

I BATTELLI DEL RENO

Rivista on-line di diritto ed economia dell'impresa

(www.ibattellidelreno.uniba.it – www.ibattellidelreno.it)

direzione

Gianvito Giannelli Ugo Patroni Griffi Antonio Felice Uricchio

comitato scientifico

**Sabino Fortunato (coordinatore) - Lorenzo De Angelis - Pietro Masi -
Cinzia Motti - Antonio Nuzzo – Luigi Filippo Paolucci - Salvatore Patti -
Michele Sandulli - Gustavo Visentini**

Redazione di Bari

**Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Eustachio Cardinale, Rosella
Calderazzi, Barbara Francone, Anna De Simone, Valentino Lenoci,
Enrico Scoditti, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Giuditta Lagonigro,
Concetta Simone**

Redazione di Foggia

**Michele Bertani, Andrea Tucci, Giuseppe Di Sabato, Corrado Aquilino,
Pierluigi Pellegrino, Grazia Pennella, Annalisa Postiglione**

Redazione di Lecce

**Maria Cecilia Cardarelli, Andrea Sticchi Damiani, Giuseppe Positano,
Alessandro Silvestrini**

Redazione di Napoli

**Andrea Patroni Griffi, Alfonso M. Cecere, Nicola De Luca, Carlo Iannello,
Sergio Marotta, Francesco Sbordone, Pasquale Serrao d'Aquino**

Redazione di Roma

**Giustino Enzo Di Cecco, Paolo Valensise, Vincenzo Vitalone, Valeria
Panzironi, Ermanno La Marca, Valentina Depau**

Redazione di Taranto

**Daniela Caterino, Giuseppe Labanca, Cira Grippa, Gabriele Dell'Atti,
Giuseppe Sanseverino, Pietro Genoviva, Francesco Sporta Caputi, Barbara
Mele**



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO**

Direzione

Piazza Luigi di Savoia n. 41/a
70100 – BARI - (Italy)
tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329
direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatore della pubblicazione on-line: Giuseppe Sanseverino
Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo:
Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -
Via Lago Maggiore angolo Via Ancona
74121 - TARANTO - (Italy)
tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011
redazione.ibattellidelreno@uniba.it
giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Emma Sabatelli*

GLI OBBLIGHI DI DENUNCIA DEI DIFETTI DELLA MATERIA NEL
CONTRATTO DI APPALTO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La nozione di «materia». – 3. La consegna e la custodia del materiale. – 4. I difetti della materia e l'obbligo di avviso. – 5. La responsabilità dell'appaltatore.

1. - Secondo quanto stabilisce l'art. 1658 c.c., nel contratto di appalto solitamente è l'appaltatore, che si procura i materiali necessari per l'esecuzione dell'opera; tuttavia, la stessa disposizione prevede che la regola possa essere disapplicata per volontà delle parti ovvero in ragione dell'esistenza di usi in tal senso¹. L'art. 1663 c.c. disciplina, appunto, la condotta a cui è tenuto il committente nel caso in cui, in deroga al principio generale, compete a lui di provvedere alla fornitura del materiale; in tale ipotesi la norma sancisce a carico dell'appaltatore l'obbligo di informare

*Professore associato di Diritto commerciale e di Diritto fallimentare dell'Università degli Studi di Bari.

¹ In questo caso l'onere della prova della sussistenza della volontà negoziale o di un uso derogatorio della regola generale incombe sull'appaltatore. Così, fra gli altri, E. CONTINO, *Fornitura dei materiali*, in *L'appalto privato. Trattato*, a cura di M. COSTANZA, UTET, Torino, 2000, 88.

Secondo D. RUBINO, *L'appalto*^A, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. VASSALLI, UTET, Torino, 1980, 236 s., si tratta di usi integrativi, che hanno valore in quanto si presume che le parti li abbiano tacitamente richiamati o che si sarebbero adeguati ad essi, se li avessero conosciuti. Inoltre, per l'A., in caso di contrasto fra usi diversi il rinvio deve essere inteso agli usi vigenti nel luogo nel quale ha sede la ditta appaltatrice, in analogia con quanto disposto dall'art. 1368, comma 2°, c.c., che rimanda alle usanze praticate nel luogo in cui vi è la sede principale dell'impresa. In senso conforme, v. G. MUSOLINO, *La fornitura e la custodia dei materiali per l'esecuzione del contratto di appalto*, in *Riv. trim. app.* 2002, 226.

sollecitamente il committente degli eventuali vizi rilevati nella materia, qualora essi possano pregiudicare la buona riuscita dell'opera².

Nonostante la estrema sinteticità della formula utilizzata dal legislatore, che sembrerebbe esaurirsi nella prescrizione di un mero dovere di informazione tempestiva circa la sussistenza di difetti del materiale, la determinazione della esatta portata della disposizione richiede che vengano affrontate anche alcune questioni ad essa collegate, che vanno dalla precisazione del significato, che si deve propriamente attribuire all'espressione «materia», a quali siano i «difetti» rilevanti al fine del sorgere dell'obbligo di informazione, all'esame delle obbligazioni accessorie, che la fornitura della materia da parte del committente fa sorgere a carico di ambedue le parti, per finire alla individuazione delle conseguenze connesse alla tardività o all'omissione dell'avviso.

