dell'appaltatore: tale negligenza integrerà senz'altro il requisito della colpa, ed il committente avrà diritto all'eliminazione dei vizi.

Allo stesso modo, laddove l'appaltatore abbia diligentemente rispettato le regole dell'arte attualmente conosciute⁶⁰, ma, nonostante ciò, il vizio si sia verificato ugualmente,

⁵⁶ Hanno trattato specificatamente il tema dell'eliminazione dei difetti nell'appalto L. GRISOSTOMI TRAVAGLINI, *Impegno alla eliminazione dei difetti dell'opera e novazione dell'obbligazione di garanzia nel contratto di appalto*, in *Giust. civ.*, 9/1996, I, p. 1062 ss.; E. FABIANI, *Esecuzione forzata in forma specifica ed eliminazione dei vizi e/o difformità dell'opera appaltata*, in *Foro pad.*, 1999, I, p. 2636; R. FADDA, *Sull'impegno dell'appaltatore di eliminare i difetti dell'opera nei contratti di appalto*, in *Riv. giur. sarda*, 4/2007, I, p. 384 ss.

⁵⁷ Di tale avviso sono M. SANDULLI, *Sull'eliminazione delle difformità e dei vizi dell'opera a spese dell'appaltatore*, in *Riv. giur. edil.*, 9/1969, I, p. 959; F. MARINELLI, *La responsabilità dell'appaltatore*, cit., p. 322.

⁵⁸ Si vedano sul punto D. RUBINO, *L'appalto*, cit., p. 508 e sss.; M. STOLFI, *Appalto-transporto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da G. GROSSO e F. SANTORO PASSARELLI, Milano, 1966, p. 61 e ss.; S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 288. In conseguenza di ciò, in base al principio "*inadimplenti non est adimplendum*", sancito a livello codicistico dalla lettera dell'art. 1460 c.c., il committente potrà legittimamente rifiutarsi di versare il corrispettivo all'appaltatore fintanto che questi non abbia eliminato il difetto. Sul punto una recente sentenza della Cassazione ha stabilito addirittura che il committente, convenuto per il pagamento di quanto pattuito, possa opporre all'appaltatore le difformità ed i vizi dell'opera, in virtù del principio sopra richiamato, anche quando la domanda di eliminazione dei vizi sarebbe prescritta ai sensi dell'art. 1667 c.c. ed indipendentemente dalla contestuale proposizione, in via riconvenzionale, di detta domanda, che può anche mancare, senza pregiudizio alcuno per la proponibilità dell'eccezione in esame. Il riferimento è a Cass., 09/03/2023, n. 7041 in *Mass. Giust. Civ.*, 2023.

⁵⁹ S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 285.

⁶⁰ Come sottolinea D. RUBINO, *L'appalto*, cit., p. 274, il rispetto delle regole dell'arte è integrato solo laddove le tecniche utilizzate siano quelle più moderne ed efficienti disponibili per lo stato dell'arte, mentre l'appaltatore andrebbe comunque incontro a responsabilità se si uniformasse a dei principi tecnici che siano ormai obsoleti, perché superati da nuove e più efficienti tecniche. Di parere leggermente diverso sul punto parrebbe S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 286, il quale ritiene preferibile che la valutazione in ordine al rispetto delle regole dell'arte sia effettuata al momento della stipula del contratto, solo in tal modo si riuscirebbe a commisurare la diligenza al livello di perizia esigibile dall'appaltatore, che deve soppesare le proprie competenze e capacità di uniformarsi alle regole dell'arte nel momento in cui assume il vincolo contrattuale.

l'elemento soggettivo non sarà integrato, ed il committente non avrà titolo per poter domandare un intervento riparatore⁶¹.

Se tuttavia il difetto verificatosi nonostante una condotta diligente dell'appaltatore - ad esempio per caso fortuito, come nell'ipotesi di un fulmine che abbia colpito l'opera danneggiandola - può successivamente essere eliminato con un successivo intervento correttivo (ad esempio la ritinteggiatura delle pareti folgorate) si è ritenuto⁶² che l'appaltatore debba procedere all'eliminazione del difetto a proprie spese. Ciò tuttavia non in base ad una asserita responsabilità oggettiva, quanto piuttosto in ragione dell'applicazione del generale principio sancito in ambito obbligatorio dall'art. 1256 c.c. in base al quale il debitore è liberato solo dalla sopravvenuta impossibilità di eseguire la prestazione, per cause a lui non imputabili. Il debitore (e di conseguenza nemmeno l'appaltatore) non è però liberato nel caso in cui la prestazione diventi più onerosa (salvo il caso di eccessiva onerosità). Naturalmente va tenuto in considerazione che nel caso dell'appalto se l'eliminazione del vizio sopraggiunto nonostante l'applicazione della massima diligenza comporti un aumento dei costi superiori al decimo del prezzo, l'appaltatore potrà avvalersi dell'art. 1664 c.c., chiedendo una revisione del proprio corrispettivo.

Resta infine da stabilire cosa debba accadere nel caso in cui l'appaltatore si sia diligentemente conformato alle regole dell'arte vigenti al momento della stipulazione del contratto - che a quel tempo non annoveravano al loro interno procedure in grado di evitare il difetto - ma nel corso della realizzazione dell'opera si sia verificata un'evoluzione tecnica tale da permettere di scongiurare la formazione del difetto (o la sua eliminazione qualora già verificatosi). Parrebbe che in questo caso non possa ravvisarsi, in capo all'appaltatore, un obbligo di eliminazione del vizio ai sensi del 1668 c.c.: non potrebbe infatti essergli mosso alcun rimprovero a titolo di colpa, avendo egli adottato le migliori tecniche conosciute al momento dell'assunzione dell'obbligazione. Si potrebbe tuttavia ipotizzare, in applicazione del generale principio sancito dall'art. 1375 c.c., che impone l'esecuzione del contratto secondo buona fede, che l'appaltatore nel caso in esame sia comunque tenuto ad adeguare l'opera con le più moderne innovazioni tecnologiche, rientrando tale circostanza nella fattispecie prevista dall'art. 1660 c.c., con conseguente diritto ad un aumento del prezzo concordato ed anche al recesso, qualora l'importo complessivo delle variazioni da apportare superi un sesto di quanto pattuito⁶³.

In ordine al rimedio costituito dall'eliminazione dei difetti sorge poi un ulteriore problema, su cui si sono interrogate dottrina e giurisprudenza: se l'intervento manutentivo debba essere necessariamente effettuato dall'appaltatore, o se i vizi e le difformità possano essere fatti eliminare ad un soggetto terzo rispetto al rapporto contrattuale (o direttamente dal committente, laddove questi ne sia in grado). La lettera della norma infatti tace sul punto, limitandosi a stabilire che i vizi e le difformità vadano eliminati "a spese" dell'appaltatore.

Sul punto si rinvergono due contrapposte teorie. La prima, in un'ottica di maggior rispetto del principio dell'autonomia negoziale, ritiene che il committente abbia la facoltà di incaricare dell'eliminazione dei difetti un'impresa diversa da quella dell'appaltatore, il

⁶¹ Si veda il già richiamato esempio degli *hackers*, *sub* nota 47.

⁶² S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 287.

⁶³ Si veda S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 288, il quale a sua volta cita G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Cod. civ. Commentario Schlesinger*, Milano, 1987, p. 213.

quale dovrebbe sopportarne il costo⁶⁴. Tale scelta parrebbe peraltro tenere in maggiore considerazione i concreti risvolti psicologici determinati nella sfera interna del committente dalla scoperta dei difetti: nella maggior parte dei casi infatti egli avrà perso la fiducia nell'appaltatore e preferirà quindi far eseguire l'intervento ad un terzo. La seconda tesi, assimilando il rimedio in esame alla generale azione di adempimento prevista dall'art. 1453 c.c., ritiene invece che l'eliminazione debba avvenire a cura dell'appaltatore stesso⁶⁵. I sostenitori di questa impostazione sottolineano la migliore tutela che ne discenderebbe per l'appaltatore: egli infatti potrebbe rimediare personalmente evitando dunque di sostenere il maggior costo che comporterebbe far eliminare i difetti ad un terzo. Al committente sarebbe pertanto preclusa la possibilità di avviare l'eliminazione dei vizi in autotutela: dovrebbe invece agire contro l'appaltatore per ottenere una sentenza di condanna da utilizzare poi per esperire l'azione di esecuzione forzata degli obblighi di fare ai sensi dell'art. 2931 c.c.

A ben vedere, tuttavia, parrebbe forse preferibile una terza via, prospettata da alcuni autori in dottrina⁶⁶ nel tentativo di mediare fra le due tesi contrapposte poc'anzi richiamate. Secondo tale impostazione il committente dovrebbe innanzitutto rivolgersi all'appaltatore, domandando che questi elimini in prima persona i difetti. Nel caso in cui questi si rifiuti o non si attivi il committente potrebbe però dare direttamente esecuzione, in via stragiudiziale, alla pronuncia di condanna ottenuta, incaricando un terzo di eliminare i vizi, senza dover necessariamente procedere ad esecuzione forzata *ex* 2931 c.c. In tal modo si riuscirebbe infatti a tutelare sia la posizione dell'appaltatore - che avrebbe in prima istanza la possibilità di eliminare personalmente i difetti, con minore aggravio di costi - sia quella del committente, che velocizzerebbe la procedura di intervento nel caso di inerzia della controparte, non essendo costretto ad attendere le tempistiche connesse all'esercizio dell'azione per l'esecuzione forzata.

4.2. segue. La riduzione del prezzo

⁶⁴In dottrina, manifestano approvazione per tale impostazione F. MARINELLI, *La responsabilità dell'appaltatore*, cit. p. 322; M. GIANATTANASIO, *L'appalto*, cit., p. 212. Nella giurisprudenza di legittimità si segnalano: Cass., 5/10/1953, n. 3180, in *Foro it.*, 1954, I, c. 1574; Cass., 28/3/1962, n.639, in *Rep. Foro it.*, 1962, voce *Appalto*, nn. 29 e 30; Cass.7/2/1983, n. 1016, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 273; Cass. 27/2/1991, n. 2110, in *Foro pad.*, 1992, I, p. 26. Nella giurisprudenza di merito parrebbe espressione di tale impostazione anche Trib. Bergamo, 15/3/2019, n. 640, in *DeJure*. In ordine alle spese determinate dall'eliminazione del vizio da parte del terzo, M. SANDULLI, *Sull'eliminazione delle difformità e dei vizi dell'opera a spese dell'appaltatore*, cit. p. 965, precisa che saranno da considerarsi gravanti sull'appaltatore solo quelle effettivamente necessarie all'eliminazione dei difetti e conformi ai prezzi di mercato.

⁶⁵ D. RUBINO, *L'appalto*, cit., p.509 e ss.; G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, 2^a ed., in *Cod. comm. civ.*, Libro IV, 3, Torino, 1968, p. 469; C. GIANATTANASIO, *L'appalto*, cit., p. 211; G. ULISSE, *Profili peculiari della tutela del committente in presenza di vizi o difformità dell'opera appaltata*, in *Giust. civ.*, 1984, II, p. 332 e ss.; V. MANGINI e M. IACUNIELLO BRUGGI, *Il contratto di appalto*, cit. p. 303; S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 288. In giurisprudenza, conformi a tale interpretazione si segnalano: Cass. 27/2/1988, n. 2073, in *Giur. it.*, 1989, I,1, c. 304; Cass., 18/2/2000, n. 1836, in *Urb. App.*, 5/2000, p.612; Cass., 16/9/2014, n. 19482, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Appalto*, n.11.

⁶⁶ Il riferimento è alla soluzione proposta da E. LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore* cit., p. 102, richiamato anche da A. CAMEDDA, *La "garanzia" per le difformità e i vizi nell'appalto*, cit. p. 1107.

Il secondo rimedio previsto dal primo comma del 1668 c.c., anch'esso satisfattivo e finalizzato alla conservazione del contratto, è costituito dalla possibilità per il committente di chiedere una proporzionale riduzione del prezzo qualora siano presenti vizi o difformità dell'*opus* appaltato. Il legislatore, tramite l'utilizzo della congiunzione disgiuntiva "oppure" non lascia dubbi⁶⁷ sul fatto che il rimedio sia previsto in via alternativa⁶⁸ rispetto all'eliminazione del difetto⁶⁹, dando al committente la facoltà di scelta, con una verosimile propensione per l'opzione in esame in tutti quei casi in cui non abbia più fiducia nell'appaltatore. Da tale circostanza si può peraltro trarre un ulteriore argomento per contestare la tesi che - relativamente al rimedio dell'eliminazione dei difetti poc'anzi analizzato - propende per ammettere la facoltà del committente di rivolgersi immediatamente ad impresa diversa da quella dell'appaltatore, sulla scorta della considerazione che in questi casi si perde normalmente la fiducia nelle capacità tecniche del soggetto che ha consegnato un'opera viziata. A ben vedere, infatti, il legislatore ha già previsto un rimedio - la riduzione del prezzo - più che idoneo ad essere utilizzato dal committente nel caso di sopravvenuta mancanza di fiducia. L'appaltante, invero, ben potrebbe optare per la domanda di riduzione, liberarsi dell'ingombrante figura dell'originario appaltatore ed eventualmente pure rivolgersi, successivamente, ad una nuova impresa, facendo fronte ai relativi costi col risparmio ottenuto sul precedente contratto, ragion per cui non si vedrebbe la necessità di tener conto dell'eventuale perdita di fiducia anche in ambito di eliminazione dei vizi.

Nell'ottica dell'analisi sistematica della normativa in questione che ci si è prefissi di effettuare, con attenzione ai principi e valori cardine dell'ordinamento, parrebbe potersi affermare che l'azione di riduzione del prezzo prevista dal 1668 c.c. sia una specifica applicazione del generale principio dell'impossibilità sopravvenuta parziale⁷⁰, sancito

⁶⁷ In realtà è di opinione contraria F. MARINELLI, *La responsabilità dell'appaltatore*, cit. p. 323, il quale ritiene che l'azione di eliminazione dei vizi e quella di riduzione del prezzo siano compatibili fra loro e possano essere proposte anche contestualmente, poiché entrambe a tutela di un interesse del committente.

⁶⁸ Di questo avviso sono C. MASCARELLO, *Il contratto di appalto*, cit., p. 137; A. CAMEDDA, *La "garanzia" per le difformità e i vizi nell'appalto*, cit., p. 1109.

⁶⁹ Naturalmente quanto detto in ordine all'alternatività dei rimedi vale fintanto che l'opzione prescelta sia stata di per sé sufficiente a soddisfare l'interesse alla conservazione del contratto, eliminando la problematica. In caso contrario -si pensi ad esempio al caso in cui si optasse per l'eliminazione dei difetti, ma dopo tale intervento ne residuassero ancora alcuni- il committente potrà ovviamente utilizzare l'altro rimedio in ordine ai vizi o difetti ancora presenti, domandando una riduzione del prezzo proporzionale alle problematiche non eliminate. Si veda sul punto A. CAMEDDA, *La "garanzia" per le difformità e i vizi nell'appalto*, cit., p. 1109, la quale in nota rimanda alle considerazioni svolte da D. RUBINO, e G. IUDICA, *Appalto*, cit. p. 413.

⁷⁰ In giurisprudenza si segnala tuttavia Cass. 15/6/1976 n. 2236, in *Giust. civ.*, 1976, I, p. 789, che qualifica tale rimedio come una azione di risoluzione parziale piuttosto che di inadempimento. Tale impostazione giurisprudenziale è stata condivisibilmente criticata da F. MARINELLI, *La responsabilità dell'appaltatore*, cit. p. 322, il quale ha sottolineato come la riduzione del prezzo non risolve una parte del contratto, bensì, invece, riduce proporzionalmente la controprestazione del committente in ragione del minore valore di quella fornita dall'appaltatore rispetto a quanto pattuito nel contratto.

dall'art. 1464 c.c.⁷¹, circostanza sulla quale peraltro in dottrina⁷² sembra esserci una certa unanimità di vedute.

La finalità del rimedio sembrerebbe infatti quella di ristabilire l'equilibrio contrattuale, andando a ricostruire un rapporto di corrispettività tra le prestazioni⁷³. Il legislatore con la riduzione del prezzo mira infatti ad eliminare il mutamento dell'equilibrio sinallagmatico determinato dalla presenza dei difetti nell'opera appaltata, con ciò peraltro rispecchiando appieno il principio di proporzionalità contrattuale che - pur se emerso ben dopo la redazione del codice civile - pare ormai permeare tutto il sistema⁷⁴.

In quest'ottica di ripristino dell'equilibrio, dovrebbero allora essere esaminati i vari casi concreti che di volta in volta si presentino all'attenzione del giurista: l'appaltatore infatti può domandare il pagamento del prezzo pattuito a condizione che abbia utilizzato capacità tecniche sufficienti e metodologie idonee alla realizzazione dell'opera, consegnandola al committente priva di difetti. Laddove tali difetti siano invece presenti, appare corretto che il prezzo pattuito sia proporzionalmente ridotto in ragione degli stessi⁷⁵. La quantificazione della riduzione gravante sul prezzo pattuito in presenza di difetti dovrà essere effettuata sulla base di una comparazione fra il valore dell'opera concretamente eseguita e quello che la medesima opera avrebbe avuto se non avesse presentato i vizi o le difformità⁷⁶. La giurisprudenza specifica che, se tale raffronto non sia possibile - ad esempio per via di evidenti difficoltà nel poter stabilire in maniera oggettiva la rilevanza del vizio o della difformità sul valore dell'*opus* - si possa far riferimento, per quantificare l'ammontare della riduzione, al costo che avrebbe l'eliminazione dell'irregolarità⁷⁷. Dal punto di vista processuale, la sentenza con cui il

⁷¹ Come è noto tale norma prevede che nei contratti sinallagmatici, laddove la prestazione di una parte sia divenuta solo parzialmente impossibile, ai sensi dell'art. 1258 c.c., l'altra parte abbia diritto ad una proporzionale riduzione della propria prestazione.

⁷² D. RUBINO, *L'appalto*, cit., p. 535 e ss.; A. CAMEDDA, *La "garanzia" per le difformità e i vizi nell'appalto*, cit., p. 1108. Inoltre, seppur non menzionando specificatamente l'applicabilità del 1464 c.c. in ipotesi di riduzione del prezzo, A. ALBANESE, *Lo scioglimento dell'appalto tra normativa speciale e disciplina del contratto generale*, cit., p. 500 si è fatto sostenitore di un'impostazione secondo cui gli art. 1667-1668 e 1669 integrano i generali principi dettati in tema di inadempimento e non ne escludono a priori l'applicabilità.

⁷³ Si sono espressi in tal senso C. MASCARELLO, *Il contratto di appalto*, cit., p. 137; S. POLIDORI, *La responsabilità dell'appaltatore*, cit., p. 57; ID., *Appalto*, cit., p. 283; A. CAMEDDA, *La "garanzia" per le difformità e i vizi nell'appalto*, cit., p. 1108.

⁷⁴ Si vedano sul punto P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 e ss.; F. CASUCCI, *Il sistema giuridico "proporzionale" nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, p. 378 e ss.; L. FERRONI (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, atti del convegno svoltosi a San Marino il 17-18/11/2000, Napoli, 2002.

⁷⁵ In tal senso S. POLIDORI, *La responsabilità dell'appaltatore*, cit., p. 57, il quale a sua volta richiama in nota l'opera di D. RUBINO, *L'appalto*, cit., p. 535 e ss.

⁷⁶ Concordano sul punto una pluralità di voci in dottrina: D. RUBINO, *L'appalto*, cit., p. 508; C. MASCARELLO, *Il contratto di appalto*, Milano, 2002, p. 137; S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 283; A. CAMEDDA, *La "garanzia" per le difformità e i vizi nell'appalto*, cit., p. 1108.

⁷⁷ Si vedano in tal senso, nella giurisprudenza di legittimità, Cass., 10/1/1996, n. 169, in *Contratti*, 3/1996, p. 277; Cass., 4/3/2003, n. 3190 in *DeJure*; Cass., 8/5/2008, n. 11409 in *DeJure*. Nella giurisprudenza di merito, conforme a tale impostazione, si segnala Trib. Milano, 3/2/2020 in

Tribunale accoglie la domanda di riduzione del prezzo avanzata dal committente, nel caso in cui non sia stato ancora completato il pagamento del prezzo, ha natura costitutiva, poiché va a modificare un elemento della pattuizione contrattuale. Nel caso in cui, invece, il prezzo sia stato integralmente versato, tale sentenza ha natura dichiarativa, come fatto notare da attenta dottrina⁷⁸.

4.3. segue. Il risarcimento del danno

A chiusura del primo comma dell'art. 1668 c.c. il legislatore specifica che il committente, in presenza di vizi e difformità dell'*opus* può sempre domandare il risarcimento del danno, a condizione che emerga la colpa dell'appaltatore⁷⁹.

La lettera della norma è tale, in questo caso, da stroncare sul nascere ogni dubbio - con un'unica isolata eccezione⁸⁰ - in ordine all'imputazione soggettiva del risarcimento, prevedendo esplicitamente il requisito della colpa.

È stata invece dibattuta in dottrina la questione relativa ai limiti di esperibilità dell'azione risarcitoria.

Se, cioè, il rimedio risarcitorio possa essere domandato solo per quei danni che non siano riparabili né ristorabili con i rimedi soddisfattivi previsti dalla prima parte del comma 1 del 1668 c.c.⁸¹; o se, viceversa, il risarcimento del danno possa essere discrezionalmente scelto dal committente al posto degli altri rimedi.

Si rinvengono in tal senso due opposti orientamenti. Alcuni⁸² ritengono che il risarcimento possa essere domandato solo come corollario dei rimedi dell'eliminazione dei vizi o della riduzione del prezzo precedentemente esperiti, nel caso in cui questi non

DeJure. Una isolata sentenza - Cass., 23/3/2006, n. 6565 in *DeJure* - di cui dà atto A. CAMEDDA, *La "garanzia" per le difformità e i vizi nell'appalto*, cit., p. 1108, ha ipotizzato invece l'impiego del criterio equitativo nei casi in cui non sia possibile porre in essere un raffronto fra il valore attuale dell'opera e quello che avrebbe avuto in assenza di difetti.

⁷⁸ S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 285. L'autore peraltro sottolinea anche come nel caso dell'azione dichiarativa in ordine alla restituzione di parte di quanto ricevuto da parte dell'appaltatore convenuto, la giurisprudenza affermi che la somma liquidata sia rivalutabile e non ancorata al principio nominalistico. Da ciò egli trae un ulteriore elemento a riprova del fatto che distinguere i presupposti soggettivi dei rimedi manutentivi rispetto al risarcimento del danno sia operazione quantomai difficoltosa e, in definitiva, inopportuna.

⁷⁹ Sul punto si vedano M.C. CERVALE, *La responsabilità dell'appaltatore*, cit., p. 132; G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, cit., p. 471; F. MARINELLI, *La responsabilità dell'appaltatore*, cit. p. 324; S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 2292; A. CAMEDDA, *La "garanzia" per le difformità e i vizi nell'appalto*, cit., p. 1115.

⁸⁰ Ci si riferisce all'impostazione di G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, cit. p. 351, il quale parrebbe leggere in maniera talmente estensiva il requisito richiesto per il risarcimento dall'assimilarlo quasi ad un'attribuzione oggettiva della colpa.

⁸¹ L'ammissibilità del rimedio risarcitorio per tali difetti è unanimemente ammessa, si veda sul punto A. CAMEDDA, *La "garanzia" per le difformità e i vizi nell'appalto*, cit., p. 1116.

⁸² Questa impostazione è seguita da Cass., 1/3/1995, n. 2346, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, p. 488. In dottrina sul punto si veda G. ULISSE, *Profili peculiari della tutela del committente in presenza di vizi o difformità dell'opera*, cit. p. 335. Anche M. GIANATTANASIO, *L'appalto*, cit., p. 215, ritiene che l'azione risarcitoria vada ad aggiungersi a quelle previste dalla prima parte del 1168 c.c.

siano stati in grado di eliminare i danni cagionati dai difetti⁸³. Secondo tale impostazione un'azione risarcitoria sarebbe proponibile in via indipendente rispetto agli altri due rimedi solo qualora nel caso concreto sia del tutto impossibile applicare entrambi⁸⁴ quelli soddisfattivi⁸⁵ e comunque solo in ordine al diminuito valore dell'opera a causa del difetto.

Coloro che, invece, si fanno sostenitori dell'opposta teoria che ammette la possibilità per il committente di ricorrere direttamente all'azione di risarcimento partono dalla considerazione che il danneggiato sia l'unico a poter discernere realmente quale delle azioni risponda concretamente al suo interesse⁸⁶ e debba quindi poter scegliere anche il risarcimento del danno, qualora per lui più conveniente rispetto ai rimedi manutentivi. Si fa notare, infatti, come in determinate circostanze procedere con l'azione di eliminazione dei difetti - pur essendo concretamente possibile - potrebbe rivelarsi molto poco vantaggioso per il committente, costretto a sopportare la presenza dei vizi, e dei relativi disagi ad essi connessi, per tutto il lungo lasso temporale necessario dapprima ad ottenere in giudizio la condanna dell'appaltatore alla rimozione, e poi per procedere all'esecuzione forzata⁸⁷. Resterebbe peraltro gravante sul committente anche il rischio che i difetti si aggravino durante il decorso di tutto questo tempo. Tale seconda tesi appare maggiormente condivisibile ed è anche quella che allo stato risulta fatta propria dalla più recente giurisprudenza, che ammette la possibilità di esperire il rimedio risarcitorio in sostituzione delle altre azioni previste dal primo comma della norma in esame⁸⁸.

5. La risoluzione prevista dal secondo comma dell'art. 1668 c.c. Ambito di operatività

⁸³ Solitamente tale circostanza si individua in presenza di tre specifiche categorie di danno: quello consistente nel mancato godimento dell'opera per il lasso di tempo necessario alla rimozione del difetto; il danno alla persona o ai beni del committente verificatosi a causa dell'*opus* difettoso; quello determinato dalle maggiori spese del contratto (ad esempio la parcella di un professionista parametrata al prezzo dell'appalto), stabilite in proporzione al prezzo, qualora sia stata ottenuta la riduzione del corrispettivo in ragione dei difetti. Sul punto si vedano D. RUBINO, e G. IUDICA, *Appalto*, cit. p. 392 e ss.; G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 328, C. MASCARELLO, *Il contratto di appalto*, cit., p. 138.

⁸⁴ Circostanza questa che è stata fortemente contestata da D. RUBINO, e G. IUDICA, *Appalto*, cit. p. 413, in considerazione del fatto che anche qualora non sia possibile eliminare il vizio o la difformità, sarebbe sempre possibile la riduzione del prezzo.

⁸⁵ La giurisprudenza - Cass., 13/12/1980, n. 6463, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Appalto*, n. 37 - ha ammesso la possibilità che il committente opti discrezionalmente per domandare solo il risarcimento (al posto dell'azione di risoluzione prevista dal secondo comma del 1668 c.c., sulla quale *infra*) in tutti quei casi nei quali il vizio o il difetto abbiano reso l'*opus* del tutto inadatto alla propria alla sua destinazione. In questo caso effettivamente, al contrario di quanto argomentato dalla dottrina richiamata nella nota precedente, potrebbe rinvenirsi un caso di inutilità anche della riduzione del prezzo, rivelandosi l'opera del tutto inutilizzabile per gli scopi prefissi e dunque ingiustificato anche il versamento di un qualsiasi prezzo, seppur ribassato.

⁸⁶ Si veda in tal senso G. MUSOLINO, *La responsabilità civile nell'appalto. Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, concorso di colpa, garanzie*, 2^a ed., Padova, 2006, p. 230.

⁸⁷ Si veda in tal senso, M. DELLACASA, *La garanzia per i vizi e difformità: i rimedi*, in *Trattato dei contratti* diretto da V. ROPPO e A.M. BENENDETTI, III, *Opere e servizi*, 1, p. 414.

⁸⁸ La Cassazione ha infatti sposato tale impostazione in Cass., 8/3/2017, n. 5877 in *DeJure*. Si segnalano anche precedenti di merito: App. Roma, 16/9/2016, n. 5512 in *DeJure*; App. Roma, 26/4/2018, n. 2784, in *DeJure*;

Il secondo comma della norma in esame prevede come ulteriore rimedio a tutela del committente anche la possibilità di chiedere la risoluzione contrattuale. Tuttavia, in ossequio al principio di conservazione del contratto, particolarmente stringente in tema di appalto, tale forma di tutela è prevista solo in via residuale, come *extrema ratio*, esperibile solo quando le difformità e i vizi di cui è gravata l'opera siano talmente gravi da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione⁸⁹. A differenza delle azioni di cui al primo comma, dunque, l'azionabilità di tale rimedio è subordinata ad un requisito qualitativo del difetto riscontrabile nell'*opus*.

Benché anche la risoluzione *ex* 1668 c.c. sia riconducibile allo schema generale della risoluzione per inadempimento previsto dall'art. 1453 c.c., la normativa speciale in tema di appalto evidenzia quindi margini di operatività molto più ridotti rispetto a quelli riconosciuti dalla disciplina prevista dall'art. 1455 c.c. per il contratto in generale⁹⁰ (ed anche rispetto alla risoluzione *ex* art. 1662 c.c.⁹¹). Infatti, come è noto, quest'ultima norma fissa il limite minimo per l'operatività della risoluzione *ex* 1453 c.c., in un inadempimento di non scarsa importanza. In ambito di appalto, invece, come poc'anzi accennato, è richiesto un *quid pluris*, dato che il legislatore non si accontenta del requisito negativo, ma richiede in positivo che i difetti dell'*opus* siano tali da renderlo completamente inidoneo alla sua destinazione.

La volontà del legislatore di utilizzare la risoluzione solo come rimedio del tutto residuale⁹² in ambito di appalto emerge con chiarezza già dall'analisi della stessa costruzione delle norme in esame e dalle scelte linguistiche ivi operate. Come è stato acutamente sottolineato in dottrina⁹³, infatti, se da un lato l'art. 1455 c.c. concepisce la caratteristica qualitativa della scarsa importanza dell'inadempimento come una condizione ostativa alla possibilità di risolvere il contratto - un limite esterno insomma, all'applicabilità

⁸⁹ In ordine al requisito richiesto per l'operatività della risoluzione *ex* art. 1668 c.c. interessante la considerazione effettuata da E. LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, cit., p. 116 e ss., il quale sottolinea che il requisito della totale inidoneità dell'opera alla sua destinazione deve essere valutato in base a parametri oggettivi e generalizzabili, a meno che nel contratto non fosse stata esplicitamente prevista una specifica e particolare funzione a cui il committente voleva destinare il bene. Sulla totale inidoneità prevista dal 1668 co. 2 c.c. si vedano anche, S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 294; G. CICE, *Patologie soggettive ed oggettive del contratto di appalto*, in *Imm. e propr.*, 1/2023, p. 12; A. ALBANESE, *Lo scioglimento dell'appalto tra normativa speciale e disciplina del contratto generale*, cit., p. 503 e ss.

⁹⁰ Ed anche rispetto agli spazi di operatività della garanzia per i vizi della cosa venduta nella vendita (1490 c.c.).

⁹¹ La risoluzione *ex* art. 1662 c.c., intervenendo in una fase in cui l'opera è ancora in fase di esecuzione, non presuppone infatti che l'inadempimento abbia la medesima gravità di quello previsto dalla norma in esame. Sul punto si segnala V. PUTORTI, *La risoluzione mediante diffida ex artt. 1455 e 1662 c.c.*, in *Cort. Fior.*, 2/2017, p. 21. Si veda tuttavia anche quanto affermato da V. BRIZZOLARI, *Inadempimento anticipato e risoluzione del contratto*, in *Contr.*, 5/2021, p. 594, il quale, non necessariamente in antitesi con quanto affermato sopra, mette in guardia sull'importanza di valutare con rigore l'importanza dell'inadempimento anche nei casi di risoluzione prevista come conseguenza di un inadempimento "anticipato" *ex* 1662 c.c.

⁹² Sul punto si veda anche P. DE BON, *Appalto privato, cause di scioglimento del contratto*, in *Recesso e risoluzione dei contratti*, G. DE NOVA (a cura di), Milano, 1994, p. 446.

⁹³ Il riferimento è M. LIPARI, *La garanzia per i vizi e le difformità dell'opera, appaltata: risoluzione del contratto, mancanza di qualità promesse e aliud pro alio*, in *Giust. civ.*, 1986, p. 2938 e ss. La diversità fra quanto previsto dal 1455 e dal 1668 c.c. è stata puntualmente evidenziata anche da E. LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, cit., p. 116 e ss.

della generale regola della risoluzione per inadempimento prevista dall'art. 1453 c.c. - dall'altro lato, invece, l'art. 1668 c.c. inquadra la gravità dell'inadempimento costituita dalla totale inidoneità dell'opera come una condizione essenziale di carattere positivo, un elemento costitutivo della fattispecie. Inoltre anche l'impostazione di fondo dei due articoli è diversa: mentre infatti il 1453 c.c. considera la risoluzione come una regola generale in caso di inadempimento, dettando una deroga ad essa, viceversa il secondo comma del 1668 c.c. considera la risoluzione nell'appalto come un'ipotesi eccezionale e non ordinaria, al contrario dei rimedi sanciti dal primo comma.

In buona sostanza, dunque, mentre nella disciplina generale, il requisito per l'operatività della risoluzione è costituito da un inadempimento grave, in tema di appalto è richiesto un inadempimento che potrebbe essere definito gravissimo⁹⁴.

Il fondamento dello sfavore del legislatore nei confronti della risoluzione in *subjecta materia* è da rinvenirsi nel tentativo di bilanciare la sacrosanta tutela del committente con gli interessi dell'appaltatore - anch'essi meritevoli di tutela nonostante l'esecuzione di un'opera difettosa - e con la volontà del legislatore di evitare sprechi di materiali ed energie. Infatti la risoluzione dell'appalto comporta normalmente gravi conseguenze di carattere economico nella sfera dell'appaltatore⁹⁵, il quale vedrà completamente vanificata la sua organizzazione imprenditoriale e gli sforzi fino a quel momento profusi. Risulta estremamente difficile che l'opera realizzata - peraltro difettosa - possa essere dall'appaltatore ricollocata sul mercato, dal momento che essa è stata realizzata specificatamente in base alle esigenze del committente. Permettere la risoluzione nell'appalto anche per vizi modesti comporterebbe l'indesiderato effetto che un *opus* astrattamente utile - in quanto idoneo a svolgere la propria funzione - frutto degli sforzi dell'appaltatore, resti tuttavia nella sfera giuridica di un soggetto - l'appaltatore stesso - per il quale non riveste alcuna utilità⁹⁶.

Ecco quindi perché nell'appalto il principio di conservazione del contratto assume rilevanza ancor più stringente che in altri settori, portando il legislatore a privilegiare quei rimedi, previsti dal primo comma del 1668 c.c., che permettano al contratto di rimanere in vita, contemperando l'esigenza del committente ad avere un'opera priva di difetti (o con piccoli difetti, che non la rendano inservibile, ma pagando un prezzo inferiore a quello inizialmente pattuito) con quella dell'appaltatore, che mira ad ottenere il compenso economico per l'organizzazione di mezzi a proprio rischio che ha approntato per la realizzazione dell'*opus*. Tale scelta risulta del resto perfettamente coerente coi principi di proporzionalità e ragionevolezza che permeano al giorno d'oggi tutto il sistema⁹⁷.

Sulla scorta di questa considerazione, parrebbe ragionevole una applicazione dei medesimi principi anche se la risoluzione sia prevista all'interno di una clausola risolutiva espressa inserita nel contratto di appalto, come caldeggiato in dottrina⁹⁸. Si dovrebbe pertanto considerare inefficace la clausola contrattuale che preveda espressamente la possibilità di risoluzione in presenza di vizi bagatellari, in quanto l'interesse ad essa sotteso sarebbe privo di meritevolezza.

⁹⁴ G. CICE, *Patologie soggettive ed oggettive del contratto di appalto*, cit., p. 12.

⁹⁵ Come sottolinea P. DE BON, *Appalto privato, cause di scioglimento del contratto*, cit. p. 446.

⁹⁶ In tal senso, S. POLIDORI, *La responsabilità dell'appaltatore*, cit., p. 19.

⁹⁷ Si pensi ad esempio a quanto affermato dalla giurisprudenza in ambito di possibilità di riduzione della penale manifestatamente eccessiva da parte del giudice. *Ex multis*, si vedano le recenti Cass., 25/2/2020, n. 4943 in *DeJure*; Cass. 25/11/2021, n. 36644 in *DeJure*.

⁹⁸ S. POLIDORI, *La responsabilità dell'appaltatore*, cit., p. 20.

Nonostante lo stringente requisito richiesto dalla norma, in dottrina⁹⁹ si è proceduto ad un'interpretazione estensiva, sostenendo che l'appaltante possa agire con la risoluzione ex 1668 c.c. co. 2 anche se i difetti siano emendabili¹⁰⁰, nonostante la prevalente giurisprudenza abbia tuttavia manifestato una diversa opinione¹⁰¹.

Alcuni si sono spinti fino ad affermare che la risoluzione *de qua* sarebbe utilizzabile dal committente anche qualora egli abbia comunque utilizzato l'opera dopo la scoperta dei vizi¹⁰². Sul punto tuttavia non c'è unanimità di vedute: la giurisprudenza¹⁰³ ed alcuni autori in dottrina¹⁰⁴ hanno infatti sottolineato che l'utilizzazione dell'opera potrebbe anche dimostrare che il requisito della totale inidoneità non è integrato nel caso di specie.

Si sono inoltre fatti rientrare nell'ambito di applicazione del 1668 co. 2 c.c. anche i casi di *aliud pro alio* e di *opus* mancante di una caratteristica dedotta nel contratto come essenziale, sulla scorta della considerazione che le parti possono legittimamente prevedere una particolare e specifica funzione dell'opera, che richieda necessariamente la presenza di certe qualità, circostanza che non verrebbe correttamente valorizzata se ci si limitasse ad una stringente valutazione oggettiva del difetto¹⁰⁵.

Secondo un certo orientamento¹⁰⁶ si potrebbe inoltre attivare il rimedio risolutorio *de quo* anche nel caso in cui solo una delle diverse opere (o dei diversi servizi) oggetto del

⁹⁹ In questo senso D. RUBINO e G. IUDICA, *Appalto*, cit. p. 429 e ss. Di tale opzione ermeneutica danno atto P. DE BON, *Appalto privato, cause di scioglimento del contratto*, cit. p. 446; S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 294.

¹⁰⁰ In D. RUBINO e G. IUDICA, *Appalto*, cit. p. 433 e ss. si afferma infatti che, sulla base dei principi generali dettati in tema di risoluzione per inadempimento, il committente sia legittimato ad agire con la risoluzione anche se i difetti siano eliminabili (a condizione, tuttavia, che questi siano sufficientemente gravi). Concordano sul punto anche M. GIANATTANASIO, *L'appalto*, 2^a ed., cit., p. 219; M. LIPARI, *La garanzia per i vizi e le difformità dell'opera, appaltata: risoluzione del contratto, mancanza di qualità promesse e aliud pro alio*, cit., p. 2945; M.C. CERVALE, *La responsabilità dell'appaltatore*, cit., p. 301; M. DELLACASA, *La garanzia per i vizi e difformità: profili generali e regime della garanzia*, cit., p. 425.

¹⁰¹ In giurisprudenza il trend dominante è infatti nel senso di accogliere la domanda di risoluzione ex art. 1668 co. 2 c.c. solo qualora i vizi siano ineliminabili (o eliminabili solamente tramite un integrale rifacimento dell'*opus*), si vedano in tal senso, nella giurisprudenza di legittimità: Cass., 15/3/2004, n. 5240, in *DeJure*; Cass., 20/4/2006, n. 9295, in *DeJure*. Fra le pronunce delle Corti di merito conformi si segnalano: Trib. Roma, 22/1/2008, in *DeJure*; Trib. Bologna, 11/10/2010, in *DeJure*; Trib. Milano, 13/4/2012, in *DeJure*; Trib. Milano, 23/10/2018, in *DeJure*; Trib. Nola, 30/9/2019, in *DeJure*. Di diverso avviso invece la più recente Cass. 17/6/2013, n. 15093, in *DeJure*, che ha ritenuto esperibile l'azione di risoluzione anche in presenza di difformità e vizi passibili di eliminazione.

¹⁰² Si veda quanto riportato da A. CAMEDDA, *La "garanzia" per le difformità e i vizi nell'appalto*, cit., p. 1112.

¹⁰³ Nei precedenti di Cassazione: Cass., 15/12/2011, in *DeJure*. Nella giurisprudenza di merito: Trib. Pavia, 1/2/1986, in *Giust. civ.*, 1986, p. 2938 con nota di M. LIPARI, *La garanzia per i vizi e le difformità dell'opera, appaltata: risoluzione del contratto, mancanza di qualità promesse e aliud pro alio*, cit.; Trib. Milano, 13/4/2012, in *Pluris*.

¹⁰⁴ Si vedano le considerazioni di M. GIANATTANASIO, *L'appalto*, 2^a ed., cit., p. 206; E. RUSSO e C. CRIACO, *L'appalto privato*, cit., 234.

¹⁰⁵ S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 294.

¹⁰⁶ Si veda G. MUSOLINO, *Le azioni di garanzia*, in *L'appalto pubblico e privato* diretto da G. Musolino, III, Torino, 2002, p. 146 e ss. In giurisprudenza si segnala Cass., 15/3/2004, n. 5250, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, p. 589.

medesimo appalto sia completamente inadatta alla propria funzione, a patto che l'*opus* viziato rivesta una particolare rilevanza all'interno del rapporto contrattuale.

La scelta di utilizzare la risoluzione in presenza di vizi e difetti talmente gravi da rendere l'opera del tutto inadatta è una facoltà del committente¹⁰⁷, il quale potrebbe comunque optare per l'eliminazione del vizio, fino ad arrivare a poter domandare anche l'integrale rifacimento dell'opera¹⁰⁸, non è infatti previsto che l'inidoneità totale dell'opera sia anche ineliminabile¹⁰⁹.

5.1. segue. Effetti della risoluzione *ex* 1668 c.c.

In base alla regola generale dettata dall'art. 1458 c.c., anche la risoluzione *ex* art. 1668 co. 2 c.c. ha effetto retroattivo fra le parti¹¹⁰. Si determinano pertanto una serie di obblighi restitutori: l'appaltatore (che non può pretendere il pagamento del prezzo qualora non sia ancora stato pagato) deve rendere quanto eventualmente già ricevuto a titolo di corrispettivo, più gli interessi¹¹¹; il committente deve invece restituire l'opera consegnata.

È proprio l'obbligo restitutorio gravante sull'appaltante che ha determinato delle questioni dibattute: se da un lato, infatti, non si rinvengono particolari problematiche correlate alla restituzione qualora l'appalto riguardi un bene mobile, dall'altro, nel caso di appalto di un immobile costruito sul fondo del committente, è necessario porsi alcune questioni giuridiche. In quest'ultimo caso infatti, in base al principio dell'accessione, l'appaltante proprietario del fondo diventerebbe proprietario anche della costruzione realizzata dall'appaltatore. L'obbligo restitutorio potrebbe in questo caso consistere nell'abbattimento dell'*opus* o nel pagamento di un risarcimento parametrato nel *quantum* al costo dei lavori¹¹². Cosa dovrebbe tuttavia accadere nel caso in cui il committente desideri trattenere per sé l'opera¹¹³, la cui proprietà ha acquistato ai sensi dell'art. 936 c.c.? Si discute infatti in dottrina se la risoluzione *de qua* e l'istituto dell'accessione siano compatibili. Secondo una certa linea interpretativa¹¹⁴, il committente sarebbe libero di trattenere la proprietà dell'immobile in base al 936 c.c. e domandare contestualmente la risoluzione *ex* 1668 co. 2 c.c. L'appaltatore avrebbe in questo caso diritto ad ottenere un'indennità (e

¹⁰⁷ C. MASCARELLO, *Il contratto di appalto*, cit., p. 141.

¹⁰⁸ D. RUBINO e G. IUDICA, *Appalto*, cit. p. 411; G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, cit., p. 471; M. GIANATTANASIO, *L'appalto*, cit., p. 219; V. MANGINI e M. IACUNIELLO BRUGGI, *Il contratto di appalto*, cit., p. 321 e ss.; P. DE BON, *Appalto privato, cause di scioglimento del contratto*, cit. p. 446; S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 295.

¹⁰⁹ P. DE BON, *Appalto privato, cause di scioglimento del contratto*, cit. p. 446.

¹¹⁰ Il contratto di appalto viene infatti comunemente classificato come contratto ad esecuzione prolungata nel tempo - sul punto, si vedano almeno D. RUBINO, *L'appalto*, 4^a ed., cit., p. 295; S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 31 e ss., ove si rinvengono ulteriori riferimenti - restando quindi fuori dall'esclusione prevista dal 1458 c.c. per i contratti ad esecuzione continuata o periodica.

¹¹¹ Questi vanno calcolati a partire dal momento del pagamento e non dalla pronuncia giudiziale in ordine alla risoluzione. Sul punto si vedano: D. RUBINO, *L'appalto*, 4^a ed., cit., p. 435; M. GIANATTANASIO, *L'appalto*, 2^a ed., cit., p. 220; G. MUSOLINO, *Appalto e contratto d'opera*, cit., p. 95; M. DELLACASA, *La garanzia per i vizi e difformità: i rimedi*, cit., p. 431.

¹¹² Sul punto Cass., 25/9/2012, n. 161291, in *DeJure*.

¹¹³ Può infatti accadere che la costruzione, seppur del tutto inadatta allo scopo originario, se destinata ad altre funzioni rivesta ancora per il committente una qualche utilità. Si veda sul punto S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 295.

¹¹⁴ In dottrina è di questo avviso M. GIANATTANASIO, *L'appalto*, 2^a ed., cit., p. 221. In giurisprudenza si veda Cass., 25/9/2012, n. 16291, in *DeJure*.

non l'intero prezzo inizialmente pattuito) ai sensi della norma sull'accessione. Secondo una diversa impostazione¹¹⁵, invece, il committente che scelga di trattenere l'opera sarebbe privato della possibilità di utilizzare il rimedio risolutorio. I sostenitori di tale tesi sottolineano come, diversamente ragionando, si permetterebbe infatti all'appaltante di utilizzare la risoluzione, ma contestualmente privandola del suo principale effetto, ovvero la rimessione in pristino, circostanza che non può essere accettata. Seguendo questa impostazione l'appaltatore avrebbe diritto al pagamento del prezzo concordato, sebbene ridotto in proporzione alle difformità e ai vizi rilevati.

A ben vedere, le due tesi appena illustrate, per quanto difformi dal punto di vista dell'impostazione sostanziale, non parrebbero invece determinare conseguenze così drasticamente diverse anche dal punto di vista applicativo, come invece sottolineato da parte della dottrina¹¹⁶. L'art. 936 c.c. stabilisce infatti che l'indennità che deve essere corrisposta dal proprietario del terreno è pari rispettivamente, o al valore dei materiali e della manodopera, oppure all'aumento di valore del fondo. Tale importo non parrebbe dunque poter essere così drasticamente inferiore a quello dovuto come prezzo dell'opera, una volta apportata la riduzione in proporzione ai difetti riscontrati. Se è vero, infatti, che l'indennità non è comprensiva della quota di guadagno dell'esecutore, è altrettanto indubbio che un'opera inficiata da vizi e difformità così gravi da rendere l'*opus* del tutto inadatto alla sua destinazione originaria andrà incontro ad una riduzione del prezzo originariamente pattuito talmente elevata che è verosimile pensare che l'importo finale si discosterà ben poco dal valore dei materiali e della manodopera (la quale, se fornita direttamente dall'appaltatore, come spesso accade nel caso delle piccole imprese, è già di per sé una forma di emolumento). Del resto parrebbe anche ragionevole, in un'ottica di bilanciamento di interessi contrapposti, che l'appaltatore, pur avendo diritto ad un *quid* per la realizzazione dell'opera trattenuta dal committente, non ottenga dalla medesima un elevato guadagno, dato che verosimilmente la stessa rivestirà per la controparte un'utilità di gran lunga inferiore a quella per la quale era stata commissionata, essendo risultata del tutto inadatta per tale destinazione.

6. Rapporti con le altre norme speciali a tutela del committente in presenza di irregolarità dell'opera

Per quanto riguarda i rapporti fra la normativa appena analizzata e le altre norme speciali dettate in tema di appalto a tutela del committente, va sottolineato innanzitutto il rapporto di concorrenza intercorrente fra la responsabilità per difformità e vizi dell'opera e quella per rovina e difetti di cose immobili.

La Cassazione ha infatti recentemente affermato che non sussiste un'incompatibilità fra i rimedi previsti dal 1668 c.c. e la richiesta di risarcimento del danno *ex* 1669 c.c. poiché la responsabilità prevista da quest'ultima norma - pur presentando una diversa natura giuridica secondo la Suprema Corte - è una sottospecie di quella sancita

¹¹⁵ D. RUBINO e G. IUDICA, *Appalto*, cit. p. 437; A. LUMINOSO, *I contratti dell'imprenditore*, in V. BUONCUORE (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2009, p. 964; S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 295.

¹¹⁶ Secondo A. CAMEDDA, *La "garanzia" per le difformità e i vizi nell'appalto*, cit., p. 1114, l'adesione all'una o all'altra teoria comporterebbe notevoli ricadute in ordine al *quantum* dovuto da parte del committente, poiché l'indennità *ex* art. 936 c.c. non è comprensiva della quota di guadagno dell'appaltatore.

dall'art. 1667 c.c.¹¹⁷. Tale affermazione è effettuata sulla base della considerazione che il legislatore avrebbe aggiunto, oltre alla responsabilità prevista dal 1667 c.c., la concorrente garanzia *ex* 1669 c.c., con evidenti finalità di rafforzamento della tutela del committente per quanto riguarda l'appalto di edifici o altre opere destinate a lunga durata. Sulla base di considerazioni simili, peraltro, una risalente giurisprudenza¹¹⁸ ha affermato che la disciplina prevista per le difformità e i vizi dell'opera possa essere utilizzata per colmare eventuali lacune normative relative alla tutela *ex* 1669 c.c., dato che entrambe le responsabilità costituiscono specifiche manifestazioni della generale responsabilità dell'appaltatore in ordine alla corretta esecuzione dell'opera.

Si sottolinea, inoltre, come i gravi difetti richiesti dall'art. 1669 c.c. configurano senz'altro vizi dell'opera ai sensi del 1667 c.c. pertanto, in ordine a tale presupposto applicativo, si possa implicitamente ritenere accertata anche la presenza dei vizi richiesti per l'operatività degli artt. 1667-1668 c.c.¹¹⁹ Secondo tale impostazione l'appaltante sarebbe dunque libero di scegliere, nel caso di rovina o grave difetto dell'immobile, fra domandare il risarcimento ai sensi del 1669 c.c. oppure chiedere l'eliminazione dei vizi, la riduzione del prezzo o la risoluzione ai sensi del 1668 c.c. Il committente che abbia originariamente agito ai sensi del 1667 c.c. non potrebbe però arrivare a cambiare in corso di causa l'impostazione scelta, chiedendo poi una condanna al risarcimento ai sensi del 1669 c.c. Tale condotta a norma del codice di procedura civile, configurerebbe infatti una *mutatio libelli*, in ragione della diversa valutazione in ordine alla gravità dei vizi richiesta dalle due norme¹²⁰.

Appare opportuno anche un breve accenno al rapporto fra la responsabilità in esame e la lettera del 1662 c.c. Quest'ultima norma, come noto, prevede che l'appalto sia risolto nel caso in cui, durante l'esecuzione dell'opera l'appaltatore non proceda a regola d'arte o secondo quanto pattuito nel contratto, e, pur sollecitato dal committente a conformarsi a tali dettami entro un congruo termine, abbia ommesso di farlo.

La norma differisce quindi sotto due punti di vista da quella dettata in tema di difformità e vizi dell'opera: quello temporale e quello dei requisiti richiesti per la risoluzione. Il 1662 c.c. interviene infatti in una fase antecedente, quella dell'esecuzione dell'opera¹²¹, mentre il fatto che l'opera sia stata completata e consegnata costituisce una *conditio sine qua non* per l'operatività dei rimedi *ex* 1668 c.c. Il 1662 c.c. prevede quindi una sanzione per una sorta di inadempimento anticipato¹²², derogando in buona sostanza alla norma generale in tema di risoluzione per inadempimento costituita dall'art. 1453 c.c.

¹¹⁷ Si veda Cass., 25/7/2019, n. 20184 in *Contr.*, 1/2020, p. 65 e ss., con nota di G.B. PETTI, *Ristrutturazione edilizia gravi difetti dell'opera e responsabilità dell'appaltatore*. Interessanti sul punto anche: Cass., 25/6/2019, n. 16935, in *DeJure*; Cass., 19/1/2016, n. 815, in *Ced. Cass.*, 2016, rv. 638614; Cass., 15/2/2011, n. 3702 in *DeJure*.

¹¹⁸ Cass., 7/10/1970, n. 1834, in *Rep. Foro it.*, 1971, voce *Appalto*, n. 26 e 27, poi ripresa da Cass., 4/11/2010, n. 22490, in *DeJure*.

¹¹⁹ Da atto di tale orientamento giurisprudenziale S. MACRÌ, *La disciplina della garanzia per rovina e difetti di cose immobili*, in *Resp. civ. prev.*, 4/2022, p. 1120.

¹²⁰ Sul punto si vedano gli studi di P. CORRIAS, *Brevi note sull'evoluzione della giurisprudenza in tema di gravi difetti ex art. 1669 cod. civ.*, in *Riv. giur. sarda*, 6/1994, p. 644 e ss.; ID., *Il passaggio dalla ordinaria garanzia per vizi e difformità alla garanzia decennale costituisce una ipotesi di mutatio libelli?*, in *Riv. giur. sarda*, 6/1994, p. 647 e ss. In giurisprudenza si veda Cass., 19/2/1986, n. 1023, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Appalto*, n. 51.

¹²¹ P. DE BON, *Appalto privato, cause di scioglimento del contratto*, cit. p. 446.

¹²² V. PUTORTÌ, *La risoluzione mediante diffida ex artt. 1455 e 1662 c.c.*, cit., p. 6

Inoltre, la risoluzione *ex* 1662 c.c. ha presupposti molto meno stringenti di quella prevista *ex* 1668 c.c.: la prima infatti può essere domandata in tutti i casi nei quali l'appaltatore non stia procedendo secondo le pattuizioni contrattuali o a regola d'arte, la seconda, opera solo in caso di vizi e difetti talmente gravi da rendere l'opera del tutto inadatta alla propria destinazione, circostanza che il 1662 c.c. non prende minimamente in considerazione.

In questo caso, fronte delle macroscopiche differenze appena illustrate e dei differenti requisiti sottesi all'applicabilità dell'una e dell'altra norma, contrariamente a quanto poc'anzi affermato in ordine alla concorrenza dei rimedi *ex* 1668 c.c. con quello previsto dal 1669 c.c., parrebbe del tutto evidente, invece, una incompatibilità fra rimedi *ex* 1662 e 1668 c.c. dei quali il committente dovrà avvalersi partitamente, a seconda del caso concreto in cui di volta in volta si trovi.

7. I termini per la denuncia dei vizi e per l'esercizio dell'azione

L'art. 1667 c.c. stabilisce il rispetto di stringenti termini¹²³ per il committente che voglia avvalersi della garanzia per difformità e vizi dell'opera.

L'appaltante è gravato innanzitutto dall'onere di denunciare i difetti entro sessanta giorni dalla scoperta. Il mancato rispetto di tale termine comporta un'automatica decadenza dalla possibilità di esperire i rimedi sanciti dal 1668 c.c. Si ritiene - seppur non sia stato esplicitato dal legislatore nella norma - che tale onere riguardi solamente i difetti occulti¹²⁴, mentre la denuncia sarebbe superflua per quelli conosciuti o conoscibili dall'appaltatore. In quest'ultimo caso infatti lo scopo posto a fondamento della denuncia - da ravvisarsi nell'intento di evitare che il trascorrere di un lungo tempo comporti difficoltà per l'appaltatore nel poter verificare e contestare le doglianze del committente¹²⁵ - sarebbe già raggiunto. Per l'assolvimento dell'onere non è necessario che la denuncia illustri in modo estremamente analitico ogni singolo difetto, a condizione che la sintesi non sfoci in una totale genericità¹²⁶.

Il regime probatorio circa l'assolvimento dell'onere di denuncia entro sessanta giorni è stato dibattuto, rivenendosi in argomento due diversi orientamenti giurisprudenziali. Alcune risalenti pronunce di merito¹²⁷ ritenevano, infatti, che spettasse all'appaltatore che eccepisse la decadenza del committente dalla garanzia dimostrare la circostanza della scoperta delle anomalie in un tempo anteriore rispetto ai sessanta giorni dalla denuncia. Sul punto, acuta dottrina¹²⁸ ha evidenziato come l'impostazione appena illustrata tragga fondamento dal dettato del secondo comma dell'art. 2697 c.c., che grava colui che eccepisca l'inefficacia di un diritto dell'onere di provare i fatti su cui tale eccezione si fonda. Si sottolinea tuttavia che un tale onere sarebbe alquanto difficoltoso per l'appaltatore, che sarebbe costretto a provare un fatto negativo, per cui si dovrebbe

¹²³ In argomento si segnala D. TESSERA, *Appalto: decadenza e prescrizione nelle azioni di responsabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2/2014, p. 416 e ss.

¹²⁴ S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 295; A. CAMEDDA, *La "garanzia" per le difformità e i vizi nell'appalto*, cit., p. 1118.

¹²⁵ S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 297.

¹²⁶ Sul punto si veda Cass., 25/5/2011, n. 11520, in *Obbl. e contr.*, 2/2012, p. 174, annotata da D. BOTTARELLI, *Il contenuto della denuncia dei vizi dell'appaltatore*. Si vedano anche S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 296; A. CAMEDDA, *La "garanzia" per le difformità e i vizi nell'appalto*, cit., p. 1119.

¹²⁷ Pret. Taranto, 23/3/1989, in *Arch. Civ.*, 1989, p. 1110; Trib. Afragola, 2/7/2001, in *Contr.*, 3/2002, p. 289.

¹²⁸ S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 298.

ritenere assolto l'onere probatorio esclusivamente con l'allegazione della circostanza che i difetti non sono stati denunciati.

Un secondo indirizzo, che parrebbe ormai prevalente nella giurisprudenza di legittimità¹²⁹ e nelle decisioni di merito più recenti¹³⁰, ritiene invece che l'onere della prova circa la tempestività della denuncia gravi sul committente a cui l'appaltatore abbia eccepito in giudizio la decadenza. Secondo tale impostazione l'appaltante assolve correttamente l'onere probatorio nel momento in cui riesce a dimostrare precisamente la data in cui c'è stata una completa conoscenza¹³¹ dei difetti da parte sua. In tal modo il legislatore avrebbe incrementato la tutela del committente, dilatando il termine entro il quale l'appaltatore soggiace alla garanzia *de qua*¹³².

Il secondo comma del 1667 c.c. precisa altresì che la denuncia appena illustrata non è necessaria qualora l'appaltatore abbia riconosciuto i difetti ed altresì quando li abbia occultati. Anzi, nel caso di riconoscimento¹³³ da parte dell'appaltatore la garanzia potrà operare anche oltre il termine previsto per la denuncia¹³⁴. Tale riconoscimento non determina automaticamente un'ammissione di colpa e non costituisce una prova dell'obbligazione di risarcire il danno¹³⁵. Naturalmente la questione cambia nel caso in cui l'appaltatore si sia anche impegnato all'eliminazione dei difetti, andando a configurare un vero e proprio riconoscimento della propria responsabilità¹³⁶ che porta alla nascita di una diversa e nuova obbligazione, soggetta all'ordinaria prescrizione di dieci anni, piuttosto che a quella di due prevista dal 1667 c.c., norma dalla quale è completamente slegata.

Infine, va ricordato che oltre al termine di decadenza poc'anzi illustrato, l'art. 1667 c.c. prevede inoltre un termine di prescrizione¹³⁷ particolarmente breve per esercitare i rimedi di cui all'art. 1668 c.c.¹³⁸: l'azione contro l'appaltatore va infatti intrapresa entro

¹²⁹ In tal senso: Cass., 10/6/1994, n. 5677, in *Mass. giust. civ.*, 1994, p. 815; Cass., 23/10/1997, n. 10412, in *Boll. legisl. tecn.*, 1/1998, p.48; Cass., 17/5/2001, n. 6774, in *DeJure*; Cass., 4/9/2009, n. 19216, in *DeJure*; Cass., 25/6/2012, n. 10579 in *DeJure*.

¹³⁰ Si vedano, ad esempio, Trib. Firenze, 1/6/2018, in *DeJure*; Trib. Taranto, 26/3/2019, in *DeJure*.

¹³¹ Di questo avviso Cass., 9/8/1997, n.7449, in *Boll. legisl. tecn.*, 1/1998, p. 14; Cass., 18/5/1996, n.4619, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, p. 1119; Cass., 22/11/2013, n. 26233 in *DeJure*.

¹³² F. MARINELLI, *La responsabilità dell'appaltatore*, cit., p. 319

¹³³ A condizione che sia successivo all'accettazione dell'opera da parte del committente, in caso contrario infatti si tratterebbe di difetti palesi, con la conseguenza che una accettazione successiva eliderebbe ogni possibilità per il committente di utilizzare i rimedi previsti dall'art. 1668 c.c. Si vedano sul punto V. MANGINI e M. IACUNIELLO BRUGGI, *Il contratto di appalto*, cit., p. 291.

¹³⁴ Cass., 8/3/2006, n. 4925, in *DeJure*.

¹³⁵ Cass., 25/1/1999, n. 664, in *Mass. giust. civ.*, 1999, p. 157.

¹³⁶ D. RUBINO, *L'appalto*, cit., p. 497 e ss., la qualifica come una ricognizione di debito.

¹³⁷ Isolati sono gli autori che in dottrina, nonostante la puntuale espressione normativa ("Si prescrive in due anni"), hanno attribuito al termine una natura diversa da quella prescrizione. Così D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II, Torino, 1958, p.392 ha ritenuto che si tratti di un termine di decadenza, mentre. L.V. MOSCARINI, *L'appalto*, cit., p. 739 e ss., parrebbe inquadrare la fattispecie come termine finale del rapporto di garanzia dell'appaltatore.

¹³⁸ Sono soggetti alla prescrizione di due anni solo i rimedi *ex* 1668 c.c.: per tutti gli altri casi di inadempimento, per i quali si ricorre ai rimedi generali, la prescrizione sarà infatti decennale. Si vedano D. RUBINO, *L'appalto*, 4^a ed., cit., p. 557; S. POLIDORI, *Appalto*, cit., p. 302. Si segnala che una isolata sentenza - Cass., 2/2/2009, n. 2562, in *DeJure* - ha ipotizzato che l'azione di risoluzione *ex* art. 1668 c.c. non sia soggetta al termine di prescrizione biennale. Per un ulteriore approfondimento sul punto si veda A. CAMEDDA, *La "garanzia" per le difformità e i vizi nell'appalto*, cit., p. 1120, ove si rinvergono ulteriori riferimenti bibliografici.

due anni dal giorno della consegna dell'opera¹³⁹. Secondo la giurisprudenza¹⁴⁰ il decorso del termine senza che sia stata proposta l'azione contro l'appaltatore elide la possibilità per il committente di avvalersi dei rimedi previsti dal 1668 c.c. ma non quella di paralizzare, in via d'eccezione, la richiesta di pagamento eventualmente pervenuta dalla controparte, a condizione naturalmente che la denuncia dei difetti sia stata effettuata entro sessanta giorni e prima dei due anni dalla consegna dell'opera. Per l'interruzione della prescrizione *de qua* si ritiene che debbano valere i generali criteri, per cui anche un atto stragiudiziale con il quale il committente metta in mora l'appaltatore e dichiari per iscritto di volersi avvalere della garanzia avrebbe valenza interruttiva, senza bisogno di incardinare necessariamente il giudizio di merito per raggiungere tale effetto¹⁴¹.

¹³⁹ La giurisprudenza ritiene che l'onere probatorio circa la data della consegna dell'*opus* gravi sul committente nel caso in cui l'appaltatore spieghi in giudizio un'eccezione di prescrizione. In tal senso: Cass., 15/6/2007, n. 14039, in *DeJure*; Cass., 10/6/2011, n. 12879, in *Riv. giur. edil.*, 1/2012, p. 65.

¹⁴⁰ Cass., 28/9/1996, n. 8567, in *Boll. legisl. tecn.*, 1997, p. 4031; Cass., 11/8/1998, n. 7891, in *Mass. giust. civ.*, 1998, p. 1691.

¹⁴¹ In dottrina A. CAMEDDA, *La "garanzia" per le difformità e i vizi nell'appalto*, cit., p. 1120 ha segnalato gli importanti risvolti in *subiecta materia* di una recente sentenza dettata in tema di garanzia per i vizi della vendita: Cass., Sez. Un., 11/7/2019, n. 18672, in *Resp. civ. prev.*, 8/2019, p. 1860 e ss., annotata da A. LUMINOSO, *Due pronunce contrastanti delle Sezioni Unite sulla natura della garanzia per vizi nella vendita (e sui riflessi in materia di onere della prova e prescrizione)*.

Cultura giuridica e diritto vivente

Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Giuseppe Giliberti (Università di Urbino)

Co-direttori: Luigi Mari (Università di Urbino), Lucio Monaco (Università di Urbino), Paolo Morozzo Della Rocca (Università di Urbino).

Direttore responsabile

Valerio Varesi (La Repubblica)

Consiglio scientifico

Luigi Alfieri (Università di Urbino), Jean Andreau (ÉHÉSS), Franco Angeloni (Università di Urbino), Antonio Blanc Altemir (Università di Lleida), Alessandro Bondi (Università di Urbino), Licia Califano (Università di Urbino), Maria Aránzazu Calzada González (Università di Alicante), Piera Campanella (Università di Urbino), Antonio Cantaro (Università di Urbino), Donato Carusi (Università di Genova), Francesco Paolo Casavola (Presidente Emerito della Corte Costituzionale), Alberto Clini (Università di Urbino), Maria Grazia Coppetta (Università di Urbino), Lucio De Giovanni (Università di Napoli, Federico II), Laura Di Bona (Università di Urbino), Alberto Fabbri (Università di Urbino), Carla Faralli (Università di Bologna), Fatima Farina (Università di Urbino), Lorenzo Gaeta (Università di Siena), Vincenzo Ferrari (Università di Milano), Paolo Ferretti (Università di Trieste), Andrea Giussani (Università di Urbino), Matteo Gnes (Università di Urbino), Peter Gröschler (Università di Magonza), Guido Guidi (Università di Urbino), Chiara Lazzari (Università di Urbino), Giovanni Luchetti (Università di Bologna), Guido Maggioni (Università di Urbino), Manuela Mantovani (Università di Padova), Valerio Marotta (Università di Pavia), Realino Marra (Università di Genova), Luca Nogler (Università di Trento), Paolo Pascucci (Università di Urbino), Susi Pelotti (Università di Bologna), Aldo Petrucci (Università di Pisa), Paolo Polidori (Università di Urbino), Elisabetta Righini (Università di Urbino), Orlando Roselli (Università di Firenze), Eduardo Roza Acuña (Università di Urbino), Massimo Rubechi (Università di Urbino), Gianni Santucci (Università di Trento), Desirée Teobaldelli (Università di Urbino), Patrick Vlacic (Università di Lubiana), Umberto Vincenti (Università di Padova).

Coordinamento editoriale

Marina Frunzio (Università di Urbino), M. Paola Mittica (Università di Urbino)

redazioneculturagiuridica@uniurb.it

Redazione

Luciano Angelini (Università di Urbino), Chiara Gabrielli (Università di Urbino)

Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Alice Biagiotti, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Darjn Costa, Marica De Angelis, Giacomo De Cristofaro, Elisa De Mattia, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Natalia Paci, Valeria Pierfelici, Ilaria Pretelli, Giulia Renzi, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini.

Referee esterni

Stefano Barbati, Andrea Bonomi, Nerina Boschiero, Antonio Cavaliere, Donato Antonio Centola, Maria Vita De Giorgi, Valentina Fiorillo, Gabriele Fornasari, Biagio Giliberti, Paolo Heritier, Orazio Licandro, Angela Lupone, Alessandra Magliaro, Arrigo Manfredini, Felice Mercogliano, Massimo Miglietta, Vania Patanè, Stefano Polidori, Alvisè Schiavon, Chiara Scivoletto, Laura Scomparin, Susanna Screpanti, Matteo Timiani, Giovanni Battista Varnier.

Cultura giuridica e diritto vivente - Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR ai fini dell'ASN - è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).
