

## CAPITOLO 50

# LA RESPONSABILITÀ DELL'APPALTATORE: TRA DIRITTO CIVILE E DIRITTO PUBBLICO

**SOMMARIO:** 1. L'esecuzione civilistica dell'appalto e le cautele imperative di estrazione pubblicistica. 1.1. L'applicazione del codice civile. 1.2. L'apparato pubblicistico apprestato alla tutela degli interessi pubblici. 2. La responsabilità da esecuzione. 2.1. La responsabilità dell'appaltatore monosoggettivo. 2.2. I rimedi conseguenti alla responsabilità dell'appaltatore. 2.2.1. Applicazione dei rimedi generali. 2.2.2. I rimedi speciali per la violazione delle prescrizioni pattuite e delle regole tecniche: garanzia per vizi e difformità. 2.2.3. I rimedi speciali per la violazione delle prescrizioni pattuite e delle regole tecniche: la responsabilità per perimento e deterioramento. 2.3. La diffusione delle responsabilità negli esecutori dei contratti pubblici. 2.3.1. La responsabilità nell'avvalimento. 2.3.2. La responsabilità nel subappalto. 2.3.3. La responsabilità nelle ATI e nei consorzi. 3. La responsabilità da tutela: le forme speciali di responsabilizzazione della filiera verso i dipendenti e l'intervento sostitutivo della stazione appaltante.

### **1. L'esecuzione civilistica dell'appalto e le cautele imperative di estrazione pubblicistica.**

#### *1.1. L'applicazione del codice civile.*

La responsabilità dell'appaltatore nell'esecuzione delle obbligazioni derivanti da contratti pubblici, sia nelle contrattazioni acquisite in forma monosoggettiva che in quelle contestualizzate sotto formule plurisoggettive (RTI, consorzi), è l'espressione di una sintesi legislativa che vede aggregarsi, da un lato, le regole comunitarie e interne della contrattualistica pubblica, a sorvegliare gli aspetti speciali della gestione delle commesse pubbliche e, dall'altro, i comuni principi di natura privatistico-civilistica dettati dall'ordinamento nazionale, ove non derogati dalle disposizioni in tema di contratti pubblici.

Ben sugella tale sistema l'art. 2 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici), che dopo aver reso enunciazione dei noti assiomi che presidiano le attività della P.A. nell'affidamento dei contratti pubblici (qualità delle prestazioni, economicità, efficacia, tempestività e così via), aggiunge a chiusura che – nelle parti non diversamente ed espressamente regolate dal Codice – l'attività contrattuale dei soggetti pubblici «*si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile*».

La scelta legislativa di un così generico rinvio alle comuni disposizioni privatistiche potrebbe apparire eversiva rispetto all'impostazione generale apprestata dal d.lgs. n. 163/2006 e dal d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di attuazione), nei quali il grado di dettaglio sulla regolamentazio-

ne dei contratti pubblici si presenta a livelli sempre elevati e talora eccessivi. L'opzione assume tuttavia contorni maggiormente ordinati, se valutata alla stregua dell'esigenza di scindere nettamente la *fase dell'affidamento*, ove è più urgente garantire ampia esplicazione al principio di concorrenzialità nelle sue molteplici manifestazioni (parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, pubblicità), dalla *fase dell'esecuzione*, nella quale ultima – a selezione già operata e chiusa – riacquistano prevalenza il sinallagma negoziale e la combinazione dialettica degli interessi delle parti, seppur sempre misurati sotto lo spettro dei principi appena citati<sup>1</sup>.

L'attività contrattuale pubblica, nella fase di giuridica attuazione del risultato negoziale delle procedure di affidamento, risulta così collocata tra norme di diritto comune e norme di diritto particolare, in ragione della naturale combinazione dei rapporti che, pur conclusi da organismi operanti nella P.A., si caratterizzano pur sempre per un'estrazione negoziale-privatistica<sup>2</sup>.

La lettera del quarto comma dell'art. 2, d.lgs. n. 163/2006 racchiude così, nella sua essenzialità, il comune denominatore pubblico-privato quale elemento caratterizzante della disciplina della responsabilità dell'appaltatore, dinanzi al quale le norme di natura privatistica cedono occasionalmente il passo alle regole dettate dallo stesso d.lgs. n. 163/2006 per rafforzare il reticolato di garanzie finalizzate ad assicurare il corretto adempimento delle prestazioni, e la tutela del committente e dei terzi.

Accanto alle norme che ripropongono, seppur con sfumate varianti, la regolamentazione civilistica dell'appalto, nel complesso disciplinare codicistico sono presenti anche norme che intervengono in misura vigorosa sulla responsabilità contrattuale dell'appaltatore, fornendone una disciplina asimmetrica e del tutto specifica rispetto alla regolamentazione di diritto comune.