2. - Per «materiali» devono intendersi le materie prime, i materiali grezzi o semilavorati, nonché i pezzi prefabbricati³; insomma, tutti gli elementi, che concorrono alla costituzione del corpo dell'opera e vengono in essa inclusi, perdendo la loro individualità in tutto o anche solo in parte (si pensi, per esempio, alle tubature, che costituiscono l'impianto idraulico di una costruzione). Non rientrano nel significato letterale del termine «materia», i cosiddetti «mezzi d'opera», cioè gli strumenti e le attrezzature necessari per l'esecuzione del lavoro; tuttavia, si deve ritenere che l'art. 1663 c.c. trovi applicazione anche rispetto ad essi, qualora, in deroga allo schema tipico dell'appalto, l'accordo preveda che debbano essere forniti dal committente, invece che dall'appaltatore.

² Per opinione diffusa la norma trova applicazione anche nel caso in cui il committente, pur senza fornirli direttamente, ordini all'appaltatore di utilizzare determinati materiali (cfr. E. MUSSO, *Art. 1663*, in A. CARULLO-G. IUDICA, *Commentario breve della legislazione sugli appalti pubblici e privati*, CEDAM, Padova, 2012, 70), nonché nell'ipotesi opposta in cui siano stati «scelti» dal committente, indirizzato dall'appaltatore, per esempio, mediante la sottoposizione di un campionario (G. MUSOLINO, *op. cit.*, 232; V. MANGINI-M. IACUNIELLO BRUGGI, *Il contratto di appalto*², in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da W. BIGIAMI, UTET, Torino, 1997, 144; D. RUBINO-G. IUDICA, *Art. 1663*, in *Dell'appalto*⁴, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2007, 317, n. 4).

³ Per l'applicabilità dell'art. 1663 anche all'appalto avente per oggetto la posa in opera di prefabbricati forniti dal committente, si veda la ormai remota Cassazione 16 gennaio 1955 n. 452, in *Foro it.* 1956, I, 216.

Il problema, che tradizionalmente è stato sollevato in caso di montaggio di prefabbricati, è, però, di tutt'altro genere: qualora i prefabbricati siano prodotti dall'appaltatore, ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile, è necessario verificare se ci si trovi effettivamente di fronte ad un appalto oppure ad un contratto di vendita di cosa futura. L'opinione prevalente individua il criterio scriminante nella rilevanza attribuita dalle parti, rispettivamente, al procedimento produttivo o alla fornitura della materia: se prevale l'aspetto della prestazione dell'opera, ci si trova al cospetto di un contratto di appalto e si deve, pertanto, applicare la relativa disciplina; il negozio è qualificabile, invece, come una vendita, se appare essenzialmente finalizzato a far acquisire alla controparte la proprietà del bene prodotto. Così, recentemente, Cassazione 17 gennaio 2014 n. 872, in *Dir. giust.* 20 gennaio 2014, Cassazione 20 novembre 2012 n. 20301 e Cassazione 24 luglio 2008 n. 20391; in dottrina cfr. D. BOTTARELLI, *Vendita di cosa futura da costruire e appalto*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 447, nonché M. GRAZIANO, *Le Sezioni Unite intervengono nei rapporti fra vendita di cosa futura e appalto*, in *Riv. not.*, 2009, II, 1487; G. DE CRISTOFARO, *Vendita di cosa futura e appalto*, in *Studium iuris* 2009, 61, tutti a commento di Cassazione Sezioni Unite 12 maggio 2008 n. 11656; U. CARNEVALI, *Vendita di cosa futura e appalto: criteri distintivi*, in *Contr.* 2007, II, 21.

Diversamente opinando, si tradirebbe la ratio dell'art. 1663 c.c., il quale attribuisce all'appaltatore uno specifico ruolo in ragione della sua qualificazione tecnica e professionale, che non si comprende per quale motivo non dovrebbe essere esercitato anche rispetto alla verifica dell'idoneità della strumentazione procuratagli dal committente per l'esecuzione del contratto. Se è previsto dall'accordo o da un uso integrativo, la norma si applica, dunque, tanto rispetto al materiale e ai macchinari procurati dal committente, quanto rispetto alle (sole) attrezzature, che questi abbia eventualmente fornito, come può avvenire soprattutto nell'ipotesi di appalto di servizi⁴.

3. - Qualora il materiale debba essere fornito dal committente, questi assume la veste di debitore dell'appaltatore, ovviamente nei limiti di tale obbligazione accessoria rispetto all'oggetto principale – il compimento di un'opera o di un servizio – dedotto in contratto; se, dunque, le parti non hanno fissato convenzionalmente il termine per la consegna, l'appaltatore potrebbe pretenderla immediatamente, ai sensi dell'art. 1183 c.c. Tuttavia, la specificità del contratto di appalto, che normalmente richiede un certo lasso di tempo, affinché il committente possa procurarsi i materiali e l'appaltatore possa riceverli e custodirli adeguatamente, impone di fatto una certa flessibilità nell'interpretazione della norma⁵. Pertanto, si deve ritenere che l'obbligazione sia stata correttamente adempiuta, se la consegna avviene entro tempi, che possano essere considerati «ragionevoli» in rapporto alla situazione concreta, che deve essere valutata di volta in volta.

L'ingiustificato ritardo o la mancata consegna del materiale pone il committente in una situazione di mora solvendi, che, secondo un'autorevole dottrina non determina la risoluzione del contratto per impossibilità di adempiere, tranne che in casi eccezionali, in quanto l'appaltatore resta comunque obbligato a procurarsi aliunde i beni, che il committente non gli ha fornito per l'esecuzione dell'opera⁶. Ove questa situazione si verifichi, ovviamente l'appaltatore sarà legittimato ad agire nei confronti del committente per ottenere il risarcimento dei danni, che gli sono stati causati dall'inadempimento di costui (per le maggiori spese, per l'inattività del cantiere, per il ritardo nell'inizio dei lavori, ecc.).

