

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche

Ciclo XXXII

Curriculum in Diritto Privato e Comparato, del Lavoro e Tributario

# **La disciplina delle variazioni nel contratto di appalto e l'applicabilità analogica dell'istituto della revisione del prezzo**

Davide Matteo Ripamonti

Matricola 727171

Tutore: Prof. Giovanni Iorio

Coordinatore: Prof. Maurizio Arcari

**ANNO ACCADEMICO 2018/2019**

## INDICE

|                           |   |
|---------------------------|---|
| <b>Introduzione</b> ..... | 5 |
|---------------------------|---|

### **CAPITOLO I IL CONTRATTO DI APPALTO E LA DETERMINAZIONE DEL SUO OGGETTO**

|   |    |
|---|----|
| 1. Il contratto di appalto: breve inquadramento giuridico.....                      | 9  |
| 2. L'oggetto del contratto di appalto.....  | 13 |
| 2.1 La definizione dell'oggetto del contratto di appalto.....                       | 13 |
| 2.2. La distinzione tra appalto d'opera e appalto di servizi .....                  | 14 |
| 3. Il corrispettivo dovuto al committente.....                                      | 18 |
| 4. Possibilità, liceità e determinatezza dell'oggetto del contratto di appalto..... | 24 |
| 4.1. La possibilità dell'opera e del servizio.....                                  | 24 |
| 4.2. L'illiceità dell'oggetto nel contratto di appalto.....                         | 27 |
| 4.3. Determinatezza e determinabilità dell'opera o del servizio.....                | 31 |
| 4.3.1. Il concetto di determinazione nell'ambito del contratto di appalto.....      | 31 |
| 4.3.2. Il ruolo del progetto nella determinazione dell'oggetto.....                 | 34 |
| 5. L'appalto come contratto a esecuzione prolungata.....                            | 38 |
| 6. L'assunzione del rischio nell'ambito del contratto di appalto.....               | 42 |

### **CAPITOLO II VARIAZIONI E GESTIONE DELLE SOPRAVVENIENZE NEL CONTRATTO DI APPALTO**

|  |    |
|--|----|
| 1. La disciplina delle variazioni nella sistematica del codice civile.....             | 47 |
| 2. L'ambito di applicazione della disciplina codicistica in materia di variazioni..... | 52 |
| 2.1. La definizione del concetto di variazione.....                                    | 52 |
| 2.2. Le variazioni prevedibili e i lavori extracontrattuali.....                       | 56 |
| 3. Le diverse tipologie di variazioni imprevedibili.....                               | 61 |
| 3.1. La quadripartizione della categoria delle variazioni imprevedibili .....          | 61 |

|  |     |
|--|-----|
| 3.2. Le variazioni arbitrarie apportate dall'appaltatore.....  | 61  |
| 3.3. Le variazioni concordate del progetto disciplinate dall'art. 1659 c.c.....  | 65  |
| 3.3.1. L'ambito di applicazione della norma in esame.....  | 65  |
| 3.3.2. Il regime probatorio dell'autorizzazione rilasciata dal committente.....  | 67  |
| 3.3.3. L'autorizzazione preventiva conferita dal soggetto committente.....   | 72  |
| 3.3.4. L'autorizzazione successiva all'esecuzione della variazione.....  | 74  |
| 3.3.5. I soggetti legittimati ad autorizzare le variazioni ex art. 1659 c.c.....   | 76  |
| 3.3.6. Il diritto dell'appaltatore a ottenere un compenso aggiuntivo per le variazioni<br>apportate .....                          | 79  |
| 3.3.7. La determinazione del compenso spettante per la variante apportata<br>nell'ambito degli appalti a misura.....               | 83  |
| 3.3.8. L'incidenza della variante sul corrispettivo negli appalti <i>a forfait</i> .....   | 86  |
| 3.3.9. La natura dell'accordo raggiunto dalle parti ex art. 1659 c.c.....  | 89  |
| 3.3.10. Gli effetti dell'accordo modificativo sul contratto di appalto stipulato dalle<br>parti.....                               | 92  |
| 4. Le variazioni necessarie ex art. 1660 c.c.....  | 95  |
| 4.1. L'ambito di applicazione dell'art. 1660 c.c.....  | 95  |
| 4.2. Le modalità di esecuzione delle variazioni necessarie e il compenso previsto<br>dall'art. 1660 c.c.....                       | 99  |
| 4.3. Il diritto di recesso previsto dall'art. 1660 c.c.....  | 102 |
| 4.3.1. Il diritto di recesso dell'appaltatore.....   | 103 |
| 4.3.2. Il diritto di recesso del committente.....  | 105 |
| 5. Le variazioni ordinate dal committente ex art. 1661 c.c.....  | 107 |
| 5.1. Il diritto del committente di impartire un ordine ex art. 1661 c.c. e gli effetti sul<br>contratto stipulato dalle parti..... | 107 |
| 5.2. I limiti previsti dall'art. 1661 c.c. al diritto del committente di ordinare<br>variazioni.....                               | 111 |
| 5.2.1. Il limite del sesto del prezzo complessivo convenuto.....   | 112 |
| 5.2.2. Il limite delle notevoli modificazioni della natura dell'opera o dei quantitativi<br>nelle singole categorie di lavori..... | 114 |
| 5.2.3. Derogabilità della disciplina in materia di variazioni ordinate dal<br>committente.....                                     | 116 |

|  |     |
|--|-----|
| 6. La gestione delle sopravvenienze nella disciplina dell'appalto privato.....                                   | 119 |
| 6.1. La ratio e l'ambito di applicazione dell'art. 1664 c.c.....   | 119 |
| 6.2. I presupposti applicativi dell'art. 1664 c.c.....   | 125 |
| 6.2.1. L'imprevedibilità delle circostanze sopravvenute.....   | 125 |
| 6.2.2. Le sopravvenienze che comportano un aumento imprevedibile dei costi dei materiali e della manodopera..... | 128 |
| 6.2.3. Sopravvenienze geologiche, idriche e simili che comportano una maggiore difficoltà di esecuzione.....     | 130 |

**CAPITOLO III**  
**ALLA RICERCA DI UN MODELLO OTTIMALE DI GESTIONE**  
**DELL'ECESSIVA ONEROSITÀ SOPRAVVENUTA**

|  |     |
|--|-----|
| 1. Le conseguenze derivanti dall'assenza di efficienti strumenti manutentivi di portata generale in materia di eccessiva onerosità sopravvenuta..... | 134 |
| 2. Il rimedio della <i>reductio ad aequitatem</i> previsto dall'art. 1467 c.c.....   | 137 |
| 3. Le clausole contrattuali volte alle gestione delle sopravvenienze.....  | 144 |
| 3.1. La validità delle clausole di adeguamento e rinegoziazione del contratto.....   | 144 |
| 3.2. Le tipologie di clausole impiegate nella prassi contrattuale.....   | 147 |
| 3.2.1. Clausole di adeguamento automatico e attributive di uno <i>ius variandi</i> .....   | 147 |
| 3.2.2. Le clausole di rinegoziazione.....  | 150 |
| 3.3. L'inadempimento all'obbligo di contrarre e i possibili rimedi azionabili dalle parti contraenti.....  | 157 |
| 3.3.1. Il rimedio risarcitorio e la risoluzione del contratto.....   | 161 |
| 3.3.2. L'esperibilità del rimedio dell'esecuzione in forma specifica previsto dall'art. 2932 c.c.....  | 161 |
| 3.3.3. L'applicabilità all'obbligo di rinegoziazione delle misure di coercizione indiretta disciplinate dall'art. 614 <i>bis</i> c.p.c.....          | 165 |
| 4. La configurabilità di un obbligo legale di rinegoziare il contratto.....  | 167 |
| 4.1. Il fondamento giuridico dell'obbligo legale di rinegoziazione.....  | 167 |
| 4.2. Considerazioni critiche in merito alla teoria dell'obbligo legale di rinegoziazione.....  | 170 |

|   |            |
|---|------------|
| 5. L'estendibilità della disciplina dell'appalto relativa alla gestione delle circostanze sopravvenute.....   | 173        |
| 5.1. L'art. 1664 c.c. come modello giuridico di gestione del rischio.....   | 173        |
| 5.2. Applicazione analogica dell'art. 1664 c.c. alla categoria dei contratti atipici.....   | 178        |
| 5.3. L'applicabilità analogia dell'art. 1664 c.c. ai contratti tipici diversi dall'appalto.....   | 181        |
| 5.4. Conclusioni.....   | 184        |
| 6. La gestione delle sopravvenienze nel panorama internazionale.....  | 185        |
| 6.1. La gestione delle sopravvenienze nei principali ordinamenti giuridici europei.....   | 185        |
| 6.2. La disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta prevista nei <i>Principles Unidroit</i> , nei <i>Principles of European Law</i> e nel <i>Draft Common Frame of Reference</i> ..... | 188        |
| 6.3. Conclusioni.....   | 190        |
| <b>Conclusioni.....</b>   | <b>193</b> |

## INTRODUZIONE

Il presente elaborato ha ad oggetto la disciplina delle variazioni nel contratto di appalto e l'applicabilità analogica dell'istituto della revisione del prezzo, disciplinato dall'art. 1664 del codice civile.

In primo luogo, occorre precisare che l'ambito dell'analisi compiuta sarà delimitato solamente all'appalto privato. Ne consegue che, nonostante qualche sporadico riferimento alla disciplina relativa agli appalti pubblici, questa non sarà considerata. Inoltre, non verrà neppure valutata l'estendibilità a tale categoria dei principi individuati nel corso della trattazione.

Compiuta questa necessaria premessa, appare opportuno analizzare la struttura che caratterizza il presente scritto, il quale è suddiviso in tre capitoli.

Il primo capitolo è stato interamente dedicato all'analisi degli elementi essenziali del contratto di appalto. Piuttosto che proporre una disamina tradizionale – volta a descrivere ogni aspetto rilevante della disciplina relativa a tale tipo contrattuale – si è preferito approfondire quelle caratteristiche che apparivano maggiormente connesse all'oggetto della trattazione. Temi quali la responsabilità per i vizi dell'opera realizzata e il subappalto non sono quindi stati affrontati, e questo per dare risalto a tematiche quali la natura commutativa del contratto di appalto e il suo inquadramento nella categoria dei contratti a esecuzione prolungata. È stata inoltre data primaria rilevanza alla definizione dell'oggetto del contratto di appalto e ai requisiti che questo deve avere affinché sia ottemperato il disposto dell'art. 1346 c.c.

La finalità sottesa a tale capitolo introduttivo deve essere quindi individuata nella volontà di fornire tutti gli elementi utili a comprendere la portata delle disposizioni analizzate nel prosieguo e le peculiarità che contraddistinguono il contratto di appalto.

Nel secondo capitolo ci si è invece concentrati sull'analisi della disciplina delle variazioni nel contratto di appalto prevista agli artt. 1659, 1660 e 1661 del codice civile. Si sono quindi affrontate tutte le principali questioni interpretative relative all'applicazione di tali disposizioni, cercando sempre di qualificare, in termini giuridici, la natura della singola variazione considerata. A mero titolo esemplificativo, si è rilevato come l'autorizzazione contemplata dall'art. 1659 c.c. sia classificabile come una manifestazione di volontà negoziale che, congiuntamente alla proposta di modifica dell'appaltatore, concorre al perfezionamento di un vero e proprio contratto: una

valutazione che incide radicalmente sulla posizione di quest'ultimo soggetto e sulla disciplina applicabile all'accordo raggiunto. Tale disamina è stata inoltre compiuta evidenziando come le disposizioni in materia di variazioni, oltre a garantire un'indiscutibile elasticità al contratto di appalto, individuino come obiettivo primario il soddisfacimento dell'interesse del committente, al quale è sempre garantito il controllo sull'esecuzione del contratto.

Nel secondo capitolo è stato poi analizzato l'art. 1664 del codice civile che, disciplinando l'ipotesi in cui nel corso dell'esecuzione sopraggiungano eventi imprevedibili in grado di incidere sull'onerosità o sulla difficoltà delle prestazioni oggetto di appalto, individua come unico rimedio azionabile l'adeguamento del contratto concluso. Nello specifico, è stato sottolineato come la disposizione anzidetta costituisca una norma speciale rispetto all'art. 1467 c.c., il quale disciplina l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione nei contratti di durata prevedendo come principale soluzione la risoluzione del contratto.

Dopo aver analizzato i presupposti applicativi dell'art. 1664 c.c., si è messo in evidenza come tale norma trovi la propria giustificazione nella dinamica sottesa al contratto di appalto, il quale tendenzialmente impone all'appaltatore il compimento di una serie di attività preparatorie preordinate alla corretta esecuzione del contratto. In quest'ottica, l'adeguamento del contratto è l'unico strumento in grado di tutelare l'appaltatore: qualora, infatti, un'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione potesse portare allo scioglimento del vincolo negoziale, egli sarebbe destinato a subire un grave pregiudizio a causa dell'impossibilità di recuperare gli investimenti già compiuti in vista dell'esecuzione. Tale finalità è tuttavia perseguita mediante un parziale sacrificio dell'interesse del soggetto committente, il quale si ritrova a dover sostenere un esborso maggiore rispetto a quello preventivato, e ciò senza potersi sottrarre al vincolo negoziale azionando il rimedio risolutorio.

Infine, nel terzo capitolo si è rilevato come una delle criticità che la dottrina individua in relazione alla tematica delle sopravvenienze riguarda l'impossibilità di individuare strumenti manutentivi di portata generale in grado di garantire la conservazione del rapporto contrattuale a fronte di un'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione; una questione che si pone principalmente in relazione a quei contratti definiti di lunga

durata che richiedono per la loro esecuzione, al pari dell'appalto, il compimento di una serie di atti prodromici all'adempimento.

Dopo aver illustrato le critiche mosse nei confronti dell'istituto della modifica secondo equità disciplinato dal terzo comma dall'art. 1467 c.c., sono stati analizzati i limiti delle diverse tipologie di clausole diffuse nella prassi commerciale e impiegate al fine di garantire la conservazione del vincolo contrattuale. Inoltre, sono state evidenziate le ragioni per cui non risulta neppure sostenibile la possibilità di configurare un obbligo legale di rinegoziazione e i motivi per cui tale strumento non sarebbe comunque idoneo a perseguire la finalità individuata. Sono state poi affrontate, senza alcuna pretesa di completezza, le disposizioni elaborate in materia di eccessiva onerosità sopravvenuta nei principali orientamenti europei e nei sistemi di *soft law*: una disamina da cui sono emerse le diverse criticità che caratterizzano i sistemi considerati e che li rendono inadatti a essere impiegati come modello.

Si è quindi giunti ad affermare come la soluzione alla necessità di individuare un rimedio manutentivo applicabile ai contratti di lunga durata possa essere raggiunta mediante un'applicazione analogica dell'art. 1664 c.c.

Secondo infatti l'orientamento accolto nella presente trattazione, la norma richiamata non sarebbe qualificabile come un'eccezione alla regola generale dell'invariabilità delle condizioni contrattuali, ma dovrebbe essere intesa come il fondamento di un vero e proprio modello conservativo di gestione delle circostanze sopravvenute – alternativo a quello prospettato dall'art. 1467 c.c. – adatto a trovare applicazione in relazione a quegli scambi definiti di tipo integrativo, la cui esecuzione presuppone “*una rilevante integrazione delle sfere patrimoniali dei contraenti*”<sup>1</sup>. Proprio in virtù della portata normativa che caratterizza l'art. 1664 c.c., l'orientamento sostenuto individua in tale disposizione una norma avente carattere speciale, ma non eccezionale, il che rende possibile la sua applicazione in via analogica: l'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale, infatti, esclude il ricorso all'analogia solamente in relazione alle leggi penali e a quelle che fanno eccezione a regole generali.

Chiarito il fondamento giuridico dell'orientamento sostenuto sono state individuate, a mero titolo esemplificativo, una serie di ipotesi in cui tale procedimento di applicazione

---

<sup>1</sup> M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. Dir. priv.*, 2003, p. 495.



analogica può concretamente trovare applicazione. Questa analisi ha però portato a esprimere un'importante considerazione. La disamina compiuta in relazione alla disciplina delle variazioni nel contratto di appalto ha evidenziato come tale tipo contrattuale sia primariamente volto a soddisfare l'interesse del soggetto committente. Questa caratteristica tuttavia rileva anche nel comprendere il possibile ambito di applicazione dell'art. 1664 c.c., in quanto permette di configurare una correlazione tra l'importanza che l'interesse del committente assume nell'ambito della disciplina dell'appalto e il meccanismo delineato dall'art. 1664 c.c.: essendo il contratto di appalto primariamente volto alla realizzazione di una prestazione calibrata sulle esigenze dell'appaltante, appare corretto che sia costui a dover sostenere l'aumento dei costi di produzione derivante da eventuali circostanze sopravvenute.

Per tali ragioni, in conclusione verrà rilevato come nel determinare le fattispecie concrete in relazione alle quali è possibile applicare analogicamente l'art. 1664 c.c., l'interprete dovrà adottare una certa cautela, considerando non solo il rischio assunto dalle diverse parti coinvolte e le conseguenze pregiudizievoli potenzialmente derivanti dalla risoluzione del contratto, ma analizzando altresì la dinamica dei rapporti tra i contraenti, per comprendere se effettivamente sia rintracciabile una somiglianza con il contratto di appalto, necessaria per poter procedere all'applicazione analogica dell'istituto della revisione del prezzo.

# CAPITOLO I

## IL CONTRATTO DI APPALTO

### E LA DETERMINAZIONE DEL SUO OGGETTO

**1. Il contratto di appalto: breve inquadramento giuridico; 2. L'oggetto del contratto di appalto; 2.1 La definizione dell'oggetto del contratto di appalto; 2.2. La distinzione tra appalto d'opera e appalto di servizi; 3. Il corrispettivo dovuto al committente; 4. Possibilità, liceità e determinatezza dell'oggetto del contratto di appalto; 4.1. La possibilità dell'opera e del servizio; 4.2. L'illiceità dell'oggetto nel contratto di appalto; 4.3. Determinatezza e determinabilità dell'opera o del servizio; 4.3.1. Il concetto di determinazione nell'ambito del contratto di appalto; 4.3.2. Il ruolo del progetto nella determinazione dell'oggetto; 5. L'appalto come contratto a esecuzione prolungata; 6. L'assunzione del rischio nell'ambito del contratto di appalto.**

#### **1 – Il contratto di appalto: breve inquadramento giuridico**

Prima di affrontare quelle disposizioni del codice civile che disciplinano il tema delle variazioni e delle circostanze sopravvenute nell'ambito del contratto di appalto<sup>2</sup>, occorre analizzare, senza alcuna pretesa di completezza, gli elementi che maggiormente caratterizzano tale tipo contrattuale e che appaiono strettamente connessi all'oggetto della presente trattazione.

---

<sup>2</sup> La letteratura in materia di appalto è pressoché sconfinata. È possibile citare, *ex multis*, D. RUBINO, *L'appalto*, 4<sup>a</sup> ed., con note di E. MOSCATI, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, VII, 3, Torino, 1980; D. RUBINO E G. IUDICA, *Appalto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna, 2007, p. 113; M. RUBINO - SAMMARTANO, *Appalti di opere e contratti di servizi (in diritto privato)*, Padova, 2006; G. IUDICA, *Appalto pubblico e privato, problemi e giurisprudenza attuali*, Padova, 1997; M. STOLFI, *Appalto-Trasporto*, in *Tratt. Dir. Civ.* diretto da G. GROSSO e F. SANTORO PASSARELLI, Milano, 1966; M. DE TILLA, *L'appalto privato*, Milano, 2007; E. RUSSO E C. CRIACO, *L'appalto privato*, Torino, 2005; M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *L'appalto privato*, Torino, 2006; V. MANGINI E M. IACUANIello BRUGGI, *Il contratto di appalto in Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da W. BIGIAMI, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1997; A. LUMINOSO, *Codice dell'appalto privato*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2016; C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, Milano, 1977; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *L'appalto nella giurisprudenza*, Padova, 1972; R. PANETTA, *Il contratto di appalto*, Torino, 2016; V. CUFFARO, *I contratti di appalto privato*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO E E. GABRIELLI, Milano, 2011; S. POLIDORI, *Appalto in Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, IV, Napoli, 2015; C. MASCARELLO, *Il contratto di appalto*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di P. CENDON, Milano, 2002; P. RESCIGNO, *Appalto (diritto privato)*, *Enc. giur. Treccani*, II, 1, Roma, 1988; A. SCACCHI, *Appalto: I) Diritto privato (voce aggiornata)*, *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 2006; M. COSTANZA (diretto da), *L'appalto privato*, Torino, 2000; O. CAGNASSO, *Appalto nel diritto privato*, I, Torino, 1987; V. DE GREGORIO, *L'appalto privato e pubblico*, Torino, 2013.

Come è noto, l'appalto è un contratto tipico che trova principalmente la propria disciplina negli articoli che vanno dal 1655 al 1677 del codice civile<sup>3</sup>. Nello specifico, l'art. 1655 c.c. definisce l'appalto come “*il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro*”<sup>4</sup>.

Dalla lettura della definizione riportata emerge come l'appalto sia ascrivibile alla categoria dei contratti d'impresa<sup>5</sup>. A confermare tale natura è la stessa relazione al codice civile, nella quale viene affermato espressamente che la caratteristica essenziale della fattispecie contrattuale in esame è da individuarsi nel fatto che “*nell'appalto vi è un'organizzazione d'impresa, la quale pone in secondo piano la prestazione di lavoro dell'appaltatore*”<sup>6</sup>. In altri termini, il risultato contrattuale – che può consistere nella realizzazione di un'opera o nella fornitura di un servizio<sup>7</sup> – non viene raggiunto mediante il lavoro personale dell'appaltatore, ma attraverso un'organizzazione dei mezzi che costui cura e gestisce a proprio rischio.

Come rilevato diffusamente in dottrina e giurisprudenza, con l'espressione “*organizzazione dei mezzi necessari*” il legislatore ha voluto chiaramente fare riferimento ad un apparato di mezzi produttivi strutturati su un modello di tipo imprenditoriale<sup>8</sup>. Tale circostanza appare desumibile non tanto dal disposto dell'art. 1655 c.c., ma da un'analisi comparativa di questa norma con gli artt. 2222, 2082 e 2083 del codice civile, i quali disciplinano rispettivamente il contratto d'opera e la figura dell'imprenditore di medio/grandi e piccole dimensioni.

---

<sup>3</sup> Come rilevato da D. RUBINO, *op.cit.*, p. 2, è difficile rintracciare disposizioni, oltre a quelle codicistiche, aventi come oggetto specifico il contratto di appalto. Sussistono, invece, diverse norme che, disciplinando determinate categorie di opere, risultano applicabili a quei contratti di appalto finalizzati alla loro realizzazione. A titolo esemplificativo, la disciplina codicistica in materia di appalto viene integrata, per quanto attiene alla costruzione di navi, dagli artt. 232, 240 e 241 del codice della navigazione.

<sup>4</sup> Definizione che ha incontrato il plauso della dottrina, che l'ha valutata come “*buona e completa*”, cfr. D. RUBINO, *L'appalto*, cit., p. 6.

<sup>5</sup> In tal senso, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, pp. 14 e ss.; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, pp. 6 e ss.; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 105.

<sup>6</sup> Relazione al codice civile n. 700, la quale prosegue precisando che è proprio quest'aspetto a differenziare il contratto di appalto dal contratto d'opera professionale.

<sup>7</sup> Per un approfondimento in merito a tale distinzione, si rimanda al successivo paragrafo 2.2.

<sup>8</sup> V. D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 14; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 5; S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 37; G. ZUDDAS, *Organizzazione dei mezzi necessari*, in *Codice dell'appalto privato*, a cura di A. LUMINOSO, cit., p. 5.

Da tali premesse, tuttavia, non consegue che la qualità di imprenditore del soggetto appaltatore sia un requisito necessario per qualificare come appalto un determinato contratto: anche se, nella prassi, l'appaltatore risulta spesso essere un imprenditore di medie-grandi dimensioni, l'assenza di tale qualifica non impedisce di configurare, nel caso concreto, un contratto di appalto. Quello che, invece, costituisce un presupposto indefettibile per poter ricondurre un negozio giuridico alla fattispecie contrattuale in esame, è la sussistenza di un'organizzazione che, seppur non qualificabile dal punto di vista giuridico come impresa, sia ispirata al modello imprenditoriale<sup>9</sup>.

Facendo riferimento alle tradizionali categorie di classificazione dei contratti, l'appalto può inoltre essere qualificato come un contratto giuridico bilaterale ascrivibile al *genus* dei contratti consensuali a effetti obbligatori<sup>10</sup>: con la sua stipula, infatti, il soggetto committente si obbliga a corrispondere il prezzo dovuto mentre l'appaltatore si impegna a realizzare l'opera, o il servizio, oggetto di contratto. Siffatto inquadramento, tuttavia, non esclude che il contratto stipulato possa comportare l'acquisto, da parte dell'appaltante, della proprietà dell'opera realizzata. Si tratta, tuttavia, di una tema che è stato oggetto di dibattito. Secondo alcuni autori, infatti, dal contratto di appalto non potrebbe mai discendere un effetto traslativo, e questo poiché il diritto di proprietà della *res* realizzata andrebbe a formarsi direttamente nella sfera giuridica dell'appaltante; da tale assunto, quindi, deriverebbe che il diritto reale in parola sarebbe acquisito dal committente a titolo originario, non essendo configurabile un suo trasferimento<sup>11</sup>.

Secondo, invece, un più recente e condivisibile orientamento, sarebbe ravvisabile un acquisto a titolo originario solamente quando nella realizzazione dell'opera si sia impiegati dei materiali infungibili forniti dal committente o sia stato edificato un bene

---

<sup>9</sup> Il caso più evidente è quello in cui l'organizzazione predisposta non possa essere qualificata come impresa perché sprovvista del requisito della stabilità in quanto allestita *ad hoc* dall'appaltatore per l'esecuzione di un solo contratto di appalto. Sul punto, si rimanda a D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 16; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 106; V.A. CIANFLONE – G. GIOVANNINI, *Appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, pp. 5 e ss., i quali precisano che l'occasionalità, seppur incompatibile con la nozione di imprenditore in senso tecnico, non costituisce un impedimento alla qualificazione di un contratto come appalto. In senso conforme, C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 5; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 26.

<sup>10</sup> In tal senso E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 15; M. STOLFI, *op. cit.*, pp.13-14; C. MASCARELLO, *op. cit.*, p.10; M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 4. Per un'attenta analisi di tale qualificazione, si veda S. POLIDORI, *op. cit.*, pp. 22 e ss.

<sup>11</sup> G. CHIAPPETTA, *Azioni dirette e tangibilità delle sfere giuridiche*, Napoli, 2000, pp. 12 ss.

immobile sul suolo di proprietà di quest'ultimo<sup>12</sup>; in tutti gli altri casi la proprietà della *res* realizzata sorgerà nella sfera giuridica dell'appaltatore e verrà trasferita al committente solamente al momento della sua accettazione<sup>13</sup>. Quest'effetto traslativo, tuttavia, non appare in grado di mutare la natura della fattispecie contrattuale in esame: anche nell'eventualità in cui dal contratto di appalto discenda il trasferimento di un diritto di proprietà, questo non andrà comunque a incidere sulla funzione di tale tipologia contrattuale, la quale sarà sempre incentrata sul *facere* facente capo al soggetto appaltatore<sup>14</sup>; ne consegue che risulta condivisibile la classificazione che vede nell'appalto un contratto a effetti obbligatori.

Per quanto concerne, invece, la forma richiesta per la stipula del contratto di appalto, la dottrina e giurisprudenza dominanti sono concordi qualificare l'appalto come un contratto a forma libera<sup>15</sup>, fatte salve le eccezioni previste espressamente dalla legge<sup>16</sup>. Tra queste, di particolare rilevanza risulta essere l'ipotesi che si concretizza qualora il contratto di appalto abbia ad oggetto la realizzazione di un immobile sul suolo di proprietà del soggetto appaltatore<sup>17</sup>. Come è stato infatti evidenziato in precedenza, la dottrina maggioritaria individua, in questo caso, un trasferimento del diritto di proprietà dell'opera realizzata, con la conseguenza che il contratto di appalto stipulato dalle parti risulta ascrivibile alla categoria dei “*contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili*” per cui l'art. 1350 c.c. impone il requisito della forma scritta.

Per converso, qualora l'opera venga realizzata su un terreno di proprietà del soggetto committente, costui ne acquisterà la proprietà a titolo originario in virtù del principio

---

<sup>12</sup> V. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 808 ss.

<sup>13</sup> Tale lettura appare coerente con il disposto dell'art. 1673 c.c., che pone a carico dell'appaltatore il perimento dell'opera antecedente all'accettazione o alla messa in mora del committente, S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 25.

<sup>14</sup> V. S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 26.

<sup>15</sup> Tesi sostenuta da S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 91; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 102; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 91; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 16; M. STOLFI, *op. cit.*, p.13; O. CAGNASSO, *L'appalto nel diritto privato*, cit., p. 166; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 99; C. MASCARELLO, *op. cit.*, p. 25; L.V. MOSCARINI, *Il contratto di appalto e le figure affini*, in *I contratti di appalto privato*, a cura di V. CUFFARO, p. 727. In giurisprudenza è possibile citare, *ex multis*, Cass., 19 dicembre 1996, n. 11381 in *Studium Iuris*, 1997, p. 411; Cass., 26 ottobre 2009, n. 22616, consultabile al sito [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>16</sup> Oltre alla categoria degli appalti di cui è parte la pubblica amministrazione, il requisito della forma scritta è previsto, a titolo esemplificativo, dagli artt. 237, 238 e 852 del Codice della navigazione.

<sup>17</sup> V. S. POLIDORI, *op. cit.*, pp. 91 e ss. In giurisprudenza, Cass., 6 giugno 2003, n. 9077, in *Mass. Gius. civ.*, 2003, p. 1364.

dell'accessione di cui agli artt. 934 e ss. c.c., sicché il relativo contratto di appalto potrà essere concluso anche oralmente.

## 2 – L'oggetto del contratto di appalto

### 2.1 – La definizione dell'oggetto del contratto di appalto

Senza soffermarsi sull'annoso dibattito inerente alla definizione di tale elemento contrattuale<sup>18</sup>, possiamo rilevare come l'oggetto del contratto di appalto venga solitamente definito in dottrina e in giurisprudenza come il risultato di un *facere* – che può concretizzarsi tanto nel compimento di un'opera, quanto nella fornitura di un servizio – che l'appaltatore assume nei confronti del committente, verso il pagamento di un corrispettivo in denaro<sup>19</sup>.

Già da questa definizione emerge come la prestazione che caratterizza il contratto in esame è, senza dubbio alcuno, quella facente capo al soggetto appaltatore, la quale viene a sua volta descritta come il risultato di un *facere*. L'impiego di questa espressione trova la propria ragione nel fatto che, nel contratto di appalto, ad assumere rilevanza non è tanto l'attività posta in essere dall'appaltatore di per sé considerata, ma il risultato a cui questa tende, il quale costituisce il vero oggetto dell'appalto<sup>20</sup>. Per converso, la prestazione del

---

<sup>18</sup> Per una ricostruzione delle diverse teorie sul punto, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, pp. 315 ss.; E. GABRIELLI, *Commentario* diretto da P. SCHLESINGER, *artt. 1346-1349*, Milano, 2001; G. ALPA, voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990; C.A. CANNATA, voce *Oggetto del contratto*, *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 827 ss.; R. SACCO E G. DE NOVA, *Il contratto*, in Trattato diretto da R. SACCO, II, Torino, 1993, pp. 20 e ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1970, pp. 350 e ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966; N. IRTI, voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Novissimo digesto*, Torino, 1965, XI, p. 804; G. ALPA E R. MARTINI, voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Digesto, Discipline privatistiche, civile*, Torino, 1995. In questa sede, sarà fatta propria quella definizione di oggetto che identifica tale elemento nelle prestazioni che le parti si obbligano a eseguire o nel diritto reale o di credito trasferito con la stipula del contratto.

<sup>19</sup> In tal senso, C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, Milano, 1977, p. 81; D. RUBINO, *L'appalto*, cit., p. 136; S. POLIDORI, *op. cit.*, pp. 6/7; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 113; M. RUBINO - SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 59; M. STOLFI, *op. cit.*, p. 40; C. MASCARELLO, *op. cit.*, p. 10; M.C. CERVALE, *La struttura dell'appalto*, in *I contratti di appalto privato*, a cura di V. CUFFARO, *op. cit.*, pp. 100 e ss.; M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 4; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 76. In giurisprudenza, v. Cass., 17 aprile 2001, n. 5609, in *Giust. civ.* 2001, I, p. 2963.

<sup>20</sup> Ed è la stessa Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 che, nel determinare la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, individua nell'esecuzione dell'opera o del servizio la prestazione caratteristica del contratto di appalto.

soggetto committente, che si concretizza nella corresponsione di un prezzo, non costituisce una peculiarità del contratto di appalto in quanto comune ad altre fattispecie contrattuali tipiche<sup>21</sup>.

Così definito, l'oggetto del contratto di appalto risulta particolarmente ampio, potendo di fatto estendersi a qualsiasi opera o servizio che, da un lato, sia frutto dell'attività dell'appaltatore e, dall'altro, non sia riconducibile a uno degli altri contratti tipici previsti dalla legge<sup>22</sup>. Ed è proprio in virtù della varietà di opere e di servizi che possono costituire oggetto del contratto in esame che la dottrina ha nel tempo elaborato diverse categorie in cui è possibile suddividere i contratti di appalto diffusi nella prassi.

## **2.2 – La distinzione tra appalto d'opera e appalto di servizi**

Nell'analisi delle diverse fattispecie in cui può declinarsi il contratto di appalto, un ruolo primario deve essere ancora una volta riconosciuto all'art. 1655 del codice civile. La disposizione citata, infatti, introduce una bipartizione tra appalti di opere e appalti di servizi impiegando come discriminine del risultato finale a cui l'attività dell'appaltatore risulta preordinata<sup>23</sup>.

Nello specifico, la dottrina ha precisato che con il termine 'opera' si deve intendere ogni modificazione dello stato materiale di cose preesistente; in altri termini, può essere individuato un appalto d'opera ogni qual volta l'attività del soggetto appaltatore comporti una trasformazione o rielaborazione di materiali finalizzata a produrre un nuovo bene o a modificarne uno già esistente<sup>24</sup>. La categoria del contratto di servizi sarebbe così individuabile in via residuale, estendendosi a tutte le ipotesi contrattuali in cui l'interesse

---

<sup>21</sup> Occorre comunque rilevare come l'obbligo facente capo al committente presenta, nel contratto di appalto, caratteristiche peculiari. Per un approfondimento del tema, si rimanda al paragrafo 3.

<sup>22</sup> In tal senso, D. RUBINO, *op. cit.*, p. 136.

<sup>23</sup> Sul punto, occorre precisare che la Corte di cassazione ha rilevato che la bipartizione introdotta dall'art. 1655 c.c. non è sufficiente a mettere in discussione l'unitarietà della figura dell'appalto, essendo le due tipologie contrattuali in commento omogenee dal punto di vista strutturale e ontologico, v. Cass., 29 agosto 1997, n.8254, in *Giur. it.*, 1998, p. 2057.

<sup>24</sup> S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 8.; A. BERTOLOTTI, *Appalto di servizi, L'appalto privato, Trattato*, diretto da M. COSTANZA, Torino, 2000, p. 410; A. CATRICALÀ, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, a cura di C. RUPERTO, *Libro IV – delle obbligazioni*, Tomo VII, Milano, 2005, p. 4780; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 137, precisa che, al fine di configurare un contratto di appalto, è necessario che l'opera realizzata sia prodotto dell'attività dell'appaltatore: qualora quest'ultima sia, ad esempio, prodotto di forze naturali, non potrà configurarsi un contratto di appalto. In senso parzialmente difforme, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, 8ª ed., Milano, 1953, p. 194, che ricomprende nel concetto di opera anche "un risultato di un'attività intellettuale".

del soggetto committente viene soddisfatto senza che vi sia una rielaborazione della materia<sup>25</sup>, ovvero questa risulti avere un valore meramente accessorio rispetto alla fornitura di un servizio<sup>26</sup>.

Nonostante sia stato delineato il confine tra i due contratti in esame, non risulta sempre agevole comprendere se un determinato contratto sia ascrivibile alla categoria dell'appalto d'opera o a quella dell'appalto di servizi<sup>27</sup>.

Nell'ambito di tale qualificazione, di fondamentale importanza è l'apporto fornito dalla giurisprudenza, che negli anni ha ricondotto all'una o all'altra categoria i diversi contratti emersi nella prassi. A mero titolo esemplificativo, sono stati qualificati come appalto di servizi quei contratti aventi ad oggetto il taglio e il trasporto di legname<sup>28</sup>, la fornitura dei servizi di mensa<sup>29</sup>, la gestione di una casa albergo<sup>30</sup>, la bonifica di campi minati<sup>31</sup> e l'attività di imbarco e scarico merci<sup>32</sup>.

Ciò che rileva evidenziare è che comprendere se uno specifico contratto di appalto sia riconducibile a una o all'altra categoria incide sulla disciplina a cui è soggetto il negozio concluso dalle parti<sup>33</sup>. Alcune delle disposizioni del codice civile relativi al

---

<sup>25</sup> S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 8; M. STOLFI, *op. cit.*, p. 25; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 25; M. DE TILLA, *op. cit.*, pp. 77 e ss.; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 113; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 119; M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, pp. 31 e ss.; M. RUBINO - SAMMARTANO, *op. cit.*, pp. 59 e ss.

<sup>26</sup> Il riferimento è a quei casi in cui è necessario realizzare un'opera affinché sia possibile erogare un servizio, il quale costituisce l'effettivo oggetto del contratto. V. C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 82; D. RUBINO, *op. cit.*, pp. 137 ss.; A. BERLOTTI, *Appalto di servizi*, in *L'appalto privato*, trattato diretto da M. COSTANZA, *op. cit.*, p. 413; M. RUBINO - SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 60. Molti autori mettono in evidenza come, per poter configurare un contratto di appalto, sia comunque necessario che l'utilità conseguita dal soggetto committente sia suscettibile di valutazione economica, v. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 143; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 86.

<sup>27</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 115; M. RUBINO - SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 60; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 137; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, 82; A. CATRICALÀ, *op. cit.*, 4781.

<sup>28</sup> Cass., 3 agosto 1960, n. 2281, in *Foro it.*, 1961, I, p. 664.

<sup>29</sup> T.A.R. Piemonte, 23 settembre 1992 n. 254, in *Trib. amm. Reg.*, 1992, I, 4288.

<sup>30</sup> Cass., 14 giugno 1990, n. 5777, in *Giust. civ.*, 1991, I, 79, con nota di M.M. COMENALE PINTO, *L'appalto di servizi nelle case albergo*.

<sup>31</sup> Cons. Stato, sez. IV, 22 ottobre 1954 n. 652, *Giust. civ.*, 1955, II, 133.

<sup>32</sup> Cass., 11 maggio 1967, n. 968, in *Giust. civ.*, 1967, I, 1257. Per un esaustivo elenco delle attività riconducibili all'appalto di servizi, si rimanda a V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, pp. 90 e ss.

<sup>33</sup> La Corte di cassazione ha comunque precisato che la qualificazione di un contratto come appalto d'opera o appalto di servizi costituisce un accertamento di fatto riservato al giudice del merito che, se correttamente motivato, risulta insindacabile in sede di legittimità, v. Cass. 17 aprile 2001, n. 5609, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2963. In dottrina, A. CATRICALÀ, *op. cit.*, p. 4780.



contratto di appalto non sono infatti applicabili agli appalti di servizi, in quanto presuppongono la realizzazione di un'opera materiale<sup>34</sup>.

Tra le norme che risultano pacificamente volte a disciplinare esclusivamente l'appalto d'opera è possibile menzionare l'art. 1658 c.c., che disciplina la fornitura dei materiali necessari per la realizzazione dell'opera, l'art. 1663 c.c. relativo alla denuncia da parte dell'appaltatore avente ad oggetto i difetti dell'opera realizzata, l'art. 1669 c.c. in materia di rovina e difetti dei beni immobili destinati a lunga durata e, infine, l'art. 1673 c.c., incentrato sulle conseguenze derivanti dal perimento del bene realizzato dall'appaltatore prima della consegna<sup>35</sup>.

Tuttavia, nell'individuare quali disposizioni risultano applicabili agli appalti di servizi, dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'affermare che l'interprete non debba limitarsi al solo dato letterale: la circostanza che il dettato normativo menzioni solamente il concetto di 'opera' non impedisce, infatti, di estendere tali disposizioni anche a quei contratti aventi ad oggetto la fornitura di un servizio<sup>36</sup>.

Tale principio ha portato a estendere alla categoria dell'appalto di servizi alcune norme all'apparenza volte a disciplinare gli appalti d'opera, quali, ad esempio, l'art. 1662 c.c., che prevede il diritto di verifica del committente nel corso dell'esecuzione del contratto, e l'art. 1667 c.c. relativo al termine per l'esercizio dell'azione contro l'appaltatore inerente ai vizi e alle difformità dell'opera<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Relazione al codice civile, n. 700. La circostanza che non tutte le disposizioni del codice civile risultino applicabili agli appalti di servizi trova la propria ragione nel fatto che quest'ultima tipologia di appalto è sempre stata quella meno frequente nella prassi tanto da essere messa in ombra, anche nell'ottica del legislatore, dalla figura dell'appalto d'opera. Tuttavia, è stato rilevato come, a seguito della seconda guerra mondiale, la rilevanza dell'appalto di servizi sia andata sempre più ad aumentare nel settore privato, con la conseguenza che i rapporti tra le due diverse tipologie contrattuali sono mutati. In tal senso, v. C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 86; M. RUBINO - SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 61; F. GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti*, II, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 1993, p. 57.

<sup>35</sup> In merito a tale aspetto è possibile citare Cass., 3 agosto 1960, n. 2281, in *Foro it.*, 1961, I, 664, con nota di R. ALBANO, *Inapplicabilità dell'art. 1673 c.c. all'appalto di servizi*. In dottrina, si veda D. RUBINO, *op. cit.*, p. 144; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 87; F. CAPPAL, *Appalti di opere e servizi*, in *Codice dell'appalto privato* di A. LUMINOSO, *cit.*, p. 211; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 96.

<sup>36</sup> In tal senso F. CAPPAL, *op. cit.*, p. 212; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 96; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 144.

<sup>37</sup> F. CAPPAL, *op. cit.*, p. 212. Si ritengono inoltre applicabili agli appalti di servizi le norme relative alle variazioni concordate e necessarie (artt. 1659-1660 c.c.), all'impossibilità sopravvenuta nell'esecuzione non imputabile a ciascuna delle parti (art. 1672 c.c.) nonché "tutte quelle norme, contenute anche in leggi speciali, che non siano incompatibili con la speciale prestazione di utilità, in vista della quale è concluso l'appalto di servizi", come rilevato da C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 87.

La grande varietà delle prestazioni che possono essere ascritte alla categoria dei servizi, tuttavia, comporta che alcune delle norme a questi tendenzialmente applicabili non lo siano in relazione a specifici contratti stipulati dalle parti<sup>38</sup>. Si tratta, quindi, di un sistema classificatorio elastico, le cui implicazioni concrete devono sempre essere individuate alla luce delle peculiarità del contratto di volta in volta considerato.

Le due tipologie di appalto in commento si differenziano, inoltre sotto un ulteriore aspetto. Contrariamente agli appalti d'opera – che possono essere qualificati come contratti ad esecuzione prolungata<sup>39</sup> – gli appalti di servizi risultano spesso ascrivibili alla categoria dei contratti ad esecuzione continuata e periodica. Questa qualifica appare particolarmente rilevante se solo si considera che l'art. 1458 c.c. esclude espressamente che la risoluzione di questi contratti possa avere efficacia retroattiva, con la conseguenza che essa non potrà travolgere quelle prestazioni già eseguite dalle parti<sup>40</sup>. Inoltre, l'art. 1677 c.c. prevede espressamente che, qualora l'appalto abbia ad oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi, si debbano osservare, in quanto compatibili, le norme relative al contratto di somministrazione<sup>41</sup>.

La categoria dell'appalto d'opera, inoltre, può essere a sua volta suddivisa in diverse sottocategorie. Questa suddivisione, tuttavia, risulta avere una valenza meramente descrittiva, non andando ad incidere sulla disciplina a cui il contratto è assoggettato.

In dottrina vengono così distinti gli appalti di opere edili dagli appalti di beni mobili<sup>42</sup>, e questo in virtù della natura del bene oggetto di contratto. In altri casi, invece, ad assumere un rilievo qualificatorio è la tipologia di attività posta in essere dall'appaltatore al fine di dare esecuzione al contratto stipulato<sup>43</sup>: si è così soliti

---

<sup>38</sup> In tal senso, D. RUBINO, *op. cit.*, p. 144.

<sup>39</sup> Per un approfondimento su tale qualifica, si veda il paragrafo 5.

<sup>40</sup> Come rilevato da D. RUBINO, *op. cit.*, 144; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 114.

<sup>41</sup> Si tratta, quindi, di una differenza disciplina che non discende direttamente dall'inquadramento del contratto stipulato dalle parti come appalto d'opera o appalto di servizi; ciò nonostante, rileva in tale sede in quanto tendenzialmente la qualificazione degli appalti sotto il profilo temporale è influenzata da tale bipartizione.

<sup>42</sup> In tal senso, M. RUBINO - SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 61; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 84, il quale indica come esempio tipico di appalto relativo a cosa mobile quello volto alla costruzione di un automobile "fuori serie", ossia una vettura realizzata su uno specifico progetto che non coincide con i modelli ordinariamente realizzati dall'appaltatore.

<sup>43</sup> V. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 139; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 116; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 83; S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 9; M. RUBINO - SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 62;

distinguere tra appalti di costruzione<sup>44</sup>, di riparazione<sup>45</sup>, di modificazione<sup>46</sup>, di demolizione e di manutenzione<sup>47</sup> a cui, secondo alcuni Autori, si aggiungono le categorie dell'appalto di ricostruzione<sup>48</sup> e dell'appalto di montaggio o assemblaggio<sup>49</sup>.

### 3 – Il corrispettivo dovuto dal committente

L'appalto può essere qualificato come un contratto oneroso: alla prestazione dell'appaltatore corrisponde l'obbligo del committente di versare l'importo monetario concordato dalle parti. Alla luce di tale natura, non sarà qualificabile come contratto di appalto quel negozio che prevede la realizzazione di un'opera o di un servizio in assenza di un corrispettivo<sup>50</sup> ovvero verso una controprestazione di natura non pecuniaria<sup>51</sup>.

---

<sup>44</sup> In cui si ha la realizzazione di una *res* nuova mediante la trasformazione di materie prime.

<sup>45</sup> Quando l'opera dell'appaltatore risulta finalizzata all'eliminazione di guasti presentati da un determinato bene e a renderlo così idoneo a quello che è il suo normale utilizzo.

<sup>46</sup> Negli appalti di modificazione o trasformazione non si ha la realizzazione di una *res* nuova, ma la semplice modifica di un bene già esistente.

<sup>47</sup> In tale tipologia di contratti l'attività del soggetto appaltatore risulta finalizzata a mantenere un determinato bene in condizioni ottimali di efficienza. La peculiarità che maggiormente caratterizza questa categoria di appalto è individuabile nella periodicità della prestazione a cui è tenuto l'appaltatore, da cui deriva l'applicabilità della disciplina inerente ai contratti di durata, v. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 139; S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 9; M. STOLFI, *op. cit.*, pp. 24-25. In merito alla qualificazione del contratto di appalto come contratto di durata, si veda il paragrafo 5.

<sup>48</sup> Categoria individuata da C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 83, e che risulta riferirsi a tutti quei contratti in cui si ha la realizzazione di una *res* nuova in sostituzione di un'altra già esistente.

<sup>49</sup> Che viene ricondotto da C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 84, all'appalto di costruzione e che può essere definito come quel contratto in cui il committente fornisce i singoli componenti che l'appaltatore si limita ad assemblare senza che questi subiscano alcuna modificazione o alternazione.