Rilevano in tal chiave le disposizioni che prevedono il tendenziale principio di esecuzione in proprio e il divieto di cessione del contratto; quelle che

<sup>1</sup> La soluzione sistematica adottata dal d.lgs. n. 163/2006 per selezionare la disciplina della responsabilità dell'appaltatore appare in linea anche con l'evoluzione che la stessa definizione dei contratti in esame ha subito nel corso degli anni. Dalla categoria dei "contratti di diritto pubblico" (Cfr. P. SANTORO, *Gli appalti pubblici: nozione comunitaria e tipologie negoziali*, in *Foro Amm.*, 1998, 04, 1383 e Id, *I contratti pubblici*, Rimini, 1997, Introduzione e pp. 17 ss.) si è infatti giunti all'attuale formula che, nel definire i "contratti pubblici", pone l'accento principalmente sul profilo soggettivo del rapporto concluso con amministrazioni aggiudicatrici, individuate – secondo la definizione tratta dalla normativa comunitaria – con lo Stato, gli enti pubblici territoriali e gli organismi pubblici (così il secondo considerando della dir. n. 2004/18/CE).

<sup>2</sup> Sull'applicabilità della disciplina privatistica alla fase successiva alla stipulazione del contratto d'appalto pubblico si è pronunciata anche la Corte costituzionale, la quale ha affermato che: "La giurisprudenza costituzionale è costante nel ritenere che, nel settore degli appalti pubblici, la fase che ha inizio con la stipulazione del contratto e prosegue con l'attuazione del rapporto negoziale è disciplinata da norme che devono essere ascritte all'ambito materiale dell'ordinamento civile. Ciò in quanto, in tale fase, l'amministrazione si pone in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisce non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale (ex multis, sentenza n. 401 del 2007). Con riferimento alla disciplina del collaudo, pertanto, le Regioni sono tenute ad applicare la normativa statale e ad adeguarsi alla disciplina dettata dallo Stato per tutto quanto attiene alla fase di esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture. Questo non significa, tuttavia, che, in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico, non possano residuare in capo all'autorità procedente poteri pubblici riferibili, in particolare, a specifici aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva", così Corte cost., 18 febbraio 2011, n. 53.

consentono una rilevante ingerenza del committente in sede esecutiva attraverso strutture complesse (la direzione dei lavori); le norme che prevedono particolari ipotesi di recesso e risoluzione del contratto; i sistemi di sorveglianza sulle prestazioni, di misurazione delle medesime e di verifica sui risultati; i limiti alle variazioni del contratto; le speciali garanzie da fornirsi per l'esecuzione delle attività affidate, particolarmente articolate nel sistema dei lavori pubblici.

Laddove non espressamente derogate da tali peculiari istituti del Codice, alla fase di esecuzione del contratto d'appalto trovano invece applicazione, solo per citare le principali, le norme in materia di obbligazioni e contratti e quelle contenute nel Capo VII del Libro IV del Codice Civile sull'appalto in generale (artt. 1655 ss.).

### *1.2. L'apparato pubblicistico apprestato alla tutela degli interessi pubblici.*

La disciplina apprestata dal Codice dei contratti pubblici nasce dunque con l'intento di riunire in modo organico le norme, anche di matrice comunitaria, riconducibili allo schema dell'appalto, creando una figura unitaria regolata in via principale dalle norme speciali contenute nel d.lgs. n. 163/2006 e, in funzione sussidiaria, dalle norme del codice civile. L'articolato delle norme in esame appare un susseguirsi di previsioni che cercano di contemperare l'interesse privato – movente degli operatori economici – con la necessaria tutela, anche in fase esecutiva, della pubblica amministrazione, quale soggetto che esponenzialmente riunisce le istanze collettive.

Il tessuto normativo che si snoda sul versante dell'esecuzione si muove dunque, anche sul punto della responsabilità dell'appaltatore, in bilico tra la soddisfazione dell'interesse privato e la cura di quello pubblico, permeando le comuni ed elastiche regole del diritto fra privati con i precetti imperativi che governano l'azione pubblica.

Nascono in questo contesto le disposizioni che, con approccio eccentrico rispetto al costume normativo del diritto privato, configurano la responsabilità del contraente della pubblica amministrazione anche allorché non abbia propriamente prestatato attività esecutiva e non sia dunque passibile di un vero e proprio inadempimento personale. Accade così che l'impresa ausiliaria, negli schemi di cui all'art. 49, comma 4, d.lgs. n. 163/2006 venga chiamata a rispondere anche ove si sia limitata unicamente a trasferire i mezzi esecutivi; o che, in caso di raggruppamenti orizzontali, ferma restando la responsabilizzazione della mandataria per l'intero, ciascuna delle mandanti risponda anche per l'impropria esecuzione delle altre.