Dal momento che frequentemente il materiale necessario per l'esecuzione dell'opera è costituito da cose di genere, ci si è chiesti se, nel silenzio delle parti, alla consegna

⁴ È in quest'ultima ipotesi che la fornitura delle sole attrezzature da parte del committente ha maggiori probabilità di verificarsi, poiché i servizi possono essere prodotti senza che sia utilizzato alcun materiale. Per l'opinione prevalente, favorevole all'applicabilità dell'art. 1663 anche a questa fattispecie, si vedano E. GUERINONI, *L'esecuzione dell'appalto*, in *L'appalto privato e pubblico*, a cura di V. DI GREGORIO, in *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, fondata da W. BIGIAMI, UTET, Torino, 2013, 167; D. RUBINO-G. IUDICA, *op. cit.*, 315; G. MUSOLINO, *op. cit.*, 240; F. BORTOLOTTI, *Appalto di servizi*, in *L'appalto privato. Trattato*, diretto da M. COSTANZA, UTET, Torino, 2000, 426; E. CONTINO, *op. cit.*, 92; C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU-F. MESSINEO, Giuffrè, Milano, 1967, XXIV, 2, 144. Per la giurisprudenza, cfr. Consiglio di Stato 17 febbraio 1997 n. 125, in *Foro amm.* 1997, 446, Cassazione 30 ottobre 1965 n. 1966, con nota di E. FAVARA, *La responsabilità dell'appaltatore per i materiali forniti dal committente*, in *Arb. app.* 1966, 1.

⁵ C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, 145 s.; D. RUBINO, *op. cit.*, 247 s.; E. GUERINONI, *op. cit.*, 168.

⁶ G. STOLFI, *Appalto*, in *Enc. dir.*, II, Giuffrè, Milano, 646 s.; E. CONTINO, *op. cit.*, 88.

all'appaltatore possa essere attribuito il valore di atto di specificazione⁷. L'opinione prevalente risponde positivamente al quesito⁸; di conseguenza, non soltanto l'appaltatore non avrebbe la facoltà di utilizzare i beni forniti dal committente, sostituendoli con il tantundem, a meno che non sia stato a ciò espressamente autorizzato, ma – ed è questo l'aspetto di maggior rilievo – in applicazione del principio «res perit domino», il rischio del deterioramento o del perimento del bene per causa non imputabile all'appaltatore continuerebbe a gravare sul committente, in quanto, a seguito della specificazione, quest'ultimo resterebbe proprietario dei materiali anche dopo la consegna⁹.

Dalla consegna del materiale deriva, poi, a carico dell'appaltatore l'obbligo accessorio di custodire adeguatamente quanto gli è stato affidato nell'arco di tempo che va dal momento in cui il bene gli è stato consegnato a quello in cui, incorporato nell'opera, perde la sua individualità (nel caso del materiale)¹⁰ ovvero a quello in cui viene restituito al committente (se si tratta di strumenti o attrezzature)¹¹.

Non può essere condivisa l'affermazione ricorrente, secondo la quale, se il materiale è fornito dal committente, l'appaltatore assumerebbe la posizione giuridica del depositario - quasi che nel contratto di appalto si inserisse un contratto di deposito¹² - per il diverso ruolo che viene svolto nei due istituti dall'obbligo di custodia. Infatti, nel

⁷ Osserva D. RUBINO, *op. cit.*, 240, ripreso da E. CONTINO, *op. cit.*, 99, n. 66, che la specificazione potrebbe avvenire anche in un momento anteriore alla consegna, se, per esempio, l'appaltatore si recasse nel magazzino del committente per la misurazione dei materiali, lasciandoli lì per qualche tempo ancora.

⁸ Così, E. GUERINONI, *op. cit.*, 167; D. RUBINO-G. IUDICA, *op. cit.*, 246;

⁹ A sostegno della tesi esposta nel testo viene talvolta addotto l'art. 1673, comma 2°, c.c., ai sensi del quale, se l'opera perisce o si deteriora prima dell'accettazione da parte del committente per causa non imputabile ad alcuna delle parti, il perimento o il deterioramento è a carico del committente, per quanto riguarda la materia da lui fornita, mentre è a carico dell'appaltatore per il resto. Cfr. V. MANGINI-M. IACUNIELLO BRUGGI, *op. cit.*, 151. Secondo Altri, invece, senza che ciò causi sostanziali differenze in punto di disciplina, la norma seguirebbe il diverso criterio di far gravare le conseguenze dannose della perdita dei materiali sulla parte che li ha forniti. Così, D. RUBINO-G. IUDICA, *op. cit.*, 517; M. MIGLIETTA-A. MIGLIETTA, *L'appalto privato*, UTET, Torino, 2006, 182. Vi è, infine, anche chi ritiene che il disposto dell'art. 1673 c.c. nulla abbia a che vedere con il principio «res perit domino»; l'opinione è sostenuta, fra gli altri, da L. GIORDANO, *Art.1673*, in A. CARULLO-G. IUDICA, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, CEDAM, Padova, 2012, 156; C. DORE jr., *Trasferimento della proprietà e passaggio del rischio nel contratto di appalto*, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, f. 5-6, 199; L. DE RENZIS, *Rovina-perimento dell'opera. Garanzia per opere di lunga durata*, in *L'appalto privato. Trattato*, diretto da M. COSTANZA, UTET, Torino 2000, 208.

¹⁰ Una volta che il materiale sia stato utilizzato per la realizzazione dell'opera l'obbligo di custodia non viene meno, ma si trasferisce sulla cosa fino al momento della consegna. Cfr. Cassazione 30 settembre 2009 n. 20995, con nota di M. MATTIONI, *Obblighi di custodia nell'appalto e art. 1177 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2010, I, 213.

¹¹ Sulla pacifica sussistenza di un obbligo di custodia dei materiali e di ogni altro bene che si trovi nel cantiere in funzione dell'esecuzione dell'appalto, compresi i mezzi d'opera, cfr., fra molti, E. CONTINO, *op. cit.*, 100; D. RUBINO, *op. cit.*, 258, n. 1; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, 241.

¹² V., infatti, Tribunale di Genova 27 novembre 1992, in *Dir. marittimo* 1994, 197, che qualifica come contratto misto di appalto e di deposito l'accordo avente per oggetto la trasformazione e la riconsegna al committente/proprietario di una partita di grezzo. In dottrina, equiparano la posizione dell'appaltatore a quella del depositario, ancora di recente, E. GUERINONI, *op. cit.*, 169; E. CONTINO, *op. cit.*, 99 s., che si allinea all'opinione di C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, 141 s.

deposito l'obbligo di custodia ha rilevanza causale¹³, mentre nei contratti c.d. restitutori – qual è l'appalto¹⁴ – l'obbligo di custodia della cosa, che può essere consegnata per le più diverse finalità, si configura come «obbligo di protezione», e, dunque, come una specificazione del dovere di correttezza, che, per questa ipotesi, grava sull'appaltatore¹⁵. A ciò si aggiunga che la stessa dottrina, che assimila la posizione dell'appaltatore a quella del depositario, non ha potuto fare a meno di ammettere la palese inapplicabilità all'appalto proprio dell'art. 1770 c.c., che, disciplinando le modalità della custodia, regola l'elemento essenziale dell'obbligazione a cui è tenuto il depositario. Si è osservato, infatti, che nel contratto di appalto non sarebbe possibile vietare all'appaltatore di utilizzare le cose «depositate», né avrebbe senso impedirgli di darle in deposito ad altri, senza il consenso del committente, come prevede, invece, il primo comma dell'art. 1770 c.c. È, poi, assai dubbio che l'appaltatore sia tenuto a rispettare l'obbligo, previsto dal secondo comma della disposizione appena citata, di dare pronto avviso al committente delle circostanze urgenti, che lo costringono ad esercitare la custodia in modo diverso da quello convenuto. Infatti, se non vi è una pattuizione esplicita in ordine alle modalità della custodia, l'appaltatore può esercitarla come meglio crede, purché in maniera adeguata ad assicurare la conservazione dell'integrità dei materiali e delle attrezzature fornite dal committente¹⁶.

Se ne deve concludere che nell'appalto la custodia non è disciplinata dalle norme in materia di deposito, bensì dalle regole comuni alle obbligazioni di custodire, che non derivano da un contratto di deposito¹⁷. E ciò, fra l'altro, non pregiudica in alcun modo la situazione del committente, essendo pacifica da lungo tempo la legittimazione del creditore all'esercizio di azioni autonome – non esclusa la richiesta di risoluzione del contratto e dell'adozione di misure cautelari – avverso la violazione dei doveri di protezione¹⁸.

¹³ Come è noto, è rimasta assolutamente isolata la tesi di U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, ESI, Napoli, 1958, passim, che configura la custodia come un criterio di responsabilità, piuttosto che come un obbligo di prestazione.

¹⁴ Così, espressamente e con specifico riferimento all'appalto con materia fornita dal committente, A. DALMARTELLO-G.B. PORTALE, *Deposito (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, 237, n. 3.

¹⁵ Sugli «obblighi di protezione», oltre ai classici saggi di L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.* 1954, I, 368; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991; F. BENATTI, *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*⁴, VII, UTET, Torino, 1991, 221, si vedano i recenti contributi di F. VENOSTA, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, in *Riv. dir. civ.* 2011, I, 839, e di L. NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.* 2014, 45; ID., *Prestazioni non dovute, «contatto sociale» e doveri di protezione «autonomi»*, *ibid.*, 109.

¹⁶ In tal senso v., innanzitutto, C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, 142.

¹⁷ Così, D. RUBINO-G. IUDICA, *op. cit.*, 318. In generale, sull'obbligo di custodia, v. F. MASTROPAOLO, *Custodia*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989; specificamente sull'obbligo di custodia nell'appalto, cfr. M. MATTIONI, *op. cit.*, 213; G. MUSOLINO, *op. cit.*, 240.

¹⁸ Cfr. M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*³, Giuffrè, Milano, 1975, 251; C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni (artt. 1218-1229)*², in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979, 26 ss. e 20; C. CASTRONOVO, *Art. 1177*⁴, in *Commentario al Codice Civile*, a cura di Cendon, UTET, Torino, 1991; nonché, recentemente, F. VENOSTA, *op. cit.*, 839.

4. - Anche l'espressione utilizzata dall'art. 1663 c.c., che menziona i «difetti» della materia non può essere interpretata in senso strettamente letterale; infatti, il termine «difetti» potrebbe indurrebbe a ritenere che la norma intenda riferirsi ad un deficit qualitativo del materiale, cioè ad una fornitura di materiale di livello inferiore a quello previsto nel contratto o, se il contratto nulla dice in proposito, a quello necessario, affinché l'opera possa essere eseguita «a regola d'arte». La chiave interpretativa della disposizione è costituita, invece, dalla finalità che essa stessa individua: evitare che una qualsiasi anomalia della materia comprometta il risultato a cui tendono le parti, e ciò può avvenire non soltanto quando il materiale procurato dal committente sia di qualità meno elevata rispetto a quella richiesta dall'attività, che l'appaltatore si è impegnato a svolgere, ma anche quando la qualità superiore lo renda assolutamente inadatto per la corretta esecuzione dell'opera¹⁹. Il materiale, insomma, è esente da difetti, ai sensi dell'art. 1663, soltanto se sul piano qualitativo risulta idoneo al conseguimento del risultato convenuto fra le parti.

Parimenti, anche la parte centrale della disposizione, laddove si menzionano i difetti della materia, che «si scoprono nel corso dell'opera», deve essere interpretata in maniera difforme dal significato strettamente letterale, che lascerebbe intendere che l'obbligo di darne comunicazione al committente sorga soltanto in presenza di vizi occulti o, comunque, non immediatamente riconoscibili da parte dell'appaltatore, che emergano durante l'esecuzione del contratto. Invece, per opinione praticamente unanime, il significato della norma è più ampio, poiché essa deve essere interpretata, tenendo conto della peculiarità della figura dell'appaltatore, che fornisce la sua opera come tecnico dell'arte; in conseguenza, il dovere di comunicare al committente l'esistenza di vizi della materia tali da compromettere la buona riuscita dell'opera sorge - più che nel momento in cui l'appaltatore ha effettiva conoscenza di essi - già quando ha la concreta possibilità di conoscerne l'esistenza²⁰. Infatti, anche se la norma nulla dice in ordine alla verifica della qualità della materia e della corrispondenza di essa ai requisiti stabiliti nel contratto, l'appaltatore è tenuto a svolgere ogni attività, adeguando la sua condotta al modello della diligenza media di un tecnico del settore²¹, cosicché egli stesso

¹⁹ Siamo, dunque, al di fuori dell'ambito delle variazioni necessarie «per l'esecuzione dell'opera a regola d'arte», che sono disciplinate dall'art. 1660 c.c., poiché deve trattarsi di varianti che implicano uno sconvolgimento del piano originario dell'opera tale da mettere in discussione il diritto del committente a richiederne l'esecuzione; si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui alla qualità migliore della materia corrisponda un maggior peso della stessa, che le strutture dell'opera, così come è stata progettata e magari parzialmente già eseguita, non sarebbero in grado di reggere. Sulla questione cfr., in giurisprudenza, Cassazione 26 giugno 2012 n. 10201, in *Riv. giur. edilizia* 2012, 918; Cassazione 4 maggio 2011 n. 9796; e, in dottrina, P. VIRDAGAMO, *Variazioni in corso d'opera nel contratto d'appalto e rinegoziazione delle condizioni contrattuali*, in *Giust. civ.* 2008, 11. L'opinione prevalente, però, si ferma all'interpretazione letterale della norma. Così, M.C. CERVALE, *Art. 1663*, in *Appalto - Trasporto. Commentario al Codice Civile*, a cura di P. CENDON, Giuffrè, Milano, 2008, 149.

²⁰ E. CONTINO, *op. cit.*, 39; R. ALBANO, *In tema di riconoscibilità dei vizi nell'appalto di costruzione di navi e in quello di montaggio*, nota a Cassazione 6 febbraio 1955 n. 452, in *Foro it.* 1956, I, 219.

²¹ A. CATRICALÀ, *Art. 1663*, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina. Libro IV. Delle obbligazioni (1655-1702)*, a cura di A. CATRICALÀ e P. DUBOLINO, coordinata da S. RUPERTO, Giuffrè, Milano, 2012, 117 s., osserva che la diligenza a cui è obbligato l'appaltatore è quella di grado medio di un tecnico del settore, non potendo egli essere onerato da una diligenza maggiore rispetto a quella a cui è

o un soggetto munito di idonee competenze e da lui autorizzato devono provvedere a controllare il materiale fornito dal committente per poter comunicare tempestivamente a costui gli eventuali difetti riscontrati²².

Pertanto, il tempo entro il quale l'appaltatore è tenuto a rilevare la sussistenza di vizi della materia e a comunicarli al committente non può essere stabilito a priori. Se i difetti sono immediatamente percepibili dall'occhio di un esperto, la contestazione potrebbe essere effettuata già all'atto della consegna, che fissa il dies a quo da cui ha origine il dovere di verifica del materiale e il conseguente dovere di avviso, cosicché da quel momento l'appaltatore assume il rischio per i danni, che possono derivare al committente da una comunicazione tardiva.

Può, però, avvenire che l'avviso venga inoltrato in un momento successivo alla consegna senza che ciò importi alcuna conseguenza a carico dell'appaltatore, se perviene al committente prima che il ritardo gli abbia causato qualsivoglia pregiudizio. In via di principio, quindi, poiché la norma richiede soltanto che i vizi vengano comunicati al committente «prontamente», il dovere di avviso deve ritenersi correttamente adempiuto, se è stato effettuato in tempi sufficientemente celeri da evitare ulteriori danni al committente, rispetto a quelli derivanti dalla necessità di sostituire il materiale: in ogni caso, dunque, prima dell'impiego del materiale nell'esecuzione dell'opera²³.

Di contro, la contestazione deve essere effettuata immediatamente e già in un momento anteriore alla consegna, se l'appaltatore esamina il materiale (visibilmente difettato), che il committente intende utilizzare per l'esecuzione dell'opera, prima che gli venga consegnato. È possibile, poi, che l'obbligo di avviso debba essere adempiuto addirittura prima che il contratto di appalto sia stipulato, se il controllo della materia

tenuto il soggetto, che ha scelto o fornito i materiali; nello stesso senso – e contrariamente a quanto è enunciato nella massima - è Cassazione 27 ottobre 2004 n. 20796, in *Contr.* 2005, 266, con nota di M. DE GIORGI, *Limiti alla responsabilità dell'appaltatore per difetti della materia*. Peraltro, Cassazione 26 gennaio 1987 n. 710, ha escluso che il dovere di controllo a carico dell'appaltatore si spinga fino alla manomissione del materiale fornitogli dal committente, essendo egli tenuto a segnalare i difetti rilevabili ictu oculi da un esperto.

²² Si ritiene che il destinatario dell'avviso debba essere necessariamente il committente, e non il direttore dei lavori, che ne assume la rappresentanza limitatamente alle materie tecniche. Così, E. MUSSO, *Art. 1663*, in A. CARULLO- G. IUDICA, *Commentario breve della legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, CEDAM, 2012, 72; il principio sembra indirettamente confermato da Cassazione 22 marzo 2012 n. 4454, secondo la quale il controllo della qualità dei materiali utilizzati dall'appaltatore non compete al direttore dei lavori.

²³ Per esempio, deve essere considerato un «pronto» avviso quello che consente al committente di provvedere alla sostituzione del materiale con il minor aggravio di spesa ovvero di limitare le conseguenze derivanti dal ritardo nell'avvio dei lavori. Si esprimono espressamente a favore della valutazione concreta del requisito della tempestività dell'informazione, A. CATRICALÀ, *op. cit.*, 117. Reputano che la contestazione dei difetti riconoscibili della materia debba essere effettuata all'atto della consegna F. MARINELLI, *La verifica dell'opera e la garanzia per i vizi e i difetti*, in *L'appalto privato. Trattato*, diretto da M. COSTANZA, UTET, Torino, 2000, 117 s.; E. CONTINO, *op. cit.*, 93 (in contraddizione – mi sembra – con quanto immediatamente di seguito viene sostenuto relativamente ai tempi di adempimento dell'obbligo di comunicazione della scoperta di vizi occulti); nonché D. RUBINO-G. IUDICA, *op. cit.*, 316, che, tuttavia, pervengono a conclusioni sostanzialmente coincidenti con quelle prospettate nel testo. In giurisprudenza si vedano, Cassazione 10 gennaio 1997, n. 169, in *Giur. it.* 1997, I, 1, 977, con nota di S. SCARDIGNO, *La tutela del committente nel contratto di appalto*; Cassazione 13 febbraio 1987 n. 159.

viene effettuato nella fase delle trattative, essendo tenuto l'appaltatore ad adeguare la sua condotta al rispetto del principio di buona fede di cui all'art. 1337 c.c.²⁴. Infine, nel rispetto del significato letterale della disposizione, se i difetti della materia, che possono compromettere l'esecuzione dell'opera, non sono preventivamente riscontrabili attraverso un esame effettuato con la diligenza media di un tecnico del settore, ma si palesano nel corso dei lavori, l'appaltatore deve darne avviso al committente nel più breve tempo possibile.

Dal momento che la norma non prevede alcuna formalità per l'adempimento dell'obbligo di avviso, si deve ritenere che esso possa essere eseguito in qualsiasi modo; è evidente, però, che sarà nell'interesse dell'appaltatore provvedere alla comunicazione secondo modalità, che, in caso di controversia, gli consentano di dimostrare di averla prontamente effettuata (p.es., mediante telegramma, raccomandata, ecc.)²⁵.

5. - Il controllo della qualità della materia e la conseguente informazione del committente circa i difetti riscontrati su di essa, se, da un lato, sono finalizzati a tutelare l'interesse di quest'ultimo alla corretta esecuzione dell'opera, d'altro lato, rispondono anche all'interesse dell'appaltatore a esonerarsi da responsabilità – quantomeno nei confronti del committente - per i vizi dell'opera medesima; in conseguenza, se l'appaltatore accetta la materia, che gli è stata fornita senza alcuna riserva, è responsabile per le irregolarità dell'opera derivanti dall'inidoneità dei materiali²⁶.

Parimenti, l'appaltatore risponde ex contractu per tutti i danni subiti dal committente, che possono essere ricondotti all'omessa o alla tardiva comunicazione dei difetti della materia, poiché, pur nel silenzio della legge, è indiscusso che dalla scoperta di essi sorga a suo carico il dovere di non dare avvio ai lavori, che ne richiedano l'utilizzo - se non sono ancora iniziati - ovvero di sospenderli - indipendentemente dalla

²⁴ Per l'amplissimo dibattito circa la natura (contrattuale o extracontrattuale) della responsabilità precontrattuale si vedano, fra i molteplici contributi, L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. comm.* 1956, II, 360; C. M. BIANCA, *Il contratto. Diritto civile*², III, Giuffrè, Milano, 2000, 161, nonché il classico saggio di F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1963, sul cui pensiero, in occasione della recente riedizione dell'Opera (Napoli, 2012), cfr. G. PERLINGERI, *La responsabilità precontrattuale di Francesco Benatti, cinquanta anni dopo*, in *Rass. dir. civ.* 2012, 1301; F. FESTI, *Introduzione a «La responsabilità precontrattuale» di Francesco Benatti*, *ibid.*, 1294.

Peraltro, i contrasti sulla questione non sono affatto sopiti, come comprova l'abbondante produzione dottrinale e giurisprudenziale anche recentissima, per la quale; si vedano M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, ... "contrattuale"?*, in *Contr. e impr.* 2013, 283; Cassazione 10 gennaio 2013 n. 477, con nota di F. DELLA NEGRA, *La natura della responsabilità precontrattuale: la quiete dopo la tempesta?* in *Danno resp.* 2013, 757; Cassazione 20 dicembre 2011 n. 27648, in *Europa e dir. priv.* 2012, 1233, con nota di C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, e, insieme a Cassazione 21 novembre 2011 n. 24438, in *Resp. civ. e prev.* 2012, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*.

²⁵ In senso conforme, v. M.C. CERVALE, *op. cit.*, 150.

²⁶ Così, Cassazione 14 gennaio 2010 n. 470; Cassazione 30 aprile 2010 n. 10605, in *Riv. giur. edilizia* 2010, con nota di M. DE TILLA, *Responsabilità dell'appaltatore e materiali forniti dal committente*, 4; si noti che, secondo la recentissima Cassazione 23 giugno 2014 n. 14220, in *Dir. giust.* 24 giugno 2014, l'appaltatore è responsabile, se accetta senza riserva un materiale il cui utilizzo richiede particolari tecniche, che egli è tenuto ad apprendere e a porre in essere nell'esecuzione dell'opera.

circostanza che il materiale difettoso sia stato in tutto o in parte impiegato – in attesa delle istruzioni del committente²⁷.

Dopo la segnalazione l'appaltatore ha diritto ad essere indennizzato per i pregiudizi che gli siano derivati dall'interruzione dei lavori, tanto se il committente provveda alla sostituzione del materiale, quanto se gli ordini di proseguire nell'opera con il materiale difettato; in quest'ultima ipotesi, però, l'appaltatore è liberato da ogni responsabilità per il pregiudizio, che l'imperfetta esecuzione del lavoro potrebbe cagionare al committente²⁸. Tuttavia, egli rimane responsabile per i danni, che potrebbero essere cagionati ai terzi dai difetti dell'opera. Pertanto, se i materiali non vengono adeguatamente sostituiti, l'appaltatore è tenuto ad astenersi dall'eseguirlo in tutti i casi in cui questa possa pregiudicare diritti di terzi ovvero se la realizzazione dell'opera non a regola d'arte violi norme poste a tutela di interessi di ordine pubblico, come può accadere soprattutto nel settore edilizio²⁹.

È, però, ricorrente in dottrina, come in giurisprudenza, l'affermazione secondo cui l'appaltatore non incorrerebbe in alcuna responsabilità anche nei confronti dei terzi, qualora il potere di ingerenza che il committente ha riservato a sé stesso o al direttore dei lavori sia talmente elevato da indurre a ritenere che egli abbia agito come *nudus minister*³⁰, perché ci si troverebbe di fronte ad un rapporto che dell'appalto ha solo il nome, essendo venuto meno l'elemento tipico del contratto, che è costituito, appunto, dall'autonomia operativa dell'appaltatore³¹.

²⁷ In tal senso, cfr. Cassazione 17 maggio 2010 n. 12044, in *Foro pad.* 2011, f. 1, I, 11. Osservano, però, D. RUBINO–G. IUDICA, *op. cit.*, 317, che, se il difetto viene scoperto quando il materiale difettoso è stato interamente impiegato e non è tale da compromettere la corretta esecuzione dei lavori, che restano da compiere, l'appaltatore non è obbligato ad alcuna sospensione, ma deve soltanto informare il committente del vizio riscontrato. In queste circostanze l'interruzione dell'attività potrebbe essere finalizzata soprattutto a tutelare l'interesse dell'appaltatore, consentendogli di acquisire una prova da utilizzare in una eventuale controversia, qualora il completamento dell'opera renda impossibile rilevare il difetto della materia.

²⁸ Il punto è pacifico: cfr. Cassazione 17 maggio 2010 n. 12004; Cassazione 20 luglio 1979 n. 4339.

²⁹ Così, tra gli altri, M. IACUNIELLO BRUGGI, *op. cit.*, 146; D. RUBINO–G. IUDICA, *op. cit.*, 318.

³⁰ In giurisprudenza, in relazione ad una fattispecie nella quale la scelta del materiale era stata rimessa alla discrezionalità insindacabile del direttore dei lavori, cfr. Cassazione 7 febbraio 1992 n. 1391, in *Foro it.* 1993, I, 541; in generale, sull'assenza di responsabilità dell'appaltatore «*nudus minister*», si vedano Cassazione 21 maggio 2012 n. 648; Cassazione 29 settembre 2011 n. 19132; Cassazione 27 maggio 2011 n. 11757; Cassazione 12 aprile 2005 n. 7515, in *Obbl. e contr.* 2005, f. 3, 267; Cassazione 5 maggio 2003 n. 6754, con nota di V. LOPEDOTE, *La disciplina della responsabilità contrattuale per vizi del progetto fornito dal committente*, in *Riv. trim. appalti* 2004, 484; Cassazione 2 agosto 2001 n. 10550, in *Riv. giur. edilizia* 2001, I, 1126. In dottrina, cfr. E. CONTINO, *op. cit.*, 92; G. MUSOLINO, *op. cit.*, 230.

³¹ In dottrina escludono espressamente che possa configurarsi un contratto di appalto, allorché l'appaltatore sia degradato a *nudus minister*, fra gli altri, F. MARINELLI, *La responsabilità del committente per danni cagionati a terzi dall'appaltatore nel corso dell'esecuzione dell'opera*, in *Giust. civ.* 1982, II, 112; N. IRTI, *Sulla responsabilità del committente per danni cagionati a terzi nel corso della esecuzione dell'opera*, in *Foro it.* 1982, I, 1688; sono, invece, dubbiosi O. CAGNASSO - G. COTTINO, *Appalto, locazione d'opera, engineering, outsourcing*², in *Contratti commerciali*, in *Trattato di dir. comm. Cottino*, IX, CEDAM, Padova, 2009, 566. Isolata è rimasta la tesi sostenuta da P. SENOFONTE, *Responsabilità (anche indiretta) del committente e responsabilità dell'appaltatore-nudus minister*, nota a Cassazione 12 febbraio 1997, n. 1284, in *Giust. civ.* 1998, 229, secondo il quale anche l'appaltatore mero esecutore di ordini sarebbe responsabile nei confronti del terzo danneggiato in forza del principio del «*neminem laedere*».

Infine, fermo restando che l'appaltatore ha comunque diritto ad essere indennizzato per il tempo perso per la sostituzione dei materiali³², si deve considerare la situazione in cui egli potrebbe venire a trovarsi, qualora il committente, pur se prontamente informato dei difetti della materia e della interruzione dei lavori, non gli faccia pervenire alcuna istruzione. In dottrina, ha riscosso un certo consenso l'opinione secondo la quale in tal caso l'appaltatore sarebbe legittimato a indicare al committente un termine congruo oltre il quale egli si riterrà autorizzato a iniziare o a proseguire i lavori, se nel frattempo questi non gli abbia fatto conoscere le sue intenzioni, qualora ricorrano due ulteriori condizioni: a) che l'esecuzione dell'opera si trovi in una fase, che non consente una sospensione troppo lunga; b) che il difetto dei materiali non sia grave³³.

A ben vedere, però, questa soluzione, che appare certamente apprezzabile, perché offre criteri, che possono essere applicati abbastanza agevolmente in concreto per risolvere il problema dell'inerzia del committente, suscita non poche perplessità sul piano sistematico, in quanto, in maniera piuttosto arbitraria, finisce per attribuire al silenzio del committente un preciso significato giuridico di segno positivo: di consenso alla prosecuzione dei lavori e di liberazione dell'appaltatore dalla responsabilità per le imperfezioni dell'opera dovute ai difetti della materia. A tale conclusione si è, infatti, giustamente opposto sulla base dei principi generali, che regolano l'ordinamento, che solo in circostanze particolari ovvero in presenza di precedenti intese o di specifiche disposizioni di legge, le quali «esigano un comportamento positivo per esprimere una volontà contraria, il silenzio del soggetto può assurgere a manifestazione di volontà o di consenso nei negozi giuridici». Se ne deve concludere, dunque, che l'appaltatore non ha alcun titolo per porre un termine al committente e per interpretare l'inerzia di questi come assenso all'inizio o alla prosecuzione dei lavori³⁴.

Resterebbe, così, irrisolto l'interrogativo circa valore giuridico del silenzio del committente nella fattispecie in esame, al quale, non se non è accompagnato da alcun altro comportamento non equivoco, sarebbe in effetti arbitrario attribuire qualsivoglia significato, positivo o negativo che sia³⁵; tale condotta, però, costituisce violazione di

³² D. RUBINO – G. IUDICA, *op. cit.*, 318.

³³ Così, V. RUBINO, *op. cit.*, 255, n. 1. La tesi è stata ripresa successivamente da E. CONTINO, *op. cit.*, p. 91 e da D. RUBINO–G. IUDICA, *op. cit.*, 318.

³⁴ C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, 144, che richiama la ormai remota, ma giustamente celebre, Cassazione 6 luglio 1955 n. 2090, in *Giust. civ.* 1956, I, 1139. Probabilmente questa interpretazione viene respinta, perché appare troppo rigorosa, essendo, ad un tempo, pesantemente sanzionatoria per l'appaltatore corretto, che sarebbe costretto a ricorrere a rimedi giudiziali per la tutela dei suoi interessi, ed eccessivamente favorevole per il committente negligente.

³⁵ La qualificazione giuridica del silenzio è una questione antichissima e complessa, che coinvolge tutti i settori del diritto. Nell'ambito del diritto civile, dopo l'emanazione del codice vigente con essa si sono cimentati, fra gli altri, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Jovene, Napoli, 1977, 140; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², in *Tratt. Vassalli*, UTET, Torino, 1960 (3^a rist.), 141; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, CEDAM, Padova, 1947 (rist. 1962), 162 ss. Dopo un lungo oblio, essa sembra riscuotere nuovamente un certo interesse nella dottrina; cfr., recentemente, R. ROLLI, *Antiche e nuove questioni sul silenzio come tacita manifestazione di volontà*, in *Contr. e impr.* 2000, 206; G.B. FERRI, *Il silenzio e le parole nella cultura del civilista*, in *Riv. dir. comm.* 2012, I, 205; e, in una prospettiva trasversale, F. BARRA CARACCILO, *“Il silenzio nel diritto e nell'arte” da Mario Luzi (e Nietzsche) alla Costituzione*, in *Contr. e impr.* 2012, 275.

uno dei doveri collaterali di cooperazione derivanti dai principi di correttezza e buona fede, che regolano i rapporti fra le parti nello svolgimento del rapporto negoziale, in forza dei quali deve ritenersi che il committente sia tenuto ad attivarsi per far conoscere le sue decisioni nel minor tempo possibile. Anche in questo caso la condotta del committente integra un'ipotesi di mancato rispetto degli «obblighi di protezione», di cui si è in precedenza trattato³⁶, e legittima l'appaltatore a richiedere, anche con provvedimento d'urgenza, che, ex art. 1183 c.c., venga fissato il termine entro il quale il committente deve manifestare le sue intenzioni, e che venga, inoltre, adottato ogni altro provvedimento conseguente.

³⁶ Cfr., *supra*, par. 3.