<sup>50</sup> In questo caso sarebbe individuabile una donazione obbligatoria ex art. 769 c.c., v. S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 23; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 177; A. CATRICALÀ, *op. cit.*, p. 4806 ss.; M. PENNASILICO, *Il corrispettivo*, in *I contratti di appalto privato*, a cura di V. CUFFARO, *op. cit.*, p. 126; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 102. Sul punto, appare condivisibile quanto rilevato da C. MASCARELLO, *op. cit.*, p. 18, che evidenzia come “dal semplice carattere della gratuità, non si può far derivare automaticamente l'inquadramento del negozio nello schema della donazione, invero caratterizzata sotto il profilo psicologico anche dallo spirito di liberalità. In assenza di tale elemento soggetto, il contratto che prevedesse a carico dell'appaltatore un *facere*, escludendo il suo diritto al corrispettivo, si presterebbe ad essere qualificato piuttosto come contratto atipico gratuito”. In senso conforme, C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 99; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 14.

<sup>51</sup> In tal senso, P. RESCIGNO [a cura di], *Codice civile*, Tomo I, 10<sup>a</sup> ed., Milano, 2018, p. 3262; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 178; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, pp. 101 ss.; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 103 ss.; C. MASCARELLO, *op. cit.*, p. 17; A. CATRICALÀ, *op. cit.*, p. 4770, il quale rileva che solo eccezionalmente il compenso dell'appaltatore può consistere nella partecipazione agli utili dell'attività intrapresa con la realizzazione del progetto: in questo caso, infatti, il negozio stipulato dalle parti sarebbe qualificabile come contratto di *engineering*, che la dottrina riconduce allo schema dell'appalto di servizi.

Nonostante la prestazione facente capo al soggetto appaltante non caratterizzi la fattispecie contrattuale in esame, essendo comune a molti altri dei contratti tipici previsti nel nostro ordinamento, questa assume caratteristiche peculiari nell'ambito del contratto di appalto.

In primo luogo, il prezzo può essere concordato dalle parti a corpo o a misura<sup>52</sup>.

Nello specifico, è possibile ravvisare un appalto a corpo qualora le parti abbiano deciso, al momento della conclusione del contratto, di determinare globalmente il corrispettivo dovuto sulla base di una considerazione unitaria dell'opera, o del servizio, oggetto della prestazione dell'appaltatore<sup>53</sup>. In tale ipotesi, le parti addiverranno a un'intesa sul prezzo sulla base di una valutazione prognostica dei costi e del lavoro che ritengono sarà necessario alla realizzazione dell'oggetto dell'appalto; in questo contesto sarà, quindi, l'appaltatore ad assumere il rischio che l'esecuzione del contratto risulti poi essere più gravosa di quanto preventivato<sup>54</sup>.

L'invariabilità del prezzo pattuito nell'appalto a corpo, tuttavia, non è da ritenersi assoluta: sussistono, infatti, alcune disposizioni codicistiche – quali gli artt. 1660, comma 1; 1661, comma 1; 1664 c.c.<sup>55</sup> – che prevedono una variabilità del corrispettivo a fronte di circostanze sopravvenute o variazioni<sup>56</sup>.

Si è invece soliti parlare di determinazione a misura quando il prezzo viene concordato dalle parti “*per ogni unità di misura di cui si componga l'opera*”<sup>57</sup>; in altri

---

<sup>52</sup> Si veda, *ex multis*, M. PENNASILICO, *op. cit.*, pp. 130 ss.; M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, pp. 62 e ss.; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, pp. 109 e ss.; S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 116; V. CAREDDA, *Determinazione del corrispettivo*, in *Codice dell'appalto privato* di A. LUMINOSO, cit., p. 386. La possibilità di determinare il prezzo dell'opera a corpo è prevista dalla stessa disciplina codicistica in materia di appalto: gli artt. 1659 e 1661 c.c., infatti, menzionano l'ipotesi in cui il prezzo dell'opera sia stato determinato “globalmente”.

<sup>53</sup> Dal punto di vista terminologico, si segnala che la maggior parte degli autori impiega le espressioni “*appalto a corpo*” e “*appalto a forfait*” come sinonimi. Altri, invece, parlano di appalto a *forfait* come una sottocategoria dell'appalto a corpo, caratterizzata da una più rigorosa immutabilità del corrispettivo, v. V. CAREDDA, *op. cit.*, p. 387.

<sup>54</sup> In tal senso, S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 116; V. CAREDDA, *op. cit.*, p. 386; M. PENNASILICO, *op. cit.*, p. 130.

<sup>55</sup> Si tratta di disposizioni che verranno tutte analizzate nel dettaglio nel corso del secondo capitolo, a cui, quindi, si rimanda.

<sup>56</sup> V. V. CAREDDA, *op. cit.*, p. 386; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 110, i quali parlando di “*ammortizzatori tecnici*”. Le disposizioni in commento risultano strettamente connesse all'oggetto della presente trattazione e saranno affrontate diffusamente nel capitolo 2.

<sup>57</sup> V. D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 228. In senso conforme, V. CAREDDA, *op. cit.*, p. 386; S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 116.

termini, le parti stabiliscono il valore monetario dovuto per singola unità lavorativa – che può essere, ad esempio, il metro quadro – il quale sarà poi moltiplicato, alla consegna dell’opera, alle unità effettivamente realizzate. La peculiarità della procedura di determinazione del prezzo delineata è certamente individuabile nel fatto che l’importo complessivo dovuto dal soggetto committente potrà essere quantificato solamente una volta che sia stata realizzata l’opera oggetto di contratto; in questo caso, il rischio assunto dall’appaltatore sarà inevitabilmente minore rispetto all’ipotesi dell’appalto a corpo, in quanto il corrispettivo finale sarà sempre parametrato alle dimensioni effettive dell’opera realizzata<sup>58</sup>. Anche in questo caso, tuttavia, appare corretto parlare di invariabilità del prezzo in relazione al valore monetario pattuito dalle parti in relazione alla singola unità lavorativa, il quale è destinato a rimanere inalterato<sup>59</sup>.

Sono inoltre ammissibili modalità miste di determinazione del prezzo che prevedano il ricorso a entrambi i criteri sopraesposti o soluzioni intermedie; in tale contesto si collocano quei contratti, qualificabile comunque come appalti a misura, in cui le parti abbiano concordato un prezzo per ogni singola unità lavorativa, prevedendo però contestualmente un ammontare massimo del costo dell’opera<sup>60</sup>, e i cosiddetti appalti a “*cost plus fee*”, che si differenziano dalle due categorie sopra illustrate nel fatto che il corrispettivo comprenderà il rimborso di tutte le spese documentate dall’appaltatore – che quindi non assume alcun rischio in merito a un aumento delle stesse – a cui si dovrà aggiungere un ulteriore importo predeterminato che costituisce il profitto spettante all’appaltatore<sup>61</sup>.

Comprendere se il contratto stipulato dalle parti sia qualificabile come appalto a corpo o appalto a misura risulta particolarmente rilevante, in quanto incide sulla disciplina a cui questo è assoggettato<sup>62</sup>. A titolo esemplificativo, in materia di variazioni, il secondo comma dell’art. 1659 c.c. prevede espressamente che anche quando le modificazioni siano state autorizzate dal committente, se il prezzo dell’intera opera è stato determinato

---

<sup>58</sup> In tal senso, S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 116; V. CAREDDA, *op. cit.*, p. 392. Ne consegue che, in siffatta eventualità, il rischio assunto dal soggetto appaltatore risulterà sensibilmente ridotto, come rilevato da C. MASCARELLO, *op. cit.*, p. 177.

<sup>59</sup> L’incidenza delle variazioni sul compenso dovuto al soggetto appaltatore verrà affrontata diffusamente nel capitolo 2.

<sup>60</sup> V. V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 109; V. CAREDDA, *op. cit.*, p. 387.

<sup>61</sup> Per un approfondimento di tale tipologia contrattuale, si rimanda a R. PANETTA, *op. cit.*, p. 192.

<sup>62</sup> V. V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 109.

globalmente, l'appaltatore non ha diritto a ottenere un compenso per le variazioni apportate, salvo diversa pattuizione; ne consegue che il diritto del soggetto appaltatore a ottenere un compenso per le variazioni al progetto iniziale concordate dalle parti risulta strettamente connesso alle modalità di determinazione del corrispettivo stabilito dalle parti.

Siffatto accertamento, tuttavia, non appare sempre agevole. Basti infatti pensare all'eventualità in cui le parti abbiano sì richiamato prezzi unitari, ma al solo scopo di esplicitare sulla base di quali presupposti si è giunti alla determinazione del prezzo globale: in questa ipotesi il contratto stipulato dai contraenti sarà comunque qualificabile come appalto a corpo<sup>63</sup>. In altri casi le parti potrebbero non indicare il corrispettivo complessivo pattuito, ma solamente il prezzo unitario e le dimensioni dell'opera: qualora quest'ultima sia determinata nel dettaglio e, per tale ragione, tendenzialmente non soggetta a variazioni – oltre a quelle contemplate dagli artt. 1659, 1660 e 1661 c.c. –, sarà comunque configurabile un appalto a corpo, in quanto il corrispettivo globale potrà essere determinato sulla base di una semplice operazione matematica<sup>64</sup>. Sarà invece qualificabile come appalto a misura quel contratto in cui venga indicato un prezzo complessivo e un progetto preliminare dell'opera, ma con esplicita riserva di liquidazione finale dei costi<sup>65</sup>. Qualora poi non sia possibile stabilire con sufficienza certezza l'effettiva volontà delle parti in merito alla determinazione del corrispettivo, la dottrina è concorde nell'affermare che, nel dubbio, si dovrà qualificare il contratto stipulato come un appalto a misura, il quale comporta una disciplina più favorevole per il soggetto appaltatore<sup>66</sup>.

Un'ulteriore peculiarità che contraddistingue la determinazione del prezzo nell'ambito del contratto di appalto è sicuramente individuabile nel disposto dell'art. 1657 c.c., il quale prevede che se le parti non abbiano concordato la misura del corrispettivo o

---

<sup>63</sup> In tal senso, lodo arb., 18 ottobre 1963, in *Rass. Avv. Stato*, 1964, I, p. 603. In dottrina, M. PENNASILICO, *op. cit.*, p. 134, rileva come “qualora le parti indichino nel contratto tanto un prezzo globale quanto un elenco di prezzi unitari, l'inquadramento del rapporto nello schema dell'appalto a corpo o a misura non può che essere il risultato di un procedimento ermeneutico unitario di “interpretazione-qualificazione” della fattispecie”.

<sup>64</sup> In tal senso, M. PENNASILICO, *op. cit.*, p. 135; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 230.

<sup>65</sup> V. G. IUDICA E D. RUBINO, *op. cit.*, pp. 230-232; M. PENNASILICO, *op. cit.*, p. 135.

<sup>66</sup> V. M. PENNASILICO, *op. cit.*, p. 136; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 230; S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 117, A. SCACCHI, *Appalto*, *op. cit.*, p. 6.

il modo di determinarla, “*essa è calcolata con riferimento alle tariffe esistenti o agli usi; in mancanza, è determinata dal giudice*”<sup>67</sup>.

Gli interpreti individuano nella norma in commento un’evidente deroga al principio generale sancito dall’art. 1346 c.c., in virtù del quale l’oggetto del contratto deve essere, a pena di nullità, determinato o perlomeno determinabile<sup>68</sup>. Ne consegue che la mancata previsione del prezzo non inciderà sulla validità del contratto stipulato<sup>69</sup>.

Dal disposto dell’art. 1657 c.c. è inoltre possibile individuare un chiaro ordine gerarchico tra i criteri che debbono essere impiegati nella determinazione del prezzo, i quali rivestono comunque un carattere sussidiario rispetto alla volontà dei contraenti: si dovrà, infatti, dare priorità alle tariffe e agli usi applicabili al contratto concluso, e solo in loro assenza ricorrere all’intervento del giudice. Nello specifico, la giurisprudenza è concorde nell’affermare che il riferimento alle “tariffe esistenti” non debba intendersi limitato ai soli tariffari stabiliti dal legislatore, ma anche a quelli elaborati da organismi pubblici e privati<sup>70</sup>. Gli usi richiamati, invece, sono quelli integrativi di cui all’art. 1374 c.c.<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> Autorevole dottrina ha rilevato come “*alla determinazione convenzionale del corrispettivo è assimilata la scelta delle parti di rimetterla a un arbitratore, secondo il generale meccanismo contemplato dall’art. 1349 c.c.*”, S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 117. In senso conforme, C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 112.

<sup>68</sup> La disposizione in commento, comunque, non costituisce l’unica eccezione al principio di cui all’art. 1346 c.c. conosciuta dal nostro ordinamento (basti pensare all’art. 1474 c.c. in materia di compravendita).

<sup>69</sup> Secondo, infatti, la Corte di cassazione, “*nel contratto di appalto l’art. 1657 c.c. deroga alla disposizione generale dell’art. 1346 c.c. nel senso che la mancata determinazione del corrispettivo non è causa di nullità del contratto, potendo la sua determinazione avvenire “a posteriori” in base alle tariffe esistenti ovvero agli usi, da parte del giudice*”, Cass., 5 aprile 2000, n. 4192, in *Rep. Giust. civ.*, 2000, voce *Appalto*, n.7. La giurisprudenza ha evidenziato come tale circostanza rilevi comunque ai fini della costituzione in mora del debitore, cfr. Cass., 17 aprile 1993, n. 4651, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, nella quale viene affermato che “*quando la determinazione del contenuto di un’obbligazione pecuniaria sia rimessa al giudice (fattispecie in tema di appalto), la costituzione in mora può aversi, di regola, solo con la domanda giudiziale, con l’atto cioè che rende attuale l’esercizio di quel potere da parte del medesimo giudice*”. Per un’attenta ricostruzione del tema, si rimanda a V. CAREDDA, *op. cit.*, p. 382.

<sup>70</sup> È possibile citare, *ex multis*, Cass., 23 luglio 1998, n. 7238, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 1576; Cass. 30 marzo 1985, n. 2240, in *Arch. Civ.*, 1985, p. 1434, nella quale viene espressamente affermato che “*le tariffe non sono soltanto quelle di imperio, ma anche quelle che vengono formulate, in via indicativa e derogabile, da organi e collegi, pubblici o privati, indipendentemente dalla loro approvazione ad opera dell’autorità governativa*”. È stato poi precisato che a rilevare sono i tariffari sussistenti al momento della stipula del contratto, v. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 199.

<sup>71</sup> In tal senso, S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 119; R. PANETTA, *op. cit.*, p. 200. È discusso se debbano trovare applicazione gli usi del luogo ove ha sede l’impresa appaltatrice (tesi sostenuta D. RUBINO, *op. cit.*, p. 200) o quelli diffusi dove deve essere eseguita la prestazione oggetto di contratto (come affermato da S.

Nell'ipotesi in cui il prezzo non sia concordato dalle parti e manchino delle tariffe o degli usi idonei a colmare questa lacuna, l'art. 1657 c.c. rimette la quantificazione del corrispettivo al giudice<sup>72</sup>. In questo caso, entrambe le parti contraenti saranno legittimate a presentare un'apposita domanda volta alla determinazione del corrispettivo, la quale sarà effettuata tenendo in considerazione ogni caratteristica dell'opera o del servizio oggetto di contratto<sup>73</sup>. La dottrina e la giurisprudenza sono inoltre concordi a equiparare all'eventualità in cui le parti non abbiano concordato un corrispettivo quella in cui il criterio stabilito per la sua determinazione sia nullo o non possa comunque operare<sup>74</sup>. Un orientamento minoritario, ma comunque condivisibile, ha rilevato che la disposizione in esame potrebbe trovare applicazione anche in relazione a tutti quei casi in cui la previsione di un corrispettivo squilibrato abbia comportato un'invalidità delle clausole relative alla quantificazione del prezzo, quale può essere l'ipotesi in cui tale determinazione integri un abuso di un rapporto di dipendenza economica, espressamente previsto dall'art. 9 della legge 192/98<sup>75</sup>.

Per quanto concerne, invece, la natura giuridica delle prestazioni del committente, la giurisprudenza è unanime nell'affermare che l'obbligo in parola costituisce un debito di valuta; ne consegue che, in ossequio al principio nominalistico di cui all'art. 1227 c.c., un'eventuale svalutazione monetaria non comporterà l'adeguamento del credito, ma potrà

---

POLIDORI, *op. cit.*, p. 120). Dal punto di vista territoriale, invece, in presenza di usi nazionali e usi locali, si dovrà dare applicazione a questi ultimi.

<sup>72</sup> Occorre evidenziare come la disciplina prevista in materia di appalto differisca da quella che contraddistingue il contratto di compravendita, nell'ambito del quale il giudice non può determinare direttamente il corrispettivo, ma eventualmente nominare un terzo che compia tale quantificazione. In ogni caso, l'intervento del giudice presuppone che le parti abbiano comunque stipulato un contratto, con la conseguenza che tale disposizione non potrà trovare applicazione qualora proprio a causa di un disaccordo sul prezzo, le parti non sono giunte alla conclusione di un contratto, v. Cass., 28 febbraio 1989, n. 1094, in *Mass. Giur. it.*, 1989.

<sup>73</sup> V. V. MANGINIE M. IACUANIello BRUGGI, *op. cit.*, p. 105. È stato rilevato che il giudizio instaurato su iniziativa di una delle parti risulta avere natura contenziosa e il provvedimento del giudice viene emanato nel contraddittorio tra le parti, cfr. V. CAREDDA, *op. cit.*, p. 399.

<sup>74</sup> In tal senso, S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 121; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 121. In giurisprudenza, Cass., 15 settembre 2014, n. 19413, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Appalto*, n. 12, la quale ha ammesso l'intervento del giudice in un caso in cui i contraenti non avevano dato esecuzione all'accordo secondo cui l'entità del corrispettivo sarebbe dovuto essere determinata mediante una misurazione delle opere effettuata nel contraddittorio tra appaltatore e direttore dei lavori. È invece controversa l'applicabilità dell'art. 1657 c.c. al caso in cui le parti non siano riuscite a provare l'entità del corrispettivo concordato. Per una ricostruzione di tale aspetto, si rimanda a V. MANGINIE M. IACUANIello BRUGGI, *op. cit.*, p. 106 e V. CAREDDA, *op. cit.*, p. 385.

<sup>75</sup> In tal senso, S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 124 e ss.



costituire il presupposto per il riconoscimento del maggior danno previsto dall' art. 1224 c.c.<sup>76</sup>.

In merito, invece, al tempo dell'adempimento, l'art. 1655, ultimo comma, cc. prevede che “*salvo diversa pattuizione o uso contrario, l'appaltatore ha diritto al pagamento del corrispettivo quando l'opera è accettata dal committente*”<sup>77</sup>; si tratta, in ogni caso, di una disposizione derogabile dalla volontà delle parti che sono infatti libere di concordare il versamento di acconti. In tale contesto rileva inoltre il disposto dell'art. 1666 c.c., il quale disciplina l'ipotesi in cui l'appalto debba essere eseguito in più partite. In questo caso, l'appaltatore può chiedere il pagamento in proporzione all'opera eseguita che, una volta corrisposto, comporterà l'accettazione della parte di opera realizzata<sup>78</sup>.

#### **4 – Possibilità, liceità e determinatezza dell'oggetto del contratto di appalto**

Come ogni altro contratto, anche l'appalto risulta essere assoggettato alla disciplina generale di cui agli artt. 1321-1469 c.c. Nella presente sede, ad assumere una particolare rilevanza è l'art. 1346 c.c., il quale dispone che l'oggetto del contratto deve essere, a pena di nullità possibile, lecito e determinato o determinabile.

Occorre pertanto esaminare come tali requisiti si declinino nell'ambito del contratto di appalto.

##### **4.1 – La possibilità dell'opera o del servizio**

In primo luogo, l'opera o il servizio oggetto di appalto devono essere possibili dal punto di vista materiale: qualora così non fosse, il contratto sarebbe nullo, ex art. 1418 c.c., per impossibilità originaria dell'oggetto<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> A condizione che il debitore sia stato messo in mora, che il danno sia provato e che questo non sia compensato dalla corresponsione degli interessi previsti. Si veda, *ex multis*, Cass., 24 febbraio 1986, n. 1118, in *Mass. Giust. civ.*, 1986, p. 339. In dottrina, S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 144; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, 183; M. DE TILLA, *L'appalto privato, op. cit.*, pp. 211 ss.; R. PANETTA, *op. cit.*, p. 178.

<sup>77</sup> Il diritto dell'appaltatore al pagamento, quindi, sorge solamente a seguito dell'esecuzione del contratto, e non al momento della stipula. In tal senso, E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 185.

<sup>78</sup> Il secondo comma dell'art. 1666 c.c. precisa che tale accettazione non discende, invece, dalla corresponsione di un semplice acconto.

<sup>79</sup> Il riferimento alla sola prestazione facente capo al soggetto appaltatore è giustificato dal fatto che la prestazione del committente sarà sempre possibile, in quanto si concretizza sempre in un'obbligazione pecuniaria.

Ipotesi differente è quella in cui la prestazione dedotta dal contratto diventi impossibile in un momento successivo alla stipula; in questo caso, l'impossibilità in parola comporterà la risoluzione, e non la nullità, del contratto stipulato<sup>80</sup>. Tendenzialmente non rileva, invece, la sopravvenuta possibilità della prestazione inizialmente impossibile: tale circostanza avrà un'efficacia sanante solo nel caso previsto dall'art. 1347 c.c., in cui il contratto risulti assoggettato a una condizione sospensiva, o a un termine iniziale, e la prestazione diviene possibile prima della scadenza del termine o del verificarsi dell'evento oggetto di condizione<sup>81</sup>.

Nell'ambito del contratto di appalto assume inoltre rilevanza la distinzione tra impossibilità tecnica e impossibilità materiale. Autorevole dottrina ha infatti evidenziato che non è colpito da nullità quel contratto che preveda una prestazione a carico dell'appaltatore che sia tecnicamente, ma non materialmente, impossibile<sup>82</sup>. Nello specifico, con l'espressione impossibilità tecnica ci si riferisce a quei casi in cui l'opera, così come delineata dalle parti, non può essere eseguita senza difetti, ma risulta comunque suscettibile di realizzazione; ne consegue che, non essendo rintracciabile un'impossibilità di natura giuridica, non sarà pregiudicata la validità del negozio stipulato dalle parti<sup>83</sup>. È tuttavia configurabile un'impossibilità materiale, e non tecnica, nel caso in cui il suolo su cui l'opera deve essere realizzata sia del tutto inidoneo a sopportare l'intervento dell'appaltatore<sup>84</sup>, ovvero leggi naturalistiche impediscano l'esecuzione della prestazione così come concepita dai soggetti contraenti<sup>85</sup>.

---

<sup>80</sup> Troverà quindi applicazione l'art. 1672 c.c., il quale è volto a disciplinare il caso specifico in cui l'esecuzione del contratto di appalto divenga impossibile per causa non imputabile a nessuna delle parti contrattuali.

<sup>81</sup> In questi casi, infatti, il la valutazione in merito alla possibilità della prestazione è rinviata al momento di avveramento della condizione o di maturazione del termine, v. S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 14.

<sup>82</sup> V. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 148; M. RUBINO - SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 66.

<sup>83</sup> E questo anche nel caso limite in cui tale opera risulterà essere del tutto inadatta a quella che avrebbe dovuto essere la sua destinazione secondo le intenzioni del committente. In tal senso, cfr. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 149; M. RUBINO - SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 66; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 123; F. CAPPAL, *op. cit.*, p. 218.

<sup>84</sup> In tal senso, D. RUBINO, *op. cit.*, p. 148; F.M. BANDIERA, *Possibilità, liceità, determinatezza e determinabilità dell'opera e del servizio*, in *Codice dell'appalto privato*, di A. LUMINOSO, cit., p. 218.

<sup>85</sup> Si veda S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 13.

Ai fini della validità del contratto, non assumono inoltre rilevanza le difficoltà riscontrate dall'appaltatore nell'esecuzione che risultino imputabili alle carenze della organizzazione imprenditoriale da costui predisposta<sup>86</sup>.

Parimenti, non assume alcuna rilevanza l'eventuale inutilità, originaria o sopravvenuta, dell'opera o del servizio rispetto a quelle che sono le esigenze del soggetto committente; l'unico rimedio, in questo caso, a disposizione del soggetto appaltante è individuabile nella facoltà di recesso di cui all'art. 1671 c.c., la quale però prevede, a favore dell'appaltatore, un indennizzo che copre le spese sostenute, i lavori eseguiti e il mancato guadagno conseguito<sup>87</sup>.

L'impossibilità della prestazione dell'appaltatore può inoltre essere totale o parziale: si avrà un'impossibilità parziale ogni qual volta l'opera o il servizio risultino eseguibili solamente in parte, e questa risulti di per sé idonea a generare un'utilità per il soggetto committente<sup>88</sup>. In questi casi, troverà applicazione l'art. 1419 c.c., il cui primo comma prevede che la nullità parziale di un contratto comporta l'invalidità dell'intero negozio solamente nell'ipotesi in cui i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è stata colpita dalla nullità<sup>89</sup>. Nell'eventualità l'impossibilità parziale della prestazione non abbia comportato la nullità dell'intero contratto, il prezzo pattuito dalle parti dovrà necessariamente essere ridotto in modo proporzionale rispetto a quella parte di prestazione di cui è stata accertata l'impossibilità<sup>90</sup>; tale principio, tuttavia, viene

---

<sup>86</sup> Non rilevano, altresì, gli impedimenti personali del debitore v. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 149; C. GIANNATTASSIO, *op. cit.*, p. 85; S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 13; A. CATRICALÀ, *op. cit.*, p. 4783. Nello specifico, le difficoltà riscontrate nell'esecuzione rilevano solamente qualora siano soddisfatti i presupposti previsti dall'art. 1664 c.c.. Per un approfondimento su tale disposizione, si rimanda al cap. 2, par. 6. Allo stesso modo, un'impossibilità solamente temporanea non potrà comportare la nullità del contratto concluso, salvo l'ipotesi in cui da questa cagioni un rilevante pregiudizio in capo a una delle parti, v. A. CATRICALÀ, *op. cit.*, p. 4783.

<sup>87</sup> Come rilevato da D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 123; F.M. BANDIERA, *op. cit.*, p. 219.

<sup>88</sup> In tal senso, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 124; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 150; C. MASCARELLO, *op. cit.*, p. 35; F.M. BANDIERA, *op. cit.*, p. 219.

<sup>89</sup> Sul punto, si segnala come la Corte di cassazione abbia rilevato che “*in materia di contratti, agli effetti dell'interpretazione della disposizione contenuta nell'art. 1419 c.c., vige la regola secondo cui la nullità parziale non si estende all'intero contenuto della disciplina negoziale se permane l'utilità del contratto in relazione agli interessi con esso perseguiti, secondo quanto emerge dall'attività ermeneutica svolta dal giudice; per converso, l'estensione all'intero negozio degli effetti della nullità parziale costituisce eccezione che deve essere provata dalla parte interessata*”, Cass., 21 maggio 2007, n. 11673, in *Rep. Foro it*, 2007, voce *Contratto in genere*, n. 510.

<sup>90</sup> V. F.M. BANDIERA, *op. cit.*, p. 219; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 150.

derogato qualora sia ravvisabile una responsabilità precontrattuale in capo a una delle parti.

Nello specifico, nel caso in cui sia accertata una responsabilità ex art. 1338 c.c. del soggetto appaltatore e la prestazione, parzialmente eseguita, risulti avere un'utilità inferiore per il committente rispetto al rapporto tra parte e intero, una riduzione proporzionale del prezzo non appare sufficiente a riequilibrare il sinallagma contrattuale<sup>91</sup>; per questa ragione, è stato sostenuto che, in tali casi, l'appaltatore dovrebbe essere tenuto a corrispondere una somma che sia parametrata, così come previsto dall'art. 1672 c.c., all'utilità conseguita dal committente, e non al rapporto tra la prestazione realizzata e quella inizialmente pattuita dalle parti<sup>92</sup>.

Per converso, nell'ipotesi in cui sia accertata una responsabilità ex art. 1338 c.c. del soggetto committente, costui dovrà essere tenuto a risarcire il danno da lesione dell'interesse negativo subito dall'appaltatore, che andrà anche a comprendere tutte le spese sostenute per la realizzazione di quella parte di prestazione di cui è stata accertata l'impossibilità.

Infine, occorre segnalare che la Corte di cassazione abbia ha volte affermato che tra le obbligazioni che scaturiscono dal contratto di appalto vi è quella, gravante sulla parte committente, di assicurare per tutta la durata del rapporto all'appaltatore la possibilità giuridica e concreta di eseguire il lavoro oggetto di contratto, cosicché l'inadempimento di tale specifico obbligo può giustificare la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1453 c.c.<sup>93</sup>.

#### **4.2 – L'illiceità dell'oggetto nel contratto di appalto**

L'oggetto del contratto deve altresì essere lecito, ossia non contrario a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume. Come nell'ipotesi affrontata nel

---

<sup>91</sup> Anche nell'ambito del contratto di appalto trova infatti applicazione l'art. 1338 del codice civile, il quale configura una responsabilità in capo a quella parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte.

<sup>92</sup> In tal senso, D. RUBINO, *op. cit.*, 150.

<sup>93</sup> Cass., 15 febbraio 2013, n. 3830 in *Urbanistica e appalti*, 4, 2017, p. 580. Nel caso affrontato dal giudice di legittimità l'ente territoriale committente non aveva apportato le varianti necessarie per la prosecuzione dei lavori.

paragrafo precedente, anche il contratto avente un oggetto illecito sarà nullo ex art. 1418, comma 2, c.c.<sup>94</sup>.

Tuttavia, secondo un risalente orientamento dottrinale, “*l’oggetto del contratto di appalto, in sé e per sé considerato, non può dirsi né lecito né illecito, perché è un bene nella sua entità obiettiva, che è in commercio e ben può essere dedotto come oggetto di un contratto di diritto privato*”<sup>95</sup>. Da tale assunto conseguirebbe, quindi, che di illiceità potrebbe parlarsi solo quando, realizzata l’opera oggetto di contratto, questa venisse adibita a fini vietati dalla legge; ma si tratterebbe, nell’ottica della ricostruzione in commento, di una circostanza estranea al contratto di appalto e afferente, invece, all’esecuzione e all’utilizzazione dell’opera realizzata. Il tipico esempio addotto a sostegno di questa ricostruzione è quello dell’immobile adibito a sala da gioco clandestina: sebbene tale attività sia pacificamente qualificabile come illecita, questa non potrà incidere sulla validità del negozio stipulato dalle parti, il quale avrà comunque un oggetto lecito.

Secondo la tesi sopra esposta, non sarebbe possibile configurare un’illiceità del contratto concluso neppure quando il progetto di costruzione dell’opera sia destinato a violare norme di ordine pubblico o diritti dei terzi, e questo poiché siffatta violazione sarebbe integrata non dal negozio stipulato, ma dalla sua successiva esecuzione<sup>96</sup>.

Come è stato però correttamente rilevato in dottrina, le argomentazioni che costituiscono il fondamento teorico di dell’orientamento qui considerato non appaiono convincenti e in grado di escludere la possibilità di configurare la nullità di un contratto di appalto per illiceità dell’oggetto<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> Come rilevato da S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 19, il tema dell’illiceità del contratto di appalto si pone in relazione alla sola prestazione facente capo all’appaltatore, non potendo ravvisarsi profili di illiceità nella corresponsione di una somma di denaro.

<sup>95</sup> C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 94. Per un’attenta ricostruzione di tale orientamento si veda S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 15; F.M. BANDIERA, *op. cit.*, p. 220.

<sup>96</sup> Il corollario di tale principio è che solamente a seguito dell’esecuzione del contratto i soggetti lesi dall’illiceità dell’opera sarebbero legittimati ad azionare gli strumenti di tutela predisposti dalla legge. V. C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 94. In senso parzialmente difforme D. RUBINO, *op. cit.*, pp. 144 ss., che contempla la possibilità di configurare un contratto illecito solamente nel caso in cui il progetto redatto dalle parti non potrebbe trovare attuazione senza che sia integrata una violazione di norme imperative poste a tutela della collettività (l’esempio paradigmatico è quello del contratto avente ad oggetto un’opera da realizzarsi in un luogo in cui è vietata ogni costruzione privata). Si veda anche, V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 84.

<sup>97</sup> V. S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 15; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, pp. 120 e ss.; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, pp. 84 e ss.; F.M. BANDIERA, *op. cit.*, pp. 220 e ss.; L.V. MOSCARINI, *Il*

L'esempio, infatti, utilizzato dalla dottrina a sostegno di questa tesi appare quanto meno fuorviante: è innegabile che il contratto di appalto volto alla realizzazione di un immobile adibito a casa da gioco clandestina non sarà mai nullo per illiceità dell'oggetto anche sostenendo, in astratto, l'applicabilità di tale causa di invalidità alla tipologia contrattuale in commento. Questa circostanza, infatti, potrebbe semmai comportare, qualora sussistano i presupposti di cui all'art. 1345 c.c., una nullità del contratto per motivo illecito. Da ciò consegue che l'esempio comunemente allegato dai sostenitori della tesi in parola non può essere impiegato per sostenere che la nullità per illiceità dell'oggetto sarebbe una categoria estranea allo schema negoziale del contratto di appalto.

Al contrario, appare maggiormente condivisibile quella tesi che individua un'ipotesi di nullità del contratto ogni qual volta l'opera o il servizio oggetto di contratto non possano realizzarsi senza che ciò integri la violazione di norme imperative o dei principi del buon costume e dell'ordine pubblico<sup>98</sup>.

Tale orientamento trova poi il proprio pieno conforto nella giurisprudenza che si è sviluppata negli anni in materia di illiceità del contratto di appalto. Sul punto, la Corte di cassazione ha infatti più volte affermato la nullità dei contratti di appalto stipulati in assenza delle prescritte concessioni edilizie<sup>99</sup>, confermando, nei fatti, l'applicabilità dell'invalidità in esame al contratto considerato.

---

*contratto di appalto e le figure affini*, in *I contratti di appalto privato*, a cura di V. CUFFARO, cit., pp. 43 e ss.; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, pp. 174 e ss.; M. STOLFI, *op. cit.*, pp. 42 e ss.;

<sup>98</sup> E questo indipendentemente dal fatto che le norme violate siano poste a tutela del singolo o della collettività, S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 15.

<sup>99</sup> Nullità che, secondo S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 17, risulta inoltre prevista espressamente dall'art. 46 del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380. In merito a tale norma F.M. BANDIERA, *op. cit.*, p. 222, evidenzia come in realtà questa norma non sia volta a disciplinare specificatamente il contratto di appalto, in quanto prevede la nullità di tutti gli "atti tra vivi [...] aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo il 17 marzo 1985 [...] ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria". In merito alla nullità del contratto di appalto per illiceità dell'oggetto è possibile citare, *ex multis*, Cass. 20 novembre 2012, n. 20301, in *Giur. it.*, 2013, p. 2516, ove viene espressamente affermato che "il contratto di appalto per la costruzione di un immobile senza concessione edilizia è nullo, ex art. 1346 e 1418" e che, in relazione all'accertamento di tale nullità non rileva "l'eventuale ignoranza delle parti circa il mancato rilascio della concessione"; Cass., 18 febbraio 2009, n.3913, in *Foro padano*, 2009, 1, I, p. 12. In tale pronuncia la Corte di cassazione ha altresì precisato che tale nullità non risulta sanabile in virtù di condono edilizio o di convalida, ma che il contratto è valido se, dopo la stipula ma prima della realizzazione dell'opera, sia intervenuta l'autorizzazione prescritta dalla legge. Sulla nullità del contratto di appalto avente ad oggetto la costruzione di un edificio su un suolo inedificabile, v. Cass. 28 giugno 1986, n. 4317, consultabile al sito [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

Da quanto sopra esposto, tuttavia, non consegue che il contrasto con una norma avente natura imperativa comporti automaticamente la nullità del contratto concluso.

La specificità di contenuto che, ad esempio, caratterizza le disposizioni in ambito urbanistico, rende tali norme in grado di potersi sostituire, ex art. 1419, comma 2, e 1339 c.c., alle clausole contrattuali ad esse contrarie, con la conseguenza che una loro eventuale violazione comporterà solamente una nullità parziale, e non totale, del contratto stipulato<sup>100</sup>.

Risulta inoltre peculiare l'ipotesi in cui sia stata realizzata un'opera in difformità alla concessione edilizia ottenuta. Sul punto, la giurisprudenza è solita compiere una distinzione sulla base dell'entità della difformità considerata: nel caso in cui l'opera realizzata diverga completamente da quella oggetto di concessione, il contratto di appalto stipulato sarà da considerarsi nullo per illiceità dell'oggetto, essendo tale situazione equiparabile a quella in cui è stato costruito un immobile in assenza delle prescritte concessioni. Per converso, non sarà configurabile una nullità dell'intero contratto qualora le difformità siano di lievi e relative a elementi non essenziali dell'opera<sup>101</sup>.

Alla nullità del contratto consegue il diritto del committente ad ottenere la restituzione degli importi corrisposti; qualora quest'ultimo abbia conseguito un'utilità dall'opera abusiva realizzata, la giurisprudenza è solita riconoscere un diritto dell'appaltatore a conseguire un equo indennizzo per l'attività prestata, il quale non può *“essere escluso per la precarietà del diritto dominicale sull'immobile, cioè della possibilità di provvedimenti autoritativi di demolizione dello stesso, dovendosi comunque tener conto dell'impiego che il committente ne abbia eventualmente fatto nonostante quella precarietà e delle utilità economiche così ricavate”*<sup>102</sup>.

Come già rilevato nel paragrafo precedente, anche nell'ipotesi di nullità per illiceità dell'oggetto può essere configurata una responsabilità precontrattuale ex art. 1338 c.c. in capo a quella parte che, essendo a conoscenza della causa di invalidità o dovendola

---

<sup>100</sup> D. RUBINO, *op. cit.*, p. 145. Sul punto, F.M. BANDIERA, *op. cit.*, p. 220, precisa come, anche qualora tale sostituzione non sia possibile perché la disposizione violata si limiti a prevedere un semplice divieto, il contratto potrebbe non essere travolto interamente dalla nullità se la lacuna del regolamento contrattuale da questa derivante può essere colmata dalle regole dell'arte vigenti nel settore considerato.

<sup>101</sup> Cass., 31 gennaio 2011, n. 2187 in *Giust. civ.*, 2011, 7-8, p. 1726.

<sup>102</sup> Cass., 27 giugno 2006, n. 14807, consultabile al sito [www.dejure.it](http://www.dejure.it); F.M. BANDIERA, *op. cit.*, p. 223.

conoscere, non abbia informato l'altra parte, cagionandole un danno derivante dall'aver fatto affidamento sulla validità del negozio concluso<sup>103</sup>.

### **4.3 – Determinatezza e determinabilità dell'opera o del servizio**

#### **4.3.1 – Il concetto di determinatezza nell'ambito del contratto di appalto**

Dopo aver affrontato nei paragrafi precedenti i requisiti della possibilità e della liceità, occorre analizzare l'ultima delle caratteristiche imposte dall'art. 1346 c.c., il quale prevede anche che l'oggetto del contratto debba essere, a pena di nullità, determinato o perlomeno determinabile. Come è già stato anticipato, il requisito in esame è destinato a trovare applicazione solamente in relazione alla prestazione facente capo al soggetto appaltatore, non potendo la mancata previsione del prezzo comportare la nullità del contratto stipulato dalle parti<sup>104</sup>.

In relazione alla fattispecie contrattuale qui in esame, dottrina<sup>105</sup> e giurisprudenza<sup>106</sup> sono concordi nell'affermare che l'oggetto del contratto d'appalto risulta

---

<sup>103</sup> S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 19; F.M. BANDIERA, *op. cit.*, p. 224; D. RUBINO, *op. cit.*, pp. 146-147, il quale evidenzia come spesso, in materia di appalto, la responsabilità precontrattuale non risulta avere conseguenze differenti rispetto a quelle derivanti da un inadempimento di un contratto valido. Se si considera, infatti, l'ipotesi di responsabilità dell'appaltatore, l'illiceità dell'oggetto non permetterebbe comunque l'esecuzione dell'opera. La nullità del contratto, inoltre, escluderebbe il diritto dell'appaltatore a ottenere un compenso. In merito, invece, al risarcimento del danno, *“non sembra che la differenza generale tra semplice interesse negativo, dovuto nella colpa in contrahendo, e interesse positivo, dovuto per inadempimento di un contratto valido, conduca ora ad apprezzabili differenze nella estensione dei danni subiti dal committente”*. Qualora, invece, fosse configurabile una responsabilità ex art. 1338 c.c. del committente, ove l'opera fosse stata già eseguita dall'appaltatore nel momento in cui la pubblica amministrazione ne ha ordinato la demolizione, il risarcimento dell'interesse negativo non sarà differente dal corrispettivo contrattuale, perché a costui non andranno rimborsate solo le spese sostenute per la realizzazione dell'*opus*, ma anche il mancato guadagno.

<sup>104</sup> Per un approfondimento di tale aspetto, si rimanda al paragrafo 3.

<sup>105</sup> V. M. DELLACASA, *Il tipo e la struttura*, in *Trattato dei contratti, III, Opere e servizi – I*, diretto da V. ROPPO, Milano, 2014, p. 138; F.M. BANDIERA, *op. cit.*, p. 225; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 87; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 150; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 124.

<sup>106</sup> Tra le molte, è possibile citare Cass., 30 marzo 1967, n. 683, in *Giust. civ.*, 1967, I, 1261; Cass., 19 marzo 1979, n. 1588, in *Giust. civ. mass.*, 1979, 3, nella quale viene affermato che *“per la determinazione dell'oggetto del contratto di appalto non è necessario che l'opera sia specificata in tutti i suoi particolari, ma è sufficiente che ne siano fissati gli elementi fondamentali, ben potendo le parti contraenti rinviare a successivi accordi la determinazione di punti non fondamentali. Ne consegue che le eventuali deficienze ed inesattezze riguardanti taluni elementi costruttivi non costituiscono causa di nullità del contratto quando non siano rilevanti ai fini della realizzazione dell'opera e consentano una agevole individuazione della stessa...”*



sufficientemente determinato ogniqualvolta l'opera, o il servizio, oggetto di contratto siano stati definiti nei loro elementi essenziali, non essendo invece necessario, ai fini della validità del contratto, che le parti ne abbiano concordato ogni singolo dettaglio; per utilizzare le parole della Corte di cassazione, *“la determinabilità dell'oggetto del contratto in tanto sussiste in quanto l'oggetto medesimo possa essere in concreto determinato con riferimento ad elementi prestabili dalle parti ed aventi una preordinata rilevanza obiettiva”*<sup>107</sup>.

Come correttamente rilevato da autorevole dottrina<sup>108</sup>, l'orientamento sopra esposto – che appare volto ad attenuare la rigidità del disposto dell'art. 1346 c.c. e a salvaguardare così, nella misura del possibile, la validità dei negozi conclusi dalle parti – trova la propria giustificazione nelle peculiarità che caratterizzano il contratto di appalto.

Nello specifico, la fattispecie contrattuale in esame è inquadrabile nei contratti a esecuzione prolungata, in cui spesso l'opera o il servizio delineati dalle parti risultano caratterizzati da un alto grado di complessità, sicché *“i dettagli dell'opera ben possono essere definiti nell'intervallo di tempo intercorrente tra la conclusione dell'accordo e la sua compiuta attuazione”*<sup>109</sup>. Tale prassi risulta soddisfare esigenze concrete di innegabile rilevanza: permettendo alle parti di definire alcuni dettagli esecutivi in corso d'opera, si permette a queste di distribuire nel tempo i costi transattivi necessari al raggiungimento di un'intesa completa in merito a ogni singolo particolare dell'opera, o del servizio, oggetto della prestazione dell'appaltatore.

In ogni caso, il grado di determinatezza che le parti devono necessariamente raggiungere per ottemperare al disposto dell'art. 1356 c.c. risulta dipendere dalle caratteristiche specifiche dell'opera, o del servizio, che costituiscono l'oggetto del contratto concluso. Per la realizzazione di opere semplici e di scarso valore economico

---

<sup>107</sup> Cass., 19 marzo 2007, n. 6519 in *Foro it.*, 2007, I, pp. 1699 ss., con nota di G. BELLANTUOMO, dal titolo *Indeterminatezza dell'oggetto e incompletezza contrattuale*, con la quale la Corte ha dichiarato la nullità del contratto di manutenzione stipulato a causa della *“mancata specificazione delle tipologie di lavori di manutenzione previsti in contratto, ma anche e soprattutto alla assoluta indeterminatezza degli interventi da svolgere in ordine a detti lavori, e quindi alla totale incertezza della loro effettiva prestazione, avulsa da ogni puntualizzazione...”*.

<sup>108</sup> In tal senso, M. DELLACASA, *op. cit.*, p. 139.

<sup>109</sup> M. DELLACASA, *op. cit.*, p. 139. In senso conforme, A. SCACCHI, *Appalto: I) Diritto privato*, cit., p. 4, il quale afferma che l'appalto è un *“contratto caratterizzato dalla possibilità di determinazione successiva dell'oggetto”*.

sarà quindi sufficiente una sommarie descrizione delle stesse<sup>110</sup>; opere più complesse e articolate, invece, richiederanno indicazioni più precise e minuziose<sup>111</sup>.

In tal contesto, rileva la distinzione tra appalto a corpo e a misura affrontata in relazione alla determinazione del corrispettivo: come, infatti, è stato rilevato dalla giurisprudenza, deve ritenersi nullo per indeterminatezza dell'oggetto quel contratto di appalto con determinazione del prezzo a corpo, “*che non descriva in maniera tecnica e dettagliata le opere da eseguire*”, e questo perché “*nel contratto di appalto con determinazione del prezzo a corpo, infatti, le opere devono essere descritte con maggiore rigore rispetto alle ipotesi di un'opera a misura, al fine di consentire alle parti un'esatta individuazione delle qualità e della quantità dei lavori da svolgere*”<sup>112</sup>.

In via generale, è da ritenersi pacifica la necessità che dal contratto stipulato dalle parti emerga la funzione economica dell'opera commissionata, desumibile anche dalla semplice indicazione del *genus* a cui la stessa risulta riconducibile, purché questo sia sufficientemente specifico<sup>113</sup>: a titolo esemplificativo, non basterà qualificare l'opera come un semplice edificio, essendo invece necessario almeno precisare se la stessa sarà adibita ad abitazione o a un utilizzo differente<sup>114</sup>.

Come inizialmente rilevato, l'art. 1346 c.c. impone che l'oggetto del contratto sia determinato o, perlomeno, determinabile. Per quanto concerne questa seconda espressione, l'opera o il servizio vengono qualificate come determinabili qualora le parti

---

<sup>110</sup> Occorre infatti rammentare che il contratto di appalto è, oltre ai casi menzionati nel paragrafo 1, un contratto a forma libera.

<sup>111</sup> V. F.M. BANDIERA, *op. cit.*, p. 227; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 151; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, pp. 87 e ss.

<sup>112</sup> Trib. Mantova, 23 gennaio 2006, in *Contratti*, 2006, 10, pp. 916 e ss., con nota di M.M. GAETA dal titolo *Appalto a corpo e determinazione delle opere*. In senso conforme, Consiglio di Stato del 7 marzo 2001, n. 149, consultabile al sito [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it), pronuncia che risulta relativa all'appalto pubblico, ma la cui portata può essere estesa anche all'appalto privato, F.M. BANDIERA, *op. cit.*, p. 235. In dottrina, D. RUBINO, *op. cit.*, p. 151; F. CAPPAL, *op. cit.*, p. 226; M. DELLACASA, *op. cit.*, p. 139.

<sup>113</sup> V. F.M. BANDIERA, *op. cit.*, p. 228; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 152; L.V. MOSCARINI, *Il contratto di appalto e le figure affini*, in *I contratti di appalto privato*, a cura di V. CUFFARO, cit., p. 47.

<sup>114</sup> D. RUBINO, *op. cit.*, p. 152; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 125; M. DELLACASA, *op. cit.*, p. 139; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 88. In alcuni casi, la determinazione dell'oggetto del contratto di appalto può desumersi dalla natura stessa dell'opera realizzata. In tal senso, Corte Appello Genova, 31 dicembre 1962, in *Dir. mar.*, 1963, p. 82, in cui il giudice di merito ha accertato l'impossibilità di configurare una nullità per indeterminatezza dell'oggetto in relazione a un contratto preliminare con cui le parti si sono impegnate a stipulare un appalto volto alla realizzazione di turbocisterne, e questo in virtù del fatto il riferimento a questo *genus* di opera è stato ritenuto sufficiente a determinare la prestazione del soggetto appaltatore. Se l'opera, invece, risulta destinata a scopi particolari, questi dovranno necessariamente essere indicati nel contratto concluso dalle parti, v. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 152.

si siano limitate nel contratto a indicare le modalità per la loro successiva determinazione<sup>115</sup>. Ad esempio, la dottrina è solita parlare di appalto con oggetto determinabile in relazione all'eventualità in cui il committente abbia conferito un incarico volto alla ricostruzione di un edificio totalmente o parzialmente distrutto: in assenza di ulteriori indicazioni, l'appaltatore dovrà realizzare un'opera sul modello di quella precedente<sup>116</sup>. Appare invece puramente teorica, seppur astrattamente configurabile, l'ipotesi in cui le parti decidano di rimettere, ex art. 1349 c.c., la determinazione dell'opera o del servizio oggetto di appalto a un terzo arbitratore.

Una circostanza, invece, molto frequente nella prassi è quella in cui le parti si limitino a definire solamente alcuni degli aspetti fondamentali dell'opera oggetto di contratto, rinviando a una successiva intesa la sua completa determinazione. Secondo un condivisibile orientamento<sup>117</sup>, in questi casi sarà configurabile un contratto nullo per indeterminatezza dell'oggetto solamente nell'ipotesi in cui le parti abbiano manifestato espressamente la volontà di essere vincolate dall'accordo raggiunto, e non sia possibile colmare le lacune insite alla determinazione dell'oggetto in via interpretativa o integrativa; qualora, invece, le parti abbiano voluto considerare la pattuizione raggiunta come un semplice passaggio ascrivibile alla fase delle trattative, non potrà individuarsi alcuna nullità, non essendo neppure possibile configurare l'esistenza di un contratto<sup>118</sup>.

#### **4.3.2 – Il ruolo del progetto nella determinazione dell'oggetto**

Ai fini della determinabilità dell'oggetto del contratto, nell'appalto privato non è richiesto che le parti predispongano un progetto che definisca l'opera che dovrà essere

---

<sup>115</sup> In tal senso, F.M. BANDIERA, *op. cit.*, p. 225; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.* p. 128. In merito a tale requisito, parte della dottrina è solita distinguere tra determinabilità in senso stretto e determinabilità in senso lato: nella prima ipotesi sarà necessaria un'attività di integrazione successiva alla stipula del contratto, mentre nel secondo caso al fine di determinare la prestazione dovuta dall'appaltatore sarà sufficiente eseguire un'operazione matematica o una semplice valutazione tecnica. In tal senso, G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1980, p. 181 e P. CORTESE, *La nullità del contratto d'appalto per indeterminatezza dell'oggetto*, in *Riv. trim. app.*, 2007, p. 1014.

<sup>116</sup> Tale esempio è prospettato da D. RUBINO, *op. cit.*, p. 156. L'altra ipotesi paradigmatica è quella in cui l'appaltatore assuma l'obbligo di realizzare un'opera identica a quella realizzata per un altro committente.

<sup>117</sup> V. M. DELLACASA, *op. cit.*, p. 140; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 126; F.M. BANDIERA, *op. cit.*, p. 230; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 153; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 87.

<sup>118</sup> Troveranno quindi applicazione i principi vigenti in materia di responsabilità precontrattuale, v. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 153.

realizzata dal soggetto appaltatore<sup>119</sup>; da ciò consegue che l'eventuale mancanza di tale documento tecnico non potrà incidere sulla validità del contratto stipulato. Ciò nonostante, è frequente nella prassi che i contraenti decidano di redigere un progetto, e questo soprattutto in relazione a quei contratti aventi ad oggetto opere caratterizzate da un alto grado di complessità. Inoltre, in alcuni casi, la predisposizione di un progetto costituisce un adempimento richiesto dalla procedura amministrativa volta a ottenere i permessi amministrativi necessari alla realizzazione dell'opera, sicché la redazione di tale documento diviene un atto dovuto, seppur sempre non necessario ai fini della validità del negozio<sup>120</sup>.

Sebbene l'espressione 'progetto' sia menzionata in alcune delle disposizioni codicistiche inerenti al contratto di appalto<sup>121</sup>, non è rintracciabile – nell'ambito del diritto privato – una sua definizione normativa che ne descriva la natura e il contenuto. La lacuna individuata è stata colmata dall'intervento della dottrina, che è solita individuare nella forma scritta<sup>122</sup> e nella determinazione raggiunta con sistemi scientifici<sup>123</sup> i due presupposti essenziali per poter qualificare un documento come progetto<sup>124</sup>. Il riferimento ai sistemi scientifici comporta che non può definirsi progetto le indicazioni eventualmente trasmesse dal committente che non sia in possesso delle competenze necessarie per

---

<sup>119</sup> V. F.M. BANDIERA, *op. cit.*, p. 228; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 163; M. STOLFI, *op. cit.*, p. 44; M. GAMBINI, *L'esecuzione del contratto*, in *I contratti di appalto privato*, a cura di V. CUFFARO, *op. cit.*, p. 198; M. DELLACASA, *op. cit.*, p. 141; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 99. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 18 ottobre 1955, n. 3260, in *Foro it.*, 1955, voce *Appalto*, n. 19; Cass., 27 febbraio 2019, n. 5734, consultabile al sito [www.dejure.it](http://www.dejure.it), secondo cui “*nel contratto di appalto privato di un'opera, la legge non dispone a carico di quale delle parti gravi l'obbligo di redazione del progetto complessivo cui fare riferimento per la sua realizzazione, né indica lo stesso come indispensabile*”.

<sup>120</sup> A mero titolo esemplificativo, la presentazione di un progetto richiesta dagli artt. 20, 22 comma 3, 23, comma 1, e 64 del d.p.r. 380/01.

<sup>121</sup> Nello specifico, dagli artt. 1660 e 1661 c.c. in materia di variazioni. È stato tuttavia rilevato che il legislatore in tali disposizioni abbia utilizzato il termine 'progetto' in senso non tecnico, come equivalente di modalità di esecuzione dell'opera, v. D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 130.

<sup>122</sup> Essendo, tendenzialmente, l'appalto un contratto a forma libera, è possibile che il progetto rappresenti l'unica parte degli accordi intercorsi tra le parti redatta per iscritto, v. C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 100.

<sup>123</sup> Secondo una definizione più risalente, con l'espressione “progetto” si dovrebbe intendere una “*specificazione predeterminata dell'opera a mezzo di disegni e di planimetrie, o a mezzo di calcoli matematici e di figurazioni grafiche*”, C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 99. Tuttavia, è stato evidenziato come una rappresentazione grafica non sia un elemento necessario per qualificare un documento come progetto, sicché risulta preferibile il rimando all'utilizzo di sistemi scientifici.

<sup>124</sup> V. D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 129; V. CAREDDA, *Il progetto*, in *Codice dell'appalto privato* di A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 233.

delineare, dal punto di vista tecnico, le caratteristiche dell'*opus* oggetto di contratto<sup>125</sup>. Il progetto potrà poi avere un differente grado di completezza: si parlerà, così, di 'progetto di massima' in relazione a quel documento tecnico con cui le parti si sono limitate a delineare le linee fondamentali dell'opera oggetto di contratto, mentre di 'progetto esecutivo' qualora ci sia stata una predeterminazione di tutti gli elementi tecnici necessari per la realizzazione dell'opera<sup>126</sup>.

Come già affermato in precedenza, la mancata redazione di un progetto non incide sulla validità del contratto stipulato dalle parti; tuttavia, qualora le parti abbiano trovato un accordo in merito alla realizzazione di un progetto, questo diviene un elemento essenziale del negozio concluso<sup>127</sup> e "*vincolante in quanto i dati tecnici e le (eventuali) rappresentazioni grafiche che lo compongono costituiscono oggetto di una clausola contrattuale*"<sup>128</sup>. Il passaggio riportato permette di compiere una precisazione di importanza fondamentale: il progetto non coincide con la clausola con la quale le parti, in sede contrattuale, hanno voluto richiamare tale documento, ma è l'oggetto a cui la volontà delle parti si riferisce. Questa considerazione risulta particolarmente rilevante perché implica che ogni questione inerente alla capacità delle parti e alla corretta formazione della volontà negoziale dei contraenti non dovrà essere riferita al progetto, ma alla clausola con la quale lo stesso è stato approvato in sede contrattuale<sup>129</sup>. Ne consegue, che sarà riscontrabile un vizio della volontà nel caso in cui l'approvazione del progetto sia estorta con violenza, carpita con dolo o determinata da errore, sebbene si tratti di circostanze estranee alla sua redazione. Qualora, invece, il progetto non sia oggetto dell'approvazione delle parti, ma un semplice documento redatto dall'appaltatore

---

<sup>125</sup> In tal senso, F.M. BANDIERA, *op. cit.*, p. 233 e D. RUBINO, *op. cit.*, p. 163, il quale esclude che si possa parlare di progetto anche qualora le indicazioni fornite dal committente siano dettagliate e date per iscritto.

<sup>126</sup> C. MASCARELLO, *op. cit.*, p. 85; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 172; V. CAREDDA, *op. cit.*, p. 234. In giurisprudenza è stato affermato che "*è da considerare progetto esecutivo quell'elaborato tecnico atto ad individuare il manufatto in tutti i suoi particolari tecnici essenziali e tale che, consegnato nelle mani di un professionista abilitato, consenta del manufatto stesso l'univoca realizzazione*", Trib. Napoli, 28 marzo 1956, in *Giust. civ. Mass. App. Napoli*, 1956, p. 889.

<sup>127</sup> Come sostenuto da D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 131.

<sup>128</sup> M. DELLACASA, *op. cit.*, p. 141.

<sup>129</sup> V. M. DELLACASA, *op. cit.*, p. 141; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 131; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 166; V. CAREDDA, *op. cit.*, p. 234.

per meglio eseguire l'opera, esso non sarà vincolante in quanto privo di valore negoziale<sup>130</sup>.

Il progetto può poi essere fornito sia dal soggetto committente, che dall'appaltatore. Nel primo caso, l'appaltante può avvalersi per la sua redazione della collaborazione di esperti a cui tendenzialmente è legato da un contratto di prestazione d'opera intellettuale<sup>131</sup>; In siffatta ipotesi, è possibile che tale documento tecnico sia inoltrato all'appaltatore in un momento successivo alla conclusione del contratto, con il quale le parti si sono limitate a delineare gli elementi essenziali dell'opera oggetto di contratto. Si tratta, tuttavia, di una pratica particolarmente rischiosa per il soggetto appaltatore, il quale assume l'obbligo di eseguire una prestazione i cui dettagli saranno definiti unilateralmente dall'appaltante<sup>132</sup>.

È invece frequente che il committente affidi l'incarico di elaborare il progetto al soggetto appaltatore. Anche in siffatta ipotesi, quest'ultimo potrà avvalere della collaborazione di soggetti terzi, i quali potranno essere estranei o meno alla sua organizzazione imprenditoriale<sup>133</sup>; in ogni caso, questa circostanza non assumerà alcuna rilevanza per il soggetto committente, per il quale il progetto sarà comunque attribuibile all'appaltatore.

Il progetto così redatto dovrà poi essere sottoposto al committente per la sua approvazione. In questo caso, la dottrina è unanime nell'affermare che sarà necessario analizzare le peculiarità di ogni caso concreto per determinare l'esatto momento di conclusione del contratto: tendenzialmente, si è soliti affermare che tale data andrà a coincidere con quella in cui è stata raggiunta l'intesa sulle clausole a contenuto più specificatamente giuridico<sup>134</sup>.

---

<sup>130</sup> M. DELLACASA, *op. cit.*, p. 141.

<sup>131</sup> V. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 167; V. CAREDDA, *op. cit.*, p. 236, il quale precisa che in siffatta ipotesi non si potrà comunque parlare di arbitraggio, in quanto il progettista è comunque connesso alla figura del soggetto committente.

<sup>132</sup> Per tale ragione, essa non risulta diffusa nella prassi, v. V. CAREDDA, *op. cit.*, p. 236; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 133, i quali precisano che, in questo caso, il contratto sarà comunque da ritenersi concluso prima che il progetto sia consegnato all'appaltatore.

<sup>133</sup> L'eventuale qualifica del terzo coinvolto potrebbe comunque assumere una sua rilevanza in relazione alle disposizioni di diritto amministrativo applicabili alla tipologia di opera a cui è riconducibile quella oggetto di contratto, essendo infatti frequente che queste richiedano che il progettista sia iscritto in determinati albi o elenchi pubblici.

<sup>134</sup> C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 100.

## 5 – L'appalto come contratto a esecuzione prolungata

Sotto il profilo temporale, un orientamento dottrinale risalente qualificava l'appalto come un contratto a esecuzione continuata<sup>135</sup>, e questo in virtù del lasso di tempo che tendenzialmente intercorre tra la conclusione del contratto e la sua completa esecuzione<sup>136</sup>. Tale ricostruzione, tuttavia, è da ritenersi superata, essendo oramai pacifica la riconducibilità della fattispecie contrattuale in esame alla categoria dei contratti a esecuzione prolungata<sup>137</sup>, la quale costituisce una terza tipologia intermedia che si colloca nell'ambito della tradizionale bipartizione tra i contratti ad esecuzione istantanea e i contratti di durata<sup>138</sup>.

I motivi per sostenere tale inquadramento sono molteplici. È evidente che l'elemento temporale assume, nell'ambito del contratto di appalto, un'innegabile rilevanza, e questo come conseguenza del fatto che l'esecuzione della prestazione facente capo all'appaltatore può difficilmente essere eseguita istantaneamente. Ciò nonostante, l'appalto non può essere ascritto all'alveo dei contratti ad esecuzione continuata o periodica. Nell'ambito dei contratti ad esecuzione continuata<sup>139</sup>, infatti, l'esecuzione, sebbene si sviluppi nel tempo senza interruzioni, risulta scomponibile, almeno

---

<sup>135</sup> In tal senso, U. LORIZIO, *Il contratto di appalto*, Padova, 1939, pp. 142 e ss.; G. OSTI, *Voce "contratto [concetto, distinzioni]*, in *Nuovo dig. it.*, IV, Torino, 1938, p. 67.

<sup>136</sup> Occorre precisare che, qualora i contraenti non abbiano fissato un termine finale per l'esecuzione dell'appalto, entrambi possono rivolgersi, ex art. 1183 c.c., all'autorità giudiziaria al fine di chiederne la fissazione, la quale dovrà essere determinata, nel contraddittorio tra le parti, tenendo in considerazione la natura dell'opera, o del servizio, e ogni altra peculiarità del contratto concluso dalle parti. In tal senso, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 201. In giurisprudenza, Cass., 23 marzo 1968, in *Mass. Foro it.*, 1969, n. 926.

<sup>137</sup> V. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 295; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 198; A. CATRICALÀ, *op. cit.*, p. 4764; M. GAMBINI, *op. cit.*, p. 177; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p.14; M. STOLFI, *op. cit.*, pp. 16 ss.; F.M. BANDIERA, *L'appalto come contratto a esecuzione prolungata*, in *Codice dell'appalto privato* di A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 315; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, pp. 177 ss.; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, pp. 14 ss.. In giurisprudenza, Cass., 6 aprile 2009, n. 8247, in *Giust. civ. Mass.* 2009, 4, p. 587. In senso contrario, E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, pp. 9 e ss., secondo cui la classificazione dell'appalto come contratto a esecuzione prolungata non appare condivisibile in quanto il protrarsi nel tempo della sua esecuzione avvicinerrebbe maggiormente la fattispecie in esame alla categoria dei contratti di durata.

<sup>138</sup> Per un approfondimento sulla categoria dei contratti di durata, si rimanda a G. OPPO, *I contratti di durata*, I, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, pp. 143 e ss.; M. STOLFI, *Appunti critici sui contratti di durata*, in *Studi in memoria di scorza*, Roma, 1940, pp. 837 e ss.; L. DEVOTO, *L'obbligazione ad esecuzione continuata*, Padova, 1943, pp. 293 e ss.; S. SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965; G. OSTI, *La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, pp. 1 e ss.

<sup>139</sup> Si può, a titolo esemplificativo, qualificare come ad esecuzione continuata il contratto di locazione.

idealmente, in una serie di singoli atti, ognuno dei quali soddisfa una parte dell'interesse del soggetto creditore.

Tale descrizione, inoltre, appare ancor più corretta se riferita ai contratti a esecuzione periodica<sup>140</sup>, in relazione ai quali i singoli atti di esecuzione posti in essere dai contraenti mantengono una propria identità anche dal punto di vista materiale, essendo gli stessi intervallati da un lasso di tempo predeterminato dalle parti. Entrambe le tipologie contrattuali analizzate risultano poi accomunate dal fatto che *“il valore della prestazione complessiva, o meglio, del complesso delle prestazioni, è in funzione diretta del tempo per il quale si protrae [...] e la durata costituisce una necessità giuridica se si vuole appagare quell'interesse del creditore”*<sup>141</sup>. In altri termini, il soddisfacimento dell'interesse del credito deriva proprio dalla circostanza che l'esecuzione del contratto è destinata a protrarsi nel tempo: l'utilità da costui conseguita sarà tanto maggiore quanto più a lungo perdurerà l'esecuzione.

Questo meccanismo, tuttavia, non è rintracciabile nel contratto di appalto.

In tal contesto, infatti, l'interesse del soggetto committente non è progressivamente soddisfatto dagli atti materiali che l'appaltatore realizza al fine di adempiere alla sua prestazione, ma sarà interamente appagato solamente con la consegna dell'opera: un risultato che, tuttavia, richiede però del tempo, non potendo essere raggiunto istantaneamente. Pertanto, a differenza di quanto rilevato in relazione ai contratti a esecuzione continuata e periodica, il committente non consegue alcuna utilità nel vedere l'esecuzione del contratto protrarsi nel tempo, avendo egli l'interesse a ottenere la consegna dell'opera il prima possibile. L'intervallo di tempo intercorrente tra la conclusione del contratto e la sua completa esecuzione è quindi imputabile a una semplice esigenza di natura pratica, e non giuridica, non essendo concretamente possibile per l'appaltatore fornire immediatamente all'appaltante il risultato oggetto di contratto.

Alla luce di quanto sopra esposto, sono quindi evidenti le ragioni per cui l'appalto non può generalmente essere ascritto né alla categoria dei contratti di durata – ove il fattore tempo, seppur parimenti rilevante, risulta assumere un ruolo differente – né a quella dei contratti a esecuzione istantanea.

---

<sup>140</sup> Esempio tipico di contratto ad esecuzione periodica è il contratto di somministrazione.

<sup>141</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 198.



L'impossibilità di qualificare l'appalto come un contratto di durata ha poi importanti conseguenze sotto il profilo della normativa ad esso applicabile, e questo soprattutto in relazione a quelle cause di estinzione del rapporto che potrebbero eventualmente verificarsi nel corso della sua esecuzione; queste, infatti, saranno destinate a esplicitare pienamente la loro efficacia retroattiva, non potendo l'appaltatore ottenere dal committente quella parte di corrispettivo corrispondente alla porzione di opera già eseguita<sup>142</sup>. Nello specifico, la Corte di cassazione ha espressamente affermato l'efficacia retroattiva, ex art. 1458 c.c., della risoluzione per inadempimento del contratto di appalto<sup>143</sup>.

Siffatto principio, tuttavia, incontra una propria deroga nelle ipotesi previste dagli artt. 1660, 2 e 3 comma, 1672 e 1675, 1 comma, c.c., in cui lo scioglimento del contratto di appalto avviene per particolari ragioni<sup>144</sup>. In questi casi, infatti, il committente sarà tenuto a versare all'appaltatore una somma parametrata all'utilità ricavabile dalla porzione di opera eseguita anteriormente al verificarsi della causa di scioglimento, la quale, di conseguenza, non opererà *ex tunc*.

Risulta inoltre assoggettata a regole specifiche la facoltà di recesso *ad nutum* contemplata dall'art. 1671 c.c.<sup>145</sup>, norma che prevede espressamente l'obbligo per l'appaltante di tenere indenne l'appaltatore dalle spese sostenute, dai lavori eseguiti e dal mancato guadagno, parificando di fatto l'esercizio di tale facoltà a un inadempimento del soggetto committente<sup>146</sup>. Una corrente dottrinale risulta poi propensa ad applicare

---

<sup>142</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 199; F.M. BANDIERA, *L'appalto come contratto a esecuzione prolungata*, *op. cit.*, p. 316; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 296; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 15; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 177; S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 36. In giurisprudenza, Cass., 9 novembre 1977, n. 4818, in *Foro it.*, Rep. 1977, voce *Appalto*, n. 46; Coll. Arbitrale, 27 luglio 1990, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, p.464.

<sup>143</sup> In tal senso, *ex multis*, Cass. 21 giugno 2013, n. 15705, consultabile al sito [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Cass., 23 novembre 1965, n. 2406, in *Foro it.*, 1966, I, p. 234. Quanto rilevato vale, seppur con qualche temperamento, anche per le cause di scioglimento che intervengono “*dopo l'ultimazione dei lavori, specie in caso di risoluzioni per vizi, perché anche ora manco uno stato di fatto il quale impedisca alla retroattività di operare...*”, D. RUBINO, *op. cit.*, p. 297.

<sup>144</sup> In tal senso, D. RUBINO, *op. cit.*, p. 297; S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 35; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 15, il quale ricomprende tra le ipotesi in cui lo scioglimento non ha efficacia retroattiva quelle contemplate dagli artt. 1666, 1671, 1672, 1675 e 1677 c.c.

<sup>145</sup> Norma che prevede che “*Il committente può recedere dal contratto, anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno*”.

<sup>146</sup> In tal senso, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 199, nota 7.

all'appalto la disciplina dei contratti di durata nell'ipotesi in cui, nonostante l'inadempimento del soggetto appaltatore, il committente decida di trattenere l'opera viziata in quanto comunque idonea a generargli un'utilità, in quanto<sup>147</sup>.

Occorre precisare, infine, che l'assunto secondo cui l'appalto risulta inquadrabile nella categoria dei contratti a esecuzione prolungata non riveste una portata assoluta, ben potendo il negozio stipulato dalle parti essere eccezionalmente ricondotto ad un'altra delle tipologie contrattuali viste in precedenza.

Per quanto concerne i contratti a esecuzioni istantanea, è stato già rilevato come la riconducibilità dell'appalto alla categoria anzidetta sia impedita dalla tendenziale impossibilità pratica, e non giuridica, di provvedere all'esecuzione immediata della prestazione facente capo all'appaltatore. Tuttavia, non essendo tale impossibilità pratica assoluta, è possibile che la prestazione dovuta dall'appaltatore sia suscettibile di essere eseguita contestualmente alla conclusione del contratto, sicché in siffatta ipotesi non sussistono ragioni che impediscano questo inquadramento<sup>148</sup>.

In merito, invece, alla possibilità di qualificare l'appalto come contratto di durata, rileva il disposto dell'art. 1677 c.c.. La norma citata, infatti, contempla espressamente il caso in cui l'appalto abbia ad oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi, prevedendo che, in siffatta ipotesi, le disposizioni in materia di appalto debbano essere integrate, nella misura in cui risultano compatibili, da quelle vigenti in materia di somministrazione. In questi casi, essendo il contratto concluso qualificabile come un contratto di durata, l'eventuale risoluzione – e più in generale ogni causa di scioglimento del contratto – non sarà destinata ad avere efficacia retroattiva<sup>149</sup>.

---

<sup>147</sup> In senso conforme, F.M. BANDIERA, *L'appalto come contratto a esecuzione prolungata*, cit., p. 317; M. DELLACASA, *op. cit.*, p. 61, il quale rileva come “l'adempimento dell'appaltatore soddisfa in qualche misura l'interesse del committente, sicché è ragionevole che i comportamenti tenuti in attuazione del rapporto non vengano neutralizzati dagli effetti della risoluzione”. In giurisprudenza, Cass., 16 marzo 2011, n. 6181, consultabile al sito [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it).

<sup>148</sup> In dottrina si è evidenziato come ciò sarà possibile soprattutto in relazione agli appalti di riparazione o quelli volti alla modifica di uno specifico bene. In tal senso, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 200; F.M. BANDIERA, *L'appalto come contratto a esecuzione prolungata*, cit., p. 320; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 298; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 15. Sul punto, M. STOLFI, *Appalto - trasporto*, cit., p. 19, riconduce ai contratti a esecuzione istantanea la fattispecie contemplata dall'art. 1666 c.c., che disciplina l'appalto da eseguirsi per singole partite, e questo poiché “le singole partite sono semplici frazioni dell'opera, che forma oggetto del rapporto”.

<sup>149</sup> L'art. 1458 c.c. dispone infatti che la risoluzione per inadempimento ha un'efficacia retroattiva tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite. Nell'eventualità in cui l'appalto stipulato sia

## 6 – L’assunzione del rischio nell’ambito del contratto di appalto

Come già rilevato in precedenza, l’art. 1655 c.c. individua tra gli elementi essenziali del contratto di appalto “*la gestione a proprio rischio*” dell’impresa da parte dell’appaltatore.

Inizialmente, il progetto preliminare del codice civile prevedeva il diverso requisito della direzione dei lavori da parte del soggetto appaltatore, il quale è stato sostituito perché “*se pure non si può negare che nell’appalto l’elemento della direzione dell’appaltatore si ritrovi quasi sempre, tuttavia bisogna riconoscere che non di rado esso non ha grande rilievo [...] invece, l’elemento della gestione a rischio dell’appaltatore, nel senso che questo organizza a proprio rischio le attività necessarie alla produzione dell’opera, è un carattere ineliminabile dell’appalto, mancando il quale assume un nomen iuris diverso*”<sup>150</sup>.

Così definito, l’elemento in esame appare strettamente connesso con quello dell’organizzazione dei mezzi necessari sempre previsto dall’art. 1655 c.c., circostanza che ha portato parte della dottrina a sostenere che la gestione a proprio rischio non costituirebbe altro che un’ulteriore specificazione di tale elemento<sup>151</sup>. Indipendentemente dall’adesione alla ricostruzione proposta, è innegabile che l’assunzione di un rischio contrattuale concorre – congiuntamente agli altri requisiti di cui all’art. 1655 c.c. – , a caratterizzare la prestazione a facente capo all’appaltatore: per poter configurare un contratto di appalto, infatti, non sarà sufficiente che il soggetto incaricato di eseguire

---

qualificabile come un contratto ad esecuzione periodica – avente quindi ad oggetto l’esecuzione reiterata di più risultati – la tematica dell’efficacia retroattiva della causa di scioglimento del contratto si pone in relazione all’attività svolta “*per il perseguimento del singolo risultato non ancora raggiunto al momento del verificarsi della causa di scioglimento*”, ossia in relazione a quella singola parte di prestazione che non è stata ancora eseguita, ma è prossima di esecuzione, F.M. BANDIERA, *L’appalto come contratto a esecuzione prolungata*, cit., p. 320. In merito, è stato rilevato che le singole prestazioni poste in essere dall’appaltatore sono a loro volta suscettibili di essere qualificate come prestazioni ad esecuzione istantanea, prolungata o continuata (D. RUBINO, *op. cit.*, p. 245), sicché l’efficacia retroattiva dell’eventuale causa di scioglimento verificata dipenderà dalla natura della prestazione di volta in volta considerata.

<sup>150</sup> Relazione del Guardasigilli al Progetto Ministeriale - Libro delle Obbligazioni 1941, n. 469. Anche la dottrina è concorde nell’affermare che il rischio costituisce un elemento essenziale di ogni teoria sull’appalto, v. G. ZUDDAS, *op. cit.*, p. 11; O. CAGNASSO, *op. cit.*, p. 139; A.M. BENEDETTI, *L’appalto: nozione*, in *L’appalto pubblico e privato*, a cura di V. DI GREGORIO, Torino, 2013, 7 s.

<sup>151</sup> In tal senso, M.C. CERVALE, *La struttura dell’appalto*, in *I contratti di appalto privato*, a cura di V. CUFFARO, *op. cit.*, p. 104, il quale evidenzia come nella stessa relazione al codice civile, n. 700, viene affermato che “*l’elemento della gestione a rischio dell’appaltatore è richiesto per significare che l’organizzazione e l’impiego dei mezzi necessari alla produzione del risultato promesso è a rischio dell’appaltatore medesimo*”.

un'opera o un servizio assuma l'onere di provvedere all'assunzione e al pagamento del personale che sarà impiegato per conseguire tale risultato, ma sarà invece necessario che l'appaltatore agisca in nome proprio, assumendo un rischio e senza essere vincolato da un rapporto di dipendenza dal soggetto committente<sup>152</sup>.

A tal riguardo, ciò che preme evidenziare è che il rischio qui considerato deriva dalla circostanza che, sebbene le prestazioni dovute dai contraenti siano già definite al momento della stipula<sup>153</sup>, le parti non possono conoscere in anticipo quello che sarà il loro esatto valore al momento dell'esecuzione: l'aspettativa di guadagno dell'appaltatore coincide, infatti, con la differenza tra il costo da lui preventivato per la realizzazione dell'opera e il prezzo pattuito con il soggetto committente.

Qualora, tuttavia, tale realizzazione dovesse risultare più onerosa di quanto previsto – il che può avvenire anche a causa di un errore di valutazione –, la tendenziale invariabilità del corrispettivo concordato obbligherà l'appaltatore a eseguire comunque la prestazione da lui dovuta al prezzo concordato inizialmente<sup>154</sup>. Per converso, qualora l'esecuzione del contratto risulti essere meno dispendiosa rispetto a quanto prefigurato in sede di trattativa, il profitto dell'appaltatore andrà a superare quelle che erano le sue aspettative di guadagno<sup>155</sup>. Ed è proprio in questa alea che si concretizza il rischio in commento.

In altri termini, il rischio richiamato dall'art. 1655 c.c. non “*riguarda la sopportazione del caso fortuito*”<sup>156</sup>, ma è un rischio avente natura economica, derivante dall'impossibilità di predeterminare esattamente i costi di realizzazione dell'opera e di interrompere l'esecuzione del contratto a fronte di una maggiore onerosità della stessa<sup>157</sup>.

---

<sup>152</sup> In tal senso, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, pp. 19-20; G. ZUDDAS, *op. cit.*, p. 11. In giurisprudenza, Cass., 6 giugno 1977, n. 2326, in *Riv. giur. edil.*, 1977, I, p. 641.

<sup>153</sup> Sul punto, si rammenta che l'art. 1346 c.c. impone che l'oggetto del contratto sia determinato o, perlomeno, determinabile. Per un approfondimento di tale tematica, si rimanda al paragrafo 4.3.

<sup>154</sup> Il principio di invariabilità del corrispettivo nell'ambito del contratto di appalto non è assoluto, ben potendo eventuali circostanze sopravvenute comportare una modifica del prezzo inizialmente pattuito. In giurisprudenza, Cass. 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1177, con nota di F. AZZARI, *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili, il revirement della suprema corte*.

<sup>155</sup> In dottrina è stato evidenziato come il rischio in commento possa comunque essere gestito dal soggetto appaltatore, il quale può sfruttare la sua esperienza per valutarlo adeguatamente e individuare profili di guadagno. In tal senso, C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 9.

<sup>156</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.* p. 20.

<sup>157</sup> In tal senso, V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, pp. 118-119. Secondo parte della dottrina, il rischio facente capo al soggetto appaltatore comprenderebbe anche l'ipotesi in cui il contratto si risolva per impossibilità sopravvenuta non imputabile al committente e quella in cui si verifichi il perimento

Inoltre, nell'ambito della fattispecie contrattuale in esame, la possibilità che sussista un'eventuale discrasia tra i costi preventivati e quelli effettivamente sostenuti risulta particolarmente concreta a causa nella natura del contratto di appalto, il quale è tendenzialmente qualificabile come un contratto a esecuzione prolungata: da ciò deriva che, tra il momento della stipula e l'esecuzione dell'opera o del servizio intercorrerà necessariamente un lasso di tempo, durante il quale potranno sopravvenire eventuali circostanze in grado di incidere sul valore economico delle prestazioni dovute dalle parti<sup>158</sup>. In questi casi, gli effetti economici di tali eventi dovranno essere sopportati dal soggetto appaltatore, fatto salvo il disposto dell'art. 1664 c.c, il quale prevede espressamente le condizioni a cui determinate circostanze sopravvenute e imprevedibili possano incidere sul compenso spettante all'appaltatore. Tale tematica sarà tuttavia approfondita nel prosieguo della trattazione<sup>159</sup>.

Il rischio assunto dal soggetto appaltatore, inoltre, non verrà meno neppure nel caso in cui sia il committente a dover provvedere al pagamento dei materiali e della mano d'opera e questo poiché, in tale ipotesi, permarrà "*l'alea dell'appaltatore in relazione al rapporto fra il compenso ed il costo complessivo della propria attività imprenditoriale*"<sup>160</sup>.

L'individuazione del rischio assunto dall'appaltatore come uno degli elementi essenziali del contratto di appalto ha in passato indotto parte della dottrina a ricondurre il tipo contrattuale in parola all'alveo dei contratti aleatori<sup>161</sup>, i quali possono essere definiti,

---

o il deterioramento dell'opera prima della sua accettazione: in entrambi i casi, infatti, il soggetto appaltatore perderà il diritto al compenso pattuito, v. C. CARNEVALE E G. TROTTA, *Appalto pubblico e privato*, Milano 1978, p. 10.

<sup>158</sup> V. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 215, il quale rileva come nei contratti "*a esecuzione continuata, in quelli a esecuzioni periodica, in quelli a esecuzione differita, e in quelli a esecuzione prolungata (fra in quali ultimi rientra l'appalto)*, [l'alea economica, n.d.a] può tuttavia acquistare maggiori proporzioni pratiche, perché ora quella diversità fra valore o costo effettivo di una prestazione e valore della controprestazione può derivare non solo da cause già esistenti al momento della conclusione del contratto, ma anche da cause sopravvenute prima che l'esecuzione venga ultimata". In senso conforme, V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 122.

<sup>159</sup> Si rimanda al cap. 2, par. 6.

<sup>160</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 20. In giurisprudenza, v. Cass., 20 luglio 1979, n. 4339, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce *Appalto*, n. 9.

<sup>161</sup> Questo soprattutto sotto la vigenza del codice civile oramai abrogato, v. U. LORIZIO, *Il contratto di appalto*, Padova, 1939, p. 133; M. VITA LEVI, *Della locazione di opere e più specialmente degli appalti*, I, Torino, 1876, pp. 44 ss.. In giurisprudenza, Cass., 29 agosto 1990, n. 8949, consultabile al sito [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it),

per quello che qui rileva, come quei contratti in cui è incerto, al momento della loro conclusione, se sarà dovuta la prestazione di una delle parti o quella che sarà la sua entità oggettiva<sup>162</sup>.

Tuttavia, dottrina e giurisprudenza sono oramai concordi nell'affermare la natura commutativa del contratto di appalto, e questo in virtù del fatto che l'entità obiettiva delle prestazioni oggetto di contratto è sempre determinata, o risulta comunque determinabile, già al momento della sua conclusione; a poter variare, infatti, è solamente il valore economico delle stesse<sup>163</sup>. Come infatti rilevato dalla stessa Corte di cassazione, "*l'alea connaturale al contratto di appalto non incide sulle prestazioni delle parti in modo da renderle qualitativamente e quantitativamente incerte, ma investe soltanto la sfera economica dei contraenti, restando estranea al contenuto giuridico del rapporto, in nulla differendo, se non per la maggior intensità e latitudine, dall'alea presente in ogni contratto a prestazioni corrispettive e, in particolare, in quelli ad esecuzione differita, periodica o continuativa, nei quali le vicende economiche sopravvenute possono alterare la situazione di equilibrio fra le prestazioni considerate dalle parti al momento della stipulazione*"<sup>164</sup>. Il principio esposto risulta altresì applicabile agli appalti a *forfait*, in cui il corrispettivo dovuto dal committente viene determinato globalmente: nonostante, infatti, tale tipologia di appalto sia caratterizzata da un marcato carattere speculativo, questo non risulta comunque incidere sulla natura della fattispecie contrattuale in esame<sup>165</sup>.

Una conferma del carattere commutativo del contratto di appalto può inoltre essere rinvenuta nell'art. 1664 c.c., il quale prevede, in via eccezionale, un incremento del corrispettivo pattuito a fronte di un'imprevedibile onerosità o difficoltà nell'esecuzione

---

<sup>162</sup> V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 119; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 22.

<sup>163</sup> In dottrina, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 23; M. STOLFI, *Appalto-trasporto, cit.*, p. 16; O. CAGNASSO, *Appalto nel diritto privato, cit.*, p. 166; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.* 10; S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 91; G. ZUDDAS, *op. cit.*, p. 13; M.C. CERVALE, *op. cit.*, p. 105; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 118; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 213; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 8; M. LIPARI, *Il rischio nell'appalto e l'alea normale nel contratto*, in *Giust. civ.*, 1986, II, pp. 223 ss.. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 12 marzo 1992, n. 3013; Cass., 20 settembre 1984, n. 4806. Ovviamente le prestazioni dedotte dal contratto potranno variare in virtù di uno specifico accordo modificativo concluso dalle parti, nel rispetto della disciplina specifica prevista dagli art. 1659, 1660 e 1661 c.c. Tali disposizioni costituiranno l'oggetto del secondo capitolo della presente trattazione.

<sup>164</sup> Cass., 19 marzo 1980, n. 1818, in *Foro it.*, 1980, voce *Appalto*, n. 19.

<sup>165</sup> In tal senso, M.C. CERVALE, *op. cit.*, p. 106.

del contratto<sup>166</sup>. La norma in commento – espressamente volta a disciplinare il contratto di appalto – non risulta essere altro che una specificazione del principio generale della risoluzione per eccessiva onerosità ex art. 1467 c.c., la cui applicabilità ai contratti aleatori è tuttavia esclusa dall’art. 1469 c.c.. Sicché, il solo fatto che tale norma sia prevista, impedisce di ricondurre l’appalto a tale categoria contrattuale.

Sempre in merito alla qualifica dell’appalto come contratto commutativo, un orientamento oramai risalente sosteneva che le parti sarebbero in grado di mutare la natura dell’appalto, e renderlo così un contratto aleatorio, escludendo l’operatività dei meccanismi riequilibratori previsti dagli artt. 1664 e 1467 c.c.<sup>167</sup>. La ricostruzione illustrata, tuttavia, è stata superata dalla giurisprudenza e dalla dottrina più recenti, secondo cui un’eventuale disciplina pattizia volta a modificare la normale distribuzione del rischio che caratterizza il contratto di appalto non potrà mai comportare un mutamento della sua natura<sup>168</sup>.

---

<sup>166</sup> Per un approfondimento su tale norma, si rimanda al cap. 2, par. 6.

<sup>167</sup> In tal senso, Cass., 26 gennaio 1993, n. 940, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 3021; Cass., 29 agosto 1990, n.8949, consultabile al sito [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>168</sup> In giurisprudenza è possibile citare, *ex multis*, Cass., 5 settembre 1997, n. 8570, in *Giust. civ. Mass.* 1997, p. 1625; Cass., 3 novembre 1994, n. 906; Cass., 21 febbraio 2014, n. 41980, entrambe consultabili al sito [www.dejure.it](http://www.dejure.it). In dottrina, C.G. TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi dell'onerosità sopravvenuta*, in *L'appalto privato*, diretto da M. COSTANZA, cit., pp. 285 e ss.; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 12; G. ZUDDAS, *op. cit.*, 16.

**CAPITOLO II**  
**VARIAZIONI E GESTIONE DELLE SOPRAVVENIENZE**  
**NEL CONTRATTO DI APPALTO**

1. La disciplina delle variazioni nella sistematica del codice civile; 2. L'ambito di applicazione della disciplina codicistica in materia di variazioni; 2.1. La definizione del concetto di variazione; 2.2. Le variazioni prevedibili e i lavori extracontrattuali; 3. Le diverse tipologie di variazioni imprevedibili; 3.1. La quadripartizione della categoria delle variazioni imprevedibili; 3.2. Le variazioni arbitrarie apportate dall'appaltatore; 3.3. Le variazioni concordate del progetto disciplinate dall'art. 1659 c.c.; 3.3.1. L'ambito di applicazione della norma in esame; 3.3.2. Il regime probatorio dell'autorizzazione rilasciata dal committente; 3.3.3. L'autorizzazione preventiva conferita dal soggetto committente; 3.3.4. L'autorizzazione successiva all'esecuzione della variazione; 3.3.5. I soggetti legittimati ad autorizzare le variazioni ex art. 1659 c.c.; 3.3.6. Il diritto dell'appaltatore a ottenere un compenso aggiuntivo per le variazioni apportate; 3.3.7. La determinazione del compenso spettante per la variante apportata nell'ambito degli appalti a misura; 3.3.8. L'incidenza della variante sul corrispettivo negli appalti *a forfait*; 3.3.9. La natura dell'accordo raggiunto dalle parti ex art. 1659 c.c.; 3.3.10. Gli effetti dell'accordo modificativo sul contratto di appalto stipulato dalle parti; 4. Le variazioni necessarie ex art. 1660 c.c.; 4.1. L'ambito di applicazione dell'art. 1660 c.c.; 4.2. Le modalità di esecuzione delle variazioni necessarie e il compenso previsto dall'art. 1660 c.c.; 4.3. Il diritto di recesso previsto dall'art. 1660 c.c.; 4.3.1. Il diritto di recesso dell'appaltatore; 4.3.2. Il diritto di recesso del committente; 5. Le variazioni ordinate dal committente ex art. 1661 c.c.; 5.1. Il diritto del committente di impartire un ordine ex art. 1661 c.c. e gli effetti sul contratto stipulato dalle parti; 5.2. I limiti previsti dall'art. 1661 c.c. al diritto del committente di ordinare variazioni; 5.2.1. Il limite del sesto del prezzo complessivo convenuto; 5.2.2. Il limite delle notevoli modificazioni della natura dell'opera o dei quantitativi nelle singole categorie di lavori; 5.2.3. Derogabilità della disciplina in materia di variazioni ordinate dal committente; 6. La gestione delle sopravvenienze nella disciplina dell'appalto privato; 6.1. La ratio e l'ambito di applicazione dell'art. 1664 c.c.; 6.2. I presupposti applicativi dell'art. 1664 c.c.; 6.2.1. L'imprevedibilità delle circostanze sopravvenute; 6.2.2. Le sopravvenienze che comportano un aumento imprevedibile dei costi dei materiali e della manodopera; 6.2.3. Sopravvenienze geologiche, idriche e simili che comportano una maggiore difficoltà di esecuzione

**1 – La disciplina delle variazioni nella sistematica del codice civile**

Come è stato rilevato nel precedente capitolo, una delle condizioni di validità del contratto di appalto è che le parti abbiano definito gli elementi essenziali dell'opera o del



servizio che ne costituiscono l'oggetto<sup>169</sup>. Tuttavia, la determinazione compiuta in sede contrattuale non esclude la possibilità per i contraenti di apportare, in un momento successivo alla conclusione del contratto, delle variazioni alla prestazione facente capo al soggetto appaltatore<sup>170</sup>. Nello specifico, quest'eventualità è contemplata, in tutte le sue possibili declinazioni, dagli artt. 1659, 1660 e 1661 del codice civile, che rappresentano uno degli ambiti in cui le disposizioni in materia d'appalto si discostano maggiormente dalla disciplina generale del contratto, la quale esclude che il negozio concluso possa essere modificato unilateralmente da una delle parti contraenti<sup>171</sup>.

Tale impianto normativo trova la propria giustificazione nella peculiare natura del contratto di appalto e, nello specifico, della prestazione dell'appaltatore: questa, infatti, non solo è destinata a protrarsi nel tempo<sup>172</sup>, ma è spesso volta alla realizzazione di opere di rilevante complessità; ne consegue che, nella prassi, è frequente che nel corso dell'esecuzione sorga la necessità – ovvero l'opportunità – di apportare delle variazioni all'opera oggetto di contratto, e ciò al fine di pervenire a un risultato che sia effettivamente idoneo al soddisfacimento dell'interesse del committente<sup>173</sup>.

In quest'ottica, le disposizioni in commento risultano frutto del bilanciamento di due esigenze contrapposte<sup>174</sup>. Da una parte vi è l'interesse del committente – ritenuto dagli interpreti preminente<sup>175</sup> – a mantenere il completo controllo sull'esecuzione del contratto:

---

<sup>169</sup> Per un approfondimento in merito a tale requisito, si rimanda al cap. 1, par. 4.3.

<sup>170</sup> Come verrà evidenziato nel prosieguo, l'art. 1659 c.c. indica come oggetto delle variazioni le modalità convenute dell'opera, mentre gli artt. 1660 e 1661 c.c. parlano di modifiche del progetto.

<sup>171</sup> In tal senso, M. RUBINO - SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 303. Si segnala che il codice civile italiano previgente disciplinava la materia delle variazioni all'art. 1640, il quale prevedeva che il soggetto incaricato di costruire un edificio non poteva chiedere un aumento di corrispettivo a causa delle variazioni apportate al progetto iniziale, a meno che ciò non fosse stato pattuito in forma scritta con il committente.

<sup>172</sup> Per un approfondimento sull'inquadramento dell'appalto nei contratti ad esecuzione prolungata, si rimanda al cap. 1, par. 5.

<sup>173</sup> V. DI GREGORIO, *Le Variazioni*, in *Trattato dei contratti* (diretto da V. ROPPO), Milano, 2014, p. 291.

<sup>174</sup> P. VIRGADAMO, *Variazioni in corso d'opera nel contratto di appalto e rinegoziazione delle condizioni contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2008, 2, pp. 9 e ss.

<sup>175</sup> In tal senso, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 284, ove viene rilevato che “*mentre l'appaltatore, entro certi limiti è tenuto ad eseguire le variazioni ordinategli, invece il committente, se vuole aggiungere nuove parti o accessori, che completino o amplino l'originario piano dell'opera, è libero di affidarle ad altra impresa, come per i lavori extracontrattuali, e il primo appaltatore non può pretendere di eseguirle egli stesso, appunto perché, in ipotesi, non erano previste dall'originario contratto*”. In senso conforme, F. ARATA, *Variazioni in corso d'opera ed effetti sulle condizioni originarie del contratto*, in *I contratti*, 2013, 2, pp. 145 ss; M. GAMBINI, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 216, il quale afferma espressamente che il

il che non implica solamente la possibilità di impedire eventuali modifiche proposte dall'appaltatore e di non subire un esborso superiore a quello preventivato, ma anche la facoltà di apportare le varianti ritenute opportune; dall'altra parte vi è l'interesse dell'appaltatore volto a ottenere un corrispettivo proporzionato all'*opus* realizzato e a evitare sanzioni derivanti dalla violazione di regole professionali<sup>176</sup>.

Come verrà poi approfondito nel prosieguo della trattazione, una prima risposta dell'ordinamento a tali esigenze è individuabile nel principio dell'invariabilità dell'opera<sup>177</sup>, il quale risulta primariamente volto a tutelare l'interesse del soggetto committente. Tale principio, infatti, prevede che – esclusa la fattispecie delle variazioni necessarie ex art. 1660 c.c. – non potranno essere apportate modificazioni all'oggetto del contratto senza che vi sia il consenso dell'appaltante; da ciò consegue che il committente avrà il diritto ad ottenere la rimozione delle eventuali variazioni introdotte arbitrariamente dal soggetto appaltatore, e ciò anche nell'ipotesi in cui queste comportino un aumento di valore dell'opera realizzata<sup>178</sup>. Già da questa prima definizione emerge come il principio in parola sia destinato a operare rigidamente solo nei confronti del soggetto appaltatore<sup>179</sup>.

Al fine di evitare eventuali iniquità derivanti da un'applicazione troppo rigida del principio in esame – che avrebbe potuto di fatto ostacolare il soddisfacimento dell'interesse del committente – il legislatore ha voluto introdurre, con gli artt. 1659, 1660

---

contratto di appalto “*ha ad oggetto una prestazione di fare specificatamente preordinata alla soddisfazione dell'interesse del creditore al conseguimento di un opus perfectum*”.

<sup>176</sup> Il che potrebbe avvenire qualora l'appaltatore abbia dato esecuzione al progetto fornito dal committente, il quale risultava però contrario alle regole tecniche vigenti in materia. In tal senso, M. GAMBINI, *op. cit.*, p. 216; G. MUSOLINO, *Le variazioni dell'opera o del servizio nel contratto di appalto*, in *Riv. trim. appalti*, 2002, p. 9. A ciò si aggiunge l'esigenza di sottoporre all'eventuale controllo del giudice quelle variazioni che risultano necessarie e che comportino un aumento dei costi, come sottolineato da V. DI GREGORIO, *op. cit.*, p. 292; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 171; P. TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità ed appalto*, Milano, 1983, pp. 114 ss.

<sup>177</sup> E, ovviamente, del servizio. Sul punto, è già stato evidenziato come la disciplina in materia di variazioni sia applicabile anche agli appalti di servizi.

<sup>178</sup> F. ARATA, *op. cit.*, p. 140; M. GAMBINI, *op. cit.*, p. 216; G. MUSOLINO, *op. cit.*, p. 10; C. MASCARELLO, *Il contratto di appalto*, Milano, 2002, p. 183; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 259; A. CATRICALÀ, *op. cit.*, p. 4816; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 12. La tematica sarà poi approfondita nei successivi paragrafi.

<sup>179</sup> S. PERON, *Ius variandi nel contratto d'appalto*, in *Obblig. e contr.*, 2009, p. 66, la quale, tuttavia, evidenzia come l'istituto delle variazioni dell'appalto risulti avere una natura “*bifida*”, essendo il principio dell'invariabilità dell'opera destinato ad operare rigidamente solamente nei confronti dell'appaltatore, essendo l'appaltante comunque legittimato ad apportare modifiche; G. MUSOLINO, *op. cit.* p. 9. In giurisprudenza, Cass., 6 marzo 1993, n. 2723, consultabile al sito [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

e 1661 c.c., una serie di ipotesi in cui è per l'appunto possibile apportare varianti all'opera o al servizio oggetto di contratto.

Tali disposizioni hanno portato gli interpreti a riconoscere all'appalto una natura elastica<sup>180</sup>, tant'è che, secondo un'autorevole dottrina, esso costituirebbe l'esempio paradigmatico dei contratti ad oggetto variabile, che consisterebbero in “*rapporti contrattuali caratterizzati dalla variabilità del loro contenuto e dotati quindi della necessaria flessibilità per essere sempre adeguati alle mutate esigenze delle parti, all'interno, evidentemente, del programma convenuto*”<sup>181</sup>.

Prima di affrontare il contenuto specifico di tali norme, occorre segnalare che, in dottrina, sussiste un dibattito in merito a quella che sarebbe la loro effettiva natura<sup>182</sup>.

Secondo, infatti, un primo orientamento, le disposizioni in esame costituirebbero, come già rilevato, un'eccezione al principio dell'invariabilità dell'opera<sup>183</sup>. In tal contesto, le eventuali variazioni apportate a seguito della stipula integrerebbero, a seconda dei casi, un contratto modificativo dell'appalto stipulato<sup>184</sup> o un semplice negozio unilaterale avente la medesima natura modificativa<sup>185</sup>. Come correttamente rilevato in dottrina, tale ricostruzione presuppone che le “*modalità dell'opera*” e il “*progetto*” – che costituiscono, nelle disposizioni sopra richiamate, il termine di riferimento delle variazioni – sarebbero qualificabili come determinazioni relative all'oggetto del contratto di appalto<sup>186</sup>; in quest'ottica, le varianti apportate avrebbero la semplice funzione di modificare l'oggetto del contratto concluso.

Secondo, invece, un diverso orientamento, l'oggetto del contratto di appalto sarebbe suscettibile di essere determinato attraverso clausole elastiche che permettono ai

---

<sup>180</sup> V. FRANCESCHELLI, *L'appalto come contratto a struttura elastica*, in *I Contratti*, 4, 1994, pp. 385 e ss.. In senso conforme, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 252; R. PANETTA, *op. cit.*, p. 222.

<sup>181</sup> F. MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, in *Appalto pubblico e privato, problemi e giurisprudenza attuali* a cura di G. IUDICA, Padova, 1997, p. 147, il quale evidenzia che la disciplina prevista dal nostro codice civile non troverebbe alcun “*riscontro nelle codificazioni (del diritto civile e commerciale) con le quali avviene tradizionalmente la comparazione*”.

<sup>182</sup> Cfr. V. DI GREGORIO, *op. cit.*, p. 294; A.P. UGAS, *op. cit.*, pp. 413 e ss.

<sup>183</sup> In tal senso, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 284; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, pp. 40 e ss.; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 251; M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *L'appalto privato*, Milano, 2006, p. 124; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 316.

<sup>184</sup> Nel caso di variazioni concordate ex art. 1659 c.c.

<sup>185</sup> E questo nell'ipotesi di variazioni ordinate dal committente ex art. 1661 c.c.

<sup>186</sup> A.P. UGAS, *Variazioni concordate del progetto*, in *Codice dell'appalto privato*, a cura di A. LUMINOSO, Milano, 2016, p. 411.

contraenti di definire le prestazioni anche durante la sua esecuzione, sicché le variazioni intervenute in questa sede non sarebbero estranee rispetto alla definizione dell'oggetto effettuata al momento della conclusione del contratto<sup>187</sup>. In siffatto contesto, la prestazione dedotta nel contratto verrebbe così precisata nel corso della sua esecuzione; come, infatti, affermato in dottrina, “*l'espressa disciplina posta dal codice con riguardo alle variazioni dell'opera e alla variazione o determinazione successiva del corrispettivo importa una deroga generale della invariabilità del contratto ed un parziale 'superamento' delle regole generali in tema di adempimento delle obbligazioni perché l'esatto adempimento con cui il debitore è tenuto viene a precisarsi in un momento successivo alla conclusione del contratto*”<sup>188</sup>.

L'espressione “*modalità convenute dell'opera*” impiegata dall'art. 1659 c.c., dovrebbe così essere riferita non all'oggetto contrattuale, ma più in generale all'attività necessaria al raggiungimento dello scopo prefissato dalle parti<sup>189</sup>. Pertanto, le eventuali varianti apportate dalle parti non integrerebbero un semplice negozio modificativo dell'oggetto contrattuale, e questo in virtù della loro natura programmatica<sup>190</sup>.

Tuttavia, nell'opinione di chi scrive, i contorni del dibattito dottrinale sopra esposto risultano molto meno definiti di quello che potrebbe apparire in *prima facie*. Se si approfondiscono, infatti, le argomentazioni di chi individua nella disciplina delle

---

<sup>187</sup> E. RUSSO E C. CRIACO, *L'appalto privato*, cit., p. 208, i quali per l'appunto intitolano il capitolo avente ad oggetto tale materia “*la determinazione successiva dell'oggetto*”; M. GAMBINI, in *I contratti di appalto privato*, cit., p. 222.

<sup>188</sup> E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 208.

<sup>189</sup> Sul punto, si segnala come Autorevole dottrina abbia affermato che, in riferimento ai contratti di durata – ma anche a quelli a esecuzione prolungata – “*la disciplina dell'adeguamento nei contratti in esame si iscrive nella prospettiva dello svolgimento del rapporto nel tempo, senza che le modificazioni intervenute nel corso dell'esecuzione (che possono riguardare, come si vedrà, il bene o il servizio dal punto quantitativo, la misura del corrispettivo in denaro, i termini stabiliti nel contratto e quant'altro sia suscettibile di reagire alle modifiche della situazione di fatto) incidano sulla validità dell'atto. Se si vuole parlare di variabilità, questa dovrà perciò essere riferita al contratto nel suo complesso e dovrà essere ricollegata alla naturale flessibilità del rapporto, quante volte la realizzazione del risultato contrattuale necessiti di un lasso di tempo più o meno lungo*”; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 102.

<sup>190</sup> Per una ricostruzione di questo conflitto dottrinale, si rimanda a V. DI GREGORIO, *op. cit.*, p. 294. Particolarmente interessante appare il contributo di A.P. UGAS, *op. cit.*, pp. 412 e ss., la quale prospetta una terza tesi, secondo cui “*le modalità dell'opera*”, a differenza del “*progetto*”, “*non attengano, almeno non direttamente, all'oggetto del contratto, in quanto non riguarderebbero specificamente il risultato da raggiungere, ma le sole attività strumentali al suo conseguimento. La distinzione tra opera da una parte e modalità della stessa, punto di riferimento delle variazioni, dall'altra, sarebbe difficile da tracciare, ma non insostenibile*”.

variazioni un'ipotesi di definizione dell'oggetto contrattuale in corso di esecuzione, si evince come manchino prese di posizione nette avverso quelle ricostruzioni che vedono nell'accordo delle parti dei veri e propri negozi modificativi dell'oggetto del contratto, sicché risulta difficile individuare un'effettiva contrapposizione. In ogni caso, quello che è certo è che la disciplina in esame ha, nel concreto, l'effetto di conferire al contratto di appalto una flessibilità che lo distingue dagli altri contratti tipici previsti dall'ordinamento, e che vede nell'adeguamento uno strumento utile a scongiurare un eventuale scioglimento del contratto stipulato dalle parti.

Risulta infine escluso che le variazioni concordate rivestano, in via generale, un carattere novativo, non essendo tendenzialmente rintracciabile una volontà delle parti contraenti diretta a sostituire oggetto contrattuale iniziale<sup>191</sup>. Da quest'ultima considerazione deriva quindi che non potrà trovare applicazione l'art. 1232 c.c., che prevede che i privilegi, il pegno e le ipoteche poste a garanzia del credito originario si estinguono se le parti non convengono espressamente di mantenerli per il nuovo credito.

## **2 – L'ambito di applicazione della disciplina codicistica in materia di variazioni**

### **2.1 – La definizione del concetto di variazione**

Come è stato quindi anticipato, all'opera o al servizio possono essere apportate delle variazioni a seguito della conclusione del contratto. Occorre però comprendere che cosa s'intende con il termine variazione e, di conseguenza, l'ambito di applicazione degli artt. 1659, 1660 e 1661 del codice civile.

In primo luogo, dal punto di vista temporale è necessario precisare che sarà possibile introdurre modifiche sia durante l'esecuzione del contratto, che nel periodo successivo alla realizzazione dell'opera e del servizio, purché ciò avvenga prima dell'accettazione da parte del soggetto committente: avvenuta tale accettazione, ogni successiva variante

---

<sup>191</sup> In tal senso, D. RUBINO, *op. cit.*, p. 430; A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 414; V. DI GREGORIO, *op. cit.*, p. 293. Questo non implica che nell'ambito del contratto di appalto non sia possibile per le parti stipulare un negozio avente natura novativa, ma semplicemente che la disciplina delle variazioni in esame non comporta la conclusione di un contratto di siffatto tipo.

sarà sottratta alle disposizioni in commento e assoggettata alla diversa disciplina dei lavori extracontrattuali<sup>192</sup>.

Compiuta questa necessaria premessa, è opportuno analizzare il dato letterale delle norme sopraccitate, dal quale già emerge un'evidente discrasia: mentre l'art. 1659 c.c. parla di "*variazioni alle modalità convenute dell'opera*", gli artt. 1660 e 1661 c.c. disciplinano eventuali "*variazioni al progetto*" ordinate da committente o rese necessarie per realizzare l'opera a regola d'arte. L'impiego di due espressioni differenti, tuttavia, risulta essere privo di conseguenze concrete. Come, infatti, è stato rilevato da attenta dottrina, il termine 'progetto' è impiegato dal legislatore in modo improprio come sinonimo delle 'modalità convenute' menzionate nell'art. 1659 c.c.<sup>193</sup>, il quale comunque è rubricato "*variazioni concordate del progetto*". Tale assunto trova inoltre pieno conforto nella circostanza, già rilevata in precedenza<sup>194</sup>, secondo cui la predisposizione di un progetto non costituisce condizione di validità del contratto di appalto stipulato, sicché, in molti casi, questo documento risulta concretamente mancare. Se si andasse, quindi, ad interpretare in senso tecnico il concetto di 'progetto' richiamato dagli artt. 1660 e 1661 c.c. si dovrebbe desumere che, in assenza di questa documentazione, le norme in esame non potrebbero trovare applicazione: una conclusione che, tuttavia, appare inammissibile, in quanto la mancanza di un documento non necessario non può compromettere o limitare la facoltà di variazioni riconosciuta dalla legge in capo alle parti contraenti.

Analizzata brevemente la differenza terminologica rilevata, è possibile definire variazione qualsiasi modificazione dell'opera o del servizio oggetto di appalto non concordata dalle parti in sede di stipula del contratto, ma che risulta essere necessaria,

---

<sup>192</sup> In tal senso, R. PANETTA, *op. cit.*, p. 223; M. RUBINO - SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 306, il quale sebbene riconosca la possibilità che siano apportate modifiche dopo l'ultimazione dell'opera e prima della sua accettazione, rileva come essa appaia comunque discutibile. Per un approfondimento del concetto di lavori extracontrattuali, si rimanda al cap.1, par. 2.2. Particolarmente rilevante risulta essere, sul punto, l'opinione di A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 421, secondo cui, se la variazione interviene "*al momento della conclusione del contratto e dunque prima della esecuzione ed indipendentemente da una esigenza, o interesse, di tipo esecutivo, non pare corretto assoggettare l'atto integralmente alla disciplina delle variazioni*".

<sup>193</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.* p. 252; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 404; M. RUBINO - SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 307.

<sup>194</sup> Sul punto, si rimanda al cap. I, par. 4.3.2.

utile o comunque opportuna prima dell'accettazione da parte del soggetto appaltante<sup>195</sup>. A questo concetto può essere ricondotta non solo ogni variante relativa alla consistenza concreta dell'opera – come può essere la scelta dei materiali impiegati, ovvero la definizione della sua forma, dimensione o struttura – ma anche ogni variazione inerente alle modalità di esecuzione della stessa, ivi compresi il tempo e luogo dell'adempimento<sup>196</sup>.

La dottrina è inoltre concorde nell'equiparare alle modalità esecutive concordate dai contraenti quelle disciplinate dagli usi vigenti in materia e applicabili in assenza di determinazioni delle parti<sup>197</sup>. Qualora poi questi dettagli esecutivi non solo non siano definiti dal contratto, ma non risultino neppure contemplati dagli usi o dalle regole dell'arte, l'appaltatore sarà libero di determinarli unilateralmente, con alcune rilevanti conseguenze da punto di vista giuridico. Nello specifico, è previsto che, in siffatta ipotesi, gli eventuali mutamenti decisi nel corso dell'esecuzione non saranno assoggettati alla disciplina prevista dal codice in materia di variazioni, non essendo rintracciabile una determinazione condivisa suscettibile di modifica<sup>198</sup>.

---

<sup>195</sup> In tal senso, G. MUSOLINO, *op. cit.*, p. 9; C. MASCARELLO, *Il contratto di appalto*, cit., p. 183; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 13.

<sup>196</sup> V. D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 252; C. GIANNATASIO, *op. cit.*, p. 172; E. MAGRÌ, *Le varianti*, in *L'appalto privato, Trattato diretto da M. COSTANZA*, Torino, 2000, p. 314; M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 125; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 19; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 405; M. RUBINO – SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 307; V. DI GREGORIO, *op. cit.*, p. 296, la quale evidenzia come sussista qualche incertezza in merito all'applicazione della disciplina delle variazioni in relazione all'appalto a misura, e questo in considerazione del fatto che tale tipologia di appalto “*sarebbe emblematica di un contratto ad oggetto variabile, essendo previsto già nel contratto un corrispettivo mutevole, rapportato al quantitativo e alla misura del lavoro realizzato; l'applicabilità delle disposizioni sulle variazioni può tuttavia escludersi solo per le opere non individuate all'inizio nelle loro dimensioni mentre dovrà affermarsi se le dimensioni dell'opera sono state stabilite e poi vengono variate, potendo le modifiche incidere sull'equilibrio del contratto*”.

<sup>197</sup> M. GAMBINI, *op. cit.*, p. 217; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 405; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 252, i quali sostengono che in questo caso un'eventuale variazione potrà essere concordata ex art. 1659 c.c. o imposta dalle necessità tecniche di cui all'art. 1660 c.c., ma non potrà mai essere ordinata dal committente perché “*gli usi di cui all'art. 1374, anche a non riconoscervi natura propriamente normativa, non sono nemmeno equiparabili in pieno alle semplice clausole contrattuali, per il loro carattere di generalità, il quale spiega come all'appaltatore non possa essere imposto un diverso comportamento quando non ricorrano ragioni di necessità*”. Nel caso in cui determinate modalità costruttive siano poi imposte da norme tecniche inderogabili, queste non potranno essere modificate neppure da un accordo espresso delle parti. In senso conforme, A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 425; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 19.

<sup>198</sup> In tal senso, M. RUBINO - SAMMARTANO, *op. cit.*, pp. 305-306, il quale afferma che “*non appartengono alle varianti, oltre ai lavori extracontrattuali, neppure quelle modalità di esecuzione dell'opera che non sono state determinate e che pertanto spetterà all'appaltatore di determinare egli*

Corollario di tale principio sarà quindi la libertà del soggetto appaltatore di mutare le modalità di esecuzione da lui unilateralmente determinate senza ottenere il consenso del soggetto committente<sup>199</sup>. Qualora il suddetto cambiamento sia invece imposto da esigenze di natura tecnica, questo dovrà essere adottato dall'appaltatore senza che ciò comporti un aumento del corrispettivo a lui spettante, e questo poiché la mancata determinazione delle parti dell'elemento oggetto di modifica impedisce di dare applicazione all'art. 1660 c.c.

In ogni caso, fino a quando l'appaltatore non avrà colmato le sopraccitate lacune del regolamento contrattuale definito dai contraenti, il committente sarà libero di impartire all'appaltatore tutte le istruzioni che riterrà opportune, le quali avranno una mera natura integrativa e non saranno qualificabili come variazioni dell'opera concordata, salvo il caso in cui queste non comportino modifiche essenziali della stessa. Quando, invece, l'appaltatore abbia già determinato unilateralmente le modalità di esecuzione non definite dal contratto, e il committente insista per veder attuate procedure differenti, tali istruzioni tardive impartite saranno assoggettate alla disciplina di cui all'art. 1661 del codice civile<sup>200</sup>.

Il concetto di variazione, inoltre, non deve riferirsi alle sole modifiche in senso stretto, ben potendo tale termine essere impiegato anche in relazione a eventuali aggiunte o eliminazioni di parte dell'opera o del servizio oggetto di contratto<sup>201</sup>.

Nella prassi, può verificarsi che più variazioni occorran successivamente: in questo caso, tali modifiche possono essere tra loro indipendenti o legate da un nesso causale ove la seconda variazione risulti essere una conseguenza dalla prima. È inoltre possibile che la variante successiva abbia ad oggetto proprio le modifiche apportate in precedenza. In siffatta eventualità, ogni singola variazione sarà assoggettata alla disciplina derivante

---

*stesso. Qui infatti non si è in presenza di alcuna modifica ma semplicemente di una attuazione del contratto*". In senso conforme, D. RUBINO, *op. cit.*, p. 405.

<sup>199</sup> Con la precisazione che libertà non significa assoluta discrezionalità, dovendo l'appaltatore sempre propendere per modalità che siano idonee alla realizzazione dell'opera o del servizio oggetto di contratto, cfr. D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 253.

<sup>200</sup> D. RUBINO, *op. cit.*, p. 155. In senso conforme F.M. BANDIERA, *op. cit.*, p. 232, secondo cui se "il committente insiste nel pretendere che vengano comunque eseguite istruzioni integrative impartite dopo che l'appaltatore abbia già colmato le lacune in fase esecutiva, esse si presentano oramai, a prescindere dalla loro entità, come variazioni da questi ordinate".

<sup>201</sup> In tal senso, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 254; M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 125; M. RUBINO - SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 309; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 172; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 406; A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 425.



dalla sua specifica natura<sup>202</sup>, con la precisazione che “rispetto ad ogni ulteriore variazione, di regola l’opera e il prezzo vanno considerati così come ormai risultano globalmente dopo le precedenti variazioni (per il prezzo, in specie, va considerato un tutt’uno quello complessivo che risulta aggiungendo al prezzo originario i compensi per le variazioni anteriori)”<sup>203</sup>. Le precedenti variazioni, tuttavia, dovranno essere sommate alla successiva al fine di calcolare se risulta superato il limite del sesto previsto dagli artt. 1660 e 1661 c.c.

## 2.2 – Le variazioni prevedibili e i lavori extracontrattuali

Dopo aver definito quali modifiche possono essere astrattamente ascritte alla categoria delle variazioni disciplinata dal codice, è opportuno rilevare come sussista una soglia minima entro la quale non è possibile parlare di variazione in senso tecnico e un limite massimo oltre cui i cambiamenti eseguiti non saranno più qualificabili come variazioni dell’appalto inizialmente stipulato dalle parti, in quanto comporteranno la stipula di un nuovo contratto<sup>204</sup>.

Per quanto concerne il limite minimo sopraccitato, non saranno assoggettate agli artt. 1659, 1660 e 1661 del codice civile quelle variazioni cosiddette “prevedibili”<sup>205</sup>. Con tale espressione la dottrina è solita riferirsi, in primo luogo, a quelle modificazioni inerenti ad aspetti secondari dell’opera la cui definizione diviene necessaria solamente in sede di esecuzione<sup>206</sup>. A rigor di logica, la loro determinazione nel corso dell’esecuzione non solo

---

<sup>202</sup> Rileverà, quindi, se queste siano frutto dell’accordo delle parti ex art. 1659 c.c., ovvero siano imposte da esigenze di natura tecnica o dal soggetto conduttore ex artt. 1660 e 1661 c.c.

<sup>203</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 254, i quali evidenziano come, in quest’ultimo caso, il compenso dovuto al soggetto appaltatore dipenderà dallo stato di esecuzione della prima variante: qualora, infatti, la sua esecuzione non sia ancora iniziata, non ci saranno i presupposti per configurare un diritto di tale soggetto a ottenere un doppio compenso.

<sup>204</sup> P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 14; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, pp. 217 e ss.; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, pp. 254 e ss.

<sup>205</sup> V. MANGINI E M. IACUANIello BRUGGI, *op. cit.*, p. 239; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 4; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 255; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 172; P. RESCIGNO, *Codice Civile*, cit., p. 3271. Risulta particolarmente rilevante, in tale ambito, l’opinione di M. RUBINO - SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 308, secondo cui la distinzione tra variazioni prevedibili e imprevedibili, e le relative implicazioni sulla disciplina ad essa applicabile, desta qualche perplessità, in quanto “il progetto, e in genere il contratto, possono non comprendere alcune opere, anche se risulta evidente che esse dovranno essere in seguito richieste ed eseguite. Ciò non sembra peraltro legittimare sempre, aprioristicamente, la non applicazione ad essi della disciplina delle varianti, e quindi la esclusione di un apposito compenso”.

<sup>206</sup> G. IUDICA E D. RUBINO, *op. cit.*, p. 255; M. GAMBINI, *op. cit.*, p. 217; O. CAGNASSO, *L’appalto nel diritto privato*, cit., p. 172; S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 161; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 194; V.

non potrà, a parere di chi scrive, essere qualificata come variazione in senso tecnico, ma non costituirà neppure una variante in senso lato, essendo possibile rintracciare una precedente determinazione suscettibile di modifica. Per converso, se un determinato dettaglio è stato definito unilateralmente da una delle parti contrattuali, una variazione apportata in un momento successivo potrà, perlomeno in astratto, costituire una variante dell'opera e del servizio oggetto di contratto<sup>207</sup>. Per tali ragioni, una dottrina particolarmente attenta è solita parlare, in questi casi, di “*istruzioni integrative*”, espressione che appare più attinente a quella che è l'effettiva natura degli atti in commento<sup>208</sup>.

Nel concetto di variazione prevedibile devono poi essere ricomprese le eventuali modifiche, di lieve entità, apportate per ordine del committente – quali possono essere varianti relative a elementi accidentali dell'opera che comportano comunque cambiamenti minimi della stessa –, le quali risulteranno sempre prevedibili *ab origine* dall'appaltatore, in quanto costituiscono espressione di una prassi comune nell'ambito dell'esecuzione dei contratti d'appalto<sup>209</sup>.

Da quanto sopra rilevato emerge che un elemento fondamentale per accertare la prevedibilità, o meno, di una determinata variazione sia individuabile nell'entità della stessa, la quale dovrà essere valutata impiegando come termine di riferimento l'oggetto del contratto definito dalle parti: solo una modifica di apprezzabile entità potrà infatti essere qualificata come variazione in senso tecnico e essere assoggettata alla disciplina in commento<sup>210</sup>.

Nel compiere tale qualificazione, gli interpreti sono concordi nel non riconoscere alcuna rilevanza alla circostanza che le parti non abbiano concretamente previsto, per loro negligenza, una determinata modifica che risulta essere, per sua natura, prevedibile; come è stato, infatti, correttamente rilevato “*il dato caratterizzante delle variazioni prevedibili*

---

MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 239; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, pp. 213 e ss.; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 4; E. MAGRÌ, *op. cit.*, p. 315; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 172, secondo cui sarebbero prevedibili quelle variazioni che “*che si riferiscono a particolari secondari, determinabili soltanto nel corso dell'esecuzione e che sono sempre possibili*”. In giurisprudenza, Cass., 27 luglio 1984, n. 4440, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Appalto*, n. 19.

<sup>207</sup> In senso conforme, P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 19. Sarà poi necessario valutare se la variante apportata sia qualificabile come prevedibile o meno.

<sup>208</sup> In tal senso, A.P. UGAS, *op. cit.* p. 419; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 408.

<sup>209</sup> V. G. RUBINO E D. RUBINO, *op. cit.*, p. 255.

<sup>210</sup> C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 172; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 14.

è costituito non tanto dalla soggettiva e colpevole mancata previsione, quanto dall'obiettiva connaturalità all'opera da realizzare"<sup>211</sup>. Risulta, invece, peculiare l'ipotesi diametralmente opposta a quella considerata, ossia quella in cui i contraenti abbiano contemplato al momento di conclusione del contratto modifiche qualificabili in astratto come imprevedibili<sup>212</sup>. A fronte di un'eventualità di tal genere, è necessario comprendere se l'effettiva previsione di una variante, per sua natura imprevedibile, sia sufficiente a qualificare la stessa come prevedibile e sottrarla così alla disciplina vigente in materia di variazioni. A quest'interrogativo, la dottrina è concorde nel rispondere in senso negativo, non potendo l'espressa previsione delle parti incidere sulla sostanza della variazione considerata; tale circostanza, infatti, avrà il semplice effetto di autorizzare preventivamente una delle parti a procedere all'esecuzione della modifica prevista in sede contrattuale<sup>213</sup>.

È inoltre possibile configurare variazioni imprevedibili anche negli appalti a misura, ma con la precisazione che, in relazione a questa tipologia di appalto, la modifica non può riguardare le dimensioni dell'opera, a meno che queste non fossero state determinate con precisione dai contraenti al momento della conclusione del contratto<sup>214</sup>.

Ciò che preme evidenziare è che la qualificazione di una determinata variante come prevedibile o imprevedibile risulta avere importanti conseguenze sul piano pratico: il soggetto appaltatore, infatti, potrà ottenere un incremento del compenso a lui spettante solamente a fronte di una variazione imprevedibile assoggettata alle disposizioni di cui

---

<sup>211</sup> P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 14. In senso conforme, C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 173; E. MAGRÌ, *op. cit.*, p. 316; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 256, che rilevano come “*se una variazione era normalmente prevedibile, cioè rientrava nell'ordine naturale delle cose, poco importa che in effetti non sia stata prevista*”.

<sup>212</sup> E ciò con il fine specifico di autorizzare il committente o l'appaltatore ad apportarle durante l'esecuzione del contratto. Tale ipotesi è analizzata da D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 256.

<sup>213</sup> In tal senso, V. DI GREGORIO, *op. cit.*, p. 296; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 256, i quali evidenziano come tale principio non risulta comunque avere una portata assoluta, e questo soprattutto in relazione al compenso spettante al soggetto appaltatore. Non è infatti da escludere che, nel caso concreto, nonostante sia stata prevista in sede contrattuale la possibilità di apportare successivamente una variante, le parti abbiano voluto riferire il compenso pattuito all'opera iniziale, lasciando inalterato il diritto del soggetto appaltatore di ottenere un aumento del corrispettivo a fronte dell'effettiva variazione dell'esecuzione apportata. In senso conforme, A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 421.

<sup>214</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 256, i quali adducono come esempio un contratto di appalto relativo alla realizzazione di una strada: qualora le parti non abbiano determinato nel dettaglio la sua lunghezza, un eventuale allungamento o riduzione non integrerà una variazione in senso tecnico e, pertanto, non sarà assoggettato alla disciplina codicistica.

agli artt. 1659, 1660 e 1661 c.c.; qualora, invece, una determinata modifica sia qualificata come prevedibile, il corrispettivo a lui spettante rimarrà quello stabilito in sede contrattuale, e questo indipendentemente dall'attività prestata per eseguire tali cambiamenti<sup>215</sup>.

Se le variazioni prevedibili costituiscono la soglia minima entro cui non sarà possibile configurare una variazione in senso tecnico, il limite massimo oltre il quale i cambiamenti apportati non risultano più riferibili al contratto stipulato è costituito dai cosiddetti "lavori extracontrattuali". Con tale espressione gli interpreti sono soliti fare riferimento a quelle modifiche che, comportando una radicale alternazione dell'oggetto originale del contratto, integrano la stipula di un nuovo negozio<sup>216</sup>. Nello specifico, il tratto distintivo che permetterebbe di distinguere i lavori qui considerati dalle variazioni in senso tecnico sarebbe individuabile nel fatto che questi sarebbero caratterizzati da una loro autonomia rispetto all'opera inizialmente delineata dalle parti<sup>217</sup>, potendo finanche consistere nella realizzazione in un *opus a sé stante*.

Mentre, quindi, nell'ambito delle varianti prevedibili non si poteva rintracciare una variazione in senso tecnico perché le stesse non comportavano un cambiamento di sufficiente rilevanza, in relazione ai lavori extracontrattuali l'inquadramento in parola risulta impossibile proprio perché l'entità delle modifiche apportate risulta essere così ragguardevole da recidere il collegamento tra l'opera o il servizio concretamente realizzati e quelli delineati in sede contrattuale.

Oltre all'oggettiva entità della modifica, sussiste una serie di circostanze che costituiscono indici utili a desumere la natura delle variazioni apportate. Si potrà quindi individuare un lavoro extracontrattuale quando il costo a questi riferibile sia di molto superiore a quello pattuito per l'opera oggetto di contratto, ovvero qualora l'attività eseguita fosse ricompresa nel progetto approvato delle parti, il quale risultava caratterizzato da un elevato livello di dettaglio<sup>218</sup>. Secondo poi un'autorevole

---

<sup>215</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.* p. 256; S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 162. Nel compiere tale accertamento il giudice dovrà tenere in considerazione ogni peculiarità del caso concreto e eventualmente ricorrere all'ausilio di un consulente tecnico. In tal senso, C. GIANNATTASIO, *op. cit.* p. 173.

<sup>216</sup> D. RUBINO, *op. cit.*, p. 172; E. MAGRÌ, *op. cit.*, p. 315; S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 162; M. GAMBINI, *op. cit.*, p. 218; E. MAGRÌ, *Le varianti*, in *L'appalto privato*, cit., p. 315; C. MASCARELLO, *op. cit.*, p. 184; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 217; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 244; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 15.

<sup>217</sup> P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 15; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 218.

<sup>218</sup> P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 16.

ricostruzione<sup>219</sup>, sarebbero individuabili tre differenti categorie di lavori extracontrattuali, distinguibili in virtù della diversa attività eseguita dall'appaltatore. Nello specifico, è possibile distinguere tra I) lavori che comportano la realizzazione di un'opera differente da quella oggetto di contratto, II) variazioni che integrano una radicale modifica di tale *opus* e, infine, III) lavori eseguiti dopo l'accettazione dell'opera<sup>220</sup>. La tripartizione illustrata, tuttavia, risulta priva di rilevanza pratica, essendo semplicemente utile a comprendere le diverse tipologie di lavori astrattamente ascrivibili alla categoria in esame.

La riconducibilità di una determinata modifica alla categoria dei lavori extracontrattuali comporta importanti conseguenze dal punto di vista della disciplina applicabile. Tali variazioni saranno, infatti, sottratte alla disciplina di cui agli artt. 1659, 1660 e 1661 del codice civile, in quanto comporteranno la conclusione di un nuovo contratto. L'appaltatore, pertanto, sarà libero di rifiutare la loro esecuzione, non essendovi tenuto in virtù del contratto inizialmente concluso; qualora poi egli acconsenta alla loro realizzazione, avrà diritto a ottenere un apposito compenso, il quale potrà essere oggetto di un'autonoma trattativa tra le parti, ovvero essere determinato mediante i criteri di cui all'art. 1657 c.c.. È altresì possibile che le parti decidano di stipulare un nuovo contratto che vada a ricomprendere l'oggetto dell'appalto stipulato in precedenza, rispetto al quale il successivo negozio concluso rivestirà un'efficacia novativa<sup>221</sup>.

Parimenti, il committente sarà libero di affidare la realizzazione dei lavori extracontrattuali in commento a un imprenditore diverso, non potendo configurarsi un diritto del primo appaltatore a essere individuato come il soggetto tenuto a eseguirli<sup>222</sup>. In ogni caso, il nuovo negozio stipulato dalle parti non sarà assoggettato, salvo un'espressa volontà delle parti in tal senso, alle condizioni pattuite dai contraenti nel primo contratto concluso<sup>223</sup>.

---

<sup>219</sup> D. RUBINO, *op. cit.*, pp. 172 e ss.

<sup>220</sup> Sul punto, infatti, si rammenta come dopo l'accettazione dell'opera non sia più configurabile la possibilità di apportare variazioni all'opera realizzata.

<sup>221</sup> E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 220.

<sup>222</sup> In tal senso, D. RUBINO, *op. cit.*, p. 171; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 17.

<sup>223</sup> Sul punto, è possibile richiamare Trib. Genova 1966, in *Arb. App.*, 1962, p. 23.

### **3 – Le diverse tipologie di variazioni imprevedibili**

#### **3.1 – La quadripartizione della categoria delle variazioni imprevedibili**

Da quanto sopra esposto è emerso come la disciplina codicistica in materia di variazioni sia applicabile alla sola categoria delle varianti imprevedibili, la quale può, a sua volta, essere scomposta in quattro differenti sottocategorie. Nello specifico possono individuarsi: I) variazioni arbitrarie, disciplinate dall'art. 1659, comma 1, c.c.; II) variazioni concordate, disciplinate dall'art. 1659, comma 2, c.c.; III) variazioni necessarie, disciplinate dall'art. 1660 c.c. e, infine, IV) variazioni ordinate dal committente, disciplinate dall'art. 1661 del codice civile.

Alla quadripartizione proposta – fatta propria dalla dottrina più tradizionale<sup>224</sup> –, alcuni autori preferiscono una classificazione tripartita, e ciò sulla base dell'assunto che le prime due categorie di variazioni indicate risulterebbero in realtà coincidenti, essendo entrambe riferibili a variazioni apportate dal soggetto appaltatore; in tale ottica, l'eventuale autorizzazione rilasciata dal committente – che costituirebbe il discrimine tra le autorizzazioni concordate e quelle realizzate arbitrariamente dall'appaltatore – non sarebbe sufficiente a giustificare la previsione di due sottocategorie distinte<sup>225</sup>. Nel corso della presente trattazione si è preferito seguire quella che è la quadripartizione tradizionale, e questo anche al fine di meglio delineare le peculiarità di ogni fattispecie contemplata dalla fonte normativa.

#### **3.2 – Le variazioni arbitrarie apportate dall'appaltatore**

La prima delle categorie sopra elencate riguarda le variazioni apportate arbitrariamente dall'appaltatore all'opera o al servizio oggetto di contratto. In relazione a tale tipologia di varianti, a rilevare è il primo comma dell'art. 1659, il quale prevede espressamente che *“l'appaltatore non può apportare variazioni alle modalità convenute dell'opera se il committente non le ha autorizzate”*. La disposizione in commento, quindi, sancisce un chiaro divieto nei confronti del soggetto appaltatore, il quale è destinato a

---

<sup>224</sup> V. C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 173; M. GAMBINI, *op. cit.*, p. 216; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 199; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 18; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 410.

<sup>225</sup> In tal senso, E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 18; M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 127; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 173 che, sebbene proponga una classificazione quadripartita, riconosce che *“essa in realtà può ridursi a una tripartizione”*.

operare anche nell'eventualità in cui la variazione apportata risulti utile o finanche necessaria<sup>226</sup>.

L'art. 1659 c.c. costituisce il fondamento normativo del principio di invariabilità dell'opera, il quale risulta funzionale a tutelare l'interesse del committente a vedersi consegnata l'opera così come descritta nel contratto concluso e a non dover sostenere esborsi maggiori rispetto a quelli preventivati a causa di variazioni apportate unilateralmente dal soggetto appaltatore<sup>227</sup>. La rigidità del divieto in commento risulta inoltre accentuata da quelli che sono i principi vigenti in materia di onere della prova: qualora l'appaltatore allegghi, al fine di ottenere un incremento del corrispettivo pattuito, di aver ottenuto un'autorizzazione dal committente avente ad oggetto una determinata modifica, sarà lui a dover necessariamente fornire la relativa prova scritta; in assenza di tale produzione probatoria, si presumerà che la variante in questione sia stata eseguita su sua unilaterale iniziativa<sup>228</sup>.

La dottrina ha poi individuato tre differenti ipotesi in cui è possibile configurare una variazione arbitraria dell'appaltatore, le quali risultano distinguersi in relazione all'utilità conseguita dal soggetto committente a seguito della modifica realizzata<sup>229</sup>.

---

<sup>226</sup> Sebbene, in quest'ultimo caso, il principio in esame incontra rilevanti attenuazioni, che verranno affrontate nel prosieguo della trattazione.

<sup>227</sup> V. D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 257; E. MAGRÌ, *op. cit.*, p. 317; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 410; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 199; M. DE TILLA, *op. cit.*, p. 282; M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 126; F. MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni di appalto*, cit., p. 151, secondo cui "l'interesse tutelato dalla norma è in primo luogo, quello del committente alla fedele esecuzione dell'opera oggetto del contratto e all'immutabilità del compenso originariamente pattuito". In giurisprudenza, Cass., 26 novembre 1954, n. 4302, con nota di F. VOLTAGGIO – LUCCHESI, *Contratto d'appalto e contratto d'opera*, in *Giust. civ.*, 1955, I, p. 558; Cass., 27 luglio 1984, n. 4440, in *Rep. Foro it.*, 1984, 127, 19, secondo cui "poiché la norma di cui all'art. 1659 c.c., che inibisce all'appaltatore di apportare, senza l'autorizzazione del committente, variazioni alle modalità convenute dell'opera, tende ad assicurare che il risultato sia conforme, anche nei particolari, a quello che il committente si era proposto, non è consentito all'appaltatore adottare materiali o forme diverse, anche se di maggior pregio, non potendo egli sostituirsi al committente nello scegliere le modalità esecutive capaci di caratterizzare l'opera, secondo le preferenze manifestate al momento della conclusione del contratto...".

<sup>228</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 257; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 411. In giurisprudenza, Cass., 20 ottobre 1984, n. 5307, in *Foro it.*, *Rep.* 1984, voce *Appalto*, n. 18; Cass., 5 giugno 1991, n. 6363, in *Foro it.*, *Rep.* 1991, voce *Appalto*, n. 20. Il medesimo principio è destinato a trovare applicazione anche nell'ipotesi in cui l'appaltatore allegghi che una determinata modifica sia stata imposta da esigenze tecniche o dal committente: anche in questi casi, sarà sempre lui la parte tenuta a fornire la relativa prova, seppur senza le preclusioni di cui all'art. 1659 c.c.

<sup>229</sup> V. C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 174.

In primo luogo, è possibile che la variazione eseguita dall'appaltatore arrechi un danno all'opera. In questo caso, il committente potrà richiedere l'eliminazione della variante o, in alternativa, una riduzione del prezzo pattuito. Qualora poi l'opera risulti del tutto inadatta alla sua destinazione, l'appaltante potrà ottenere la risoluzione del contratto stipulato<sup>230</sup>. In ogni caso, il committente vanterà il diritto a ottenere il risarcimento del danno non coperto dagli altri rimedi<sup>231</sup>.

Nell'eventualità in cui, invece, la variazione non abbia né danneggiato, né migliorato l'opera realizzata, l'appaltante potrà azionare i medesimi rimedi sopra descritti, con l'esclusione della riduzione del prezzo, la quale è, in siffatto ambito, sostituita interamente dall'azione di risarcimento del danno<sup>232</sup>. Sebbene, infatti, la variazione apportata non abbia comportato una perdita di valore dell'opera consegnata, questa risulta comunque differente da quella concordata in sede contrattuale, sicché sarà sempre qualificabile come un inadempimento del soggetto appaltatore.

L'ipotesi più peculiare, infine, è quella in cui la variazione apportata unilateralmente dall'appaltatore abbia determinato un aumento di valore dell'opera realizzata. In tale scenario, nonostante la modifica eseguita comporti un vantaggio per il soggetto committente, la difformità tra l'opera realizzata e quella concordata dalle parti legittima costui a chiedere la rimozione della variante introdotta<sup>233</sup>. A rilevare, infatti, non è tanto il valore oggettivo dell'*opus* consegnato, ma la sua idoneità a soddisfare l'utilità personale dell'appaltante, il quale potrebbe preferire un'opera di minor pregio, ma conforme alle indicazioni impartite.

In ogni caso, anche nell'ipotesi in cui il soggetto committente decida di non eliminare le variazioni apportate, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie ritengono che il dato normativo escluda la possibilità di configurare un diritto dell'appaltatore a ottenere un

---

<sup>230</sup> In tal senso, C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 174; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 21.

<sup>231</sup> V. M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 127; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 411; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 258, i quali richiamano il disposto dell'art. 1668 c.c., secondo cui "*il committente può chiedere che le difformità o i vizi siano eliminati a spese dell'appaltatore, oppure che il prezzo sia proporzionalmente diminuito, salvo il risarcimento del danno nel caso di colpa dell'appaltatore. Se però le difformità o i vizi dell'opera sono tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione, il committente può chiedere la risoluzione del contratto*".

<sup>232</sup> In tal senso, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 258; M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 127; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 21; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 411; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 224.

<sup>233</sup> V. P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 21; M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 27; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 258;



incremento del corrispettivo pattuito a titolo di compenso per la modifica eseguita<sup>234</sup>. Ciò comporta che costui non sarà neppure legittimato a esercitare l'azione di indebito arricchimento di cui all'art. 2041 c.c., la quale, peraltro, avendo carattere sussidiario, potrà essere intrapresa solamente quando una determinata fattispecie non risulti altrimenti regolata<sup>235</sup>. Tale considerazione, del resto, risulta coerente con la portata del divieto di cui all'art. 1659 c.c., il cui contenuto precettivo sarebbe disatteso se l'appaltatore avesse a disposizione una diversa via per ottenere un compenso per la variante apportata discrezionalmente<sup>236</sup>.

La teoria esposta, tuttavia, non è accolta da un orientamento minoritario secondo cui *“un criterio da adottare potrebbe essere quello di negare il rimborso delle varianti che siano rimaste indifferenti al committente, in quanto non hanno arrecato all'opera alcuna utilità economica, e concedere il rimborso delle altre le quali, per quanto dovute all'esclusiva iniziativa dell'appaltatore, abbiano arrecato un concreto incremento all'opera, o perché implicino una più economica manutenzione, o perché consentano che siano risparmiate altre opere che, senza quella variazione, si renderebbero necessarie”*<sup>237</sup>. Tuttavia, anche tra i sostenitori della teoria sopra esposta c'è chi evidenzia

---

<sup>234</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 258; E. MAGRÌ, *op. cit.*, p. 318; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 411; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 21. In giurisprudenza, Cass., 6 marzo 1993, n. 2723, in *Rep. Foro. It.*, 1993, 138, p. 37, secondo cui *“nel contratto di appalto il committente ha il diritto di ottenere l'opera realizzata con le modalità costruttive previste nel contratto e nel capitolato, in difetto di modifiche al progetto concordate tra le parti (salva la particolare disciplina per le variazioni necessarie) e, pertanto, può pretendere l'eliminazione delle varianti introdotte dall'appaltatore, anche se queste non importino una diminuzione di valore dell'opera o in ipotesi ne comportino un aumento”*.

<sup>235</sup> In tal senso, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 258; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 22. In giurisprudenza è possibile citare, *ex multis*, Cass., 29 settembre 2004, n. 19568, in *Foro it. Rep.*, 2004, voce *Arricchimento senza causa*, n. 42; Cass., 15 luglio 2003, n. 11067, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Arricchimento senza causa*, n. 31; Cass., 26 novembre 1986, n. 6981, in *Foro pad.*, 1989, I, p. 291.

<sup>236</sup> M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 127; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 258. Per le medesime ragioni è altresì escluso che egli possa pretendere un indennizzo sulla base degli artt. 936 e 939 del codice civile, relativi all'istituto dell'accessione. Tali disposizioni, infatti, presuppongono anch'esse la mancanza di un preesistente rapporto contrattuale. In tal senso D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 259; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 412.

<sup>237</sup> C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, pp. 174-175, secondo cui la sussidiarietà dell'azione di ingiustificato arricchimento non costituirebbe un ostacolo nel caso di specie, in quanto questo non sarebbe propriamente regolato dall'art. 1659 c.c.: tale norma, infatti, si limiterebbe a prevedere un divieto senza fornire una compiuta disciplina in merito al diritto dell'appaltatore a ottenere un compenso dopo la realizzazione di una determinata modifica. In senso conforme, M. RUBINO - SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 314, secondo cui l'applicazione dell'istituto dell'arricchimento ingiustificato si baserebbe sulla considerazione che la situazione sopra descritta è equiparabile a quella del proprietario del terreno sul quale un terzo abbia realizzato un'opera senza la sua autorizzazione, e che il dispositivo dell'art. 1659 c.c. *“non mostra in alcuno*

che tale impostazione non manca di suscitare alcune perplessità, soprattutto in relazione all'appalto *a forfait*, in quanto costringerebbe il committente a subire una spesa superiore a quella inizialmente convenuta<sup>238</sup>.

Qualora, invece, l'appaltatore attui unilateralmente delle variazioni all'opera commissionata ottenendo l'approvazione dell'appaltante in un momento successivo alla loro realizzazione, questa ratifica equivarrà a un'accettazione preventiva, comportando l'applicazione della disciplina relativa alle varianti concordate<sup>239</sup>. Sul punto, tuttavia, occorre precisare che il collaudo dell'opera non potrà essere considerato espressione della volontà del soggetto committente di accettare le modifiche apportate dall'appaltatore, essendo tale atto un'"operazione meramente accertativa del dato tecnico dell'idoneità dell'opera"<sup>240</sup>.

### **3.3 – Le variazioni concordate del progetto disciplinate dall'art. 1659 c.c.**

#### **3.3.1. – L'ambito di applicazione della norma in esame**

Nel precedente paragrafo è stato rilevato come l'art. 1659 c.c. sancisca un chiaro divieto per il soggetto appaltatore in virtù del quale egli non può apportare varianti all'opera oggetto di contratto senza aver ottenuto l'autorizzazione del committente; ne consegue che le parti, di comune accordo, possono modificare tale opera, essendo la disposizione in commento volta unicamente a impedire variazioni arbitrarie del soggetto appaltatore.

Come correttamente evidenziato in dottrina, la rubrica dell'articolo qui in esame – *variazioni concordate del progetto*<sup>241</sup> – sarebbe potenzialmente in grado di generare confusione in merito al suo ambito di applicazione, e "*fare attribuire all'ipotesi regolata*

---

*modo che il legislatore abbia preso in considerazione (in quanto molto rara), anche l'ipotesi che l'effetto della variante sia addirittura un giovamento per il committente. Se tale rilievo è esatto, viene infatti meno il presupposto per l'esclusione della disciplina dell'arricchimento ingiustificato, costituito dall'essere la questione già altrimenti regolata e per giunta in senso contrario. Il legislatore infatti o non ha regolato la questione o lo ha fatto attraverso l'art. 936 cod. civ. applicabile per analogia".*

<sup>238</sup> V. C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 175.

<sup>239</sup> V. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 412; M. RUBINO - SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 311; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 259, i quali evidenziano come sarà priva di valore giuridico l'eventuale approvazione ottenuta dal direttore dei lavori, in quanto costui, tendenzialmente, non è tra i soggetti legittimati a ordinare o autorizzare variazioni.

<sup>240</sup> Cass., 8 novembre 1985, n. 5460, in *Mass. Foro it.*, 1985, c. 999.

<sup>241</sup> Sul significato del termine progetto, si rimanda al cap. 1, par. 4.3.2.

da questa norma un'ampiezza che essa in realtà non ha"<sup>242</sup>. Nonostante, infatti, la norma sembri destinata a disciplinare ogni variazione derivante dall'accordo delle parti, essa, in realtà, è volta solamente a regolare quelle fattispecie in cui si sia giunti a un'intesa in merito a una determinata modifica su iniziativa del soggetto appaltatore. Per converso, nel caso in cui la proposta di variazione provenga dal soggetto appaltante, questa potrà eventualmente essere ricondotta all'art. 1661 c.c., il quale ha ad oggetto le variazioni ordinate dal committente<sup>243</sup>.

Tale orientamento, tuttavia, è stato oggetto di critiche da chi ritiene che "*purché intervenga un accordo modificativo dell'appalto originario, frutto dell'unione di proposta e accettazione, si dovrebbe parlare di variazioni concordate, da chiunque provenga il primo atto prenegozionale*"<sup>244</sup>. Secondo la ricostruzione in esame, quindi, l'iniziativa volta a raggiungere un accordo modificativo potrebbe provenire anche dal soggetto committente, purché questa risulti qualificabile come proposta ex art. 1659 c.c. e non come ordine ex art. 1661 c.c.. Parimenti, anche la proposta di variazione formulata dall'appaltatore non comporterebbe automaticamente l'applicazione dei principi in materia di variazioni concordate: qualora, infatti, il committente non risponda con un'autorizzazione ma con un ordine, rileverà il disposto dell'art. 1661 c.c.

I due orientamenti esposti appaiono invece concordi nel non riconoscere alcuna rilevanza giuridica all'accettazione formulata dall'appaltatore a seguito di un ordine avanzato dal committente ex art. 1661 c.c.: il consenso dell'appaltante, infatti, non risulta in grado di incidere sulla natura delle variazioni apportate. In conclusione, secondo questa seconda ricostruzione il reale criterio distintivo tra variazioni concordate e ordinate sarebbe individuabile non tanto nel soggetto da cui è provenuta la proposta di modifica, ma nella qualifica dell'atto emesso dal committente: nell'ipotesi in cui la richiesta da questi formulata risulti esorbitare dai limiti di cui all'art. 1661 c.c., essa dovrà essere

---

<sup>242</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 259; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 412; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 107; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 175; S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 163; V. DI GREGORIO, *op. cit.*, p. 298.

<sup>243</sup> Quando, infatti, la richiesta del committente risulta rispettare i limiti previsti dalla norma sopraccitata, l'approvazione del soggetto committente non sarà necessaria, ben potendo l'indicazione impartita essere qualificata come un vero e proprio ordine. La dottrina, inoltre, tende ad applicare tale disposizione anche quando la variante impartita esorbiti dalle restrizioni previste dall'art. 1661 c.c., ma questa sia stata eseguita dall'appaltatore senza muovere alcuna rimostranza. In tal senso, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 259.

<sup>244</sup> P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 18.

qualificata come proposta contrattuale e assoggettata alla disciplina delle variazioni concordate.

L'art. 1659 c.c., inoltre, potrà trovare applicazione solamente in relazione ad aspetti già definiti dalle parti nel contratto o disciplinati da eventuali fonti integrative, quali potrebbero essere gli usi e le regole dell'arte: solo in questo caso, infatti, sarà possibile individuare delle determinazioni suscettibili di variazione<sup>245</sup>. Per converso, non saranno assoggettate alla disciplina in esame quelle variazioni imposte da esigenze di natura tecnica, le quali sono riconducibili all'art. 1660 c.c.<sup>246</sup>.

### 3.3.2 – Il regime probatorio dell'autorizzazione rilasciata dal committente

Il secondo comma dell'art. 1659 c.c. dispone che l'autorizzazione del soggetto committente debba necessariamente essere provata per iscritto<sup>247</sup>. Secondo la dottrina pressoché unanime<sup>248</sup>, la *ratio* sottesa a tale norma sarebbe quella di rendere effettivo il divieto per l'appaltatore di apportare arbitrariamente delle modifiche all'oggetto del contratto e tutelare così gli interessi del soggetto committente. Inoltre, prevedendo l'obbligo della forma scritta, il legislatore ha voluto scongiurare il rischio che potessero sorgere contenziosi derivanti dalla difficoltà di provare eventuali autorizzazioni conferite oralmente<sup>249</sup>: è infatti innegabile che la prescrizione richiamata permetta di garantire una

---

<sup>245</sup> V. D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 262; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 178; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 24, il quale precisa che qualora tali aspetti non siano stati definiti dai contraenti, l'appaltatore sarà libero di dimostrare, mediante il ricorso a qualsiasi mezzo di prova, di aver eseguito la sua prestazione in conformità a quanto pattuito in sede contrattuale. In senso conforme, V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 243. Si tratta di una specificazione del principio già esposto in apertura in relazione all'intera categoria delle variazioni.

<sup>246</sup> Per le quali si rimanda al paragrafo 4.

<sup>247</sup> La disposizione in esame costituirebbe uno degli elementi che differenzia la disciplina del contratto di appalto da quella del contratto d'opera, nell'ambito del quale il legislatore non prevede che l'autorizzazione del committente sia provata per iscritto. In tal senso, A. CATRICALA', *op. cit.*, p. 4820.

<sup>248</sup> In tal senso, P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 24; A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 440; V. DI GREGORIO, *op. cit.*, p. 298; M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, p.129; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 260; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 414; M. GAMBINI, *op. cit.*, p. 222.

<sup>249</sup> V. S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 168; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 177; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, 227; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.* p. 242; A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 443; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 414; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 24; C. MASCARELLO, *op. cit.*, p. 185. In dottrina è stato rilevato che il requisito in parola costituirebbe anche una garanzia per il soggetto appaltatore che, se in possesso di una prova scritta, sarebbe al riparo da eventuali contestazioni successive del committente, v. O. CAGNASSO E G. COTTINO, *Contratti commerciali, in Tratto di diritto commerciale diretto da G. COTTINO*, IX, Padova, 2009, pp. 562 e ss.. Nell'opinione di chi scrive, tuttavia, tale considerazione non appare condivisibile. A tutelare l'appaltatore, infatti, non è il requisito richiesto dalla norma in commento – che, a ben vedere,

maggior certezza nello svolgimento del rapporto contrattuale. L'appaltatore che intende apportare variazioni dovrà quindi ottenere un'autorizzazione scritta al fine di ottemperare al dettato normativo: a tal scopo, sarà sufficiente una semplice scrittura privata (quale può essere, ad esempio, una lettera), non essendo necessaria la redazione di un atto pubblico o di una scrittura privata autenticata<sup>250</sup>. Il requisito formale in parola, inoltre, è previsto unicamente per l'approvazione del committente: ne consegue che la proposta formulata dal soggetto appaltatore non è assoggettata ad alcuna prescrizione formale<sup>251</sup>.

Nonostante l'apparente chiarezza del dato testuale della norma in commento – che prevede espressamente che l'autorizzazione debba essere provata per iscritto –, dottrina e giurisprudenza si sono interrogate se tale forma sia prevista dal legislatore *ad substantiam* o *ad probationem*. Sul punto, l'orientamento maggioritario ritiene che l'obbligo formale in esame sia previsto solo *ad probationem*<sup>252</sup>. Tale qualificazione, oltre a essere più fedele alla lettera della norma, risulta coerente con quelli che sono i principi vigenti in materia di appalto: sarebbe, infatti, irrazionale prevedere l'obbligo della forma scritta *ad substantiam* per gli accordi modificativi dell'oggetto dell'appalto quando questo requisito non è richiesto per la stipula del contratto di appalto a cui questi si riferiscono<sup>253</sup>.

---

prevede una limitazione dei mezzi probatori a cui tale soggetto può fare ricorso – ma il fatto concreto di aver ottenuto un'autorizzazione scritta: una premura che sarebbe possibile anche in assenza di una prescrizione normativa che renda dovuto tale atto.

<sup>250</sup> V. P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 24.

<sup>251</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 261; A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 445; M. RUBINO - SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 317; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 415. Tale considerazione risulta inoltre coerente con la *ratio* della norma in esame, che è quella di tutelare gli interessi del soggetto committente.

<sup>252</sup> In tal senso, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 260; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 177; M. RUBINO - SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 316; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 25; A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 440. In giurisprudenza, Cass., 14 luglio 1972, n. 2431, in *Mass. Giust. civ.*, 1972, 134, 13, secondo cui “*tale prova per iscritto non è ad substantiam, ma soltanto ad probationem, sicché essa può essere fornita dall'appaltatore anche mediante la confessione del committente*”; App. Palermo, 7 marzo 2016, n. 428; Cass., 31 maggio 2012, n. 8786, entrambi consultabili al sito [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>253</sup> Sul punto occorre rammentare che il contratto di appalto è un contratto a forma libera, fatta l'eccezione di alcuni casi specifici. Per un approfondimento di tale caratteristica, si rimanda al cap. 1, par. 1. È comunque pacifico che il requisito della forma scritta previsto dall'art. 1659 c.c. debba essere rispettato anche nell'ipotesi in cui non esista “*un vero e proprio progetto dell'opera e neanche un semplice disegno, e in generale anche se l'originario contratto d'appalto era stato concluso oralmente*”, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 262.

A dispetto dell'evidente fondatezza degli argomenti sopra esposti, alcuni autori ritengono che la forma prevista dall'art. 1659 c.c. sia invece richiesta *ad substantiam*<sup>254</sup>.

Tale impostazione, nonostante appaia difficilmente condivisibile, è stata fatta propria anche da alcune pronunce giurisprudenziali, con le quali la Corte di cassazione ha espressamente affermato che “l'art. 1659 c.c. richiede che le modifiche siano autorizzate dal committente e che l'autorizzazione risulti da atto scritto *ad substantiam*”<sup>255</sup>. La questione, pertanto, è da ritenersi ancora non definita, il che appare particolarmente grave se si considera che la qualificazione in esame ha delle importanti implicazioni pratiche: accertare se la forma scritta imposta dalla legge sia prevista *ad substantiam* o *ad probationem* risulta avere un'incidenza diretta su quello che è il regime probatorio a cui è assoggettata l'autorizzazione del soggetto committente.

Nello specifico, sostenere la tesi – che ci si sente quindi di condividere in quanto coerente con il dato letterale dell'art. 1659 c.c. e con la *ratio* ad esso sottesa – secondo cui il requisito formale in parola è previsto solamente a fini probatori impone di riconoscere all'appaltatore la possibilità di ricorrere al giuramento, alla confessione e all'interrogatorio formale per provare l'autorizzazione ricevuta dal committente<sup>256</sup>. L'inquadramento considerato comporta inoltre che, in siffatto contesto, possa operare il principio di non contestazione di cui all'art. 115 c.p.c.<sup>257</sup>, la cui applicazione è preclusa quando uno specifico obbligo formale sia prescritto *ad substantiam*. Per quanto concerne invece il ricorso alla prova testimoniale, l'art. 2725 c.c. equipara i casi in cui la forma

---

<sup>254</sup> Secondo alcuni, tale orientamento risulterebbe fondato sull'intento di ricalcare la disciplina del codice previgente, il cui art. 1640 prevedeva, in relazione al contratto di appalto, tale specifico requisito formale. In tal senso P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 25; V. DIGREGORIO, *op. cit.*, p. 298, che puntualizza come “a ben vedere, tenuto conto anche del fatto che nella Relazione al codice civile si precisa che la forma scritta *ad substantiam* è *parsa eccessiva*, forse la motivazione è da ricondursi all'intento dei giudici di indurre le parti ad una serie di riflessioni sull'introduzione di varianti che, una volta realizzate, determinano un aumento del compenso per l'appaltatore...”.

<sup>255</sup> Cass., 24 settembre 1994, n. 7851, in *Mass. Foro. It.*, 1994, p. 735. In senso conforme, Cass., 19 settembre 2011, n. 19099, in *Contr.*, 2012, p. 60; Cass. 28 maggio 2001, n. 7242, in *Nuova giur. civ.*, 2002, I, p. 735; Cass., 24 settembre 1994, n. 7851, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Appalto*, n. 39. In dottrina, è stato affrontato il caso particolare in cui il contratto di appalto sia assoggettato al requisito della forma scritta (si rimanda, per un approfondimento di tale casistica, al cap. 1, par. 1), v. A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 446, la quale sembra suggerire che, in siffatta ipotesi, il requisito formale di cui all'art. 1659 c.c. dovrebbe essere inteso *ad substantiam*.

<sup>256</sup> Sul punto, si rammenta che il giuramento non è ammesso, ai sensi dell'art. 2739 c.c., per provare un contratto assoggettato al requisito della forma scritta *ad substantiam*.

<sup>257</sup> Sicché, qualora l'esistenza dell'autorizzazione non sia contestata dall'appaltante, essa non dovrà essere oggetto di prova.

scritta sia prevista *ad substantiam* o *ad probationem* prevedendo la facoltà di ricorrere a tale mezzo istruttorio solamente nell'ipotesi contemplata dall'art. 2724, n. 3, cc., ossia a fronte dello smarrimento incolpevole del documento utile a fornire la prova. Non essendo inoltre rinvenibile alcuna ragione di ordine pubblico nella scelta del legislatore di prevedere per un determinato atto la forma scritta *ad probationem*, la giurisprudenza è solita ritenere che, in questi casi, il giudice possa ammettere, in assenza di una specifica eccezione di una delle parti, la prova testimoniale anche al di là dell'ipotesi di cui all'art. 2724, n. 3<sup>258</sup>.

Per quanto concerne poi la facoltà dell'appaltatore di provare l'autorizzazione ricevuta ricorrendo a presunzioni, una parte della dottrina tende a escludere questa possibilità, e ciò al fine di scongiurare il rischio di veder disattesa la *ratio* sottesa al requisito formale in esame<sup>259</sup>. Tale conclusione, tuttavia, risulta contraddittoria con quelli che sono i principi vigenti in materia: l'art. 2729 c.c., infatti, dispone che "*le presunzioni non si possono ammettere nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni*"; ne consegue che, qualora sia possibile ricorrere alla prova testimoniale – ossia, nel caso di specie, nelle ipotesi contemplate dall'art. 2724, n. 3, c.c. – dovrebbe anche essere riconosciuta all'appaltatore la facoltà di provare l'esistenza di un'autorizzazione mediante il ricorso a schemi presuntivi<sup>260</sup>.

Da quanto sopra esposto emerge quindi che, anche sotto il profilo probatorio, l'art. 1659 c.c. risulta manifestamente volto a favorire e tutelare il soggetto committente, e questo mediante una prescrizione formale particolarmente stringente. Proprio a causa della rigidità che connota la disposizione in esame, gli interpreti hanno cercato di

---

<sup>258</sup> Corte App. Roma, 18 agosto 1959, in *Riv. giur. edil.*, 1960, I, p. 278. La giurisprudenza ritiene, infatti, che l'inammissibilità della prova testimoniale, o di quella presuntiva, non possa essere rilevata d'ufficio dal giudice quando la forma scritta di un determinato atto sia prevista *ad probationem*. In tal senso, Cass., 30 marzo 2010, n. 7765, consultabile al sito [www.dejure.it](http://www.dejure.it), la cui massima recita che "*L'inammissibilità della prova per testi nei contratti, derivante dalla previsione della forma scritta ad probationem, non attiene all'ordine pubblico ma alla tutela d'interessi privati, per cui non può essere rilevata d'ufficio, ma deve essere eccepita dalla parte interessata, entro il termine previsto dall'art. 157, comma 2, c.p.c., nella prima istanza o difesa successiva al suo configurarsi*".

<sup>259</sup> In tal senso, C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 178; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 26, il quale richiama a Cass. 20 ottobre 1984, n. 5307, consultabile al sito [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>260</sup> In senso conforme, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 260; V. DI GREGORIO, *op. cit.*, p. 298; A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 444, che rileva come "*al vincolo di forma consegue che l'appaltatore non potrà provare l'eventuale consenso del committente prestato oralmente, tramite testimoni o presunzioni; potrà invece avvalersi di tali mezzi probatori se dimostra di aver perduto senza colpa il documento che gli forniva la prova (art. 2725, comma 1, in combinazione con l'art. 2724, n. 3, e l'art. 2729, comma 2)*".

restringerme l'ambito applicativo. Secondo, infatti, la dottrina maggioritaria, il requisito della forma scritta ivi previsto troverebbe applicazione solamente nel caso in cui l'appaltatore agisca nei confronti del committente per ottenere un compenso aggiuntivo per le variazioni apportate o per sottrarsi alla responsabilità derivante dall'aver consegnato un'opera differente da quella inizialmente concordata<sup>261</sup>.

Qualora, invece, il giudizio sia instaurato per altri fini, la prescrizione formale in esame è destinata a non trovare applicazione, e questo perché non sussiste l'esigenza di tutelare l'interesse del soggetto committente che l'art. 1659 c.c. risulta preordinato a tutelare<sup>262</sup>.

Come è stato rilevato in precedenza, la forma scritta prevista all'art. 1659 c.c. risulta applicabile alle sole ipotesi di variazioni apportate su iniziativa del soggetto appaltatore: quando, invece, determinate varianti siano eseguite per ordine del soggetto committente, tale atto non sarà assoggettato alcun tipo di prescrizione formale. Ne consegue che, in tali casi, l'appaltatore sarà libero di provare con ogni mezzo l'ordine ricevuto dal soggetto appaltante, il quale potrà essere impartito anche oralmente<sup>263</sup>. In altri termini, per l'appaltatore che voglia evitare che le qualifiche apportate siano qualificate come arbitrarie, si aprono due vie: *“se detta dichiarazione può essere interpretabile quale ordine del committente, rientrando la variante nei limiti di cui all'art. 1661 c.c., essa sarebbe provabile liberamente. Se, invece, la dichiarazione del committente si presenta come atto inequivocabilmente autorizzatorio, non rientrando nei limiti applicativi della citata norma, vigerà il principio della prova per iscritto”*<sup>264</sup>.

In ogni caso, anche nell'ipotesi in cui l'appaltatore disponga di una dichiarazione scritta con la quale il committente ha autorizzato le modifiche eseguite, egli avrà sempre

---

<sup>261</sup> V. D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 262; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 25.

<sup>262</sup> In tal senso, D. RUBINO, *op. cit.*, p. 416; A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 444. A titolo esemplificativo, non sarà necessario provare per iscritto l'autorizzazione ricevuta qualora l'appaltatore la adduca per giustificare un ritardo nella consegna dell'opera. Parimenti, il committente potrà ricorrere a qualsiasi mezzo probatorio per dimostrare che l'appaltatore non si è conformato alla variazione inizialmente concordata.

<sup>263</sup> A. CATRICALÀ, *op. cit.*, p. 4820; S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 168; C. MASCARELLO, *op. cit.*, p. 185; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 26. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 22 aprile, 2003, n. 6398, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, p. 885; Cass., 15 marzo 1995, n. 3040, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, p. 615.

<sup>264</sup> P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 26. In senso conforme, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 262, secondo cui *“è consentito ogni mezzo di prova quando si tratti di dimostrare che le variazioni sono state non autorizzate, ma direttamente ordinate dal committente, cioè che si rientri non nell'ipotesi dell'articolo in esame, ma in quella dell'articolo 1661”*. In giurisprudenza, Cass., 22 aprile 2003, n. 6398, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Appalto*, n. 32; Cass., 28 maggio 2001, n. 7242, in *Nuova giur. civ.*, 2002, I, p. 735.



l'interesse a provare che la stessa sia stata ordinata dal soggetto appaltante, essendo la disciplina prevista dall'art. 1661 c.c. a lui più favorevole<sup>265</sup>; tale questione dovrà essere quindi risolta in sede interpretativa, sulla base del tenore letterale della dichiarazione rilasciata.

In conclusione, se l'atto proveniente dal soggetto committente risulta qualificabile come ordine, questo potrà essere provato senza che sussista alcun tipo di limitazione probatoria; qualora, invece, esso costituisca un atto a contenuto autorizzativo, varranno le preclusioni probatorie sopra esposte. Parimenti, le limitazioni illustrate non potranno operare qualora le modifiche apportate siano di entità tale da essere ricondotte alla categoria dei lavori extracontrattuali<sup>266</sup>, in quanto questi per loro natura comportano la sottoscrizione di un nuovo contratto di appalto, che è considerato un contratto a forma libera.

### 3.3.3 – L'autorizzazione preventiva conferita dal soggetto committente

Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel riconoscere la facoltà per le parti contraenti di contemplare già nel contratto stipulato la possibilità che il soggetto appaltatore apporti varianti all'opera oggetto della sua prestazione<sup>267</sup>: in questo caso,

---

<sup>265</sup> Infatti, oltre a quanto si dirà nel prosieguo in merito alla determinazione del compenso, si ritiene che le variazioni apportate ex art. 1659 c.c., rispetto a quelle ordinarie ex art. 1661 c.c., comportino un più stringente tipo di responsabilità a carico dell'appaltatore in relazione agli eventuali difetti presentati dalla variante apportata. In tal senso, A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 444.

<sup>266</sup> V. D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 262; V. DI GREGORIO, *op. cit.*, p. 299; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 416; C. MASCARELLO, *op. cit.*, p. 186; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 177. In giurisprudenza, Cass., 25 maggio 1991, n. 5935, consultabile al sito [www.dejure.it](http://www.dejure.it), secondo cui “qualora le modifiche aggiuntive siano di tale natura ed importanza da potersi considerare oggetto di un nuovo contratto d'appalto, separato ed indipendente dal primo, non trovano applicazione le limitazioni probatorie di cui all'art. 1659, secondo comma, c.c. e l'autorizzazione del committente può essere desunta ed accertata con qualsiasi mezzo di prova ed anche in via presuntiva”. Sul punto, si rimanda a quanto rilevato nel paragrafo 2.2 in merito all'impossibilità di applicare la disciplina in materia di variazioni alla categoria dei lavori extracontrattuali.

<sup>267</sup> V. P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 27; E. MAGRÌ, *op. cit.*, p. 318; M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 130; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 417. Nell'ipotesi di autorizzazione preventiva, non potrà individuarsi alcun negozio modificativo dell'oggetto contrattuale, ma si avrà un diritto riservato a uno dei contraenti di modificare tale elemento in un momento successivo alla stipula. In tal senso, F. MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, cit., p. 154. Sul punto, appare particolarmente rilevante l'opinione di A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 450, secondo cui la previsione di un'autorizzazione preventiva potrebbe escludere la possibilità di ricondurre la variante apportata alla disciplina di cui all'art. 1659 c.c.. Nello specifico, “la c.d. autorizzazione preventiva tanto più è specifica tanto più deve essere riguardata come una ulteriore ipotesi di variazione fondata su di un presupposto differente da quelli contemplati dal legislatore, in particolare su di un accordo in senso stretto, piuttosto che su di una (semplice) autorizzazione (successiva alla proposta dell'appaltatore). Questa autonomia potrebbe giustificare

anche nell'ipotesi in cui il contratto di appalto sia stipulato oralmente, è necessario che tale autorizzazione risulti da un atto avente forma scritta<sup>268</sup>.

L'approvazione preventiva rilasciata in sede contrattuale può essere classificata, in relazione al suo contenuto, come generica o specifica. Nella seconda ipotesi, le parti andranno a prevedere nel dettaglio quelle che sono le modifiche oggetto di autorizzazione: ne consegue che un'eventuale variazione che vada oltre i limiti degli interventi consentiti dovrà necessariamente essere qualificata come una variazione apportata discrezionalmente dall'appaltatore, con le conseguenze affrontate nei paragrafi precedenti<sup>269</sup>. In ogni caso, anche a fronte di un'autorizzazione preventiva, non sarà riconosciuta al soggetto appaltatore un'assoluta discrezionalità nell'esecuzione della variante, dovendo egli esercitare la facoltà riconosciutagli nel rispetto del principio di buona fede previsto dall'art. 1375 c.c.<sup>270</sup>.

Le autorizzazioni preventive aventi portata generale pongono, invece, numerosi problemi interpretativi. È stato infatti rilevato come, a fronte di una determinazione contrattuale avente tale natura, sia necessario interpretare con cautela la volontà delle parti, le quali potrebbero aver voluto semplicemente indicare la possibilità che in futuro siano apportate varianti all'opera concordata, le quali necessiteranno poi di un'approvazione specifica<sup>271</sup>.

Secondo, invece, un orientamento più restrittivo, un'autorizzazione preventiva avente portata generale sarebbe sempre da ritenere priva di effetti giuridici, e questo proprio in virtù della sua innata genericità<sup>272</sup>. In questo contesto, è stato rilevato come una via per considerare vincolante una clausola di siffatto genere sarebbe quella di

---

*qualche riflessione sulla disciplina applicabile posto che per taluni profili potrebbe essere figura da avvicinare piuttosto all'ipotesi regolata dall'art. 1661 che a quella di cui all'art. 1659*".

<sup>268</sup> E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 229; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 417; E. MAGRÌ, *op. cit.*, p. 319. La dottrina tende invece ad escludere la possibilità che le parti possano, in sede contrattuale, derogare alla disciplina di cui all'art. 1659 c.c. prevedendo la facoltà dell'appaltatore di procedere ad apportare varianti sulla base di una semplice autorizzazione orale. In tal senso, A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 450.

<sup>269</sup> V. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 417.

<sup>270</sup> In tal senso, F. MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, cit., p. 155.

<sup>271</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 27; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 27. Occorre inoltre appurare se la clausola pattuita dalle parti non sia semplicemente volta ad autorizzare quelle variazioni prevedibili che risultano frequenti nell'ambito dell'esecuzione del contratto di appalto.

<sup>272</sup> In tal senso, C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 176; V. MAGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 242; V. DI GREGORIO, *op. cit.*, p. 300; A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 450; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 230; E. MAGRÌ, *op. cit.*, p. 319.

precisare il contenuto della facoltà del soggetto appaltatore mediante il rimando all'art. 1375 c.c.. Nello specifico, *“ove non si voglia privare la clausola contrattuale di qualsiasi significato, affermandone la nullità per indeterminatezza/indeterminabilità del suo contenuto, si deve riconoscere il ruolo decisivo della previsione generale dell'art. 1375, che consente di controllare l'esercizio della discrezionalità insita nel potere determinativo attribuito alla parte”*<sup>273</sup>.

Quello che è certo, è che una clausola che consenta all'appaltatore di apportare ogni tipo di variazione non potrà che essere dichiarata nulla, in quanto avrebbe l'effetto concreto di rimettere la determinazione dell'oggetto contrattuale all'insindacabile discrezionalità di una delle parti contrattuali<sup>274</sup>. Chiarito ciò, a parere di chi scrive dovrebbe essere considerata valida e vincolante un'eventuale autorizzazione preventiva che, senza menzionare specificatamente una variante, conferisca all'appaltatore la facoltà di apportare modifiche che siano perlomeno determinate nel genere o che in qualche modo limitino l'arbitrarietà di tale soggetto<sup>275</sup>.

In conclusione, occorre rammentare che la circostanza che le parti abbiano concretamente previsto nel regolamento contrattuale determinate variazioni, per loro natura imprevedibili, non andrà ad incidere su questa loro natura.

### **3.3.4 – L'autorizzazione successiva all'esecuzione della variazione**

Come è ammessa la possibilità che il committente autorizzi l'appaltatore ad apportare determinate modifiche in via preventiva, così gli interpreti riconoscono la legittimità di un'approvazione successiva alla realizzazione di una determinata variazione<sup>276</sup>. In siffatto contesto, dottrina e giurisprudenza sono soliti distinguere tra due differenti fattispecie, le quali si differenziano in relazione al momento in cui sopravviene l'autorizzazione del soggetto committente.

---

<sup>273</sup> F. MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, cit., p. 157-158.

<sup>274</sup> M. RUBINO E SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 319; S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 166;

<sup>275</sup> Basti pensare alla clausola con cui il committente conferisca all'appaltatore la possibilità di sostituire alcuni dei materiali che dovranno essere impiegati nella realizzazione dell'opera con altri di valore maggiore.

<sup>276</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 263; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 418; M. RUBINO - SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 320; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 28; A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 451; S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 166; E. MAGRÌ, *op. cit.*, p. 319; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 244.

La prima ipotesi è quella in cui l'approvazione dell'appaltante sia conferita dopo che le varianti sono state apportate, ma prima della consegna dell'opera. In questo caso, la dottrina è concorde nell'affermare che l'atto autorizzativo dovrà rispettare il requisito formale di cui all'art. 1659 c.c., non essendo ancora venuto meno l'interesse del committente a evitare che l'appaltatore apporti modifiche arbitrarie all'opera oggetto di contratto. In merito agli effetti giuridici discendenti da tale atto occorre precisare che l'autorizzazione rilasciata dal committente durante l'esecuzione del contratto non risulta comunque in grado di vincolare le sue future determinazioni, sicché egli avrà sempre la facoltà di rifiutare l'opera realizzata al momento della consegna, e questo in virtù del principio secondo cui le verifiche eseguite nel corso dei lavori non vincolano il soggetto committente ad accettare l'opera al momento del collaudo finale<sup>277</sup>.

Tuttavia, è stato correttamente sostenuto che tale diritto dell'appaltatore debba sempre essere esercitato in ossequio al principio di cui all'art. 1375 c.c.: ne consegue che, a fronte di un'autorizzazione in corso d'esecuzione, un rifiuto al momento della consegna dovrà essere giustificato da elementi sopravvenuti o comunque non conosciuti al tempo di questo specifico atto. In via generale si potrebbe quindi affermare che la facoltà di rifiutare l'opera dovrebbe essere riconosciuta ogni qual volta questa sia giustificata da ragioni non attinenti la variazione oggetto di autorizzazione<sup>278</sup>.

Dal caso affrontato si differenzia, invece, quello in cui l'approvazione delle varianti avvenga in sede di collaudo e verifica finale. In siffatta ipotesi, infatti, la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nell'affermare che non operi il requisito formale di cui all'art. 1659 c.c., con la conseguenza che l'autorizzazione del soggetto committente potrà essere comunicata oralmente o finanche desunta dalla condotta da questi tenuta a seguito della consegna dell'opera<sup>279</sup>. La ragione sottesa a tale deroga è da individuarsi nel fatto che, in sede di collaudo, non sussiste più l'esigenza di tutelare il committente da eventuali variazioni apportate dal soggetto appaltatore, non essendo più l'*opus* realizzato nella sua

---

<sup>277</sup> È, infatti, solo quando l'opera risulta interamente realizzata che l'appaltante può compiere una valutazione con cognizione di causa. P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 28; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 419; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 263.

<sup>278</sup> Tesi sostenuta da P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 29.

<sup>279</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 264; E. MAGRÌ, *op. cit.*, p. 319; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 419; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 177; E. RUSSO. C. CRIACO, *op. cit.*, pp. 228 ss.; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 244.

materiale disponibilità. Inoltre, l'accettazione e il collaudo non sono atti assoggettati ad alcun vincolo formale<sup>280</sup>.

Come già anticipato, questo comporta che l'accettazione delle modifiche da parte del committente possa avvenire anche tacitamente; nello specifico, si potrà parlare di accettazione tacita a fronte di atti da cui è desumibile, in modo inequivocabile, l'intenzione dell'appaltante di approvare la variante apportata. A titolo esemplificativo, sarà individuabile una tale volontà a fronte del pagamento di una somma maggiore rispetto a quella inizialmente pattuita dalle parti e che vada a ricomprendere il compenso per la modifica eseguita<sup>281</sup>. Per converso, il semplice silenzio tenuto dalla parte in sede di accettazione e di collaudo, non può essere qualificato come approvazione delle varianti apportate<sup>282</sup>.

### **3.3.5 – I soggetti legittimati ad autorizzare le variazioni ex art. 1659 c.c.**

Uno degli elementi che contribuisce a incrementare il grado di complessità dell'esecuzione del contratto di appalto è certamente individuabile nel fatto che questa tendenzialmente prevede il coinvolgimento di più soggetti, tra cui emerge, per la sua particolare rilevanza, il direttore dei lavori. Tale figura può, nel concreto, rivestire diversi ruoli, potendo egli essere tanto un ausiliario dell'appaltatore, quanto una figura nominata dal committente.

In questa seconda ipotesi, in assenza di particolari deleghe conferite dal committente, si è soliti ritenere che l'oggetto del suo incarico sia limitato a fornire un apporto di natura meramente tecnica; egli, quindi, sarà unicamente legittimato a impartire istruzioni integrative all'appaltatore in merito alla realizzazione dell'opera, senza che le stesse possano però comportare una vera e propria variazione dell'*opus* oggetto di contratto<sup>283</sup>. Come, infatti, rilevato dalla stessa Corte di cassazione, “*le contestazioni circa l'eventuale*

---

<sup>280</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 264; A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 452; V. DI GREGORIO, *op. cit.*, p. 300. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 29 novembre 1993, n. 11835, consultabile al sito [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>281</sup> C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 176; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 264; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 30. In giurisprudenza, particolarmente rilevante risulta una pronuncia del Tribunale di Rieti, 10 dicembre 2012, n. 645, consultabile al sito [www.dejure.it](http://www.dejure.it), secondo cui la sottoscrizione della fattura da parte del committente può costituire una ratifica delle modificazioni eseguite.

<sup>282</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 264.

<sup>283</sup> In tal senso, D. RUBINO, *op. cit.*, p. 380; M. DE TILLA, *op. cit.*, p. 160; A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 447. P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 31; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 260. Ancora una volta, quindi, rileva la distinzione tra variazioni in senso tecnico e mere istruzioni integrative illustrata nel cap.1, par. 2.2.

*ineseguibilità del progetto o la necessità di variazioni, ai fini dell'esonero dell'appaltatore dalle responsabilità che la legge espressamente gli attribuisce, devono essere tempestivamente comunicate da questi direttamente al committente, e non al direttore, atteso che costui, quale ausiliare del committente, ne assume la rappresentanza limitatamente alle sole materie strettamente tecniche*"<sup>284</sup>.

Tale assunto risulta inoltre coerente con il disposto dell'art. 1659 c.c., il quale individua nel committente l'unico soggetto legittimato ad autorizzare le variazioni proposte dall'appaltatore. Il principio sopra esposto, tuttavia, non risulta avere una portata assoluta, essendo ammessa la possibilità per l'appaltante di conferire al direttore dei lavori il potere di autorizzare variazioni inerenti all'opera oggetto di contratto<sup>285</sup>. In questa ipotesi, quindi, l'approvazione di tale soggetto sarà equiparabile a quella rilasciata dal committente, secondo quelle che sono le regole proprie dell'istituto della rappresentanza.

Occorre tuttavia comprendere quale forma debba rivestire la delega conferita dal soggetto committente. La dottrina, sul punto, appare divisa.

Secondo un primo orientamento, sarebbe necessario che il committente rilasci una procura scritta, e questo al fine di soddisfare i requisiti formali di cui all'art. 1659 c.c.: a fronte di una siffatta delega, il direttore dei lavori sarebbe poi legittimato ad autorizzare le modifiche proposte dall'appaltatore anche oralmente<sup>286</sup>. Per converso, a fronte di un incarico conferito in forma orale, un'approvazione scritta del direttore dei lavori non risulterebbe in grado di legittimare le variazioni apportate dal soggetto appaltatore.

Tale ricostruzione, tuttavia, non è stata esente da critiche, le quali hanno rilevato come essa "*non sembra tenere in debito conto la differenza sostanziale intercorrente tra atto autorizzatorio della variazione e atto attributivo del potere autorizzatorio*", essendo solo il primo assoggettato al requisito formale di cui all'art. 1659 c.c., mentre il secondo rientrerebbe "*nell'ambito del negozio della procura*"<sup>287</sup>. Ed è proprio sulla base di questa

---

<sup>284</sup> Cass., 19 giugno 1996, n. 5632, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, p. 465. In senso conforme, Cass., 28 maggio 2001, n. 7242, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, VI, p. 735, con nota di A. SPANGARO, *Appalto: variazioni dell'opera e rappresentanza del direttore dei lavori*, secondo cui "*il direttore dei lavori assume la rappresentanza del committente limitatamente alla materia strettamente tecnica e le sue dichiarazioni sono pertanto vincolanti per il committente medesimo soltanto se siano contenute in detto ambito tecnico*".

<sup>285</sup> V. D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 260; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 31; A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 449; V. DI GREGORIO, *op. cit.*, p. 300; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 412; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, pp. 177-178; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, pp. 230 e ss..

<sup>286</sup> In tal senso, C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, pp. 177-178; A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 448.

<sup>287</sup> P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 31.

considerazione che un secondo orientamento ritiene che l'atto con cui l'appaltante attribuisce al direttore dei lavori il potere di autorizzare varianti non debba essere provato per iscritto, essendo l'onere formale anzidetto previsto per la sola approvazione di cui all'art. 1659 c.c.. A sostegno di tale assunto è stato inoltre rilevato che l'art. 1392 c.c. – secondo cui “*la procura non ha effetto se non è conferita con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere*” – non sarebbe applicabile al caso di specie, essendo destinato a operare solamente qualora un determinato requisito formale sia prescritto *ad substantiam*<sup>288</sup>.

Questione differente è, invece, quella relativa alla forma che deve avere l'atto con cui il direttore dei lavori, munito di poteri rappresentativi, accetta la proposta di variazione formulata dall'appaltatore. Anche in riferimento a questa tematica, è possibile individuare due orientamenti contrastanti: secondo una prima tesi, l'approvazione in parola potrebbe essere conferita anche oralmente, purché essa sottenda un conferimento di poteri rilasciato in forma scritta<sup>289</sup>. Una seconda ricostruzione, che risulta maggiormente fedele al disposto dell'art. 1659 c.c., imporrebbe invece il rispetto del requisito della forma scritta anche quando l'autorizzazione sia espressa dal direttore dei lavori, non potendo la provenienza di tale atto incidere sul requisito formale<sup>290</sup>.

Tra le due impostazioni, la seconda appare, nell'opinione di chi scrive, quella più coerente con la *ratio* sottesa all'art. 1659 c.c.. Come, infatti, è stato più volte rilevato in precedenza, la norma richiamata è volta a tutelare il soggetto committente dal rischio che l'appaltatore apporti unilateralmente delle modifiche all'opera oggetto di contratto, e questo mediante la previsione di un requisito formale che nel concreto permette di ritenere arbitraria ogni variazione non giustificata da un'approvazione scritta. Tale finalità, a ben vedere, può essere perseguita solamente ritenendo la prescrizione sopraccitata riferibile anche al caso in cui l'autorizzazione provenga dal direttore dei lavori.

Non sembra inoltre che un'eventuale procura conferita in forma scritta dal committente sia in grado di giustificare un'autorizzazione orale da parte del direttore dei lavori: essa, infatti, non costituisce una manifestazione della volontà negoziale

---

<sup>288</sup> V. D. RUBINO, *op. cit.*, pp. 414-415. Tesi che risulta essere accolta anche da P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 32.

<sup>289</sup> C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 177.

<sup>290</sup> C. CARNEVALE E G. TROTTA, in *L'appalto, rassegna di giurisprudenza commentata* diretta da A. JANNUZZI, Milano, 1978, p. 211.

dell'appaltante in relazione alla variante proposta, ma risulta semplicemente essere un atto espressione della fiducia che tale soggetto ripone nel direttore dei lavori da lui nominato, il quale viene così individuato come la figura legittimata a decidere sull'esecuzione di eventuali modifiche. Pertanto, presa consapevolezza del fatto che tale atto non è destinato a incidere in alcun modo sulle successive determinazioni del direttore nominato, non si comprende la ragione per cui la sua formalizzazione in forma scritta potrebbe giustificare il mancato rispetto del requisito formale imposto dall'art. 1659 c.c. in relazione alla successiva autorizzazione.

Un caso peculiare, infine, risulta essere quello in cui il direttore dei lavori, privo di poteri rappresentativi, si limiti a comunicare all'appaltatore l'autorizzazione rilasciata dal committente in relazione a una determinata variante. In questa ipotesi, autorevole dottrina ha rilevato che *“si ha prova scritta anche se il direttore dei lavori trasmette per iscritto un'autorizzazione orale del committente. Se poi questi nega di averla data, spetta all'appaltatore provarla: ma può farlo con ogni mezzo, perché ora il committente va difeso contro il pericolo di un'iniziativa unilaterale e arbitraria non più dell'appaltatore, bensì del proprio direttore, sicché non gioca più la ratio della norma”*<sup>291</sup>. Tuttavia, anche l'impostazione qui considerata non appare condivisibile. Come è stato infatti correttamente rilevato, il requisito formale di cui all'art. 1659 c.c. risulta riferibile all'autorizzazione del committente, e non ad eventuali comunicazioni di soggetti terzi coinvolti nei lavori. Nella fattispecie in esame, il direttore dei lavori non risulta titolare di alcun potere rappresentativo, sicché la trasmissione da lui eseguita non può che essere qualificata come un semplice atto materiale privo di valore negoziale, a cui non è possibile riconnettere alcuna prescrizione formale; ne consegue che il requisito di forma di cui all'art. 1659 c.c. dovrà necessariamente essere riferito alle determinazioni del soggetto appaltante<sup>292</sup>,

### **3.3.6 – Il diritto dell'appaltatore a ottenere un compenso aggiuntivo per le variazioni apportate**

Occorre quindi affrontare la tematica relativa all'incidenza delle variazioni apportate all'opera o al servizio oggetto di contratto sul corrispettivo pattuito dalle parti.

---

<sup>291</sup> D. RUBINO, *op. cit.*, p. 414.

<sup>292</sup> In tal senso, P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 33.



In primo luogo, è possibile che la modifica concordata dalle parti sia tale da non giustificare, dal punto di vista economico, un incremento o una riduzione del prezzo previsto. È questo il caso in cui i contraenti decidono di sostituire i materiali inizialmente scelti per la realizzazione dell'opera con altri del medesimo valore. A fronte di una siffatta eventualità, non sussistono ragioni per aumentare il compenso *ab origine* stabilito: l'adozione dei nuovi materiali non comporterà, infatti, un aumento dei costi sostenuti dall'appaltatore o un incremento di valore dell'opera realizzata. Il caso qui affrontato, tuttavia, costituisce un'ipotesi pressoché teorica, essendo molto difficile che la variazione apportata dalle parti non abbia alcuna rilevanza dal punto di vista economico<sup>293</sup>.

Non è altresì previsto un incremento del compenso pattuito nelle ipotesi in cui le parti concordino una riduzione dell'opera oggetto di contratto, ovvero la demolizione di una parte già costruita. Nella prima delle fattispecie indicate – a cui può essere equiparato il caso in cui vengano impiegati materiali di valore inferiore – si è soliti ritenere che una diminuzione dei lavori commissionati, o l'impiego di materiali di qualità inferiore, comporti una riduzione del prezzo concordato<sup>294</sup>. Tuttavia, in tale contesto assume un'importanza determinante quello che è stato l'effettivo accordo raggiunto dalle parti: molto spesso, infatti, si può ravvisare una rinuncia dell'appaltatore alla parte di guadagno corrispondente alla porzione d'opera oggetto di riduzione<sup>295</sup>. In altri casi, invece, è possibile che i contraenti decidano di ridurre solamente quella parte di compenso corrispondente alla diminuzione dei costi sostenuti dall'appaltatore in virtù della modifica apportata. Infine, è anche possibile che le parti decidano di lasciare inalterato il corrispettivo pattuito, sicché la variazione eseguita non avrà alcuna incidenza sugli accordi economici intercorsi<sup>296</sup>.

Per quanto concerne, invece, il caso in cui la variante comporti la demolizione di una porzione di opera già costruita, si ritiene che, in assenza di un diverso accordo delle parti, non sia dovuto un compenso né per l'opera demolita, né per le spese di demolizione, ma questo solamente perché la dinamica sottesa all'art. 1659 c.c. permetterebbe di ravvisare

---

<sup>293</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 264; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 33; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 179.

<sup>294</sup> C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 180; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 35, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 271.

<sup>295</sup> V. D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 271.

<sup>296</sup> Eventualità che risulta frequente negli appalti *a forfait*.

una rinuncia implicita dell'appaltatore alla parte di compenso corrispondente a tale porzione d'opera<sup>297</sup>: si rammenta, infatti, che la disciplina in materia di variazioni concordate è destinata a trovare applicazione a fronte di modifiche approvate su iniziativa dell'appaltatore, sicché saremmo di fronte a riduzioni da lui concretamente suggerite. La dottrina maggioritaria è inoltre concorde nel negare che sussista il diritto a un compenso aggiuntivo qualora la modifica eseguita abbia comportato un semplice aumento della durata dei lavori, e questo perché non ricorrerebbe “*la ratio della norma attributiva dello stesso compenso, volta, evidentemente, ad apprestare copertura ai suddetti costi aggiuntivi*”<sup>298</sup>. Si tratta, nell'opinione di chi scrive, di una conclusione difficilmente condivisibile, o perlomeno destinata a incontrare importanti eccezioni.

In primo luogo, infatti, occorre considerare che il prolungamento dei lavori comporterà sempre per l'appaltatore un aumento dei costi (il mantenimento del cantiere, l'impiego della manodopera, l'impossibilità di destinare le proprie risorse alla realizzazione di una diversa opera). Inoltre, il caso in esame non coincide con quello in cui l'appaltatore proponga al committente una sospensione dei lavori, o un loro rallentamento, per sue esigenze d'impresa, ma è quello che vede l'aumento della durata dei lavori come una conseguenza di una variante concordata dalle parti. Pertanto, non si comprende per quale motivo dovrebbe essere negato il diritto dell'appaltatore a ottenere un incremento del compenso, preso atto del fatto che egli si trova comunque a dover sostenere un aumento di spesa a causa della modifica apportata<sup>299</sup>.

La tematica relativa al diritto dell'appaltatore a ottenere un incremento del compenso si pone, invece, in relazione a tre differenti ipotesi, ossia quando la variante apportata abbia comportato I) un aumento delle dimensioni dell'opera, II) un incremento della sua qualità – derivante, ad esempio, dall'impiego di materiali di maggior pregio – e, infine, III) qualora la stessa abbia causato una maggiore difficoltà nell'esecuzione del contratto<sup>300</sup>.

---

<sup>297</sup> In tal senso, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 269.

<sup>298</sup> P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 36. In senso conforme, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 269.

<sup>299</sup> Un esempio concreto potrebbe essere quello in cui le parti concordino di adottare diverse modalità di esecuzione dell'opera che, seppur non incidendo sulle sue caratteristiche finali, comportino un vantaggio per il soggetto committente.

<sup>300</sup> Tale tripartizione, propria dell'impostazione di D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 265, è stata poi ripresa da diversi autori, tra cui P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 35; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 245.

Nell'ambito di siffatta analisi, un ruolo primario deve essere riconosciuto, ancora una volta, al dettato normativo. Nello specifico, il terzo comma dell'art. 1659 c.c. dispone che *“anche quando le modificazioni sono state autorizzate, l'appaltatore, se il prezzo dell'intera opera è stato determinato globalmente, non ha diritto a compenso per le variazioni o per le aggiunte, salvo diversa pattuizione”*. Dalla norma richiamata è possibile desumere che, in tutti gli appalti in cui il corrispettivo non sia stabilito a *forfait*, le variazioni apportate durante l'esecuzione del contratto comportano, salvo pattuizioni in senso contrario, il diritto dell'appaltatore a ottenere un incremento del corrispettivo inizialmente pattuito.

La circostanza che tale diritto sia previsto direttamente dalla legge non è un fatto privo di conseguenze concrete, in quanto rende superfluo che l'incremento in parola sia previsto espressamente nel contratto stipulato tra le parti o nell'atto autorizzativo emesso dal committente<sup>301</sup>. Il supplemento considerato risulta poi dovuto dall'appaltante a titolo di corrispettivo contrattuale, non potendo tale importo essere qualificato come un'indennità per atto lecito o un risarcimento del danno<sup>302</sup>. Esso, inoltre, a differenza di quanto avviene negli appalti pubblici, non risulta essere assoggettato a particolari termini, decadenze o speciali modalità d'esercizio. Pertanto, il diritto dell'appaltatore è soggetto al termine ordinario di prescrizione decennale, il quale inizierà a decorrere dal momento fissato per il pagamento del corrispettivo<sup>303</sup>, che tendenzialmente coincide, ex art. 1665 c.c., con l'accettazione dell'opera.

Per quanto concerne le modalità di determinazione del compenso, occorre distinguere tra gli appalti a corpo e gli appalti a misura.

---

<sup>301</sup> Come è stato infatti rilevato da attenta dottrina *“non occorre quindi che l'appaltatore faccia espressa riserva (neppure generica) di un compenso suppletivo quando propone la variante, né quando la concorda definitivamente col committente, né in qualsiasi altro momento successivo”*, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 265, i quali precisano altresì che non si potrebbe configurare una rinuncia implicita a tale corrispettivo neppure qualora l'appaltatore abbia riscosso, senza riserve, il prezzo inizialmente concordato. In senso conforme, A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 432.

<sup>302</sup> Sul punto, la stessa Corte di cassazione ha precisato che *“il compenso supplementare per le maggiori spese derivanti dalla modifica del progetto in corso d'opera è dovuto all'appaltatore a titolo di corrispettivo contrattuale e non a titolo di indennità da atto lecito o di risarcimento del danno”*, Cass., 8 aprile 1999, n. 3393, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Appalto*, n. 32. In dottrina, A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 435.

<sup>303</sup> V. A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 433; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 421; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 167.

### 3.3.7 – La determinazione del compenso spettante per la variante apportata nell’ambito degli appalti a misura

In relazione agli appalti a misura, vige il principio generale secondo cui l’appaltatore “non debba risentire danno dalla variazione, ma debba ricevere un trattamento economicamente equivalente a quello che avrebbe avuto se l’opera fosse stata ab origine come risulta dopo la variante”<sup>304</sup>. Come è già stato rilevato, il diritto dell’appaltatore a ottenere un incremento del corrispettivo per la variante apportata deriva direttamente dalla legge e dalla regola del sinallagma funzionale<sup>305</sup>. Occorre però comprendere quali sono le modalità attraverso cui è possibile giungere alla determinazione di tale supplemento.

In primo luogo, questo può essere determinato dalle stesse parti, le quali possono quantificarlo espressamente o limitarsi a stabilire i criteri per la sua futura liquidazione<sup>306</sup>. L’accordo relativo a tale compenso non risulta inoltre soggetto ad alcun requisito formale, essendo il secondo comma dell’art. 1659 c.c. riferibile solamente all’autorizzazione rilasciata dal committente a eseguire la variante<sup>307</sup>. Ciò nonostante, qualora questa pattuizione si presenti come un patto aggiunto o successivo a tale atto autorizzativo, esso sarà assoggettato alle limitazioni probatorie di cui agli artt. 2722 e 2723 c.c.<sup>308</sup>.

---

<sup>304</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 267.

<sup>305</sup> C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 179; M. GAMBINI, *op. cit.*, p. 223, il quale rileva che “è la stessa alternazione del sinallagma funzionale che lega le situazioni giuridiche coinvolte nel rapporto di appalto, prodotta dalle variazioni introdotte, a far sorgere un’esigenza di riequilibrio, alla quale l’ordinamento risponde attraverso il riconoscimento dell’appaltatore di un diritto al maggior compenso per le varianti realizzate”. Come è già stato rilevato in precedenza, l’aumento di compenso è dovuto a titolo di corrispettivo, e non di indennità, cfr. A. CATRICALÀ, *op. cit.*, p. 4820.

<sup>306</sup> In dottrina è stato evidenziato che il prezzo determinato a seguito dell’accordo in merito alle variazioni risulta comunque assoggettato all’istituto della revisione previsto dall’art. 1664 c.c.. In tal senso, C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 167; A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 433.

<sup>307</sup> V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 245; A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 433; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 422; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 167; M. RUBINO – SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 323, G. MUSOLINO, *op. cit.*, p. 31.

<sup>308</sup> D. RUBINO, *op. cit.*, p. 422; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 167. In senso parzialmente difforme, P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 37, il quale afferma che in questi casi la prova di tale accordo dovrebbe essere assoggettata alle limitazioni di cui all’art. 1659, secondo comma, c.c.. Si tratta, tuttavia, di un’impostazione non condivisibile, essendo quest’ultima norma espressamente volta a disciplinare la sola autorizzazione del soggetto committente. La dottrina, inoltre, si divide in merito a quelle che sono le conseguenze derivanti dalla mancata prova dell’accordo avente ad oggetto il supplemento di corrispettivo. Secondo un primo condivisibile orientamento, tale ipotesi sarebbe totalmente equiparabile a quella in cui le parti non abbiano raggiunto un’intesa su questo specifico aspetto, con l’effetto che dovrà trovare applicazione il disposto dell’art. 1657 c.c. (in tal senso C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 179; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 37). In senso contrario, A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 434, che esclude che in tali casi il compenso possa essere liquidato ai sensi

È corretto parlare di accordo tra le parti anche a fronte della scelta dell'appaltatore di rinunciare al supplemento di corrispettivo a lui dovuto per la variante eseguita<sup>309</sup>; pertanto, anche in siffatta eventualità opereranno i sopra esposti principi in materia di prova dell'intesa raggiunta. La rinuncia dell'appaltatore, oltre che parziale, può altresì essere tacita<sup>310</sup>. L'ipotesi in commento si potrà individuare, ad esempio, nel caso in cui l'appaltante abbia subordinato l'autorizzazione alla modifica proposta all'esclusione di un aumento del corrispettivo pattuito: in questo caso, non sarà necessaria un'accettazione formale dell'appaltatore per poter desumere dall'esecuzione della variante la volontà di rinunciare a un compenso aggiuntivo.

In mancanza di un accordo tra le parti<sup>311</sup>, la determinazione dell'aumento di corrispettivo sarà rimessa al giudice, il quale dovrà quantificarlo accertando l'obiettiva entità della variante rispetto a quella che è l'originaria consistenza dell'opera<sup>312</sup>. Nell'ambito specifico degli appalti a misura, il grado di complessità di tale determinazione dipenderà dalla chiarezza con la quale i contraenti hanno definito i criteri di calcolo del prezzo e dall'omogeneità dei lavori posti in essere per eseguire la variante rispetto a quelli previsti per la realizzazione dell'opera originaria.

L'ipotesi più semplice è quella in cui la modifica concordata dalle parti comporti un'attività il cui prezzo unitario sia stato già determinato dalle parti in sede contrattuale: in questo caso, infatti, per quantificare il supplemento dovuto sarà sufficiente compiere una semplice operazione matematica<sup>313</sup>. Qualora, invece, la modifica richieda il compimento di un'attività in relazione alla quale le parti non hanno stabilito un corrispettivo a misura specifico, sarà necessario stabilire nuovi prezzi unitari<sup>314</sup>.

---

dell'art. 1657 c.c., essendo tale norma riferibile alla sola ipotesi in cui manchi la determinazione del compenso. La procedura di determinazione del prezzo in assenza di un accordo tra le parti sarà comunque illustrata nel prosieguo.

<sup>309</sup> In tal senso, A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 433.

<sup>310</sup> D. RUBINO, *op. cit.*, p. 421. Vale, tuttavia, quanto affermato nel precedente paragrafo, secondo cui non potrà essere desunta una rinuncia ad un compenso aggiuntivo dalla semplice accettazione, senza riserva, del prezzo pattuito in sede contrattuale.

<sup>311</sup> Sul punto, V. DI GREGORIO, *op. cit.*, p. 306, evidenzia come “*nella prassi commerciale, poiché accade frequentemente che il progetto subisca variazioni qualitative o quantitative, determinando a carico dell'appaltatore costi aggiuntivi, la soluzione è adottata in via preventiva attraverso clausole di adeguamento del prezzo alle variazioni convenute, in deroga a quanto stabilito dalla norma*”.

<sup>312</sup> D. RUBINO, *op. cit.*, p. 423; A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 434.

<sup>313</sup> Ossia sarà sufficiente moltiplicare il prezzo unitario applicabile al caso di specie con l'incremento realizzato, espresso nell'unità di misura di riferimento.

<sup>314</sup> In tal senso, D. RUBINO, *op. cit.*, p. 423; A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 435.

Nell'ambito di tale determinazione, rileva ancora una volta l'art. 1657 c.c., il quale è per l'appunto destinato a trovare applicazione in relazione a quei contratti in cui le parti non abbiano stabilito l'ammontare del corrispettivo spettante al soggetto appaltatore<sup>315</sup>. In tal contesto, tuttavia, la dottrina è concorde nell'affermare che il giudice, nel quantificare il supplemento di compenso dovuto, dovrà tenere in debita considerazione i prezzi unitari eventualmente concordati dalle parti in relazione ad attività e lavori aventi natura affine, i quali dovranno quindi costituire il principale parametro di riferimento impiegato nell'ambito di tale determinazione giudiziale<sup>316</sup>.

Se, ad ogni modo, l'applicazione dei nuovi prezzi contrattuali non risulti sufficiente a coprire le maggiori spese sostenute dall'appaltatore, il supplemento di corrispettivo a lui spettante dovrà essere aumentato ulteriormente, essendo necessario che la maggiore onerosità da costui sostenuta sia coperta per intero<sup>317</sup>. Qualora le parti abbiano poi concordato, in sede contrattuale, una somma a titolo di spese generali, questa dovrà essere incrementata in modo proporzionale rapportando l'entità della variante all'opera originariamente delineata dalle parti<sup>318</sup>. Infine, l'aumento di corrispettivo dovuto all'appaltatore dovrà garantire a costui di conseguire lo stesso margine di profitto previsto dal contratto originario<sup>319</sup>. Dal punto di vista probatorio occorre poi segnalare come l'onere di provare l'entità e il costo delle variazioni apportate, nonché le caratteristiche

---

<sup>315</sup> In merito all'applicazione dell'art. 1657 c.c., si veda C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 179; A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 435; C. MASCARELLO, *op. cit.*, p. 186; A. CATRICALÀ, *op. cit.*, p. 4821; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 424.

<sup>316</sup> È stato comunque evidenziato come la determinazione del prezzo richieda un accertamento di fatto che, se correttamente motivato, risulta sottratto al sindacato di legittimità, v. Cass., 21 aprile 1969, in *Mass., giur. it.*, 1969, p. 516.

<sup>317</sup> V. D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 267; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 37. È stato inoltre rilevato come l'appaltatore abbia diritto ad un aumento del compenso anche nell'ipotesi in cui la variazione apportata comporti l'applicazione di un'aliquota iva maggiore rispetto a quella inizialmente contemplata, v. Cass., 4 maggio 2011, n. 9796, in *Guida dir.*, 2001, 24, p. 59.

<sup>318</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 268; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 38; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 180.

<sup>319</sup> V. C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 168; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 425; A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 434. Tale principio comporta che l'appaltatore non avrà semplicemente il diritto a mantenere inalterato il proprio profitto (risultato che sarebbe garantito aumentando il corrispettivo di un importo pari all'aggravio di spesa sostenuto), ma avrà diritto a ottenere un supplemento di prezzo che lasci immutato il rapporto tra l'entità del profitto e il corrispettivo complessivo a lui spettante.

dell'opera inizialmente progettata, spetta al soggetto appaltatore, il quale è la parte interessata a vedere il proprio compenso parametrato all'attività nel concreto realizzata<sup>320</sup>.

In merito allo svolgimento del contratto di appalto e al diritto dell'appaltatore a ottenere un incremento del corrispettivo pattuito, è stato rilevato che egli non potrà comunque sospendere i lavori pretendendo la quantificazione e la corresponsione del supplemento dovuto per la variante approvata: in siffatta ipotesi, infatti, il compenso aggiuntivo relativo alla modifica eseguita sarà esigibile solamente al momento dell'accettazione dell'opera. Ne consegue che, fino a tale evento, non sarà configurabile un mancato pagamento che possa giustificare la sospensione dei lavori<sup>321</sup>.

Occorre infine rilevare come l'aumento del compenso qui affrontato risulta differenziarsi dalla fattispecie disciplinata dall'art. 1664 c.c.<sup>322</sup>. In primo luogo, infatti, risultano diversi i presupposti che giustificano un incremento del corrispettivo: nel caso di specie, il supplemento in parola trova la propria causa nell'accordo modificativo concluso dalle parti che, nel concreto, incide sulla prestazione facente capo al soggetto appaltatore; nell'ipotesi contemplata dall'art. 1664 c.c., invece, esso trova la propria *ratio* nel sopravvenienza di circostanze non previste dalle parti che, a fronte di determinati presupposti, risultano in grado di incidere sul compenso inizialmente concordato<sup>323</sup>.

In secondo luogo, appaiono finanche differenti gli effetti derivanti dal verificarsi delle due fattispecie considerate. Come, infatti, è stato illustrato nel presente paragrafo, a fronte di una variazione concordata ex art. 1659 c.c., l'appaltatore ha diritto a un incremento di corrispettivo che non solo gli permetta di sostenere l'aggravio di spese da questa derivante, ma che gli consenta altresì di conseguire un profitto parametrato alle nuove dimensioni dell'opera. Il primo comma dell'art. 1664 c.c., inoltre, prevede che tale revisione possa essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo, il quale costituisce un limite non previsto in materia di variazioni.

### **3.3.8 – L'incidenza della variante sul corrispettivo negli appalti a *forfait***

---

<sup>320</sup> A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 434; M. DE TILLA, *op. cit.*, pp. 274 e ss.. In giurisprudenza, Cass., 16 luglio 1983, n. 4911, consultabile al sito [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>321</sup> In tal senso, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 266; V. DI GREGORIO, *op. cit.*, p. 304.

<sup>322</sup> V. DI GREGORIO, *op. cit.*, p. 303.

<sup>323</sup> Per un approfondimento in merito a tale disposizione, si rimanda al cap. 2, par. 6.

Il terzo comma dell'art. 1659 c.c. esclude espressamente che l'appaltatore possa pretendere un supplemento di compenso per le variazioni apportate qualora il corrispettivo per l'appalto sia stato determinato globalmente, salvo che sia intercorso un diverso accordo tra le parti<sup>324</sup>. La ragione per cui il legislatore ha deciso di disciplinare differentemente gli appalti a *forfait* da quelli a misura è individuata dalla dottrina nel fatto che negli appalti a corpo il principio di invariabilità del prezzo appare caratterizzato da una maggiore rigidità, sicché il prezzo pattuito sarebbe destinato a rimanere inalterato anche a fronte di un mutamento dell'*opus* oggetto di contratto<sup>325</sup>. Secondo, invece, un orientamento minoritario, la determinazione di un corrispettivo comprensivo dell'intera opera o servizio permetterebbe di presumere una volontà delle parti volta a lasciare immutato il compenso pattuito anche a fronte di una modifica della prestazione dovuta dall'appaltatore<sup>326</sup>.

Indipendentemente da quelle che sono le ragioni ad essa sottese, la differenziazione in parola ha incontrato severe critiche in dottrina, ove è stato correttamente evidenziato che l'invariabilità del prezzo a corpo presupporrebbe che l'opera rimanga immutata<sup>327</sup>. Se si considera poi la fattispecie concreta che l'art. 1659 c.c. è volta a disciplinare, si può finanche arrivare a sostenere, come è stato fatto da alcuni autori, che la previsione in commento potrebbe addirittura arrecare un nocimento agli interessi dell'appaltatore. Occorre infatti rammentare che l'art. 1659 c.c. è applicabile a quelle variazioni adottate su proposta dell'appaltatore. Tuttavia, è incontestabile che, nell'ambito degli appalti a corpo, tale soggetto sarà particolarmente restio a suggerire modifiche sapendo che la legge esclude che egli possa pretendere un supplemento del compenso pattuito<sup>328</sup>; ne

---

<sup>324</sup> Per quanto concerne la distinzione tra appalti a corpo e appalti a misura, si rimanda al cap. 1, par. 2.

<sup>325</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 271; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 38.

<sup>326</sup> A. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1957, p. 82; L. LORDI, *Istituzioni di diritto commerciale*, II, Padova, 1943, p. 318.

<sup>327</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 271. In senso conforme, V. DI GREGORIO, *op. cit.*, p. 304; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 38. Una posizione più neutra, invece, è quella sostenuta da F. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 200, il quale si limita a rilevare come la scelta del legislatore presuppone semplicemente "che non sia possibile di regola, ravvisare in ordine alle variazioni apportate ad iniziativa dell'appaltatore un interesse del committente sufficiente per giustificare, in tale ipotesi, una modificazione delle condizioni contrattuali".

<sup>328</sup> Opinione sostenuta da C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 181. Si potrebbe obiettare che le medesime variazioni potrebbero essere oggetto di un ordine del committente e che, di conseguenza, non sarebbe necessaria una proposta dell'appaltatore per conseguire un miglioramento dell'opera. Tuttavia appare innegabile che essendo l'appaltatore il soggetto chiamato a eseguire concretamente l'opera, egli si trova in



consegue che il terzo comma della norma richiamata potrebbe addirittura avere l'effetto di disincentivare l'introduzione di modifiche che potrebbero comportar un vantaggio per il committente.

La portata prescrittiva della disposizione in esame esclude poi che l'appaltatore possa ottenere una somma a titolo di indennizzo per l'indebito arricchimento dell'appaltante<sup>329</sup>.

Anche alla luce di tali ragioni, il terzo comma dell'art 1659 c.c. è stato interpretato in modo restrittivo: esso, infatti, risulta riferibile solamente a quei contratti a corpo in cui il prezzo dell'intera opera sia stato concordato dalle parti non solo globalmente, ma anche preventivamente, ossia nell'ambito del contratto originario o comunque mediante un successivo accordo intercorso prima che sia stata autorizzata la variante proposta. Qualora, invece, la determinazione del prezzo complessivo non sia avvenuta in questa sede, ma sia stata compiuta mediante un criterio di determinabilità<sup>330</sup>, l'appaltatore avrà diritto a un supplemento del compenso pattuito<sup>331</sup>.

L'art. 1659 c.c., in ogni caso, prevede espressamente che le parti possano concordare una somma aggiuntiva a favore dell'appaltatore quale corrispettivo delle variazioni apportate all'opera oggetto di contratto. Tale determinazione può concretamente avvenire sia contestualmente all'atto che autorizza la variante, sia in un momento successivo<sup>332</sup>. Dal punto di vista probatorio, vale quanto già rilevato nel paragrafo precedente: qualora l'accordo con cui le parti abbiano determinato il compenso non sia contestuale all'autorizzazione della variante, esso non dovrà essere provato per iscritto ex art. 1659, 2 comma, c.c., ma sarà qualificabile come un atto aggiunto al contratto che introduce la variante, sicché troveranno applicazione le limitazioni probatorie di cui agli art. 2722 e 2723<sup>333</sup>.

---

una posizione privilegiata per individuare quali aspetti dovrebbero essere oggetto di modifica, sicché dovrebbe comunque sussistere l'interesse a non disincentivare sue eventuali proposte di variazione.

<sup>329</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 272, i quali espressamente affermano che "*siccome la norma, anche se cattiva, esiste, per i veri e propri appalti a corpo l'appaltatore non può neppure chiedere un indennizzo a titolo di indebito arricchimento del committente*". Le ragioni sottese a tale esclusione sono le stesse che hanno portato a ritenere inapplicabile l'art. 2041 c.c. al caso in cui la variante eseguita dall'appaltatore non sia stata autorizzata dal soggetto committente.

<sup>330</sup> Come può essere, ad esempio, il ricorso un arbitratore o da un giudice.

<sup>331</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 272; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 39; A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 436; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 429.

<sup>332</sup> L'art. 1640 del codice previgente imponeva, invece, che l'accordo fosse contestuale all'atto autorizzativo della variante.

<sup>333</sup> V. D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 272; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 39.

Anche in tale contesto, le parti potrebbero concordare un diritto a un supplemento a favore dell'appaltatore, senza però determinarne l'ammontare. In siffatta ipotesi, si ritiene che l'incremento in esame debba essere quantificato tenendo in considerazione il rapporto che sussiste tra l'entità dell'opera originaria e la modifica apportata<sup>334</sup>.

Infine, la disciplina applicabile agli appalti *a forfait* si differenzia rispetto a quella relativa agli appalti a misura anche sotto un ulteriore aspetto: qualora, infatti, la variazione concordata dalle parti si concretizzi in una riduzione di quelli che sono i lavori inizialmente commissionati all'appaltatore, è escluso che questa possa comportare una decurtazione del compenso inizialmente stabilito, essendo in tal contesto possibile affermare che la volontà delle parti era quella di mantenere inalterato il prezzo anche a fronte di un ridimensionamento dell'opera oggetto di contratto<sup>335</sup>.

### **3.3.9 – La natura dell'accordo raggiunto dalle parti ex art. 1659 c.c.**

Risulta poi particolarmente rilevante, anche in considerazione dell'oggetto della presente trattazione, comprendere la natura dell'accordo intercorso tra le parti in merito alla variazione proposta dal soggetto appaltatore. Come è stato più volte rilevato nel corso dei precedenti paragrafi, l'art. 1659 c.c. parla di "*autorizzazione*" per riferirsi al necessario consenso del soggetto committente: un termine che inevitabilmente rimanda alla categoria dei negozi giuridici unilaterali. Tuttavia, come sostenuto da autorevole dottrina, tale espressione sarebbe utilizzata dal legislatore in modo improprio al solo fine di evidenziare come, nell'ipotesi disciplinata dalla sopraccitata norma, l'iniziativa volta a introdurre la modifica debba provenire dall'appaltatore; ne consegue, che essa non costituirebbe un elemento da cui desumere la natura dell'atto in commento<sup>336</sup>.

Secondo, infatti, un orientamento pressoché incontestato, l'autorizzazione del committente non sarebbe altro che un'accettazione della proposta di modifica formulata

---

<sup>334</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 266; G. MUSOLINO, *op. cit.*, p. 31; M. RUBINO – SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 322; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 437; A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 437; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 40. Troverà quindi applicazione il disposto dell'art. 1657 c.c.

<sup>335</sup> Tuttavia, anche in relazione a tale aspetto, vale quando riferito in merito all'entità che devono avere le modifiche per poter essere assoggettate alla relativa disciplina codicistica. Una riduzione di entità rilevante, infatti, potrebbe comportare un mutamento dell'oggetto non ascrivibile al concetto tecnico di variazione.

<sup>336</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 260.

dall'appaltatore, con la quale concorrerebbe a formare un vero e proprio contratto volto a integrare e modificare il regolamento originariamente concordato<sup>337</sup>.

A sostegno di tale assunto è stato rilevato come l'autorizzazione di cui all'art. 1659 c.c. appaia, ad ogni evidenza, priva delle caratteristiche che contraddistinguono i negozi autorizzativi nell'ambito del diritto privato, i quali risultano tendenzialmente volti a rimuovere “*un limite all'esercizio dell'altrui diritto già attribuito dalla legge o anche dallo stesso privato con un atto precedente*”<sup>338</sup>. Nell'ambito del contratto di appalto, tuttavia, è impossibile ravvisare un diritto dell'appaltatore a modificare l'oggetto del contratto concluso, sicché il caso di specie sarebbe ben differente dalle altre ipotesi in cui il diritto privato menziona negozi aventi natura autorizzativa<sup>339</sup>. È quindi condivisibile, nell'opinione di chi scrive, quell'orientamento che vede nell'art. 1659 c.c. una chiara espressione dell'istituto della rinegoziazione del contratto, in quanto questa norma disciplina “*un vero e proprio procedimento, volto al raggiungimento dell'accordo modificativo e finalizzato a consentire al contratto originario di perseguire gli scopi per i quali era stato stipulato*”<sup>340</sup>.

Tale conclusione, tuttavia, non può riferirsi ad ogni fattispecie concreta riconducibile all'art. 1659 c.c.. Nello specifico, non sembra sia individuabile un accordo modificativo qualora le parti abbiano già previsto nel contratto concluso la facoltà per l'appaltatore di apportare delle modifiche all'opera oggetto di contratto<sup>341</sup>: si tratta dell'ipotesi, già affrontata in precedenza<sup>342</sup>, in cui sia stata rilasciata in sede di stipula un'autorizzazione preventiva all'esecuzione di determinate modifiche. A fronte di un accordo di siffatto genere, è evidente che non si possa individuare un successivo contratto volto a modificare il regolamento contrattuale delineato dalle parti, e ciò poiché questo prevedeva fin dal principio la facoltà dell'appaltatore di modificare la prestazione dovuta dall'appaltatore.

---

<sup>337</sup> A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 431; V. DI GREGORIO, *op. cit.*, p. 300; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 302; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 43; F. MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, cit., p. 153, il quale precisa che esso debba essere collocato “*fra i cosiddetti contratti regolamentari ricompresi nella definizione dell'art. 1321 c.c.*”.

<sup>338</sup> Tant'è che spesso quest'atto può essere sostituito da un provvedimento giudiziale, v. A. AURICCHIO, *Autorizzazione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 504. A titolo esemplificativo, l'art. 1395 c.c. parla di autorizzazione in materia di rappresentanza in relazione al consenso conferito dal rappresentato al rappresentante a concludere un contratto con sé stesso.

<sup>339</sup> In tal senso, P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 43.

<sup>340</sup> P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 45.

<sup>341</sup> In tal senso, F. MACARIO, *op. cit.*, p. 154.

<sup>342</sup> Sul punto, si rimanda al paragrafo 3.3.3.

Ne consegue che, a fronte di un'eventualità di tal genere, sarà impossibile inquadrare la modifica apportata nell'ambito della rinegoziazione del contratto, essendo invece corretto parlare di *ius variandi* riconosciuto dalle parti a favore del soggetto appaltatore.

Ricondurre gli accordi di cui all'art. 1659 c.c alla categoria dei contratti modificativi risulta poi avere importanti conseguenze giuridiche.

In primo luogo, da tale qualifica consegue che la fase di trattative volta a raggiungere un'intesa in merito all'approvazione della variante sarà assoggettata a quelli che sono in principi vigenti in ambito precontrattuale, tra cui rileva, per la sua importanza, l'obbligo di comportarsi secondo buona fede previsto dall'art. 1337 c.c.<sup>343</sup>.

Un ulteriore corollario del sopra esposto inquadramento riguarda la posizione del soggetto appaltatore. Qualora, infatti, il consenso di cui all'art. 1659 c.c. fosse qualificabile come un'autorizzazione in senso stretto, da questa deriverebbe la semplice facoltà per tale soggetto di eseguire la variante approvata dal committente. Essendo, invece, l'intesa considerata classificabile come un vero e proprio contratto, l'appaltatore avrà l'obbligo di apportare la variante concordata: la sua mancata esecuzione, infatti, comporterebbe un vero e proprio inadempimento suscettibile di integrare una responsabilità contrattuale in capo al soggetto appaltatore<sup>344</sup>.

Sussistono poi due orientamenti contrastanti in merito all'incidenza della qualificazione in commento sulla possibilità di configurare un'autorizzazione parziale. Secondo una parte della dottrina, la natura contrattuale dell'accordo modificativo impedirebbe di ritenere sufficiente al suo perfezionamento un'eventuale autorizzazione parziale manifestata dall'appaltante. Tale assunto risulterebbe fondato sul disposto dell'art. 1326 c.c, il quale prevede che per la conclusione di un contratto è necessario che sussista un'identità tra proposta e accettazione, e che se questa non risulta conforme alla proposta formulata essa è destinata a valere come una nuova proposta. In quest'ottica, l'autorizzazione manifestata dal committente ad apportare solamente alcune delle modifiche avanzate dall'appaltatore dovrebbe necessariamente essere qualificata come una nuova proposta, non potendo di per sé integrare il perfezionamento di un accordo modificativo<sup>345</sup>.

---

<sup>343</sup> V. F. MACARIO, *op. cit.*, pp. 154 e ss.; P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 41.

<sup>344</sup> In tal senso, P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 41.

<sup>345</sup> L'appaltatore, infatti, potrebbe non essere disponibile a realizzare solamente una parte delle variazioni prospettate. In dottrina, tale tesi è sostenuta da P. VIRGADAMO, *op. cit.*, p. 41, il quale rileva

Un diverso orientamento, invece, nonostante condivida la natura contrattuale dell'accordo anzidetto, è propenso ad ammettere la possibilità che da un'approvazione parziale possa derivare la conclusione di un accordo modificativo ad oggetto ridotto, che obblighi l'appaltatore a procedere alle variazioni approvate rinunciando, però, a quelle non contemplate dall'autorizzazione emessa<sup>346</sup>. Si tratta, a parere di chi scrive, di un assunto condivisibile. Ad ogni modo, la questione qui posta sembra rilevare solamente nella determinazione del momento in cui è stato stipulato il contratto modificativo. Infatti, anche nell'ipotesi in cui si volesse individuare nell'autorizzazione parziale del committente una nuova proposta, nulla impedirebbe di considerare comunque concluso un contratto, fermo restando che, in siffatto contesto, non sarebbe necessaria un'accettazione scritta da parte del soggetto appaltatore.

### **3.3.10 – Gli effetti dell'accordo modificativo sul contratto di appalto stipulato dalle parti**

Il raggiungimento di un accordo, ex art. 1659 c.c., in merito a una variazione proposta dall'appaltatore risulta avere una rilevante incidenza sul regolamento contrattuale delineato dalle parti. In primo luogo, esso avrà l'effetto diretto di mutare le prestazioni oggetto di contratto.

Oltre a tale ovvia conseguenza, la variazione apportata può avere un'influenza anche sulle tempistiche stabilite dalle parti per l'esecuzione della prestazione facente capo al soggetto appaltatore. Nello specifico, qualora le parti abbiano previsto, in sede contrattuale, un termine finale per la consegna dell'opera o la fornitura del servizio, questo è destinato a non essere più vincolante qualora i contraenti decidano di adottare delle varianti e queste comportino un aumento dei tempi di lavorazione: è pacifico, infatti, che all'appaltatore debba essere riconosciuto un termine suppletivo che gli permetta di dare esecuzione alla modifica concordata<sup>347</sup>. Secondo la dottrina unanime, tale diritto

---

anche come la classificazione in parola permetterebbe di qualificare come corrispettivo il supplemento di compenso dovuto dal soggetto appaltatore.

<sup>346</sup> Secondo questa impostazione, solamente una totale difformità dell'autorizzazione rispetto alla proposta di modifica formulata tale da determinare un'incompatibilità assoluta tra le variazioni proposte e quelle accettate impedirebbe la conclusione dell'accordo modificativo, v. F. MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, cit., p. 153.

<sup>347</sup> A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 439; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 426. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 6 ottobre 2011, n. 20484, consultabile al sito [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Trib. Milano, 27 agosto 2019, n. 7898, consultabile al sito [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

deriverebbe direttamente dalla legge, sicché non risulta necessario che esso sia oggetto di una specifica pattuizione delle parti<sup>348</sup>: in assenza di un accordo sul punto, i contraenti possono rivolgersi all'autorità giudiziaria e chiederne la determinazione ai sensi dell'art. 1183 c.c.<sup>349</sup>.

La fissazione giudiziale del termine può anche avvenire in un momento successivo alla consegna dell'opera. Qualora, infatti, il committente agisca in giudizio contro l'appaltatore ponendo a fondamento della propria *causa petendi* il ritardo con cui quest'ultimo ha consegnato l'opera oggetto di variazioni, il giudice dovrà valutare a posteriori se la modifica apportata possa aver giustificato un prolungamento dei termini di consegna. In siffatta ipotesi, quindi, la fissazione del termine non sarà funzionale a dettare le tempistiche dell'esecuzione del contratto – la quale è già avvenuta – ma sarà invece compiuta per determinare se sussistono profili di responsabilità del soggetto appaltatore<sup>350</sup>.

La giurisprudenza ha poi affrontato il tema relativo all'incidenza della variante concordata sulla clausola contrattuale inserita dalle parti con cui è stata previsto il pagamento di una penale per il ritardo nella consegna dell'opera. Sul punto, la Corte di cassazione ha rilevato che qualora la variazione concordata abbia comportato un mutamento dell'*opus* oggetto di contratto tale da giustificare un prolungamento dei lavori, anche la penale per il ritardo inizialmente pattuita non potrà più essere considerata vincolante; ne consegue che sarà necessario che le parti fissino espressamente un nuovo termine affinché la clausola penale concordata mantenga la sua efficacia<sup>351</sup>. La *ratio* sottesa al principio in parola è stata individuata dalla dottrina nel fatto che il termine dedotto dalle parti nell'ambito di una clausola penale ha una specifica funzione negoziale

---

<sup>348</sup> In tal senso, D. RUBINO, *op. cit.*, p. 426; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 180; A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 439.

<sup>349</sup> D. RUBINO, *op. cit.*, p. 426, il quale rileva come tale determinazione possa avvenire nell'ambito del procedimento volto a quantificare il compenso suppletivo spettante al soggetto appaltatore, purché la fissazione del termine sia oggetto di una specifica domanda delle parti.

<sup>350</sup> In tal senso, D. RUBINO, *op. cit.*, p. 426; A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 440; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 168. In giurisprudenza, Cass., 25 luglio 1966, n. 2055, in *Mass. Giur. it.*, 1966, c. 908.

<sup>351</sup> Cfr., *ex multis*, Cass., 6 ottobre 2011, n. 20484 consultabile al sito [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Cass., 28 maggio 2001, n. 7242, in *Nuova giur. civ.*, I, p. 731,

che è da considerarsi rimessa esclusivamente alle parti, sicché non appare appropriato configurare, in tale ambito, un potere sostitutivo del giudice<sup>352</sup>.

Non risulta del tutto definita, invece, l'entità che devono assumere le varianti apportate per far venir meno l'efficacia vincolante della penale concordata. Sul punto, una recente pronuncia della Corte di cassazione ha rilevato come questa clausola dovrebbe essere considerata superata solamente a fronte di un mutamento dell'oggetto del contratto di rilevanza tale da non poter essere ricondotto al concetto tecnico di variazione ed essere quindi assoggettato alla disciplina codicistica<sup>353</sup>.

Occorre infine appurare se gli effetti dell'accordo modificativo stipulato dalle parti possano avere un'incidenza anche su quei contratti che, nella prassi, risultano connessi all'appalto concluso, il quale spesso costituisce parte di una realtà giuridica molto più complessa<sup>354</sup>. In primo luogo, tale tematica si pone in relazione ai quei contratti di finanziamento, di garanzia e di assicurazione che risultano connessi all'appalto stipulato: rispetto a tali contratti, un'eventuale variazione delle condizioni pattuite nell'ambito dell'appalto costituirebbe un mutamento della situazione fattuale a questi sottesa. A titolo esemplificativo, basti pensare al caso in cui le parti abbiano concordato una variante che comporta un prolungamento dei tempi di esecuzione dell'appalto: tale circostanza, se estesa ai contratti connessi, potrebbe comportare un aumento del rischio assunto dal soggetto garante o dall'assicuratore.

In dottrina è stato rilevato come a fronte di un'eventualità di siffatto genere, la non coincidenza delle parti contraenti non può portare ad affermare "l'impermeabilità" dei contratti collegati all'appalto rispetto alle eventuali vicende modificative verificatesi durante la sua esecuzione<sup>355</sup>. Fermo restando l'esigenza di valutare le peculiarità di ogni fattispecie concreta, la connessione negoziale sussistente tra i diversi contratti conclusi dovrebbe portare ad individuare gli stessi come parte di un'unica situazione giuridica,

---

<sup>352</sup> V. A.P. UGAS, *op. cit.*, p. 439, la quale rileva come tale problema non sussiste nell'ipotesi in cui il giudice sia chiamato a valutare se il ritardo nella consegna dell'opera possa essere qualificato come un grave inadempimento in grado di giustificare la risoluzione del contratto ex art. 1455 c.c.

<sup>353</sup> In tal senso, Cass., 20 giugno 2012, n. 10201, consultabile al sito [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it). Si segnala che la vicenda definita dalla pronuncia richiamata risultava avere ad oggetto una variazione ordinata dal committente ai sensi dell'art. 1661 c.c., e non una modifica concordata ex art. 1659 c.c.. Ciononostante, il principio enunciato appare applicabile anche alla fattispecie qui in commento.

<sup>354</sup> In tale ambito risulta fondamentale il contributo di F. MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, cit., pp. 196 e ss.

<sup>355</sup> V. F. MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, cit., p. 198.

sicché “*la modificazione concordata delle condizioni dell’appalto, al pari del resto di quella unilateralmente disposta dalla parte in forza del diritto attribuito dalla legge o dal contratto, e di quella ordinata dal giudice, determina, una volta portata a conoscenza della controparte del contratto collegato, l’obbligo di quest’ultima di prestarsi alla conseguente e correlativa modificazione del contratto*”<sup>356</sup>.

Tuttavia, anche secondo tale impostazione, l’obbligo in parola non dovrebbe avere una portata assoluta: da una parte, infatti, potranno trovare applicazione gli artt. 1898 e 1898 c.c. che prevedono la facoltà di recesso dell’assicuratore a fronte di una diminuzione o di un aumento del rischio, dall’altra il soggetto parte del contratto ancillare potrà sempre rifiutare di raggiungere un accordo modificativo, purché tale rifiuto risulti congruamente motivato<sup>357</sup>. Il medesimo principio, inoltre, dovrebbe trovare applicazione anche nell’ipotesi in cui l’appaltatore abbia subappaltato la realizzazione dell’opera oggetto di contratto: anche in questo caso l’appaltatore potrà pretendere, a fronte di una modifica del contratto principale, che il subappaltatore accetti di rinegoziare le condizioni pattuite, fermo restando la facoltà di quest’ultimo di recedere dal contratto qualora le variazioni superino il limite del sesto del prezzo complessivo<sup>358</sup>.

#### **4 – Le variazioni necessarie ex art. 1660 c.c.**

##### **4.1 – L’ambito di applicazione dell’art. 1660 c.c.**

L’art. 1660 del codice civile è volto a disciplinare le variazioni che risultano necessarie per la realizzazione dell’opera o del servizio oggetto di contratto<sup>359</sup>. Nello specifico, il primo comma dell’art. 1660 c.c. prevede che “*se per l’esecuzione dell’opera*

---

<sup>356</sup> In tal senso, sempre F. MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni dell’appalto*, cit., p. 198.

<sup>357</sup> Secondo la teoria in commento, infatti, sarebbe configurabile un semplice obbligo a rinegoziare le condizioni del contratto stipulato, il che non comporta il dovere per il soggetto contraente di raggiungere effettivamente un accordo modificativo, ma semplicemente di instaurare una trattativa nel rispetto del principio della buona fede. Per un approfondimento di tale tema, si rimanda al paragrafo 3.2.2.

<sup>358</sup> Anche in questo caso la facoltà di recesso esercitata dal soggetto appaltatore dovrà essere propriamente motivata.

<sup>359</sup> Si parla di variazioni necessarie anche quando queste sono imposte dall’esigenza di tutelare diritti assoluti di soggetti terzi, v. E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 236; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 189; M. RUBINO – SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 324; G. MUSOLINO, *op. cit.*, p. 18; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 273.



a regola d'arte è necessario apportare variazioni al progetto e le parti non si accordano, spetta al giudice di determinare le variazioni da introdurre e le correlative variazioni del prezzo”<sup>360</sup>. Nonostante il dato testuale dell’articolo in commento appaia chiaro, è necessario precisare l’ambito applicativo della norma considerata.

In primo luogo, sono riconducibili all’art. 1660 c.c. sia quei casi in cui il progetto delineato dalle parti risultava fin dal principio contrario alle regole dell’arte vigenti, sia quelle ipotesi in cui una specifica variante diventi necessaria a causa di un’evoluzione delle regole tecniche vigenti in un determinato settore o dell’insorgere di circostanze sopravvenute<sup>361</sup>.

In secondo luogo, la disposizione in commento esige che la variante apportata risulti assolutamente necessaria per eseguire l’opera a regola d’arte<sup>362</sup>; in altri termini, la dottrina è concorde nell’affermare che l’art. 1660 c.c. possa concretamente trovare applicazione solamente quando, senza la modifica considerata, risulta impossibile per l’appaltatore realizzare l’opera in conformità alle disposizioni di natura tecnica applicabili alla tipologia di opera oggetto di contratto.

Proprio in virtù dell’assoluta necessità dei cambiamenti apportati, alcuni autori ritengono che la disposizione in esame costituirebbe una deroga alla disciplina

---

<sup>360</sup> Sul punto M. GAMBINI, *L’esecuzione nel contratto*, cit., p. 225, il quale evidenzia come grazie al richiamo contenuto nell’art. 1660 c.c., le regole dell’arte assumono rilevanza non solo nel momento in cui occorre accertare un eventuale inadempimento dell’appaltatore, ma anche durante l’esecuzione del contratto, in quanto possono giustificare una modifica dell’opera inizialmente delineata dalle parti. In ogni caso, rileveranno le regole dell’arte vigenti nel luogo e nel tempo in cui l’opera o il servizio devono essere eseguiti.

<sup>361</sup> In tal senso, v. D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 168; A. GHIRONI, *Variazioni necessarie del progetto*, in *Codice dell’appalto privato*, a cura di A. LUMINOSO, cit., p. 455; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 235. In senso apparentemente contrario, S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 168, secondo cui le variazioni necessarie sarebbero sempre dovute “al sopravvento di fattori esterni che secondo il prevalente orientamento debbono essere imprevedibili al momento della conclusione del contratto”. Le circostanze sopravvenute che qui rilevano sono comunque differenti da quelle contemplate dall’art. 1664 c.c.: le sopravvenienze qui in esame, infatti, non rilevano perché incidono sulla difficoltà o l’onerosità della prestazione, ma perché rendono l’opera oggetto di contratto contraria alle regole dell’arte vigenti; inoltre, esse non causano una semplice variazione del corrispettivo, ma comportano una variazione qualitativa della prestazione dovuta dall’appaltatore.

<sup>362</sup> V. S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 169; M. GAMBINI, *L’esecuzione del contratto*, cit., p. 226; D. RUBINO, *op. cit.*, pp. 3453 e ss.; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 190; M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 130; A. GHIRONI, *Variazioni necessarie del progetto*, in *Codice dell’appalto privato*, a cura di A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 454; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 218, il quale rileva come non possano porsi limitazioni in ordine alla prova dei fatti dai quali la necessità è derivata. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 18 giugno 1993, n. 8749, in *Riv. giur. ed.*, 1991, I, p. 314.

dell'impossibilità sopravvenuta di cui all'art. 1672 c.c.<sup>363</sup>. Tale assunto, tuttavia, contrasta con quanto rilevato in relazione ai requisiti che, ai sensi dell'art. 1346 c.c., devono necessariamente caratterizzare l'oggetto del contratto stipulato dalle parti. È infatti già stato sottolineato come dottrina e giurisprudenza siano concordi nell'affermare che l'impossibilità tecnica della prestazione facente capo al soggetto appaltatore non incide sulla validità del contratto concluso, essendo tale impossibilità una categoria autonoma e differente rispetto a quella dell'impossibilità giuridica<sup>364</sup>.

Orbene, a parere di chi scrive, l'art. 1660 c.c. appare volto a disciplinare quelle ipotesi in cui l'opera, sebbene sia stata delineata dalle parti non in conformità alle regole dell'arte vigenti, risulti comunque suscettibile di esecuzione dal punto di vista materiale. Declinando, quindi, alla fattispecie in esame il principio anzidetto secondo cui l'impossibilità tecnica non può comportare la nullità del contratto stipulato dalle parti, si desume come tra l'ipotesi disciplinata dall'art. 1660 c.c. e l'impossibilità sopravvenuta di cui all'art. 1672 c.c. sussista una differenza sostanziale in merito ai diversi presupposti che giustificano l'applicazione delle due norme<sup>365</sup>. Quest'ultima disposizione, infatti, troverà applicazione solamente in relazione a quei casi in cui l'opera non può essere materialmente eseguita: ne consegue che l'art. 1660 c.c. non può essere letto come un'eccezione al disposto dell'art. 1672 c.c..

Infine, la disciplina relativa alle variazioni necessarie trova applicazione solamente in relazione a quei casi in cui non sia riscontrabile alcun profilo di colpa in capo alle diverse parti contrattuali<sup>366</sup>. Qualora, infatti, sia configurabile una responsabilità

---

<sup>363</sup> In tal senso, v. A. GHIRONI, *op. cit.*, p. 455; V. MANGINI E M. IACUANIello BRUGGI, *op. cit.*, p. 239; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 235; S. POLIDORI, *op. cit.*, pp. 168 e ss.. In giurisprudenza, Cass., 5 marzo 1979, n. 1364, in *Arch. giur. op. pubb.*, 1979, II, p. 67, secondo cui “*la norma dell'art. 1660 cod. civ., che disciplina le variazioni necessarie al progetto dell'appalto, riguarda una ipotesi di impossibilità dell'oggetto e costituisce espressione della volontà del legislatore di non attribuire uguale efficacia a qualsiasi ipotesi di impossibilità dell'oggetto, in quanto prevede, diversamente dall'art. 1672 cod. civ., (relativo all'impossibilità assoluta di conseguimento del risultato), che il contratto abbia esecuzione anche se il suo oggetto sia divenuto in parte impossibile...*”.

<sup>364</sup> Per un approfondimento sul punto si rimanda al cap. 1, par. 4.1.

<sup>365</sup> Opinione condivisa da M. GAMBINI, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 226, il quale rileva come l'art. 1660 c.c. “*disciplina una mera impossibilità tecnica dell'esecuzione, non una vera e propria impossibilità, la quale – sia essa originaria che sopravvenuta – è solo impossibilità materiale; e ciò consente di escludere l'applicabilità, nella specie, dell'art. 1672 c.c.*”.

<sup>366</sup> In tal senso, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 273; M. GAMBINI, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 227; A. GHIRONI, *op. cit.*, p. 458; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 454; V. DI GREGORIO, *Le variazioni*, cit., p. 307; A. CATRICALÀ, *op. cit.*, p. 4823; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 237; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 189;

dell'appaltatore per aver fornito un progetto inidoneo o per non essersi accorto delle evidenti imperfezioni presenti in tale documento, non potrà trovare applicazione l'articolo in esame: le modifiche introdotte dall'appaltatore non saranno qualificabili come variazioni apportate ex art. 1660 c.c., ma costituiranno una sorta di 'ravvedimento operoso' finalizzato a correggere il proprio iniziale inadempimento<sup>367</sup>.

Nel caso in cui, invece, siano individuabili profili di responsabilità del soggetto committente<sup>368</sup>, la dottrina è comunque propensa a dare parziale applicazione alla norma in esame, riconoscendo in capo all'appaltatore il diritto di recesso da questa previsto. Tuttavia, a differenza dell'ipotesi disciplinata dall'art. 1660 c.c., l'appaltatore avrà il diritto a ottenere il pieno ristoro di tutti i danni subiti a causa dei difetti presentati dal progetto, i quali andranno a ricomprendere anche quelle voci di spesa che, nell'ambito delle variazioni, non comportano il diritto ad un aumento del compenso<sup>369</sup>.

In conclusione, è opportuno compiere un'importante precisazione che appare strettamente connessa all'oggetto della presente trattazione.

Come è stato evidenziato, l'art. 1660 c.c. menziona espressamente la possibilità che le parti raggiungano un accordo avente ad oggetto le variazioni che risultano necessarie per ragioni di natura tecnica. Occorre, tuttavia, non cadere in facili fraintendimenti: il raggiungimento di un'intesa in merito all'esecuzione di una variante necessaria non andrà

---

C. MASCARELLO, *op. cit.*, p. 187; M. RUBINO – SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 324; G. MUSOLINO, *Le variazioni dell'opera o del servizio nel contratto di appalto*, cit., p. 16.

<sup>367</sup> G. MUSOLINO, *Le variazioni dell'opera o del servizio nel contratto di appalto*, cit. p. 16, il quale evidenzia come "gli interventi e le correzioni all'opera che si rendono necessari a seguito dei vizi e delle difformità dell'opera compiuta potrebbero definirsi come variazioni necessarie, ma non certo nel senso che il legislatore ha inteso dare all'espressione nell'art. 1660 cod. civ.". Da tale qualifica derivano poi importanti ricadute pratiche: l'appaltatore, infatti, non potrà pretendere un compenso per i cambiamenti apportati, essendo gli stessi finalizzati a rimediare a una sua pregressa condotta inadempiente. Il committente, inoltre, avrà diritto a ottenere il risarcimento del danno non coperto dall'eliminazione del difetto: ad esempio, egli potrà pretendere una somma che vada a risarcire il pregiudizio derivante dal ritardo nella consegna dell'opera e maturato proprio a causa dell'azione correttiva posta in essere dall'appaltatore. In tal senso, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 274, i quali escludono che, in questo caso, l'appaltatore possa esercitare il diritto di recesso previsto dall'art. 1660 c.c..

<sup>368</sup> Il quale potrebbe essere l'autore del progetto. Sul punto, occorre rammentare che eventuali responsabilità del progettista non rilevano nei rapporti tra appaltatore e appaltante. In tal contesto, infatti, il progetto elaborato da un professionista alle dipendenze del committente sarà sempre riferibile a tale soggetto.

<sup>369</sup> V. D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 275; A. GHIRONI, *op. cit.*, p. 460; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 190. A titolo esemplificativo, l'appaltatore avrà diritto ad un indennizzo anche nell'ipotesi in cui la variante comporti semplicemente un prolungamento dei lavori. In giurisprudenza, Cass., 18 agosto 1993, n. 8749, consultabile al sito [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it).

in alcun modo ad incidere sulla natura delle modifiche apportate, le quali saranno comunque qualificabili come variazioni necessarie ex art. 1660 c.c.<sup>370</sup>, non potendo in alcun modo essere ascritte alla categoria delle variazioni concordate dalle parti e assoggettate alla relativa disciplina<sup>371</sup>. Ad ogni modo, nell'opinione di chi scrive, l'eventuale accordo raggiunto dalle parti sarà comunque qualificabile, al pari dell'intesa ex art. 1659 c.c., come un contratto modificativo dell'oggetto contrattuale inizialmente delineato. Il fatto che tale intesa, infatti, sia imposta da esigenze tecniche, non appare sufficiente a mutare la natura giuridica del negozio concluso dalle parti.

#### **4.2 – Le modalità di esecuzione delle variazioni necessarie e il compenso previsto dall'art. 1660 c.c.**

Dopo aver delineato l'ambito di applicazione dell'art. 1660 c.c., occorre approfondire le differenti dinamiche che possono concretamente portare all'adozione della variante imposta da esigenze di natura tecnica.

In primo luogo, parte della dottrina afferma che sussiste un vero e proprio obbligo per il soggetto appaltatore di avvertire preventivamente il committente in merito alla necessità di apportare determinati cambiamenti e, in caso di mancato accordo, di demandare all'autorità giudiziaria la questione relativa alla loro esecuzione<sup>372</sup>. Nello

---

<sup>370</sup> In giurisprudenza, Cass., 22 aprile 2003, n. 6398; Cass. 28 maggio 2001, n. 7242, entrambi consultabili al sito *www.dejure.it*. In dottrina, M. GAMBINI, *op. cit.*, p. 228; A. GHIRONI, *op. cit.*, p. 461 che, interrogandosi sulla natura dell'accordo raggiunto dalle parti nell'ambito della fattispecie in commento, arriva a sostenere la riconducibilità di esso alla categoria dei negozi di accertamento, e questo in quanto le regole dell'arte avrebbero la forza di “*entrare automaticamente nel contratto*”; tale conclusione sarebbe giustificata dal fatto che le variazioni necessarie interverrebbero “*modificando non qualunque aspetto dell'oggetto del contratto ma le regole, programmatiche ed esecutive insieme – idealmente distinguibili dagli interessi dedotti in contratto e piuttosto stabilite per realizzare questi ultimi*”. Tale tesi, tuttavia, non appare condivisibile. In primo luogo l'art. 1660 c.c. non limita gli aspetti che possono essere oggetto di modifica alle sole modalità di esecuzione dell'opera. In secondo luogo, l'assunto secondo cui le regole dell'arte sarebbero già parte del contratto fin dalla sua stipula priverebbe di giustificazione la facoltà di recesso prevista dal legislatore, il quale è per l'appunto giustificata dalla modifica a questo apportata.

<sup>371</sup> A titolo esemplificativo, non sarà necessario ottemperare ad alcun obbligo di forma e sarà possibile configurare un compenso aggiuntivo anche qualora il contratto stipulato dalle parti sia qualificabile come appalto a corpo. In tal senso, M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 131; G. MUSOLINO, *op. cit.*, p. 15. In giurisprudenza, Cass. 18 agosto 1993, n. 8749, in *Riv. giur. ed.*, 1994, I, p. 314. *Contra*, V. DI GREGORIO, *Le variazioni*, cit., p. 308, il quale afferma che, in caso di accordo, trova applicazione l'art. 1659 c.c., precisando che però non occorrerebbe la forma scritta, la quale tuttavia costituisce il fulcro della disposizione richiamata.

<sup>372</sup> A. GHIRONI, *op. cit.*, p. 461; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 216; S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 170; G. MUSOLINO, *op. cit.*, p. 17; A. CATRICALÀ, *op. cit.*, p. 4823; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 455; V. DI

specifico, secondo l'orientamento in esame, tale obbligo troverebbe il proprio fondamento normativo nell'art. 1375 c.c., il quale prevede espressamente che i contraenti debbano dare esecuzione al contratto secondo buona fede. Inoltre, la comunicazione dell'appaltatore apparirebbe necessaria in quanto renderebbe possibile il raggiungimento dell'accordo previsto dall'art. 1660 c.c., il quale contempla l'intervento giudiziale nella sola eventualità in cui le parti non abbiano raggiunto un'intesa in merito alla variazione che è necessario introdurre: è infatti evidente che se il committente non è a conoscenza della necessità di una variante, la via dell'accordo non è concretamente percorribile.

Tuttavia, anche i sostenitori di tale tesi sono concordi nell'affermare che l'obbligo in commento sia privo di sanzioni<sup>373</sup>. Secondo la dottrina maggioritaria, infatti, la scelta dell'appaltatore di apportare in autonomia le variazioni da lui ritenute necessarie non comporta di per sé alcuna conseguenza pregiudizievole: se le modifiche apportate risultano essere realmente imprescindibili per la realizzazione dell'opera, e le stesse sono state eseguite in modo corretto, il committente non potrà dolersi di alcunché. Ne consegue che non sussisteranno nemmeno i presupposti per configurare una responsabilità del soggetto appaltatore.

Ciò che è certo è quest'ultimo, agendo in tal modo, compirà un vero e proprio “salto nel buio”<sup>374</sup>. Qualora, infatti, sorgano contestazioni in merito all'opportunità della variazione introdotta, il committente potrà sempre adire il giudice affinché venga accertata, *a posteriori*, la non necessità dell'opera ovvero l'inadeguatezza delle tecniche realizzative impiegate: in caso di accertamento sfavorevole all'appaltatore, egli sarà chiamato a rispondere del pregiudizio arrecato al soggetto committente<sup>375</sup>.

---

GREGORIO, *op. cit.*, p. 308; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 275, secondo i quali “*per l'obbligo della correttezza nell'esecuzione dei contratti (art. 1375), l'appaltatore non deve procedere di sua esclusiva iniziativa ad eseguire variazioni da lui ritenute necessarie, ma deve prima avvertire il committente*”. La dottrina inoltre ritiene che l'appaltatore non possa sospendere i lavori in caso di disaccordo sul corrispettivo, essendogli tale facoltà concessa solamente qualora ci siano contestazioni in merito alla necessità delle varianti. In tal senso, M. RUBINO – SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 326. In giurisprudenza, v. Cass., 7 maggio 1963, in *Mass. Foro it.*, 1963, n. 1112.

<sup>373</sup> In tal senso, A. GHIRONI, *op. cit.*, p. 463; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 240; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 190; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 218; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 277. In giurisprudenza, Corte App. Firenze, 3 giugno 1966, in *Giur. tosc.*, 1966, p. 662.

<sup>374</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 276. In senso conforme, A. CATRICALÀ, *op. cit.*, p. 4823; M. RUBINO – SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 325; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 177. In giurisprudenza, Cass. 18 agosto 1993, n. 8749, in *Riv. giur. ed.*, 1994, I, p. 314.

<sup>375</sup> M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 130; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 218. In giurisprudenza, Cass., 29 gennaio 1966, n. 349 in *Riv. giur. edil.*, 1966, I, p. 730.

Nell'ipotesi in cui, invece, il giudice adito dovesse rilevare la correttezza della modifica introdotta, l'appaltatore andrà esente da qualsiasi forma di responsabilità: la mancata comunicazione al committente, infatti, non può di per sé escludere il diritto al compenso per la variazione apportata<sup>376</sup>.

Ad ogni modo, anche a fronte di una pronuncia favorevole al committente, sarebbe impossibile parlare di sanzione in senso tecnico: le conseguenze sopra esposte, infatti, non sono altre che le conseguenze derivanti dall'aver apportato una variante in modo arbitrario, che nulla ineriscono con la violazione dell'art. 1660 c.c.. Per tale ragione, parte della dottrina è solita affermare che l'avvertimento diretto al committente – e l'eventuale azione giudiziale in caso di mancato accordo –, non costituirebbero altro che l'adempimento di un onere facente capo al soggetto appaltatore, il quale vi può ottemperare per essere certo della necessità di una determinata variante ed evitare così conseguenze a lui pregiudizievoli<sup>377</sup>.

Tale ricostruzione sconta però un difetto: qualora, infatti, la variazione apportata risulti essere non solo necessaria, ma anche di “notevole entità”, la possibilità dell'appaltatore di procedere alla sua esecuzione all'insaputa dall'appaltatore sarebbe ostacolata dall'esigenza di dover permettere al soggetto committente di esercitare la facoltà di recesso prevista dal terzo comma dell'art. 1660 c.c.<sup>378</sup>. La questione in esame viene tuttavia risolta in dottrina affermando che, in questo caso, l'appaltante potrà sempre recedere anche dopo che la variante sia stata apportata, potendo inoltre chiederne la rimozione a spese dell'appaltatore<sup>379</sup>.

Per quanto concerne invece il compenso spettante all'appaltatore, è lo stesso art. 1660 c.c. a prevedere la necessità che il prezzo sia adeguato in considerazione della modifica

---

<sup>376</sup> In tal senso, C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 190. In senso contrario, si segnala un'isolata pronuncia di merito con la quale il tribunale di Milano ha stabilito che l'appaltatore decade dal diritto al compenso suppletivo quando, a seguito del mancato raggiungimento di un accordo in merito alla variazione, non abbia rimesso la questione all'autorità giudiziaria, v. Trib. Milano, 20 aprile 1998, consultabile al sito [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>377</sup> V. D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 276.

<sup>378</sup> Sul punto, v. *infra*.

<sup>379</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 276. L'opinione in commento appare condivisibile, in quanto ha il pregio di garantire l'interesse del soggetto committente, senza tuttavia irrigidire le dinamiche che portano all'adozione di una determinata variante. *Contra*, A. CATRICALÀ, *op. cit.*, p. 4823, il quale esclude in modo categorico che, in questo caso, l'appaltatore possa apportare la variante senza comunicare nulla al committente: l'autore, tuttavia, non precisa le conseguenze derivanti da tale condotta.

apportata<sup>380</sup>. In merito alla sua quantificazione, la dottrina maggioritaria<sup>381</sup> ritiene che si debba procedere secondo le modalità già illustrate in relazione alle variazioni concordate dalle parti ex art. 1659 c.c. con alcune importanti deroghe; tra queste, per la sua importanza rileva il fatto che, nel presente contesto, l'appaltatore avrà sempre diritto ad una modifica del compenso anche nell'ipotesi in cui il corrispettivo dell'appalto sia stato pattuito a corpo<sup>382</sup>.

Particolarmente rilevante risulta poi l'ipotesi in cui la variazione comporti la demolizione di una parte di opera già realizzata e il suo conseguente rifacimento, ovvero una semplice riduzione della stessa. Nel primo caso, il committente sarà tenuto a corrispondere all'appaltatore non solo il corrispettivo per la nuova opera realizzata e le spese di demolizione sostenute, ma anche il prezzo corrispondente alla porzione d'opera realizzata in precedenza e poi demolita. Qualora, invece, sia necessario procedere alla riduzione di un'opera non ancora eseguita, si ritiene che l'appaltatore abbia semplicemente il diritto di ottenere quella parte di corrispettivo corrispondente al guadagno che avrebbe conseguito dalla realizzazione della porzione d'opera oggetto di riduzione<sup>383</sup>.

#### **4.3 – Il diritto di recesso previsto dall'art. 1660 c.c.**

##### **4.3.1 – Il diritto di recesso dell'appaltatore**

---

<sup>380</sup> La variante eseguita non è comunque destinata ad incidere solamente sul compenso pattuito dalle parti: la dottrina è infatti concorde nell'affermare che l'introduzione di una variante necessaria possa comportare una proroga del termine di consegna dell'opera qualora ciò sia necessario per apportare la modifica considerata, secondo il meccanismo già illustrato in precedenza. V. S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 169; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 443.

<sup>381</sup> V. D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 277; A. GHIRONI, *op. cit.*, p. 466; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 239.

<sup>382</sup> D. RUBINO, *op. cit.*, p. 458; A. GHIRONI, *op. cit.*, p. 467, il quale infatti rileva che la disposizione di cui all'art. 1659 c.c. risulta insuscettibile di applicazione analogica, essendo la stessa ritenuta di natura eccezionale. Si segnala che un'isolata pronuncia della Corte di cassazione ha affermato che “*il diritto al compenso ex art. 1660 c.c., postula che le variazioni determinate da necessità tecniche sia superiore a 1/6 del prezzo pattuito*”, v. Cass., 11 dicembre 2015, n. 25035, consultabile al sito [www.dejure.it](http://www.dejure.it). Si tratta, tuttavia, di un principio che, essendo in chiaro contrasto con il disposto dell'art. 1660 c.c., non ha trovato ulteriore accoglimento.

<sup>383</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 278.

Il secondo comma dell'art. 1660 c.c. prevede espressamente che, a fronte di una variazione necessaria, l'appaltatore possa recedere dal contratto quando l'importo della variante introdotta superi il sesto del prezzo complessivo convenuto. In via generale, quindi, la legge non prevede il diritto dell'appaltatore di rifiutare una variante la cui esecuzione sia imposta da ragioni tecniche: egli potrà recedere dal contratto nella sola ipotesi in cui questa comporti una modifica superiore alla soglia prevista dalla legge.

L'articolo in commento risulta espressione del bilanciamento di due interessi contrapposti: da un lato vi è infatti l'esigenza del committente, il quale necessita che la variante sia introdotta, a cui può contrapporsi la posizione dell'appaltatore, il quale potrebbe non ravvisare un vantaggio economico nell'eseguire l'opera così come risultante a seguito della modifica<sup>384</sup>. Inoltre, è altresì possibile che l'appaltatore non ritenga le dimensioni o le caratteristiche della propria impresa idonee all'esecuzione della variante introdotta.

Dal punto di vista interpretativo, l'art. 1660 c.c. non specifica se a rilevare risultino essere soltanto le modifiche in aumento, ovvero se la facoltà di recesso debba essere riconosciuta all'appaltatore anche quando la variante apportata comporti una riduzione dell'opera oggetto di contratto. Sul punto, appare condivisibile l'orientamento volto a dare un'interpretazione estensiva alla norma in esame, la quale si fonda su due considerazioni: in primo luogo, l'espressione impiegata dal legislatore è neutra, sicché il superamento del sesto può trovare applicazione anche a fronte di un'eventuale riduzione dell'opera. In secondo luogo, la *ratio* di tutela sottesa all'art. 1660 c.c. sarebbe rintracciabile anche nell'ipotesi qui considerata: l'appaltatore, infatti, potrebbe ritenere l'*opus* risultante a seguito della riduzione sottodimensionato rispetto alle dimensioni della propria impresa<sup>385</sup>. Il diritto di recesso in parola viene inoltre riconosciuto quando, dopo una prima variazione inferiore al sesto, se ne renda necessaria una seconda la cui entità, sommata alla prima, risulti comportare un aumento superiore al limite previsto dalla legge<sup>386</sup>. Per quanto concerne, invece, l'aspetto temporale, si è soliti ritenere che tale

---

<sup>384</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 280; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 458.

<sup>385</sup> V. A. GHIRONI, *op. cit.*, p. 469.

<sup>386</sup> A. GHIRONI, *op. cit.*, p. 469.



diritto possa essere esercitato dall'appaltatore fino a quando egli non abbia intrapreso l'esecuzione della variante<sup>387</sup>.

Il secondo comma dell'art. 1660 c.c. prevede poi che all'appaltatore che abbia receduto dal contratto di appalto possa spettare, secondo le circostanze, un'equa indennità<sup>388</sup>. Nello specifico, tale diritto dell'appaltatore risulta subordinato a una valutazione giudiziale che non avrà ad oggetto il solo *quantum debeatur*, ma anche l'opportunità che un'indennità sia effettivamente corrisposta<sup>389</sup>.

Per comprendere in quali casi tale indennità possa in concreto essere riconosciuta, occorre analizzare i criteri generalmente impiegati nella sua quantificazione. In tale contesto, è di fondamentale importanza comprendere se l'opera risultante dall'attività del soggetto appaltatore sia destinata, a seguito del recesso, a rimanere a costui o debba invece essere trasferita al committente. Qualora l'appalto abbia ad oggetto la costruzione o la riparazione di un bene immobile, o la riparazione di un bene mobile, i lavori eseguiti rimarranno al committente, il quale sarà quindi tenuto a elargire all'appaltatore una somma a titolo di indennità. Nello specifico, è opinione condivisa che, in siffatto ambito, debba trovare applicazione analogica l'art. 1675 c.c., il quale prevede, nel disciplinare le conseguenze derivanti dalla morte dell'appaltatore, che il committente debba corrispondere ai suoi eredi il valore delle opere eseguite e rimborsare le spese sostenute per la realizzazione dell'opera, nei limiti in cui questa gli è utile<sup>390</sup>. Da tale principio

---

<sup>387</sup> In tale ipotesi, si ritiene che l'appaltatore non possa addurre a giustificazione della propria condotta il fatto di non aver compreso il grado di complessità della variante apportata. La dottrina ha inoltre precisato che l'appaltatore non potrà esercitare la propria facoltà di recesso anche quando le parti abbiano di comune accordo rimesso all'autorità giudiziaria la determinazione del compenso dovuto all'appaltatore per la variante, la cui esecuzione è già stata intrapresa. V. D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 280.

<sup>388</sup> Espressione che è stata definita, a causa della sua genericità, infelice, da A. GHIRONI, *op. cit.*, p. 469. Vedi anche, E. MAGRÌ, *Le varianti*, cit., p. 335, mette in evidenza come la formula impiegata lasci ampi spazi di discrezionalità al giudice, il quale potrebbe finanche considerare, nell'ambito di tale quantificazione, le diverse condizioni economiche delle parti. Sul punto, A. CATRICALÀ, *op. cit.*, p. 4826, rileva invece come, in relazione agli appalti di servizi, l'indennità in commento debba essere determinata tenendo in considerazione “*del possibile carattere di durata del contratto e quindi del fatto che le prestazioni eseguite, non facendo parte di un insieme indivisibile, debbano essere pagate secondo i prezzi contrattualmente convenuti*”.

<sup>389</sup> E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 239; A. GHIRONI, *op. cit.*, p. 470; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 281;

<sup>390</sup> A. GHIRONI, *op. cit.*, p. 470; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 281, i quali rilevano che l'indennità in questione non trova la propria giustificazione nel fatto che i lavori siano stati eseguiti in esecuzione di un contratto, ma risulta fondata sul principio dell'indebito arricchimento. In senso conforme, A. MAGRÌ, *Le varianti*, cit., p. 335. Di opinione contraria alla tesi sostenuta nel testo, S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 172, il quale afferma che “*sia in caso di recesso dell'appaltatore che in caso di recesso del committente, quest'ultimo è*

consegue che se l'opera realizzata non risulta essere di alcuna utilità per il soggetto committente, egli non sarà tenuto a corrispondere un'indennità all'appaltatore.

Parimenti, non sarà dovuto alcun compenso anche nell'ipotesi in cui il contratto abbia ad oggetto la costruzione di un bene mobile, la cui realizzazione è stata interrotta dal diritto di recesso esercitato dall'appaltatore. In questi casi, infatti, l'*opus* creato sarà destinato a rimanere nella sfera giuridica di quest'ultimo, sicché non potrà essere individuata alcuna ragione che possa obbligare il committente a versare un indennizzo, fatto salvo il caso in cui quest'ultimo pretenda la consegna dell'opera incompleta. Per converso, qualora sia stato l'appaltante a fornire i materiali necessari per la realizzazione dell'opera, sarà l'appaltatore il soggetto chiamato a corrispondere un'indennità, fatta salva sempre la facoltà di liberarsi da tale obbligo cedendogli il bene nello stato in cui si trova.

È infine da escludere che, in tal contesto, l'appaltatore possa chiedere una somma a titolo di lucro cessante, avendo egli scelto liberamente di recedere dal contratto di appalto stipulato<sup>391</sup>.

#### **4.3.2 – Il diritto di recesso del committente**

Il terzo comma dell'art. 1660 c.c. prevede espressamente che se le variazioni necessarie risultano essere di "*notevole entità*", il committente ha il diritto a recedere dal contratto corrispondendo all'appaltatore un equo indennizzo. Da una semplice analisi del dato testuale, è possibile riscontrare due importanti aspetti che differenziano il diritto di recesso del committente da quello riconosciuto in capo all'appaltatore.

In primo luogo, nella disposizione in esame non si fa alcun riferimento al limite del sesto del prezzo: in tal contesto, infatti, il legislatore ha preferito parlare genericamente di "*notevole entità*" delle variazioni, senza specificare esattamente quello che deve essere il loro preciso ammontare ai fini dell'applicazione della norma in esame. Tale scelta – che di fatto incrementa il margine di discrezionalità dell'interprete – trova la propria giustificazione nella *ratio* sottesa alla norma considerata: mentre, infatti, alla base della scelta dell'appaltatore di recedere dal contratto vi sono ragioni di natura tecnica inerenti

---

*chiamato a indennizzare l'appaltatore per il lavoro svolto, corrispondendo un importo stabilito secondo equità, indipendentemente del fatto che la parte d'opera eseguita sia utile*".

<sup>391</sup> V. A. MAGRI, *Le varianti*, cit., p. 335; A. CATRICALÀ, *op. cit.*, p. 4825; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 264; G. MUSOLINO, *op. cit.*, p. 23; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 192.

alla capacità produttiva dell'impresa da lui approntata, il recesso del committente risulta connesso all'aggravio delle spese conseguenti la variazione, sicché è apparso opportuno inserire una formula generica suscettibile a essere specificata in relazione alle varie fattispecie concrete<sup>392</sup>. Ad ogni modo, dalla scelta compiuta dal legislatore deriva che la facoltà di recesso riconosciuta al committente potrà essere esercitata anche a fronte di modifiche inferiori al limite del sesto; parimenti, essa potrà essere negata anche quando tale limite sia concretamente superato, e questo in virtù delle peculiarità del caso concreto<sup>393</sup>.

In secondo luogo, è possibile individuare una rilevante differenza terminologica anche in relazione al compenso spettante al soggetto appaltatore. Se, infatti, nel secondo comma dell'art. 1660 c.c. il legislatore parla di indennità, nel terzo comma viene impiegata l'espressione indennizzo, il quale risulta caratterizzato da un oggetto più ampio<sup>394</sup>. Nello specifico, dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'affermare che l'indennizzo in parola debba necessariamente estendersi alle spese sostenute dall'appaltatore e il pregiudizio da questi subito per quella parte della sua organizzazione che è rimasta inutilizzata a causa del diritto di recesso esercitato<sup>395</sup>. Per converso, tale somma non dovrà essere estesa al lucro cessante e questo poiché, a differenza dell'art. 1671 c.c., il diritto riconosciuto dall'art. 1660 c.c. trova comunque il proprio fondamento in un aumento dei costi preventivati, sicché appare qualificabile come una sorta di recesso per giusta causa<sup>396</sup>. Per tale ragione, la dottrina tende a negare che le parti possano escludere in sede contrattuale la facoltà di recesso prevista dalla norma in commento: i contraenti potranno modificare solamente i presupposti applicativi dall'art. 1660 c.c. che

---

<sup>392</sup> V. A. GHIRONI, *op. cit.*, p. 472; G. MUSOLINO, *op. cit.*, p. 18; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 192.

<sup>393</sup> In tal senso, A. GHIRONI, *op. cit.*, p. 472; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 180; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 283.

<sup>394</sup> Sono di questa opinione A. MAGRÌ, *Le varianti*, cit., p. 335; A. CATRICALÀ, *op. cit.*, p. 4825; G. MUSOLINO, *op. cit.*, p. 22.

<sup>395</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 284; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 180; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 250; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 242; A. GHIRONI, *op. cit.*, p. 473, il quale ritiene che l'indennizzo in commento sarebbe riconducibile all'istituto della responsabilità per atto lecito.

<sup>396</sup> V. G. MUSOLINO, *op. cit.*, p. 18; C. MASCARELLO, *op. cit.*, p. 189. Nello specifico, l'art. 1371 c.c. prevede che "qualora, nonostante l'applicazione delle norme contenute in questo capo, il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso".

limitano tale specifica facoltà o i criteri impiegati per la quantificazione dell'indennizzo spettante all'appaltatore<sup>397</sup>.

## **5 – Le variazioni ordinate dal committente ex art. 1661 c.c.**

### **5.1 – Il diritto del committente di impartire un ordine ex art. 1661 c.c. e gli effetti sul contratto stipulato dalle parti**

L'ultima norma a rilevare in materia di variazioni è l'art. 1661 del codice civile, il quale disciplina il diritto del soggetto committente di apportare unilateralmente delle modifiche al progetto concordato in sede contrattuale<sup>398</sup>. Secondo la dottrina maggioritaria, la disposizione in esame sarebbe qualificabile come una vera e propria deroga all'art. 1372 c.c., il quale dispone che il contratto ha forza di legge tra le parti<sup>399</sup>. Se si raffronta poi l'art. 1661 c.c. con il divieto per il soggetto appaltatore di apportare unilateralmente delle variazioni di cui all'art. 1659 c.c., è evidente come la disciplina in materia di appalto sia palesemente sbilanciata a favore del soggetto committente<sup>400</sup>.

Tale discrasia di trattamento, tuttavia, trova la propria giustificazione nel fatto che l'interesse dell'appaltante è, nel concreto, considerato preminente: uno degli obiettivi primari dell'intero *corpus* normativo dedicato all'appalto è quello di garantire che tale soggetto ottenga un'opera o un servizio effettivamente conforme a quelle che sono le sue

---

<sup>397</sup> In tal senso, G. MUSOLINO, *op. cit.*, p. 20, il quale arriva finanche ad affermare che l'indennizzo in parola potrebbe essere escluso del tutto.

<sup>398</sup> In tale contesto, la dottrina è solita parlare di un vero e proprio *ius variandi* riconosciuto dalla legge a favore del committente. In tal senso, S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 174; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 206; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 123; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 181; V. FRANCESCHELLI, *op. cit.*, p. 385; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 251; S. PERON, *op. cit.*, p. 66; V. DI GREGORIO, *op. cit.*, p. 313; M. GAMBINI, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 235, il quale definisce il diritto sancito dall'art. 1661 c.c. come “*la facoltà di intervenire unilateralmente e discrezionalmente su un programma contrattuale già del tutto determinato, ad esempio, ridefinendo l'entità, il tempo, il luogo e le ulteriori modalità di esecuzione della prestazione a carico della controparte appaltatore, senza alterare l'originaria identità del rapporto*”.

<sup>399</sup> In tal senso, v. D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 284; R. PENNAZIO, *Rischio e sopravvenienze*, Napoli, 2013, p. 161.

<sup>400</sup> Ed è per tale motivo che si era affermato che il principio di invariabilità dell'opera è destinato a operare rigidamente nei soli confronti dell'appaltatore. Per un approfondimento, si rimanda al cap. 2, par. 1.

esigenze, le quali sono suscettibili a mutare nel tempo<sup>401</sup>. Ad ogni modo, l'interesse dell'appaltatore non viene comunque immolato sull'altare del risultato: la sua posizione è infatti tutelata limitando il diritto del committente di apportare modifiche e garantendogli un compenso per la variazione eseguita.

Per quanto concerne, invece, l'ambito applicativo della norma in esame, occorre precisare che non potranno essere ascritte all'alveo dell'art. 1661 c.c. quelle varianti che, sebbene siano state formalmente oggetto di un ordine, risultino invece giustificate da necessità di natura tecnica: in questo caso, infatti, troverà applicazione l'art. 1660 c.c., che è per l'appunto volto a disciplinare le variazioni imposte da esigenze di natura tecnica. Come è stato già evidenziato, l'eventuale approvazione manifestata dall'appaltatore in relazione all'ordine impartito dall'appaltante non inciderà in alcun modo sulla natura della modifica introdotta, la quale non potrà comunque essere ascritta alla categoria delle variazioni disciplinata dall'art. 1659 c.c.<sup>402</sup>.

Contrariamente all'art. 1659 c.c., l'art. 1661 c.c. non impone alcun requisito formale specifico, sicché si ritiene che l'ordine possa essere impartito dal committente anche oralmente. Ne consegue che l'appaltatore è in astratto legittimato a provare l'ordine ricevuto ricorrendo a qualsiasi mezzo probatorio<sup>403</sup>. Secondo, tuttavia, un autorevole e condivisibile orientamento dottrinale, nel caso di specie troverebbe applicazione l'art. 2723 c.c., il quale prevede che, nel caso in cui una parte contraente voglia provare

---

<sup>401</sup> In tal senso, S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 176; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 123; F. MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, cit., p. 160; M. GAMBINI, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 236 e ss., il quale, proprio in relazione alla *ratio* sottesa allo *ius variandi* in commento, ammette che possa configurarsi un abuso del diritto qualora il committente ordini delle variazioni al solo scopo di rendere più difficoltosa l'esecuzione del contratto, senza che ciò corrisponda a un suo personale interesse.

<sup>402</sup> Sul punto, si rimanda al cap. 2, par. 5.1.

<sup>403</sup> S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 174; M. RUBINO – SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 332; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 255; C. MASCARELLO, *op. cit.*, p. 189; V. DI GREGORIO, *op. cit.*, p. 315, la quale prevede che l'appaltatore possa ricorrere anche a schemi presuntivi. Si veda anche D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 285, i quali evidenziano come questa scelta sia stata compiuta per agevolare l'appaltatore nel provare l'ordine ricevuto. In senso contrario, M. SANDULLI, *Osservazioni in tema di prova delle variazioni al progetto di appalto*, in *Riv. giur. edil.*, 1966, I, pp. 761 ss., secondo cui dal silenzio dell'art. 1661 c.c. non si potrebbe desumere la libertà di ricorrere a qualsiasi mezzo di prova: troverebbe, quindi, applicazione il requisito di cui all'art. 1659 c.c., il quale risulterebbe volto a disciplinare, dal punto di vista probatorio, ogni tipologia di variazione. In giurisprudenza, Cass., 19 settembre 2011, n. 19099, in *Rep. Foro It.*, 2011, voce *Appalto*, n. 42; Cass., 20 marzo 2007, n. 6642, in *Rep. Foro It.*, 2008, voce *Appalto*, n. 54; Cass., 22 aprile 2003, n. 6398, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Appalto*, n. 32; Cass., 28 maggio 2001, n. 7242, in *Nuova giur. civ.*, 2002, I, p. 735; Cass., 15 marzo 1995, n. 3040, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Appalto*, n. 34.

l'esistenza di un patto aggiunto o contrario al contenuto di un documento, l'autorità giudiziaria possa autorizzare la prova testimoniale soltanto se, avuto riguardo alla qualità delle parti, alla natura del contratto e ad ogni altra circostanza, appare verosimile che siano state fatte aggiunte o modificazioni verbali<sup>404</sup>. Inoltre, secondo la ricostruzione in parola, l'applicazione dell'art. 2723 c.c. non sarebbe impedita dal fatto che tale norma sia espressamente volta a disciplinare le ipotesi di modifica per mutuo consenso: la regola giuridica delineata, infatti, dovrebbe trovare *a fortiori* applicazione in relazione all'ipotesi qui considerata che, integrando una variazione unilaterale, comporta esigenze di tutela maggiori. Ad ogni modo, l'art. 2723 c.c. potrà essere invocato solamente quando il contratto di appalto originario sia redatto in forma scritta.

Come è stato già anticipato, il primo comma dell'art. 1661 c.c. prevede espressamente che l'appaltatore abbia diritto a un compenso per la variazione apportata, e questo anche nell'ipotesi in cui il corrispettivo sia stato stabilito globalmente<sup>405</sup>. Tale incremento, inoltre, trova il proprio fondamento giuridico direttamente nella legge, sicché non risulta condizionato a un espresso riconoscimento del committente o ad una riserva espressa dell'appaltatore<sup>406</sup>; tuttavia, è necessario che la variante introdotta giustifichi un aumento del corrispettivo spettante all'appaltatore, il che si verificherà quando questa abbia nel concreto comportato un aumento dei costi sostenuti<sup>407</sup>. Pertanto, a rilevare nella determinazione di tale compenso non è l'eventuale incremento di valore dell'opera derivante dalla modifica introdotta, o la maggior utilità conseguita dal committente, ma è l'esborso sostenuto dall'appaltatore in occasione della variazione, il quale potrà derivare

---

<sup>404</sup> Tesi sostenuta da D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 286, i quali rilevano che la natura del contratto di appalto rende comunque verosimile queste eventualità. In senso conforme, M. RUBINO – SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 332.

<sup>405</sup> È quindi evidente la discrasia con il disposto dell'art. 1659 c.c., il quale esclude, salvo patto contrario, una remunerazione *ad hoc* a favore dell'appaltatore nell'ipotesi di variazioni apportate nell'ambito di un appalto *a forfait*.

<sup>406</sup> V. D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 287; S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 174, il quale precisa che “l'obbligazione di versare l'integrazione non ha natura indennitaria ma compensativa, e forma oggetto di debito di valuta”. In senso conforme, G. MUSOLINO, *op. cit.*, p. 33, il quale evidenzia che tale supplemento, una volta liquidato, non rimane distinto dal corrispettivo originario, ma concorre con questo a formare un nuovo prezzo complessivo.

<sup>407</sup> L'onere di provare l'aumento dei costi sussiste in capo al soggetto appaltatore. In questo senso, *ex multis*, Cass., 16 luglio 1983, n. 4911, consultabile al sito [www.dejure.it](http://www.dejure.it). In dottrina, tra i tanti, V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 252, i quali rilevano che, nel caso in cui la prova del maggior costo non sia raggiunta, il supplemento in parola non potrà essere liquidato neppure ai sensi dell'art. 1657 c.c.. In senso conforme, C. MASCARELLO, *op. cit.*, p. 189.

anche dal semplice prolungamento della durata dei lavori<sup>408</sup>. In merito, invece, alla determinazione del corrispettivo, valgono le medesime considerazioni effettuate in relazione alle variazioni ex artt. 1659 e 1660 c.c., alle quali integralmente si rimanda<sup>409</sup>.

La dottrina tende poi ad ammettere che le parti possano escludere il diritto dell'appaltatore all'incremento del corrispettivo dovuto a seguito di una variazione ordinata dal committente, purché tale esclusione sia concordata di volta in volta in relazione alla specifica variante introdotta. Sarebbe infatti affetta da nullità un'eventuale clausola generale con cui i contraenti abbiano escluso in via preventiva un incremento del compenso a fronte di una qualsiasi modifica ordinata dal committente<sup>410</sup>.

È inoltre possibile che la modifica apportata comporti una riduzione del prezzo pattuito: si tratta dell'ipotesi, già affrontata in relazione alle altre tipologie di varianti previste dal codice civile, in cui il committente ordina una variazione da cui deriva un abbattimento dei costi sostenuti dall'appaltatore, il che può avvenire, a titolo esemplificativo, per l'impiego di materiali di minore valore o per una diminuzione delle dimensioni dell'*opus* oggetto di contratto<sup>411</sup>. In questo caso, si ritiene che all'appaltatore spetti sempre una somma che consideri il guadagno non conseguito e il rimborso delle spese già compiute per l'esecuzione del progetto originario<sup>412</sup>; al contrario, il committente

---

<sup>408</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 287; M. GAMBINI, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 236; S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 175; G. MUSOLINO, *op. cit.*, pp. 32-33, il quale precisa che il committente si dovrà fare carico degli oneri che si ricollegano al ritardo nei pagamenti, connessi allo studio e alle approvazioni delle varianti. La dottrina tende poi a riconoscere all'appaltatore un aumento del compenso a lui spettante anche nel caso in cui la variante introdotta comporti semplicemente un aumento della difficoltà insita alla realizzazione dell'opera. In tal senso, v. D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 296,

<sup>409</sup> V. cap. 2, par. 3 e 44.

<sup>410</sup> Nello specifico, questa non impedirebbe all'appaltatore di pretendere un compenso che tenga in considerazione della modifica apportata. In tal senso, S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 180; V. DI GREGORIO, *op. cit.*, p. 314; G. MUSOLINO, *op. cit.*, p. 34; C. MASCARELLO, *op. cit.*, p. 189; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 253; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 128; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 288. In giurisprudenza, Cass., 27 aprile 1968, n. 133, in *Rep. Foro. It.*, 1968, voce *Appalto*, n. 24, ove viene precisato che l'illiceità di tale clausola può essere accertata anche d'ufficio dal giudice.

<sup>411</sup> Sul punto, si segnala che gli interpreti ritengono ammissibili eventuali variazioni che comportino una riduzione dell'opera oggetto di contratto a condizione che la stessa mantenga "un carattere di serietà", come rilevato da S. POLIDORI, *op. cit.* p. 178; C. MASCARELLO, *op. cit.*, p. 190; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 442. In giurisprudenza, Cass., 10 febbraio 1987, n. 1411, in *Riv. trim. app.*, 1987, p. 1355. Di opinione contraria, V. DI GREGORIO, *op. cit.*, p. 315, la quale non configura limiti al diritto dell'appaltatore di apportare variazioni.

<sup>412</sup> Nel caso in cui la parte oggetto di riduzione sia già stata realizzata e, pertanto, debba essere demolita, essa andrà comunque pagata assieme ai lavori necessari per la sua rimozione. In tal senso, D. RUBINO, *op. cit.*, p. 443; S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 179.

non sarà tenuto a corrispondere gli eventuali esborsi non ancora concretamente sostenuti<sup>413</sup>.

Ad ogni modo, la variante ordinata dall'appaltante ex art. 1661 c.c. non è destinata ad avere effetto solamente sul compenso pattuito dalle parti: l'appaltatore, infatti, ha diritto a ottenere un termine suppletivo per la consegna dell'opera qualora questo sia necessario per ottemperare alle indicazioni ricevute<sup>414</sup>. In caso di mancato accordo delle parti sul punto, il nuovo termine potrà essere stabilito dal giudice anche nell'ambito del giudizio volto ad accertare la configurabilità di un ritardo imputabile all'appaltatore<sup>415</sup>.

Si segnala, infine, che parte della dottrina ritiene che l'appaltatore, a fronte di un ordine impartito dal committente, sia comunque tenuto a segnalare eventuali difetti tecnici insiti alla variazione imposta, e questo al fine di evitare la realizzazione di un'opera viziata<sup>416</sup>. Ne consegue che, in caso di inadempimento, egli sarà comunque ritenuto responsabile dei vizi presentati dall'opera.

## **5.2 – I limiti previsti dall'art. 1661 c.c. al diritto del committente di ordinare variazioni**

Come è stato affermato in apertura, l'art. 1661 c.c. è frutto del bilanciamento di due esigenze contrapposte: da una parte vi è quella di garantire al committente il potere di incidere sulla realizzazione dell'opera modificandone gli elementi anche in corso di esecuzione, dall'altra, quella di tutelare la posizione dell'appaltatore, il quale potrebbe

---

<sup>413</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 292.

<sup>414</sup> Ne consegue che se l'entità della variante non è tale da giustificare una proroga del termine inizialmente previsto, quest'ultimo sarà destinato a rimanere invariato. In tal senso, V. DI GREGORIO, *op. cit.*, p. 315; C. MASCARELLO, *op. cit.*, p. 191; M. RUBINO – SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 336; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 253. La dottrina si è poi interrogata se è dovuto un compenso suppletivo all'appaltatore che, nonostante la modifica apportata, abbia consegnato l'opera rispettando il termine inizialmente stabilito. A favore di tale diritto, D. RUBINO, *op. cit.*, p. 435. Nell'opinione di chi scrive, tuttavia, risulta maggiormente condivisibile la posizione di chi esclude il diritto a tale supplemento, v. C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 185.

<sup>415</sup> V. D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 288; S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 175; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 184; D. BOTTARELLI, *Gli effetti delle variazioni ex art. 1659 e 1661 c.c. sul termine di consegna e sulla relativa clausola penale*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 421. In giurisprudenza, Cass., 6 ottobre 2011, n. 20484, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 421; Cass., 28 maggio 2001, n. 7242 in *Nuova giur. civ.*, 2002, I, p. 735; Cass., 27 febbraio 1995, n. 2290 in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Appalto*, n. 33.

<sup>416</sup> In tal senso, S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 178. In giurisprudenza, Cass., 28 novembre 2001, n. 15089, consultabile al sito [www.dejure.it](http://www.dejure.it).



correre il rischio di essere obbligato a realizzare un'opera completamente diversa da quella inizialmente concordata.

Proprio per scongiurare il rischio in parola, il legislatore è intervenuto con l'art. 1661 c.c., il quale di fatto circoscrive il diritto del committente di ordinare variazioni. Nello specifico, sono previsti due differenti limiti: la soglia del sesto del prezzo complessivo e l'impossibilità di imporre varianti che comportino una notevole modificazione della natura dell'opera o dei quantitativi nelle singole categorie di lavori.

A differenza di quanto rilevato in relazione all'art. 1660 c.c., qualora una determinata variante ordinata risulti superare i limiti anzidetti, l'appaltatore non potrà esercitare un semplice diritto di recesso, ma potrà opporsi alla variazione e pretendere di proseguire nell'esecuzione dell'opera così come inizialmente pattuita<sup>417</sup>. Qualora poi il committente voglia ad ogni costo introdurre la modifica dell'opera, non potrà far altro che recedere dal contratto in virtù dell'art. 1671 c.c., sopportando però le pesanti conseguenze economiche della sua scelta<sup>418</sup>.

### **5.2.1 – Il limite del sesto del prezzo complessivo convenuto**

Il primo comma dell'art. 1661 c.c. prevede espressamente che il committente possa apportare variazioni al progetto, purché il loro ammontare non superi il sesto del prezzo complessivo convenuto. La *ratio* sottesa al limite in esame è evidente: il legislatore ha voluto evitare che l'appaltatore potesse essere obbligato a realizzare un'opera che, a seguito della modifica introdotta, risultasse di portata eccessiva rispetto alle dimensioni e alla capacità produttiva della sua impresa. Proprio per tale ragione, la dottrina è concorde nell'affermare che, a fronte di più variazioni successive singolarmente inferiori al sesto,

---

<sup>417</sup> In tal senso, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 290; S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 177. La *ratio* sottesa a questa maggior tutela è individuabile nel fatto che, nell'ipotesi disciplinata dall'art. 1661 c.c., la variante ordinata non è imposta da necessità di natura tecnica. In tal senso, S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 174. Risulta di particolare rilevanza la tesi sostenuta da E. MAGRÌ, *op. cit.*, p. 341, secondo cui qualora il committente ordini la realizzazione di una variante che comporti una notevole modifica della natura dell'opera, l'appaltatore sarebbe legittimato a chiedere la risoluzione del contratto e il conseguente risarcimento del danno. Si tratta di una tesi difficilmente condivisibile. In primo luogo, infatti, non è tecnicamente imputabile alcun inadempimento al soggetto committente, il quale si è limitato ad avanzare una semplice richiesta. In secondo luogo, tale impostazione risulta contraria alla *ratio* sottesa all'intera disciplina delle variazioni del contratto di appalto, che è comunque quella di salvaguardare, nella misura del possibile, il contratto stipulato dalle parti.

<sup>418</sup> Nello specifico, dovrà tenere indenne l'appaltatore dalle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno, e questo senza ottenere in cambio un'opera completamente eseguita.

la loro entità debba essere sommata al fine di accertare il superamento del limite in parola. In altri termini, l'appaltatore potrà rifiutarsi di eseguire l'ultima modifica introdotta se questa, sommata a quelle già apportate in precedenza, risulti superare la soglia prevista dall'art. 1661 c.c.<sup>419</sup>. È infatti evidente che tale ipotesi sia del tutto equiparabile a quella in cui sia stata introdotta una singola variante superiore al sesto del prezzo complessivo, sicché non sussistono ragioni per non dare applicazione alla norma in commento. Occorre inoltre precisare che tale raffronto deve essere compiuto tenendo in considerazione il corrispettivo pattuito inizialmente dalle parti e non quello incrementato a seguito delle precedenti variazioni<sup>420</sup>.

Come si evince poi dalla lettera della norma, a rilevare non è l'eventuale incremento delle dimensioni dell'opera, ma l'incidenza della variante sul prezzo complessivo convenuto<sup>421</sup>. Tale raffronto risulta particolarmente facile nelle ipotesi di appalto a corpo, ove il prezzo è concordato globalmente. Per converso, negli appalti a misura non appare altrettanto agevole determinare l'incidenza della variante sul corrispettivo pattuito, e questo perché le parti si sono limitate a stabilire dei prezzi unitari senza definire nel dettaglio le effettive dimensioni dell'opera. In questo caso sarà quindi necessario, al fine di accertare il superamento della soglia prevista dalla norma in esame, compiere un calcolo approssimativo del prezzo complessivo dell'*opus* oggetto di contratto sulla base di quelle che si presume saranno le sue dimensioni finali<sup>422</sup>.

Nonostante la chiarezza dell'art. 1661 c.c., si segnala che un autorevole autore ha in passato sostenuto che *“l'ammontare delle variazioni ordinate non può superare di oltre un quinto l'originario prezzo complessivo convenuto”*<sup>423</sup>. Tale assunto troverebbe giustificazione nella convinzione, manifestata da parte della dottrina, che la norma in

---

<sup>419</sup> C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 184; F. MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, cit., p. 161; M. GAMBINI, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 236; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 290; S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 176. Non è inoltre necessario che l'appaltatore si riservi questa facoltà, essendo la stessa derivare direttamente dalla legge.

<sup>420</sup> In tal senso, C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 186; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 254.

<sup>421</sup> Molti Autori, in tale ambito, sono soliti riferirsi al *“costo dell'opera”*. Tale espressione, tuttavia, appare fuorviante, in quanto sembra rimandare alla spesa sostenuta dall'appaltatore per la realizzazione dell'*opus* oggetto di contratto e questo a fronte del disposto dell'art. 1661 che parla espressamente di prezzo complessivo. Appare più corretto parlare, invece, di prezzo o di corrispettivo, i quali sono termini più aderenti al dettato della norma in esame.

<sup>422</sup> V. M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 133.

<sup>423</sup> V. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 440.

commento sarebbe stata formulata male, e questo perché il legislatore avrebbe di certo voluto conformarsi al limite del quinto da sempre in vigore in materia degli appalti pubblici<sup>424</sup>. Si tratta, tuttavia, di un orientamento minoritario che non ha trovato accoglimento né in dottrina, né in giurisprudenza, in quanto fondato su una chiara forzatura del dettato normativo.

### **5.2.2 – Il limite delle notevoli modificazioni della natura dell'opera o dei quantitativi nelle singole categorie di lavori**

Il secondo comma dell'art. 1661 c.c. prevede un ulteriore limite, il quale è per certi versi volto a correggere l'eccessiva rigidità che sarebbe potuta scaturire dalla sola previsione della soglia del sesto del prezzo concordato. Il legislatore, infatti, ha stabilito che il primo comma della norma in commento non è destinato a trovare applicazione quando la singola variazione, pur essendo contenuta nel limite anzidetto, importa una notevole modificazione della natura dell'opera o dei quantitativi delle singole categorie di lavori previste dal contratto per la sua esecuzione.

Per quanto concerne il riferimento alla notevole modificazione della natura dell'opera, vale quanto rilevato in relazione alla categoria dei lavori extracontrattuali<sup>425</sup>: in estrema sintesi, si tratta di modifiche che, per il loro carattere particolarmente invasivo, non risultano assoggettate alla disciplina codicistica delle variazioni in quanto comportano un mutamento di entità tale da non poter più essere riferito all'oggetto contrattuale delineato dai contraenti<sup>426</sup>. Tuttavia, ciò che preme qui rilevare, è che il criterio in parola è evidentemente volto a garantire una certa flessibilità al sistema dei limiti delineato dall'art. 1661 c.c.: si tratta, infatti, di una limitazione generica che, rispetto alla soglia del sesto, lascia all'interprete una maggiore discrezionalità.

Infine, l'articolo in commento prevede che le variazioni ordinate non possano comportare una notevole modifica dei quantitativi delle singole categorie di lavori previsti nel contratto. Quest'espressione merita di essere esplicitata.

---

<sup>424</sup> Si è soliti parlare, in tale ambito, di sesto quinto.

<sup>425</sup> Per un approfondimento di tale tematica, si rimanda al cap. 1, par. 2.2.

<sup>426</sup> Da ciò deriva, inoltre, la facoltà del committente di affidare l'esecuzione di tali lavori a un soggetto diverso dall'appaltatore e la necessità di stabilire un compenso *ad hoc*. In tal senso, Cass., 4 maggio 2011 n. 9796, consultabile al sito [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it) e Cass., 20 giugno 2012, n. 10201, in *Riv. giur. ed.*, 2012, p. 918.

È infatti frequente che un singolo appalto contenga, per la sua esecuzione, diverse categorie di lavori, i quali risultano avere costi di produzioni differenti. Anche nell'ipotesi di appalto a misura – ove vengono stabiliti diversi prezzi unitari – il corrispettivo concordato non corrisponde mai esattamente al costo di quella specifica prestazione; ne consegue che i singoli valori unitari sono diversamente remunerativi per l'appaltatore, il quale ha acconsentito alla stipula del negozio considerando l'opportunità economica del contratto nella sua interezza. In astratto, è quindi possibile che il profitto dell'appaltatore in relazione a una specifica categoria di lavori sia nullo, e questo perché compensato dal guadagno derivante da un'altra delle prestazioni dedotte nel contratto. Tutto ciò, inoltre, vale *a fortiori* nei contratti a corpo, dove viene concordato fin dal principio un prezzo complessivo che costituisce il corrispettivo di ogni attività necessaria per raggiungere il risultato concordato dalle parti.

Tale delicato equilibrio, tuttavia, rischia di essere compromesso da un'eventuale variazione ordinata dal committente, la quale potrebbe per l'appunto alterare il rapporto tra le diverse categorie di lavori inizialmente pattuite e, di conseguenza, il margine di profitto dell'appaltatore: è infatti innegabile che questi subirebbe un grande pregiudizio se, ad esempio, venisse eliminata o ridotta quella tipologia di attività per lui maggiormente remunerativa, e questo a discapito di un aumento di una prestazione caratterizzata da costi di produzione maggiori.

Per tali ragioni, il legislatore è intervenuto con il disposto dell'art. 1661 c.c., che limita, anche sotto questo specifico aspetto il diritto del committente a ordinarie variazioni. A rilevare, ad ogni modo, non è la mera entità del cambiamento, ma l'incidenza dello stesso sui costi sostenuti dall'appaltatore e sul profitto da lui conseguito in relazione al contratto concluso<sup>427</sup>. Anche in questo caso, non è presente un chiaro parametro numerico, sicché la discrezionalità attribuita all'interprete risulta maggiore rispetto al limite del sesto del prezzo pattuito<sup>428</sup>.

Si segnala, infine, che la dottrina tende a escludere il diritto dell'appaltatore a ottenere uno specifico compenso a fronte di variazioni non notevoli dei quantitativi delle singole

---

<sup>427</sup> Sul punto, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 294, i quali affermano che la variazione “*deve essere notevole rispetto al risultato economico complessivo che l'appaltatore avrebbe eseguendo l'opera senza modifiche*”

<sup>428</sup> Sempre D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 294 evidenziano come il giudizio compiuto dal giudice di merito, se correttamente motivato, non risulta sindacabile innanzi alla Corte di cassazione.

categorie di lavori, e questo perché la legge avrebbe “*mostrato di volerlo tutelare solo contro modifiche notevoli*”<sup>429</sup>. Si tratta, a parere di chi scrive, di una posizione non condivisibile e che non solo non risulta sorretta da alcun fondamento normativo – l’art. 1661 c.c., infatti, non esclude un incremento del corrispettivo per tale tipologia di variazioni –, ma appare altresì in contrasto con il principio secondo cui le variazioni introdotte non debbano comportare un nocumento all’appaltatore.

### **5.2.3 – Derogabilità della disciplina in materia di variazioni ordinate dal committente**

In conclusione, occorre affrontare la tematica relativa alla derogabilità della disciplina sopra esposta<sup>430</sup>. Sul punto, è stato già rilevato come le parti possano escludere pattiziamente il compenso dovuto all’appaltatore per una determinata variazione. Per converso, sarà affetta da nullità un’eventuale clausola generale che escluda tale corrispettivo a fronte di una qualsiasi variazione apportata nel corso dell’esecuzione.

È inoltre da ritenersi parimenti nulla la disposizione contrattuale con cui viene conferito al committente il potere di ordinare varianti che vadano al di là dei limiti previsti dall’art. 1660 c.c., senza che tale diritto sia circoscritto in alcun modo: in questo caso, infatti, la determinazione dell’oggetto contrattuale sarebbe interamente rimessa alla discrezionalità del committente, il che contrasta con i principi generali vigenti in ambito contrattuale<sup>431</sup>.

Per quanto concerne, invece, la soglia del sesto, è pacificamente ammesso in dottrina che le parti possano concordare un diverso limite a cui assoggettare il diritto del

---

<sup>429</sup> V. D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 296. In senso conforme A. GHIRONI, *op. cit.*, p. 484.

<sup>430</sup> In via generale la dottrina ha affermato la natura dispositiva delle norme che regolano lo *ius variandi* del committente, sicché la loro derogabilità è tendenzialmente riconosciuta, con le precisazioni che verranno qui compiute. In tal senso, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti di lunga durata*, cit., p. 184; V. DI GREGORIO, *op. cit.*, p. 314; M. RUBINO – SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 331; M. GAMBINI, *L’esecuzione del contratto*, cit., p. 236.

<sup>431</sup> Sul punto, la dottrina maggioritaria è solita affermare che questa tipologia di clausole debba essere considerata valida quando “*l’oggetto del contratto sia esattamente delimitato ab initio, onde scongiurare che il potere modificativo, in sé compatibile con una più ampia configurazione rispetto a quella designata dalla fattispecie legale, non trasmodi nell’arbitrio di novare unilateralmente il rapporto contrattuale*”; S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 180. In senso conforme, V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 251; M. GAMBINI, *L’esecuzione del contratto*, cit., p. 239. Si tratta, nell’opinione di chi scrive, di una considerazione dalla portata poco chiara: ad incidere, infatti, sulla validità della clausola in esame è l’effettiva portata del diritto di modifica conferito al committente, e non il grado di determinatezza dell’*opus* oggetto di variazione.

committente<sup>432</sup>: in ogni caso, la variante concordata non potrà mai comportare una modifica dell'opera oggetto di contratto tale da poter essere ricondotta alla categoria dei lavori extracontrattuali. È altresì possibile che il committente rinunci, in sede contrattuale, ad apportare qualsiasi tipo di variazione: a fronte di un accordo di siffatto genere, l'appaltatore sarà legittimato a opporsi a ogni eventuale modifica ordinata dal committente<sup>433</sup>.

Per quanto concerne, invece, la derogabilità del limite di cui al secondo comma dell'art. 1661 c.c., nell'opinione di chi scrive vale quanto rilevato in relazione alla soglia del sesto: le parti saranno libere di conferire al committente la possibilità di apportare variazioni che, in astratto, supererebbero il limite previsto dal legislatore, purché ciò non comporti un'alterazione radicale dell'oggetto del contratto.

Una questione che risulta invece di complessità maggiore è quella inerente alla regolamentazione dell'accordo con il quale l'appaltatore acconsente di eseguire una variazione che vada oltre la soglia del sesto o che comunque vada oltre gli altri limiti previsti dall'art. 1664 c.c.. In merito al limite del sesto, un autorevole orientamento compie un importante distinguo in base alla circostanza che l'appaltatore abbia richiesto o meno un compenso aggiuntivo in virtù della modifica apportata: qualora, infatti, egli accetti di eseguire la variante senza chiedere un corrispettivo specifico, questa rimarrebbe assoggettata alla disciplina dell'art. 1661 c.c., il quale prevede come unica tutela la facoltà dell'appaltatore di opporsi all'ordine del committente<sup>434</sup>. Nel caso in cui, invece, tale richiesta di corrispettivo venga avanzata, le varianti introdotte saranno oggetto di un apposito contratto che andrà ad aggiungersi o modificare quello originario, e questo a seconda dell'incidenza concreta della variazione<sup>435</sup>. Secondo parte della dottrina, inoltre, l'accordo in esame dovrebbe essere assoggettato al requisito della forma scritta previsto dall'art. 1659 c.c.<sup>436</sup>. Tale ricostruzione, tuttavia, è stata oggetto di critiche, le quali hanno

---

<sup>432</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 291, i quali tuttavia precisano che è necessario che i contraenti definiscano precisamente la misura del limite introdotto al fine di evitare che la clausola concordata sia affetta da nullità. In questo contesto, il nuovo limite stabilito dalle parti può essere inferiore o superiore a quello previsto dalla legge. In senso conforme, S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 180.

<sup>433</sup> M. RUBINO – SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 334.

<sup>434</sup> In tal senso, D. RUBINO, *op. cit.*, p. 437.

<sup>435</sup> È infatti possibile che la variante comporti una modifica di un aspetto *dell'opus* già delineato ovvero si limiti ad aggiungere una porzione di opera inizialmente non contemplata.

<sup>436</sup> In tal senso, M. SANDULLI, *Osservazioni in tema di prova delle variazioni al progetto di appalto*, in *Riv. giur. edil.*, 1966, I, p. 761.

rilevato che un'eventuale modifica di portata superiore al limite del sesto, non potrebbe mai essere ascritta alla categoria delle variazioni disciplinata dal codice<sup>437</sup>.

A parere di chi scrive, entrambe le ricostruzioni sopra esposte non appaiono condivisibili. In primo luogo, non sembra opportuno compiere un distinguo sulla base della richiesta di un compenso aggiuntivo formulata dall'appaltatore. Occorre infatti rammentare che il diritto a un incremento del prezzo per la variazione apportata deriva direttamente dalla legge, la quale a sua volta è espressione di alcuni dei principi fondamentali vigenti nel nostro ordinamento<sup>438</sup>: escludere il compenso dell'appaltatore per il solo fatto che non sia stata avanzata una specifica pretesa appare quindi inspiegabile. Inoltre, sempre nell'opinione di chi scrive, non sembra corretto determinare la natura di una variazione sulla base dell'eventuale pretesa economica avanzata dall'appaltatore: si ritiene, infatti, che essa dovrebbe essere valutata nella sua oggettività, tenendo in considerazione la sua effettiva incidenza sul regolamento contrattuale delineato dalle parti.

D'altro canto, non appare neppure corretto ricondurre una specifica variante alla categoria dei lavori extracontrattuali per il solo fatto che essa integri il superamento della soglia del sesto prevista dall'art. 1661 c.c.. Come è stato infatti rilevato in precedenza, tale limite risulta particolarmente rigido, tant'è che il legislatore ha scelto di stemperarlo con il secondo comma della norma in commento. Pertanto, sembra opportuno affermare che anche in tale contesto servirebbe una maggiore elasticità: in quest'ottica, si ritiene che il superamento del limite del sesto non dovrebbe comportare automaticamente la riconducibilità della variazione eseguita alla categoria dei lavori extracontrattuali, in quanto la variante considerata potrebbe comunque integrare una modifica ancora connessa all'originario oggetto delineato dalle parti. In altri termini, chi scrive ritiene che tra l'area delimitata dal limite del sesto e le modifiche che risultano ascrivibili alla categoria dei lavori extracontrattuali sussista uno spazio in cui sia configurabile una variante riconducibile all'art. 1659 c.c., perché comunque fondata sull'accordo delle parti<sup>439</sup>. Tale assunto, inoltre, troverebbe inoltre conforto in una semplice considerazione:

---

<sup>437</sup> A. GHIRONI, *op. cit.*, p. 481.

<sup>438</sup> È stato infatti rilevato come il compenso trovi la propria giustificazione nella regola del sinallagma funzionale e, a volte, nel principio dell'ingiustificato arricchimento.

<sup>439</sup> Di tale opinione sembra M. GAMBINI, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 242. Occorre tuttavia segnalare che la ricostruzione qui prospettata contrasta con quell'orientamento dottrinale – già criticato in

il limite del sesto previsto dall'art. 1661 c.c. non è richiamato nell'ambito dell'art. 1659 c.c., in relazione a cui la determinazione delle variazioni consentite viene effettuata valutando le peculiarità di ogni fattispecie concreta, e questo senza ricorrere all'applicazione di criteri rigidi potenzialmente fonte di gravi iniquità.

Le medesime considerazioni, tuttavia, non possono essere applicate ai limiti previsti dal secondo comma dell'art. 1661 c.c.. Qualora, infatti, una determinata modifica comporti un notevole mutamento della natura dell'opera o dei quantitativi delle singole categorie di lavori, non sembra possibile ricondurla al concetto di variazione contemplato dal codice. Tale assunto, tuttavia, risulta coerente con le considerazioni sopra esposte: in questo caso, invero, è la stessa formulazione generica del limite a impedire che possa essere rintracciata un'eccessiva rigidità nel sistema.

Qualora, infine, l'appaltatore acconsenta a eseguire modifiche che comportino una notevole variazione dei quantitativi delle singole categorie di lavori, gli interpreti ritengono che tale variante sia destinata ad essere assoggettata ai criteri ordinari di maggiorazione del compenso che, secondo la dottrina maggioritaria, escludono il diritto a un incremento del prezzo<sup>440</sup>. Anche tale conclusione non appare condivisibile: come è stato rilevato, si tratta di ipotesi ascrivibili alla categoria dei lavori extracontrattuali, i quali presuppongono la stipula di un nuovo contratto di appalto. Ne consegue che non è possibile considerare le parti ancora vincolate al corrispettivo inizialmente pattuito.

## **6 – La gestione delle sopravvenienze nella disciplina dell'appalto privato**

### **6.1 – La *ratio* e l'ambito di applicazione dell'art. 1664 c.c.**

Come è stato più volte rilevato nel corso della presente trattazione, uno dei principi fondamentali vigenti in materia di appalto è quello relativo all'invariabilità del prezzo concordato in sede contrattuale<sup>441</sup>, il quale è tendenzialmente destinato a non subire mutazioni se non a fronte di modifiche apportate all'opera o al servizio oggetto di contratto. Tale caratteristica risulta strettamente connessa alla natura del tipo contrattuale

---

precedenza – che individua tra i presupposti applicativi dell'art. 1659 c.c. l'esigenza che l'iniziativa di modifica sia scaturita dal soggetto appaltatore. Per un approfondimento, si rimanda al cap. 2, par. 3.

<sup>440</sup> A. GHIRONI, *op. cit.*, p. 484; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 446.

<sup>441</sup> Per un approfondimento, si rimanda al cap. 2, par. 1.



qui in esame: con la stipula del contratto l'appaltatore infatti assume, “*con gestione a proprio rischio*”<sup>442</sup>, il compimento di un’opera o di un servizio; da ciò deriva che, in via generale, egli dovrà sopportare ogni eventuale variazione relativa al costo della prestazione a lui facente capo o il pregiudizio derivante da un’errata previsione delle spese e delle difficoltà conseguenti all’esecuzione del contratto<sup>443</sup>. Diversa è, tuttavia, l’ipotesi in cui tale maggiore onerosità sia causata dalla sopravvenienza di circostanze imprevedibili che superano quella che è la normale alea di rischio insita al contratto di appalto. Ed è proprio in relazione a tali fattispecie che il legislatore ha previsto l’art. 1664 del codice civile<sup>444</sup> il quale è volto a garantire, a fronte del sopraggiungere di sopravvenienze che soddisfino i requisiti da questa norma individuati, l’adeguamento del contratto e il riequilibrio delle prestazioni che ne costituiscono l’oggetto.

Come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, il rimedio in commento è riconducibile alla tematica, di più ampio respiro, della gestione delle sopravvenienze e dell’eccessiva onerosità sopravvenuta che si pone in relazione a quei contratti la cui esecuzione non risulta contestuale alla loro stipula<sup>445</sup>. La dottrina e la giurisprudenza sono infatti concordi nell’affermare che l’art. 1664 c.c. – il cui disposto verrà a breve esaminato – non costituisce altro che espressione del principio generale dell’eccessiva onerosità di cui all’art. 1467 c.c., il quale individua come principale rimedio la risoluzione del contratto stipulato, fatta salva la possibilità per le parti di offrire la *reductio ad*

---

<sup>442</sup> L’espressione impiegata riprende il disposto dell’art. 1655 c.c., il quale è stato analizzato al cap. 1, par. 1.

<sup>443</sup> È stato infatti chiarito che, con tale espressione, il legislatore ha voluto chiaramente riferirsi al rischio di impresa che risulta sotteso alla quasi totalità dei contratti sinallagmatici che non prevedono un’esecuzione istantanea delle prestazioni oggetto di contratto.

<sup>444</sup> Il legislatore, con la disposizione in commento, ha risolto l’annoso dibattito, sorto nel periodo di vigenza del codice del 1865, relativo all’ammissibilità dello strumento della revisione del prezzo. L’art. 1640 del codice previgente, infatti, escludeva la possibilità che il corrispettivo del contratto di appalto potesse essere adeguato a causa di eventuali circostanze sopravvenute in grado di incidere sul costo dei materiali e delle manodopera. Tale rigidità normativa, tuttavia, era stata in parte mitigata da alcuni orientamenti dottrinali e giurisprudenziali fondati su un’interpretazione restrittiva della norma in commento. Pertanto, l’introduzione dell’art. 1664 c.c. ha di fatto risolto tale specifico problema interpretativo. In tal senso, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 320; A. PISU, *Onerosità e difficoltà nell’esecuzione*, in *Codice dell’appalto privato*, a cura di A. LUMINOSO, cit., p. 518.

<sup>445</sup> Si è volutamente scelto di impiegare una definizione non tecnica per ricomprendere non solo i contratti a esecuzione continuata, periodica e differita – i quali sono espressamente menzionati dall’art. 1467 c.c. – ma anche quelli a esecuzione prolungata come l’appalto, che sono comunque ricompresi nell’alveo disciplinato dalla norma in commento. In tal senso, *ex multis*, C. MASCARELLO, *op. cit.*, p. 198; C.G. TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi nell’onerosità sopravvenuta*, cit., p. 269; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 505.

*aequitatem*<sup>446</sup>. L'art. 1664 c.c., quindi, può a tutti gli effetti essere considerato una disposizione speciale rispetto all'art. 1467 c.c.: le due norme, infatti, non sono volte a disciplinare fattispecie ontologicamente differenti, ma si distinguono solamente in relazione all'ambito di applicazione e ai rimedi che le stesse forniscono; nello specifico, l'art. 1664 c.c. risulta avere una portata più circoscritta, potendo tale norma trovare applicazione – almeno secondo l'opinione tradizionale<sup>447</sup> – solamente nell'ambito del contratto di appalto e unicamente in relazione a quelle circostanze sopravvenute che soddisfano i presupposti da questa individuati<sup>448</sup>. Per converso, l'art. 1467 c.c. risulta un rimedio generale applicabile a tutti i contratti a esecuzione continuata, periodica, prolungata o differita.

Dalla considerazione sopra esposta deriva un importante corollario: qualora una determinata fattispecie risulti riconducibile all'art. 1664 c.c., i principi generali in materia di concorso tra norme impediranno ai contraenti di poter scegliere tra la revisione del prezzo e la risoluzione del contratto prevista dall'art. 1467 c.c.: in questo caso, infatti, dovrà necessariamente trovare applicazione la norma speciale vigente in materia di appalto, la quale individua come unico rimedio l'adeguamento del corrispettivo concordato dalle parti. Al contrario, qualora l'onerosità sopravvenuta sia attribuibile a cause diverse da quelle contemplate dall'art. 1664 c.c., potrà trovare applicazione il rimedio generale dell'eccessiva onerosità sopravvenuta<sup>449</sup>.

---

<sup>446</sup> In dottrina, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 321; A. PISU, *op. cit.*, p. 520; V. DI GREGORIO, *Onerosità sopravvenuta dell'esecuzione e sorpresa geologica*, cit., p. 534; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 126; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 698; P. TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità ed appalto*, cit., p. 157; M. LIPARI, *Il rischio dell'appalto e l'alea normale del contratto*, cit., p. 224; C.G. TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi nell'onerosità sopravvenuta*, cit., p. 265. In giurisprudenza, Cass. sez. un., 12 dicembre 1994, n. 10596, in *Arch. giur. op. pubb.*, 1995, p. 659; Cass., 23 novembre 1999, n. 12989, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Appalto*, n. 33; Cass., 13 settembre 2006, n. 19655.

<sup>447</sup> Nel terzo capitolo verranno infatti esaminate le ragioni per cui non solo è possibile, ma è anche opportuno procedere ad un'applicazione analogica della norma qui in esame.

<sup>448</sup> In tal senso, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 321; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 505; O. CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano, 1979, pp. 138-140; R. PENNAZIO, *op. cit.*, p. 163; R. SABATO, *La sopravvenienza nell'appalto privato*, in *Nuova giur. civ.*, 1992, II, pp. 9 e ss.; D. CHINDEMI, *Revisione dei prezzi nell'appalto fra privati*, in *Foro pad.*, 1993, II, pp. 2 e ss.; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 266; C. MASCARELLO, *op. cit.*, p. 198; M. STOLFI, *op. cit.* p. 37; M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 189; A. PISU, *op. cit.*, p. 577. In giurisprudenza, Cass., 31 dicembre 2013, n. 28812, in *I contratti*, 2015, 2, pp. 169 e ss., con nota di M. CARAI, dal titolo *Responsabilità dell'appaltatore nella costruzione di manufatti sotterranei per difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche*.

<sup>449</sup> In dottrina C.G. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 281; M. PENNASILICO, *Il corrispettivo*, cit., p. 152; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 266; C. MASCARELLO, *op. cit.*, p. 198; P. TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità*

Come è stato anticipato, le due norme in esame non si distinguono solo per quello che è il loro ambito di applicazione, ma anche in relazione agli effetti da queste derivanti. L'art. 1467 c.c., infatti, individua la risoluzione del contratto come principale rimedio all'eccessiva onerosità sopravvenuta, rimettendo la possibilità di ricondurre il contratto ad equità all'iniziativa della parte nei cui confronti è stata chiesta la risoluzione<sup>450</sup>. Per converso, l'art. 1664 c.c. prevede l'adeguamento del contratto come unica soluzione al sopraggiungere di circostanze sopravvenute in grado di incidere sull'equilibrio delle prestazioni; si tratta, quindi, di un rimedio dalla chiara efficacia manutentiva il cui effetto concreto è quello di garantire la conservazione del vincolo contrattuale<sup>451</sup>.

Senza anticipare le considerazioni che saranno affrontate nel prosieguo in relazione all'opportunità di procedere all'applicazione analogica dell'art. 1664 c.c.<sup>452</sup>, nella presente sede appare sufficiente rilevare come tale disposizione trovi la propria giustificazione nella dinamica sottesa al contratto di appalto che, essendo tendenzialmente volto alla realizzazione di un'opera o alla fornitura di un servizio caratterizzati da un alto grado di complessità, obbliga l'appaltatore a porre in essere una serie di attività preparatorie preordinate alla corretta esecuzione del contratto. Pertanto l'art. 1664 c.c., prevedendo il solo rimedio dell'adeguamento, è specificatamente volto a tutelare l'appaltatore: qualora, infatti, un'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione potesse portare allo scioglimento del vincolo negoziale, tale soggetto subirebbe un grave pregiudizio a causa dell'impossibilità di recuperare gli investimenti già compiuti in vista dell'esecuzione.

Ad ogni modo, dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'affermare la natura dispositiva dell'art. 1664 c.c., da cui deriva la possibilità per le parti di stabilire diversi presupposti applicativi o finanche di escludere del tutto l'operatività dell'istituto della revisione del prezzo<sup>453</sup>. Per le medesime ragioni, il diritto a ottenere una revisione del

---

*ed appalto*, cit., p. 151; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 322, i quali tuttavia evidenziano come sia difficile configurare cause di eccessività sopravvenuta differenti da quelle contemplate dall'art. 1664 c.c.. In giurisprudenza, Cass., 3 novembre 1994, n. 9060, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Appalto*, n. 46.

<sup>450</sup> Per un approfondimento sul terzo comma dell'art. 1467 c.c., si rimanda al cap. 3, par. 2.

<sup>451</sup> In tal senso, A. PISU, *op. cit.*, p. 520; V. DI GREGORIO, *Onerosità sopravvenuta dell'esecuzione e sorpresa geologica*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. ROPPO, Milano, 2014, p. 525.

<sup>452</sup> Sul punto si rimanda al par. 5.

<sup>453</sup> In tal senso, A. PISU, *op. cit.*, p. 535; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 268; C. MASCARELLO, *op. cit.*, p. 200; M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 188; V. DI GREGORIO, *Onerosità sopravvenuta dell'esecuzione e sorpresa geologica*, cit., p. 548; V. MANGINI E M. IACUANIello BRUGGI, *op. cit.*, p. 505;

compenso può altresì essere oggetto di rinuncia, la quale potrà essere manifestata espressamente o desunta dal contegno assunto dalla parte: qualora, infatti, l'appaltatore riceva dal committente, dopo la consegna dell'opera, il pagamento del prezzo inizialmente concordato, e in questa sede non ne chieda la revisione o non manifesti alcuna riserva, tale condotta potrà essere interpretata come una rinuncia tacita al diritto in parola<sup>454</sup>.

Per determinare poi il momento in cui il diritto alla revisione o all'equo compenso diviene esigibile, occorre compiere un distinguo sulla base dell'intesa intercorsa tra le parti. Nello specifico, qualora il prezzo sia stato integralmente corrisposto prima dell'ultimazione dell'opera, il compenso revisionale potrà essere richiesto solamente al momento della sua ultimazione. Nel caso in cui, invece, il corrispettivo non sia stato integralmente versato prima della consegna, sarà possibile chiedere l'importo conseguente alla revisione solamente all'accettazione dell'opera. Qualora le parti abbiano però concordato che il saldo del prezzo debba avvenire dopo che sia trascorso un determinato lasso di tempo dall'accettazione, anche il compenso revisionale potrà essere

---

F. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 135; C.G. TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi dell'onerosità sopravvenuta*, cit., p. 283; D. RUBINO, *op. cit.*, pp. 722 e ss.; M. STOLFI, *op. cit.*, p. 38; F. MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, pp. 164 e ss. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 4 marzo 2005, n. 4779 in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Appalto*, n. 35; Cass., 21 dicembre 1996, n. 11469, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Appalto*, n. 33; Cass., 14 dicembre 1989, n. 5619, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 1548; Cass., 13 marzo 1992, n. 3013, in *Mass. Giur. it.*, 1992, p. 258, la quale afferma espressamente che “*la disposizione dell'art. 1664 cod. civ. relativa alla revisione del prezzo nel contratto di appalto non ha carattere vincolante per le parti, le quali, pertanto, possono derogarvi fissando convenzionalmente un diverso limite di aumento ovvero rimuovendo quello legale o escludendo dalla revisione l'aumento del costo di talune prestazioni*”. Di opinione contraria, S. POLIDORI, *op. cit.*, p. 143, secondo cui l'art. 1664 c.c. sarebbe caratterizzato da un'inderogabilità relativa: ne consegue che le parti sono libere di mutarne i presupposti applicativi, purché l'istituto della revisione modificata risulti ancora idoneo a garantire nel tempo il mantenimento dell'equilibrio contrattuale tra le prestazioni oggetto di contratto. Sul punto, si rimanda al cap. 1, par. 6, ove si è rilevato come, anche a fronte di un accordo delle parti volto ad escludere l'applicabilità dell'art. 1664 c.c., non viene meno la natura commutativa del contratto di appalto.

<sup>454</sup> In tal senso, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 334. Il medesimo principio vale nell'ipotesi in cui l'adeguamento del prezzo comporti un vantaggio per il soggetto committente: la corresponsione dell'importo inizialmente stabilito senza una contestuale richiesta di revisione può essere interpretata come una rinuncia tacita al diritto in commento. In ogni caso, dovranno essere considerate tutte le peculiarità del caso concreto al fine di interpretare correttamente l'effettiva volontà negoziale delle parti. Nello specifico, è escluso che possa individuarsi una rinuncia tacita se l'importo corrisposto costituisce solamente una parte del prezzo dovuto dal committente. Sul punto, F. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 135, il quale evidenzia come il diritto alla revisione del prezzo sia qualificabile come un diritto potestativo.

preteso solo in quello specifico momento<sup>455</sup>. Nell'ambito dell'appalto di servizi<sup>456</sup>, invece, il diritto alla revisione “*matura gradualmente in concomitanza del corrispondente aumento del costo dei servizi appaltati*”<sup>457</sup>. La dottrina è poi concorde nell'affermare che il diritto in parola si prescrive nel termine ordinario di dieci anni, i quali inizieranno a decorrere dal momento in cui è dovuto il corrispettivo o, se questo dovesse essere antecedente all'accettazione dell'opera, da quando è sopravvenuta la circostanza che ha giustificato la sua revisione<sup>458</sup>.

Per quanto concerne, invece, la procedura volta a determinare l'ammontare del compenso revisionale, si segnala che l'art. 1664 c.c. demanda in prima battuta tale quantificazione all'autonomia delle parti: è infatti opinione condivisa che solamente nel caso in cui i contraenti non siano riusciti a concordare uno specifico importo la parte interessata possa rivolgersi all'autorità giudiziaria al fine di chiederne la sua definizione, la quale avverrà secondo i criteri di quantificazione che saranno illustrati nel prosieguo.

Chiariti tali aspetti, occorre inoltre segnalare come la norma in esame non sia destinata ad operare a fronte di una maggiore onerosità della prestazione imputabile a variazioni dell'opera concordata<sup>459</sup>. L'istituto della revisione del prezzo, infatti, presuppone che la prestazione facente capo all'appaltatore sia rimasta invariata e che la maggior difficoltà od onerosità ad essa connessa sia imputabile al sopraggiungere di circostanze imprevedibili dalle parti. Al contrario, le differenti ipotesi di variazione affrontate nei paragrafi precedenti si concretizzano in una modifica della prestazione facente capo all'appaltatore, dalla quale discendono conseguenze giuridiche differenti.

---

<sup>455</sup> In tal senso, D. RUBINO, *op. cit.*, pp. 725 e ss.; A. PISU, *op. cit.*, p. 554. In via generale, il diritto al pagamento dell'incremento derivante dalla revisione risulta esigibile solamente quando può essere richiesta la corresponsione del prezzo previsto dal contratto di appalto.

<sup>456</sup> È infatti pacifico che l'art. 1664 c.c. sia applicabile anche agli appalti di servizi. In tal senso, A. PISU, *op. cit.*, p. 524; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 134; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 268; M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 194; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 523. Occorre tuttavia segnalare che difficilmente il secondo comma della norma in commento potrà trovare applicazione in relazione agli appalti di servizi: tale disposizione, infatti, riferendosi a una difficoltà derivante da cause geologiche, idriche o simili, sembra presupporre la realizzazione di un'opera. In tal senso, E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018, p. 158,

<sup>457</sup> A. PISU, *op. cit.*, p. 554.

<sup>458</sup> In tal senso, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 334; M. RUBINO – SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 353; A. PISU, *op. cit.*, p. 582; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 129; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 726; C.G. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 289.

<sup>459</sup> A. PISU, *op. cit.*, p. 527; D. RUBINO, *op. cit.*, pp. 710 e ss.; V. DI GREGORIO, *Onerosità sopravvenuta dell'esecuzione e sorpresa geologica*, cit., p. 546.

Nello specifico, è stato più volte rilevato come, in materia di variazioni, operi il principio secondo cui ogni cambiamento apportato all'*opus* oggetto di contratto debba comunque mantenere indenne il soggetto appaltatore da tutti i costi sostenuti per la sua esecuzione. Per converso, nell'ambito dell'istituto in commento sussistono dei criteri che di fatto limitano l'incidenza della revisione sul corrispettivo pattuito.

## **6.2 - I presupposti applicativi dell'art. 1664 c.c.**

### **6.2.1 – L'imprevedibilità delle circostanze sopravvenute**

Per quanto concerne i presupposti applicativi dell'art. 1664 c.c., occorre rilevare che l'istituto della revisione del prezzo può trovare applicazione solamente a fronte del sopraggiungere di circostanze imprevedibili<sup>460</sup>. In prima approssimazione, si può definire prevedibile quell'evento che *“con uno sforzo obiettivamente ordinario, un qualsivoglia contraente di quel tipo potrebbe prevedere in relazione alle circostanze concrete in cui l'impegno contrattuale è stato assunto, tenendo conto anche delle qualità personali e professionali”*<sup>461</sup>.

Anche in questo contesto vale quanto evidenziato in relazione al concetto di variazioni prevedibili: quello che rileva, ai fini dell'applicazione della norma in esame, non è il fatto che una determinata sopravvenienza sia stata prevista dalle parti nel regolamento contrattuale concordato, ma la sua prevedibilità in astratto. Ne consegue che la mancata previsione da parte dei contraenti di una circostanza che risultava essere per sua natura prevedibile non permetterà di ricorrere all'istituto qui in esame. Per converso,

---

<sup>460</sup> Tale presupposto deriva direttamente dal dettato normativo, che è per l'appunto volto a disciplinare circostanze sopravvenute di natura imprevedibile. Dal punto di vista letterale, si segnala che il secondo comma dell'art. 1664 c.c. parla invece di *“difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti”*, sicché si potrebbe ritenere che in tale contesto a rilevare non sia la prevedibilità in astratto di tali circostanze, ma il fatto che le stesse siano state previste nel caso concreto. La dottrina maggioritaria, tuttavia, ritiene che tale discrasia terminologica sia priva di conseguenze concrete, potendo considerare le due espressioni impiegate equipollenti. In tal senso, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 337; V. DI GREGORIO, *Onerosità sopravvenuta dell'esecuzione e sorpresa geologica*, cit., p. 546; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 133; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 732; O. CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, cit., p. 113; G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, 2<sup>a</sup> ed., in *Commentario Utet*, IV, t. 3, Torino, 1962, p. 449; R. SABATO *op. cit.*, p. 27; A. MIGLIETTA E M. MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 198. In giurisprudenza, si segnala Cass., 23 novembre 1999, n. 12989 in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Appalto*, n. 33. L'imprevedibilità, inoltre, può riguardare solamente il *quantum* del mutamento. A. PISU, *op. cit.*, p. 544.

<sup>461</sup> La definizione riportata è di C.G. TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi dell'onerosità sopravvenuta*, cit., p. 296.

qualora le parti abbiano contemplato in sede contrattuale una circostanza per sua natura imprevedibile, sarà necessario al fine di determinare l'applicabilità dell'istituto in esame, accertare quella che era l'effettiva volontà delle parti<sup>462</sup>: è infatti possibile che i contraenti si siano semplicemente limitati a esprimere l'intenzione di volersi riservare il diritto di ricorrere, a fronte di circostanze sopravvenute, all'istituto della revisione del prezzo, come è altresì possibile che abbiano voluto rendere manifesto il fatto di aver considerato una specifica eventualità nella determinazione del corrispettivo: in quest'ultimo caso, il sopraggiungere della circostanza contemplata non potrà comportare alcun compenso revisionale. Si tratta, ad ogni modo, di un accertamento che deve necessariamente essere compiuto tenendo in considerazione tutte le peculiarità del caso concreto, fermo restando che, nel dubbio, sarà sempre opportuno riconoscere l'applicabilità dell'istituto della revisione del prezzo.

Per quanto concerne poi il giudizio in merito alla prevedibilità di una determinata sopravvenienza, esso dovrà essere compiuto riferendosi al momento di conclusione del contratto<sup>463</sup>. Nel concreto, saranno qualificabili come prevedibili tutte quelle circostanze che sarebbe stato possibile prevedere impiegando un grado di diligenza e perizia adeguato: essendo, infatti, l'appaltatore una figura professionale, andrà a rilevare anche il concetto di perizia, il quale dovrà essere determinato tenendo in considerazione la figura dell'appaltatore medio<sup>464</sup>.

Il concetto di imprevedibilità di cui all'art. 1664 c.c. presuppone inoltre che la sopravvenienza da cui è derivata la maggiore difficoltà od onerosità riscontrata non sia

---

<sup>462</sup> V. Cass., 13 luglio 1955, in *Mass. Foro it.*, 1955, n. 2206.

<sup>463</sup> In tal senso, *ex multis*, Cass., 23 novembre 1999, n. 12989 in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Appalto*, n. 33; Cass., 17 ottobre 1998, n. 10288, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Appalto*, n. 30. In dottrina, M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 191; C.G. TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi dell'onerosità sopravvenuta*, cit., p. 302.

<sup>464</sup> In tal senso, Cass. 17 ottobre 1998, n. 10288, cit. In dottrina, A. PISU, *op. cit.*, p. 543; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 279; C.G. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 295; M. LIPARI, *Il rischio dell'appalto e l'alea normale del contratto*, cit., p. 232; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 518; M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 191; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 327. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 11 luglio 1990, n. 7208, in *Arch. giur. op. pubb.*, 1990, p. 567. Di opinione contraria, C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 130, che parla invece della normale diligenza dell'uomo comune. Per quanto concerne poi il fenomeno della svalutazione monetaria, si ritiene che questo possa giustificare una revisione del prezzo solamente nel caso in cui assuma una rilevanza tale da incidere in modo imprevedibile sull'equilibrio del contratto stipulato dalle parti. Sul punto, v. C. MASCARELLO, *op. cit.*, p. 200.

imputabile a nessuna delle parti contraenti<sup>465</sup>. Qualora, infatti, il maggior esborso subito dall'appaltatore sia causato, ad esempio, da un suo ritardo colposo nell'esecuzione della prestazione, sono evidenti le ragioni per cui egli non avrà il diritto a ottenere un incremento del compenso inizialmente pattuito<sup>466</sup>. Nell'ipotesi in cui, invece, la maggior onerosità dell'appalto sia imputabile al committente, egli sarà tenuto a risarcire l'appaltatore di ogni pregiudizio subito, senza che possano trovare applicazione i limiti previsti dall'art. 1664 c.c. che verranno analizzati nel prosieguo.

In merito al requisito dell'imprevedibilità, la norma in commento non esige, a differenza dell'art. 1467 c.c., che la circostanza sopravvenuta sia qualificabile anche come straordinaria. Tuttavia, nell'opinione di chi scrive, sembra condivisibile l'orientamento che sostiene che il concetto di imprevedibilità presupponga sempre quello di straordinarietà, sicché tale omissione sarebbe priva di ricadute applicative<sup>467</sup>. Occorre inoltre precisare che le circostanze che qui rilevano sono differenti da quelle che comportano l'impossibilità, anche solo temporanea, della prestazione facente capo al soggetto appaltatore: nel caso di specie, infatti, sarà possibile individuare semplicemente una maggior difficoltà nell'esecuzione del contratto, la quale rimarrà comunque possibile.

L'art. 1664 c.c. disciplina poi due fattispecie distinte, entrambe riconducibili alla categoria delle circostanze sopravvenute. Nello specifico, il primo comma dell'art. 1664 c.c. è dedicato alle sopravvenienze che comportano un aumento dei costi dei materiali e della manodopera, mentre il secondo comma è volto a disciplinare quelle circostanze

---

<sup>465</sup> A. PISU, *op. cit.*, p. 525; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 708; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 328. In giurisprudenza, Cass., 16 gennaio 1987, n. 292, in *Riv. trim. appalti*, 1987, p. 1328. Di opinione contraria, O. CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, cit., pp. 80 e 183 ss., il quale rileva come da un fatto attribuibile alle parti possano comunque derivare conseguenze imprevedibili rilevanti ai sensi dell'art. 1664 c.c..

<sup>466</sup> Sul punto, la giurisprudenza è ferma nell'affermare che non può essere conferito un maggior compenso ex art. 1664 c.c. all'appaltatore qualora questo sia stato messo in mora. Si veda, *ex multis*, Cass., 16 gennaio 1987, n. 292, in *Arch. giur. op. pubb.*, 1987, p. 742. In dottrina, A. PISU, *op. cit.*, p. 526; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 129; V. DI GREGORIO, *Onerosità sopravvenuta dell'esecuzione e sorpresa geologica*, cit., p. 546; C.G. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 289; P. CORRIAS, *Ritardo imputabile, eccessiva onerosità e principio di autoresponsabilità nell'appalto*, *Riv. giur. sarda*, 1992, pp. 652 e ss.;

<sup>467</sup> V. C.G. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 299; V. DI GREGORIO, *Onerosità sopravvenuta dell'esecuzione e sorpresa geologica*, cit., p. 539; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 520, i quali rilevano che "anche se quello della straordinarietà fosse veramente un requisito autonomo, poiché esso non risulta ripetuto nell'art. 1464 c.c., non sarebbe richiesto agli effetti di quest'ultima norma".



sopravvenute aventi natura geologica, idrica o simile e che comportano una maggiore difficoltà di esecuzione dell'appalto<sup>468</sup>.

### **6.2.2 – Le sopravvenienze che comportano un aumento imprevedibile dei costi dei materiali e della manodopera**

Il primo comma dell'art. 1664 c.c. risulta espressamente volto a disciplinare quelle ipotesi in cui si sia verificato un aumento dei costi dei materiali e della manodopera a causa di circostanze sopravvenute imprevedibili per le parti contraenti.

In merito alla portata della disposizione in esame, si segnala come gli interpreti tendano a dare una lettura estensiva ai concetti di materiale e manodopera da questa richiamati. Nello specifico, si ritiene che l'istituto della revisione del prezzo possa trovare applicazione anche nel caso in cui l'aumento non riguardi il costo del materiale in sé considerato, ma interessi invece voci di spesa ad esso inerenti, quali gli eventuali costi di trasporto e la tassazione al quale è soggetto<sup>469</sup>. La norma in commento, inoltre, viene estesa analogicamente anche al caso in cui l'appaltatore abbia preso in locazione dei mezzi necessari alla realizzazione dell'opera e il canone relativo al loro impiego sia aumentato nel corso dell'esecuzione<sup>470</sup>. Parimenti, con l'espressione aumento del costo della manodopera si ritiene che il legislatore non abbia voluto riferirsi solamente all'incremento del salario spettante ai lavoratori, ma anche all'aumento di tutte quelle

---

<sup>468</sup> Sul punto, rileva Cass., 10 luglio 1984, n. 4049, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 86, che evidenzia che le due fattispecie contemplate dall'art. 1664 c.c. si differenziano non solo in relazione ai presupposti applicativi, ma anche per quanto concerne gli effetti da questi derivanti: il primo comma dell'art. 1664 c.c., infatti, parla di revisione del prezzo, mentre il secondo comma prevede il diritto dell'appaltatore a ottenere un equo compenso, i quali sono istituti assoggettati a criteri di determinazione diversi.

<sup>469</sup> In tal senso, A. PISU, *op. cit.*, p. 547; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 131; R. PANETTA, *op. cit.*, p. 208; C.G. TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi dell'onerosità sopravvenuta*, cit., p. 292; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 331, i quali rilevano come l'istituto della revisione del prezzo possa trovare applicazione anche quando, per circostanze sopravvenute e imprevedibili dalle parti, l'appaltatore sia costretto a cambiare la provenienza dei materiali utilizzati, andando così a sostenere delle spese di trasporto maggiori. Nell'ipotesi in cui, tuttavia, la provenienza della materia prima sia stata oggetto di uno specifico accordo delle parti, la sua eventuale variazione sarà assoggettata alla disciplina di cui all'art. 1660 c.c. Ne consegue che non potrà operare il limite del decimo che sarà ora affrontato. In giurisprudenza, Cass., 11 luglio 1990, n. 7208, *Arch. giur. op. pubb.*, 1990, p. 567.

<sup>470</sup> In tal senso, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 331. Tale assunto, tuttavia, non sembra condivisibile. La scelta, infatti, di acquistare un determinato macchinario o di ricorrere a un contratto di locazione appare strettamente inerente alla predisposizione di quella "organizzazione di mezzi necessari" di cui all'art. 1655 c.c.. Ne consegue che un'eventuale aumento del canone di locazione concordato appare riconducibile a quel normale rischio di impresa insito al contratto di appalto e che non rileva ai fini dell'applicazione della disposizione in esame.

voci di spesa normalmente connesse all'impiego di forza lavoro, quali possono essere, a titolo esemplificativo, il versamento di contributi previdenziali e la stipula di strumenti assicurativi<sup>471</sup>.

Dopo aver chiarito quali sono le tipologie di sopravvenienze interessate dal primo comma della norma in esame, l'art. 1664 c.c. prevede che gli aumenti o le riduzioni di costo, per poter comportare la revisione del prezzo, debbano necessariamente determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto<sup>472</sup>: solo in questo caso, infatti, potrà trovare applicazione l'istituto della revisione, e solamente per quella differenza che eccede il limite del decimo anzidetto. È inoltre pacifico che l'onere di provare il superamento di tale soglia sussista in capo al soggetto interessato alla revisione del corrispettivo<sup>473</sup>.

Qualora poi si succedano diverse circostanze sopravvenute la cui incidenza sul prezzo, singolarmente considerata, risulti inferiore al limite del decimo, si ritiene che queste debbano essere considerate congiuntamente al fine di determinare l'applicabilità dell'istituto in commento<sup>474</sup>. Nell'ipotesi in cui il contratto stipulato dalle parti sia ascrivibile alla categoria degli appalti a misura, sarà necessario attendere il compimento dell'intera opera per determinare l'applicabilità dell'istituto in esame: fino a tale momento, infatti, non sarà possibile quantificare con esattezza il corrispettivo complessivo dovuto dal committente. Inoltre, nel caso in cui le parti abbiano apportato variazioni all'opera oggetto di contratto, a rilevare ai fini dell'applicazione della norma in esame non sarà il prezzo inizialmente concordato, ma il corrispettivo complessivo del compenso spettante per le modifiche eseguite<sup>475</sup>.

---

<sup>471</sup> V., *ex multis*, M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 192. In giurisprudenza, si veda Cass., 11 luglio 1990, n. 7208, *Arch. giur. op. pubb.*, 1990, p. 567.

<sup>472</sup> Il riferimento al prezzo complessivo implica che non è sufficiente, al fine di dare applicazione alla norma in esame, che la circostanza sopravvenuta comporti un aumento di un decimo del prezzo dei materiali, ma è necessario che l'incidenza sul corrispettivo stabilito per l'intero appalto sia superiore a tale soglia. In tal senso, M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 191.

<sup>473</sup> V. F. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 129; A. PISU, *op. cit.*, p. 583; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 131; V. DI GREGORIO, *Onerosità sopravvenuta dell'esecuzione e sorpresa geologica*, cit., p. 541; C.G. TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi dell'onerosità sopravvenuta*, cit., p. 293; E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 280, il quale precisa che, in tale contesto, non opera alcuna preclusione probatoria. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 15 dicembre 1986, n. 7519, in *Rep. Foro. It.*, 1986, voce *Appalto*, n. 13.

<sup>474</sup> In tal senso, A. PISU, *op. cit.*, p. 550; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 719.

<sup>475</sup> V. D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 333. F. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 128, rileva che nel caso in cui il prezzo inizialmente concordato sia già stato oggetto di revisione, sarà necessario

La soglia del decimo costituisce un importante elemento che permette di compiere una differenziazione tra la fattispecie qui considerata e l'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. L'art. 1467 c.c., infatti, non quantifica il limite oltre il quale l'onerosità può essere per l'appunto definita eccessiva. