

La specificità del contratto appalto nel diritto civile ed amministrativo

A cura di **GIANLUCA GIORGIO**

Sommario: 1. Nozione ed evoluzione storica - 2. Il contratto di appalto nella teoria generale del diritto. -3. Le garanzie per i vizi ed il risarcimento del danno; -4. Le conclusioni.

1. Nozione ed evoluzione storica.

Nel vigente ordinamento giuridico per eseguire un lavoro, generalmente, vi è la necessità di un soggetto il quale si assume l'obbligo di organizzare tutte le attività, per arrivare alla conclusione di un'opera. Il contratto, con il quale si compie quanto richiamato, prende il nome di appalto.

Questo è regolato dall'articolo 1655 c.c, il quale si riferisce all'accordo, con “*il quale una parte (appaltatore) assume il compimento di un'opera o di un servizio su incarico di un committente e verso un corrispettivo in danaro, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio*”.

Generalmente, l'appaltatore è un imprenditore. Secondo la dottrina civilistica, il contratto di appalto ha come oggetto specifico il compimento di un'opera (*locatio operis*).¹

Storicamente, i Giuristi romani collocavano il contratto, di cui si discute, nella *locatio censoria*. L'accordo, così posto in essere, era formalizzato da un censore (nel caso di appalto pubblico) il quale stipulava un'obbligazione, per la realizzazione di un'opera pubblica oppure per un'altra attività inerente l'interesse collettivo. Per questo, quindi, si faceva riferimento ad un obbligo assunto da un soggetto pubblico, in vista di un'opera per il benessere della comunità. I Giuristi romani, inoltre, differenziavano questo, dall'*appalto publicano*, il quale era usato per il pagamento della tasse ed era attinente al settore fiscale.

Per venire ai nostri giorni, secondo l'impostazione giuridica maggioritaria, tale *synallagma* rientra nella denominazione più ampia, dei rapporti di impresa, in quanto viene impiegato nella realtà imprenditoriale, per le più varie necessità economiche e commerciali. In tale forma negoziale la prestazione da eseguire riguarda sempre un risultato specifico², a carico dell'appaltatore. Lo stesso, però, oltre che per le citate attività, può essere anche utilizzato, per le situazioni giuridiche che coinvolgono i rapporti amministrativi (L.50/2016). Etimologicamente, il termine stesso di appaltare

¹RUBINO, *Dell'appalto*, in Commentario al codice civile. A cura di Scialoja e Branca, 1962.

²ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam. Padova, 1980, pg. 789.

fa riferimento, proprio, a tale ultimo impiego, anche se, per la vastità delle applicazioni, può essere trasposto anche nelle fattispecie privatistiche. Nella prima ipotesi, alla base dell'accordo vi dev'essere un provvedimento amministrativo, che ne specifica le regole, mentre nella seconda è sufficiente l'accordo fra le parti (art.1322 c.c) ed un causa, meritevole di tutela giuridica (1321-1345 c.c). A ciò, bisogna premettere che il contratto di appalto pubblico, è ben differente da quello, invece, presente nei rapporti fra privati. Ciò in quanto, la nozione civilistica non presuppone, specificamente, la prestazione di servizi o la fornitura di beni, a titolo oneroso, che invece possono affermarsi nei rapporti fra la Pubblica Amministrazione ed i privati.

Per appalto, nei settori che interessano i rapporti, funzionalmente, collegati alla Pubblica Amministrazione, ai sensi dell'articolo 3 della L.163/2006, si fa espresso riferimento ad un: *"contratto a titolo oneroso, stipulato per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, avente per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi come definiti dal presente codice"*. Per poter stipulare lo stesso, la richiamata Amministrazione, è tenuta, per il principio di regolarità formale dell'azione amministrativa, a seguire uno specifico procedimento amministrativo, che comprende differenti fasi (decisione, predisposizione di un bando, gara con più proposte, aggiudicazione del lavoro, stipula contrattuale ed esecuzione). Attualmente, nel settore attinente ai contratti pubblici, è intervenuta la L.50/2016 che, all'articolo 4 afferma i principi generali dell'atto negoziale, di cui si discute. La norma recita che: *"L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica."*

In combinato, con quanto precedentemente osservato, bisogna leggere l'articolo 30 della citata fonte legislativa, la quale conferma il principio di trasparenza, in tale attività. Questo recita che : *"Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente" con l'applicazione delle disposizioni di cui a decreto legislativo 14 marzo 2013 n.33* La regola specifica, in tal modo, i criteri guida, per l'applicazione di tali contratti.

La capacità giuridica di diritto privato di quest'ultima, in tale settore, se è pur vero che è soggetta

alle stesse regole di diritto comune (ai sensi dell'art.1321 c.c e dell'art.2 comma 4, L.163/2006), però dev'essere sempre finalizzata ad un interesse pubblico e regolata da una legge, che stabilisce le finalità ed i limiti organizzativi.

2. Il contratto di appalto nella teoria generale del diritto.

In quest'atto di esplicita manifestazione di volontà, l'appaltatore organizza i mezzi necessari e la gestione dell'opera, a proprio rischio (art.1655c.c.).Questo assume una responsabilità di natura contrattuale sull'opera. Tale effetto contrattuale si richiede al richiamato soggetto, di una serie, puntuale e precisa, di responsabilità, che vanno dalla scelta del materiale, alla vigilanza sull'opera fino alla diretta pertinenza, nelle ipotesi di subappalto (per il settore attinente al sistema amministrativo si veda art. 105 L.50/2016 disp. n.56/2017; mentre per quello civilistico, si osservi l'art.1656 c.c., anche se, in tale ipotesi, vi dev'essere l'esplicito accordo del committente).

La natura giuridica del contratto di appalto è quella di un'obbligazione positiva consistente in un *facere*, a meno che non si tratti di erogare o fornire un servizio pubblico. Questa si differenzia dal contratto di vendita, nel quale l'obbligazione si sostanzia in un obbligo di dare³.

La prestazione è, per lo più, a carattere oneroso vista la natura specifica di cui si compone l'accordo. Per il regolare affidamento dell'opera, prevale l'*intuitus personae* ovvero ci si affida ad un soggetto, di cui fa fede la professionalità, la serietà dell'organizzazione e la stabilità che l'imprenditore è riuscito a garantirsi nel pubblico. Quest'ultimo dato non è da sottovalutare, in quanto anche la Pubblica Amministrazione, per bandire una qualsiasi pubblica offerta, deve avere la sicurezza di star a trattare con un soggetto, che possiede i sopra citati requisiti. Il legislatore, con l'articolo 4 della L.50/2016, ha inteso rafforzare i principi di buon andamento, efficienza dell'azione amministrativa, già ribaditi dall'articolo 97 della Carta costituzionale, onde avere una doppia garanzia: sia sull'operatore economico, sia sull'iter procedimentale che conduce alla conclusione del contratto.

Sul punto, si osserva come, in base all'articolo 1 bis della L.241/1990, la Pubblica Amministrazione, nel normale svolgimento della propria attività, segue lo schema del diritto comune. Ciò avviene in quanto, il sistema civilistico è più celere ed agile nel vedere realizzati gli interessi pubblici.

3. Le garanzie dai vizi ed il risarcimento del danno.

Chiarito quanto sopra, vediamo quali garanzie ha l'accordo ed in quanto tempo è possibile far valere, in giudizio, gli eventuali vizi. L' articolo 1667 c.c, recita che: "*L'appaltatore è tenuto alla garanzia per le difformità e i vizi dell'opera. La garanzia non è dovuta se il committente ha accettato l'opera [1665] e le difformità o i vizi erano da lui conosciuti o erano riconoscibili,*

³ANDREA TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè,Milano, 1965, pg.477.

purché in questo caso, non siano stati in malafede taciuti dall'appaltatore. Il committente deve, a pena di decadenza, denunciare all'appaltatore le difformità o i vizi entro sessanta giorni dalla scoperta. La denuncia non è necessaria se l'appaltatore ha riconosciuto le difformità o i vizi o se li ha occultati [1670].L'azione contro l'appaltatore si prescrive in due anni dal giorno della consegna dell'opera. Il committente convenuto per il pagamento può sempre far valere la garanzia, purché le difformità o i vizi siano stati denunciati entro sessanta giorni dalla scoperta e prima che siano decorsi i due anni dalla consegna [181 disp. att.; 240, 855 c. nav.]”.

Da ciò, è chiaro che il committente ha diritto di richiedere, nei due anni successivi alla realizzazione dell'opera, all'appaltatore, la garanzia per gli eventuali vizi. Ciò in virtù dei principi di buona fede e correttezza, sul contratto stipulato. Sul punto, la Suprema Corte di Cassazione, con la pronuncia numero 20839 del 6 settembre 2017, ha stabilito, con evidente chiarezza, che: *”Ed invero, secondo il consolidato indirizzo di questa Corte, l'art. 1668 c.c., nell'enunciare il contenuto della garanzia prevista dall'art. 1667 c.c., attribuisce al committente, oltre all'azione per l'eliminazione dei vizi dell'opera a spese dell'appaltatore o di riduzione del prezzo, anche quella di risarcimento dei danni derivanti dalle difformità o dai vizi nel caso di colpa dell'appaltatore; sicché, trattandosi di azioni comunque riferibili alla responsabilità connessa alla garanzia per vizi o difformità dell'opera e destinate ad integrarne il contenuto, i termini di prescrizione e di decadenza di cui al citato art. 1667 c.c., si applicano anche all'azione risarcitoria, atteso che il legislatore ha inteso contemperare l'esigenza della tutela del committente a conseguire un'opera immune da difformità e vizi con l'interesse dell'appaltatore ad un accertamento sollecito delle eventuali contestazioni in ordine ad un suo inadempimento nell'esecuzione della prestazione (Cass. 23075/2009; 3199/2016).*

Per ciò che riguarda la Giurisdizione competente, nel caso di appalto pubblico è utile osservare che l'articolo 133 c.p.a, afferma quella del Giudice amministrativo. Nel caso di patologie negoziali oppure di settori, in cui sono presenti, esclusivamente, i diritti soggettivi privati, invece è competente il Giudice ordinario.

4. Le conclusioni

Alla luce di quanto premesso, si osserva come tale forma contrattuale è di particolare interesse per la grande adattabilità alla prassi economica, sia per gli interessi privati che per quelli pubblici e generali. Ciò, in quanto il concetto stesso di appalto risponde, per le sue specificità, alle necessità che i vari settori economici, sviluppano nello svolgersi delle quotidiane realtà. Ovviamente, all'interno dei rapporti amministrativi, la preminenza e la causa dell'accordo sono da ricercare nel provvedimento, che contiene gli elementi, soggettivi e oggettivi, che consentono di poter utilizzare il contratto di appalto per le finalità e gli interessi pubblici.