Accanto alle formule di solidarietà sopra descritte, talora connotate da elementi di responsabilità da garanzia (ad esempio, l'impresa ausiliaria non chiamata ad eseguire in sede di subappalto), si affianca il vasto genere delle responsabilità della filiera riguardo al fattore produttivo dei lavori (i dipendenti), che in tal caso vedono sottostare anche la stazione appaltante a obblighi di soddisfazione *ex lege* rispetto agli emolumenti da trasmettersi alle parti economicamente più esposte della filiera stessa. La trattazione che segue

affronterà dunque anche tali profili che affondano la propria giustificazione di tutela nell'ambito del diritto del lavoro, a costituire l'addentrata propaggine della contrattualistica pubblica in tale materia.

## 2. La responsabilità da esecuzione.

### 2.1. La responsabilità dell'appaltatore monosoggettivo.

Il combinato disposto delle norme contenute nel d.lgs. n. 163/2006 e nel d.P.R. n. 207/2010 in tema di esecuzione dei contratti pubblici di lavori, forniture e servizi e delle norme dettate dal codice civile per la regolamentazione del contratto, in generale, e di quello di appalto, in particolare, costituisce un sistema incrociato di norme volto a massimizzare la tutela delle stazioni appaltanti e l'affidamento dei terzi nella corretta e tempestiva esecuzione delle obbligazioni. *I principi e le fonti*

L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 163/2006 stabilisce che *"l'esecuzione di opere lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza"*. Questo principio, declinato anche secondo gli schemi del diritto civile (la cui applicazione è richiamata dal quarto comma del medesimo articolo), implica non solo la corretta ed esatta esecuzione delle prestazioni, così come individuate dalle parti in contratto, ma anche la loro esecuzione a regola d'arte e nel rispetto della tempistica definita o, comunque, in linea con le esigenze della committenza.

L'attività dell'appaltatore, quale soggetto che interviene nel contratto in veste professionalmente qualificata e corredata di mezzi e capacità tecniche adeguate alla natura della commessa, deve essere improntata al rispetto del principio di buona fede nell'esecuzione contrattuale (art. 1375 c.c.) e deve essere svolta con una diligenza che si ponga sopra la media di quella diligenza tipica del buon padre di famiglia (art. 1176, comma 1, c.c.), normale parametro per ritenere soddisfatto l'interesse creditorio. *La natura della responsabilità*

La diligenza che si richiede all'appaltatore è dunque una diligenza professionale maggiormente qualificata, integrante un canone speciale che esige il rispetto di quel sistema di regole e tecniche proprie del particolare settore nell'ambito del quale la prestazione deve essere eseguita. Non una diligenza media che si ponga in linea con l'*aurea mediocritas* del buon padre di famiglia<sup>3</sup> o con la diligenza dell'uomo medio<sup>4</sup>, bensì una diligenza da valutare in base *La diligentia quam*

<sup>3</sup> La diligenza del buon padre di famiglia costituisce un criterio generale di valutazione dell'esecuzione della prestazione riferibile al debitore, U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trat. Iudica e Zatti*, Milano, 1990, pp. 230 ss.

<sup>4</sup> La diligenza dell'"uomo medio", ricavabile dalla pratica della media statistica, non dovrebbe coincidere, secondo la relazione al codice civile con la figura del *bonus pater familias*, ma dovrebbe essere l'espressione di un *"concetto deontologico frutto di una valutazione espressa dalla coscienza generale"*. Più specificamente, la figura suddetta dovrebbe corrispondere al *"modello di cittadino e di produttore, che a ciascuno è offerto dalla società in cui vive; modello per sua natura mutevole secondo i tempi, le abitudini sociali, i rapporti economici e il clima politico"*, cfr. Relazione al codice civile, n. 559.

alle *leges artis* richieste per l'opera da realizzare, per la particolare fornitura o per il servizio da garantire (art. 1176, comma 2, c.c.). Il modello di diligenza cui l'appaltatore deve conformarsi per realizzare l'opera a regola d'arte è dunque quello che si estrinseca nell'adeguato sforzo tecnico che richiede l'impiego di energie, conoscenze tecniche e mezzi idonei e utili all'esatto adempimento della prestazione e alla soddisfazione dell'interesse del committente. La diligenza richiesta, quindi, si sostanzia nella cura, nella cautela, nella perizia e nella legalità. Per perizia deve intendersi, secondo la ricostruzione comunemente fornita da dottrina e giurisprudenza, l'impiego delle abilità e delle nozioni tecniche peculiari dell'attività esercitata e l'uso degli strumenti normalmente adeguati per l'attività professionale svolta, mentre per legalità deve intendersi l'integrità materiale, la mancanza di vizi e l'idoneità dell'opera, della fornitura o del servizio a soddisfare le esigenze del committente in relazione all'uso per cui si è dato avvio all'appalto.

La diligenza in senso tecnico di cui all'art. 1176, comma 2, c.c., definita anche come *diligentia quam suis*, ossia come la diligenza del caso concreto<sup>5</sup>, implica una responsabilità dell'appaltatore anche per colpa lieve.

*Il principio di  
autoresponsabilizzazione*

Un'importante notazione – non priva di risvolti sotto il profilo della responsabilità dell'appaltatore e dell'eventuale risoluzione del contratto – è quella evidenziata dalla giurisprudenza che ritiene che le cautele e le misure necessarie ed idonee per l'esecuzione della prestazione, secondo il modello di precisione e abilità tecnica richiesta dal caso concreto, non debbano essere attuate e valutate solo in base alle indicazioni ricevute dalla stazione appaltante, ma debbano essere ponderate anche in considerazione delle specifiche esigenze dell'opera da realizzare e della fornitura o del servizio da garantire<sup>6</sup>. La genesi del principio di autoresponsabilizzazione dell'operatore professionale discende naturalmente dall'attuazione del criterio di diligenza qualificata richiesto per l'esecuzione della prestazione dell'appaltatore. Così declinando il contenuto della diligenza richiesta all'appaltatore, si giunge a ritenere che una sua responsabilità sussista sempre per inesatta esecuzione della prestazione anche qualora, pur avendo eseguito fedelmente la prestazione nel rispetto delle direttive ricevute dal committente, del progetto e dei dettagliati capitolati tecnici o prestazionali predisposti dalla stazione appaltante, sussistano

<sup>5</sup> Tale diligenza viene valutata sulla base di criteri concreti e non sulla base di criteri statistici o astratti, come avviene per la diligenza del buon padre di famiglia, e include anche la perizia, da intendersi come conoscenza e attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata arte o professione. La valutazione in merito alla carenza della diligenza necessaria per l'esatto adempimento delle prestazioni e fonte di responsabilità dell'appaltatore presuppone una preliminare individuazione degli specifici obblighi che la legge o il contratto pongono a carico del professionista.

<sup>6</sup> Con particolare riferimento all'appalto d'opera, si è ritenuto che nel caso di opere edilizie da eseguirsi su strutture o basamenti preesistenti o preparati dal committente o da terzi, l'appaltatore incaricato viola il dovere di diligenza di cui all'art. 1176 c.c. qualora non effettui le verifiche necessarie per accertare, nei limiti delle comuni regole dell'arte, l'idoneità delle strutture a reggere l'ulteriore opera commessagli e ad assicurare la buona riuscita della medesima; così Cass., Sez. III, 31 maggio 2006, n. 12995. Cfr. sul medesimo tema, *ex multis*, Cass., Sez. III, 9 febbraio 2000, n. 1449; Cass., Sez. II, 18 marzo 1980, n. 1781; Cass., Sez. II, 22 giugno 1994, n. 5981; Cass., Sez. II, 11 gennaio 1989, n. 80; Cass., Sez. II, 7 aprile 1987, n. 3356; Cass., Sez. II, 25 luglio 1984, n. 4352.

comunque irregolarità tecniche tali da pregiudicare l'esatta esecuzione dell'opera, potendo questa risultare affetta da carenze o errori tecnici.

L'esecuzione dell'opera a regola d'arte implica l'esistenza di un onere a carico dell'appaltatore che gli impone in fase di esecuzione della propria prestazione di segnalare eventuali vizi di progettazione o procedurali o imperfezioni tali da compromettere il risultato finale. L'onere dell'appaltatore sta nel rendere edotto il committente di tali circostanze e di adempiere la propria prestazione, se del caso, anche apportando eventuali rettifiche o modifiche necessarie affinché l'opera sia realizzata o la fornitura o il servizio siano prestati senza violazione alcuna. In caso contrario, il rispetto delle indicazioni inizialmente impartite dal committente non lascia esente da responsabilità l'appaltatore in quanto la diligenza professionale che gli viene richiesta implica anche il controllo e la correzione di eventuali errori del progetto<sup>7</sup>. Tale onere sussiste anche nel caso in cui si tratti di appalto di opere pubbliche nell'ambito del quale, normalmente, l'appaltatore gode di un minor margine di autonomia<sup>8</sup>. Un'eventuale omissione da parte dell'appaltatore in tal senso sarebbe idonea a dar vita non solo ad una responsabilità contrattuale nei confronti della stazione appaltante, ma anche una responsabilità nei confronti dei terzi.

*Obblighi connessi all'esecuzione a regola d'arte*

Con riferimento alla responsabilità nei confronti della stazione appaltante, ci si potrebbe chiedere se la presenza di un direttore dei lavori (che potrebbe anche coincidere con il responsabile del procedimento di cui all'art. 10, d.lgs. n. 163/2006)<sup>9</sup>, nominato dalla stazione appaltante quale organo tecnico straordinario che operi in qualità di agente dell'amministrazione, possa in qualche misura elidere o limitare l'eventuale responsabilità dell'appaltatore. In giurisprudenza si ritiene che la presenza di un direttore dei lavori non possa implicare un automatico trasferimento sulla stazione appaltante delle responsabilità derivanti dall'omessa diligenza nell'esecuzione dell'opera o nella prestazione del servizio. In presenza di una responsabilità dell'appaltatore, l'esistenza di un direttore dei lavori potrebbe comunque far discutere in merito ad un eventuale concorso del fatto colposo del committente (ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c.) ai fini della quantificazione del risarcimento del danno. In tal caso, tuttavia, occorrerebbe dimostrare che la condotta, anche omissiva, del direttore dei lavori in sede di esecuzione (e non nella fase successiva al completamento dell'opera o in sede di collaudo), abbia eziologicamente determinato il pregiudizio lamentato<sup>10</sup>.

*La responsabilità nei confronti della stazione appaltante*

La preminenza della posizione riservata alla Pubblica Amministrazione per la natura pubblica del bene non altera la qualità delle responsabilità del-

<sup>7</sup> Così Cass., Sez. III, 31 maggio 2006, n. 12995. Cfr. anche Cass., Sez. II, 2 agosto 2001, n. 10550; Cass., Sez. II, 12 maggio 2000, n. 6088.

<sup>8</sup> Così Cass., Sez. I, 2 luglio 2010, n. 15784; Cass., Sez. III, 31 luglio 2002, n. 11356.

<sup>9</sup> La *ratio* della costituzione del responsabile unico del procedimento e del direttore dei lavori si riscontra nell'art. 118 del r.d. 23 maggio 1924, n. 827, in base al quale nei: "regolamenti speciali di ciascun servizio si stabiliscono le cautele di assistenza, vigilanza e direzione necessarie per assicurare la buona esecuzione delle forniture, dei trasporti o lavori, secondo la diversa natura loro".

<sup>10</sup> Cass., Sez. I, 2 luglio 2010, n. 15784.



la stazione appaltante<sup>11</sup>. Anche nell'ambito del contratto di appalto di opere pubbliche, pertanto, è configurabile in capo all'amministrazione committente e creditrice dell'*opus* un dovere di collaborazione ai fini dell'esatto adempimento della prestazione da parte dell'appaltatore.

*Responsabilità dell'appaltatore alla luce del dovere di cooperazione della stazione appaltante*

Tale principio, contenuto nell'art. 1206 c.c. (nella misura in cui questa norma richiama il compimento, da parte del creditore, di quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere l'obbligazione) e discendente dalle norme generali in tema di mora del creditore e, più in generale, dai principi di correttezza e buona fede oggettiva, implica per il committente un impegno a compiere tutte quelle attività, distinte rispetto a quelle imputabili all'appaltatore, necessarie affinché quest'ultimo possa porre in essere a regola d'arte la propria prestazione, e realizzare il risultato cui è preordinato il rapporto obbligatorio<sup>12</sup>.

Nell'appalto di opere pubbliche, così come in quello di forniture e servizi, è configurabile in capo all'Amministrazione committente un dovere di cooperazione all'adempimento dell'appaltatore attraverso il compimento di quelle attività necessarie affinché quest'ultimo possa realizzare il risultato cui è preordinato il rapporto obbligatorio. Il contegno omissivo del committente che, con colpa, ometta di fornire la necessaria collaborazione ai fini dell'esecuzione della prestazione, incide sull'attività dovuta dall'appaltatore impedendone l'esatto adempimento per causa non imputabile all'appaltatore cui, conseguentemente, non potranno ascriversi responsabilità diminuite o del tutto annullate in relazione all'incidenza eziologica delle responsabilità della stazione appaltante.

Tra le ipotesi in cui la responsabilità dell'appaltatore potrebbe essere esclusa per mancata collaborazione del committente rientrano, ad esempio, quelle in cui si verifica la mancata consegna da parte della pubblica amministrazione committente dei progetti di adeguamento dell'opera alle sopravvenute prescrizioni di legge<sup>13</sup>.

*La responsabilità vs. terzi*

Per quanto concerne la responsabilità nei confronti dei terzi, vale il principio generale della responsabilità dell'appaltatore che configura, normal-

<sup>11</sup> Sul punto, cfr. Cass., Sez. un., 27 novembre 1996, n. 10525; Cass., Sez. I, 24 ottobre 1985, n. 5232; Cass., Sez. I, 18 novembre 1994, n. 9794.

<sup>12</sup> Al riguardo, si osserva come la giurisprudenza di legittimità ritenga che "l'elaborazione di varianti in corso d'opera – di norma costituente una mera facoltà della pubblica amministrazione committente (esercitabile in presenza delle condizioni previste dalla legge) – può configurarsi come espressione di un doveroso intervento collaborativo del creditore, al fine di rendere possibile l'adempimento dell'appaltatore. Ciò avviene, in particolare, quando, come nella specie, la modifica del progetto originario (di un immobile destinato a scuola) sia resa necessaria da sopravvenute disposizioni imperative, legislative e regolamentari, sulla sicurezza degli impianti (L. 5 marzo 1990, n. 46; D.P.R. 6 dicembre 1991, n. 447): in tal caso, infatti, l'opera, che fosse realizzata secondo le inizialmente progettate modalità costruttive e istruzionarie tecniche, esporrebbe l'appaltatore a responsabilità per eventi lesivi dell'incolumità e dell'integrità personale di terzi (cfr. Cass., Sez. I, 25 febbraio 1993, n. 2328; Cass., Sez. III, 22 ottobre 2002, n. 14905; Cass., Sez. III, 12 aprile 2005, n. 7515). Ne consegue che la perdurante, mancata consegna, da parte della stazione appaltante, benché ritualmente intimata, dei progetti di adeguamento dell'opera alle sopravvenute prescrizioni di legge, ben può determinare impossibilità della prestazione per fatto imputabile al contraente creditore sul quale sono destinate a ricadere le conseguenze dell'omessa cooperazione necessaria all'adempimento da parte del debitore", così Cass., Sez. I, 29 aprile 2006, n. 10052.

<sup>13</sup> Cass., Sez. I, 29 aprile 2006, n. 10052.

mente, una responsabilità esclusiva di quest'ultimo anche nell'ipotesi in cui il committente abbia esercitato un controllo sui relativi lavori, designando, nel proprio interesse, un soggetto con poteri di controllo, ma privo di poteri di ingerenza<sup>14</sup>. Si potrebbe, tuttavia, ipotizzare una concorrente responsabilità (da ripartire in base al criterio dell'imputazione proporzionale all'incidenza causale della relativa condotta) della stazione appaltante, qualora venga dimostrato che il fatto dannoso sia disceso dall'esecuzione delle direttive impartite all'appaltatore.

Qualora il committente abbia predisposto il progetto e fornito indicazioni relative alla fase esecutiva, l'appaltatore potrebbe essere ritenuto esente da responsabilità solo nel caso in cui, pur avendo informato il committente circa l'esistenza di eventuali carenze o errori<sup>15</sup>, riceva espressa indicazione di proseguire la sua attività secondo il progetto iniziale e le indicazioni originariamente ricevute. In tale ipotesi, infatti, l'appaltatore, da professionista qualificato dotato di autonomia nell'esecuzione delle obbligazioni assunte e di un'organizzazione tale da poter eseguire l'opera o assicurare la fornitura o il servizio immuni da vizi e difformità, si riduce ad essere un mero *nudus minister*<sup>16</sup>, ossia uno strumento passivo che soggiace esclusivamente alle indicazioni della stazione appaltante e che è direttamente e totalmente condizionato dalle istruzioni dalla stessa ricevute. Solo nel caso di annullamento di ogni possibilità di iniziativa e vaglio critico da parte dell'appaltatore nell'esecuzione della prestazione, si potrà ritenere che la responsabilità di quest'ultimo venga meno e che sussista un'esclusiva responsabilità del committente<sup>17</sup>.

Va detto che parte della dottrina avanza perplessità sulla possibilità di escludere *in toto* la responsabilità dell'appaltatore anche qualora questi operi sotto l'esclusivo dominio direttivo della stazione appaltante. Ciò sulla considerazione che, vista l'insopprimibile autonomia di cui è naturalmente dotato

*Possibili ipotesi di esclusione della responsabilità: il nudus minister*

<sup>14</sup> Cass., Sez. II, 29 dicembre 2009, n. 27495; Cass., Sez. I, 12 aprile 2006, n. 8520; Cass., Sez. I, 10 settembre 2002, n. 13158; Cass., Sez. II, 16 giugno 2000, n. 8187; Trib. Cagliari, 14 novembre 2006, in Riv. Giur. Sarda, 2008, pp. 669 ss.

<sup>15</sup> Il principio in base al quale l'appaltatore è tenuto ad evidenziare al committente eventuali anomalie o difetti al fine di escludere o limitare la sua responsabilità nell'esecuzione dell'appalto è risalente e consolidato nella giurisprudenza di legittimità che ritiene che: "L'appaltatore è obbligato a controllare, nei limiti delle sue cognizioni tecniche, la bontà del progetto o delle istruzioni impartite dal committente ed ove queste siano palesemente errate, può andare esente da responsabilità soltanto se dimostri di avere manifestato il proprio dissenso e di essere stato indotto ad eseguirle, quale *nudus minister*, per le insistenze del committente ed a rischio di quest'ultimo; pertanto, in mancanza di tale prova, l'appaltatore è tenuto, a titolo di responsabilità contrattuale, derivante dalla sua obbligazione di risultato, all'intera garanzia per le imperfezioni o i vizi dell'opera senza potere invocare il concorso di colpa del progettista o del committente", così Cass., 29 gennaio 1983, n. 821.

<sup>16</sup> Cfr., tra le tante, Cass., Sez. III, 12 aprile 2005, n. 7515; Cass., Sez. II, 5 maggio 2003, n. 6754; Cass., Sez. II, 30 maggio 2003, n. 8813; Cass., Sez. II, n. 10550/2001; Cass., Sez. II, 26 luglio 1999, n. 8075.

<sup>17</sup> Cass., Sez. II, 13 febbraio 2009, n. 3659; Cass., Sez. I, 13 marzo 2009, n. 6202; Cass., Sez. II, 2 dicembre 2008, n. 28605; Cass., Sez. III, 29 marzo 2007, n. 7755; Cass., Sez. III, 31 maggio 2006, n. 12995; Cass., Sez. III, 21 giugno 2004, n. 11478; Cass., Sez. III, 31 luglio 2002, n. 11356; Cass., Sez. II, 20 agosto 1999, n. 8802; Cass., Sez. III, 9 dicembre 1997, n. 12449; Cass., Sez. I, 27 agosto 1996, n. 7862. Cfr. altresì Trib. Piacenza, 23 dicembre 2009, n. 891, in Contratti, 2010, 10, pp. 898-903, con nota di V. AMENDOLAGINE, *ibidem*, pp. 903-909.



l'appaltatore, non sussiste alcun obbligo del medesimo di dare seguito, qualora ciò escluda l'esecuzione della commessa a regola d'arte, alle direttive della stazione appaltante che si rivelino di natura pregiudizievole per l'attività in sé o addirittura fonte di una lesione di diritti dei terzi. In tali ipotesi, la responsabilità di natura extracontrattuale dell'appaltatore nei confronti dei terzi non verrebbe meno per il solo fatto di aver cagionato il danno nell'esecuzione di obblighi contrattuali impartiti dal committente. Tale ricostruzione si avvalorava maggiormente nell'ipotesi in cui le direttive impartite dalla stazione appaltante non siano in linea con la normativa applicabile o con le regole e prescrizioni di legge volte al corretto adempimento della prestazione dovuta, il cui mancato rispetto sarebbe idoneo a legittimare un rifiuto dell'amministrazione nella successiva sede di collaudo<sup>18</sup>.

*Possibili ipotesi di riparto della responsabilità*

Il criterio della responsabilità esclusiva dell'appaltatore nell'esecuzione dell'opera, tuttavia, non preclude la possibilità di ripartire in misura differenziale la responsabilità tra appaltatore e stazione appaltante o progettista (qualora appaltatore e progettista siano soggetti distinti) nel caso in cui gli errori del progetto e le sue eventuali carenze tecniche non potevano essere conosciute, né conoscibili da parte dell'appaltatore. Il principio di oggettivizzazione della responsabilità di quest'ultimo, infatti, deve essere temperato facendo riferimento ai generali criteri di imputazione della responsabilità previsti dal nostro ordinamento. Dovendosi interpretare il concetto di diligenza qualificata in relazione alla specialità del rapporto e alla natura dell'attività esercitata, infatti, le obbligazioni dell'appaltatore, anche di controllo e verifica dell'opera, devono essere valutate avendo riguardo alle conoscenze tecniche normalmente previste per la specifica area in cui l'appaltatore esercita la propria attività onde evitare di giungere ad un'estensione troppo ampia e indiscriminata della sua responsabilità. Richiedere un obbligo di diligenza sproporzionato rispetto alle conoscenze tecniche imputabili al concreto settore di attività in cui l'appaltatore opera risulterebbe contrario al criterio di buona fede nell'esecuzione delle prestazioni. L'interazione tra il canone della diligenza qualificata (art. 1176, comma 2, c.c.) e il principio della buona fede nell'esecuzione del contratto (artt. 1375 e 1175 c.c.) consente, di volta in volta e avendo riguardo alle peculiarità della fattispecie, di modulare in misura differente il grado di diligenza richiesto all'appaltatore, così da poter individuare più esattamente il contenuto dei rispettivi obblighi e delimitare il rischio<sup>19</sup> cui è esposto l'appaltatore.

Il canone della diligenza che, nel caso del contratto d'appalto, è quello superiore della diligenza professionale, si pone quale parametro per la defi-

<sup>18</sup> Sul tema, D. CHINDEMI, *Obbligo di collaborazione della Pubblica Amministrazione nell'appalto pubblico*, in Nuova Giur. Civ., 2007, pp. 1-12, nota a Cass., Sez. I, 29 aprile 2006, n. 10052.

<sup>19</sup> Sulla definizione di rischio, dottrina e giurisprudenza hanno in varie occasioni espresso opinioni differenti. In taluni casi si è inteso il rischio avendo riguardo solo all'aspetto economico, in altri casi, si è fatto richiamo ad un concetto più ampio di rischio che comprenda non solo e non tanto l'aspetto economico, ma soprattutto quello tecnico legato all'eventuale difformità dell'opera; cfr. A. LEVATO, *La verifica della correttezza del progetto fornito dal committente rientra tra gli obblighi dell'appaltatore*, nota a Trib. Pescara, 23 febbraio 2010, n. 108, in Resp. Civ. e Prev., 2010, 10, 2093.

nizione della buona fede e della correttezza, funzionali alla valutazione della responsabilità dell'appaltatore. Ne discende che l'idoneità della condotta dell'appaltatore al conseguimento del risultato finale deve essere analizzata in funzione della combinazione dei citati principi i quali, diversamente modulati in relazione al caso concreto, consentono di accertare se un inadempimento vi sia stato e quale sia il grado d'imputabilità dello stesso. L'attività posta in essere dall'appaltatore va valutata alla stregua del comportamento complessivo da questi tenuto, anche nella fase preparatoria della prestazione e finalizzata al perseguimento dell'interesse del committente, come definito in contratto e risultante dal globale assetto negoziale<sup>20</sup>. La natura dell'obbligazione assunta dall'appaltatore – nell'interpretazione fornita dalla dottrina e dalla giurisprudenza, tanto con riferimento agli aspetti privatistici del rapporto, quanto con riferimento a quelli pubblicistici – è stata infatti qualificata come obbligazione di risultato<sup>21</sup>, avendo il committente interesse non solo al comportamento professionalmente adeguato dell'appaltatore e all'impiego di mezzi idonei, ma anche al conseguimento del concreto obiettivo individuato in contratto. Da tanto discende che il perimetro della responsabilità dell'appaltatore deve essere individuato nel caso specifico sia in base alla disciplina generale in tema di inadempimento, che in base al combinato disposto degli artt. 1218 e 1176, comma 2 c.c.<sup>22</sup>.

*Coordinamento tra il canone della diligentia quam e il principio di buona fede*

<sup>20</sup> Cfr. M.C. BIANCA, *Diritto Civile, IV, Obbligazione*, Milano, 1990, pp. 86 ss.

<sup>21</sup> Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. III, 12 aprile 2005, n. 7515. Sulla distinzione tra obbligazioni di mezzo e di risultato, cfr. Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono pronunciate per dirimere il contrasto giurisprudenziale insorto sul tema e per definire in chiave più funzionale tali obbligazioni. L'interpretazione fornita dalle Sezioni Unite è fortemente critica rispetto all'impostazione dogmatica tradizionale. La Corte, pur riconoscendo un'utile funzione descrittiva alla classificazione tra obbligazioni di mezzo e di risultato, ritiene superata la distinzione in parola, quanto meno in relazione ad aspetti pratici quali il riparto dell'onere probatorio e l'individuazione del grado di diligenza richiesta al debitore. Su tale ultimo aspetto, si veda, anche Cass., Sez. un., 28 luglio 2005, n. 15781. Secondo la definizione tradizionale, le obbligazioni di fare possono dar luogo ad obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. Le obbligazioni di mezzi, dette anche di diligenza, consistono nell'impiego diligente dei mezzi a propria disposizione. L'aspettativa del creditore non è data dal conseguimento di un determinato risultato, bensì dal corretto e diligente uso da parte del debitore dei mezzi da quest'ultimo offerti, in modo tale da essere astrattamente idonei a produrre il risultato desiderato. Nelle obbligazioni di mezzi "la prestazione dovuta prescinde da un particolare esito positivo dell'attività del debitore, che adempie esattamente ove svolga l'attività richiesta nel modo dovuto. In tali obbligazioni è il comportamento del debitore ad essere in obbligazione, nel senso che la diligenza è tendenzialmente considerata quale criterio determinativo del contenuto del vincolo, con l'ulteriore corollario che il risultato è caratterizzato dall'aleatorietà, perché dipende, oltre che dal comportamento del debitore, da altri fattori esterni oggettivi o soggettivi" (Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577). Le obbligazioni di risultato consistono, invece, nel conseguimento di un determinato obiettivo o nella realizzazione di un'opera esattamente definiti in contratto. In tali obbligazioni, "ciò che importa è il conseguimento del risultato stesso, essendo indifferente il mezzo utilizzato per raggiungerlo. La diligenza opera solo come parametro, ovvero come criterio di controllo e valutazione del comportamento del debitore: in altri termini, è il risultato cui mira il creditore, e non il comportamento, ad essere direttamente in obbligazione" (Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577).

<sup>22</sup> In dottrina si è ritenuto che, essendo venuta meno, sotto il profilo probatorio e dei criteri di imputazione della responsabilità dell'appaltatore, la tradizionale distinzione tra obbligazione di mezzo e di risultato, si possa ritenere priva di pregio anche la regola in base alla quale l'art. 1218 c.c., che esclude la responsabilità per inadempimento solo in ipotesi di impossibilità della prestazione per fatto non imputabile al debitore, si applichi solo alle obbligazioni di risultato,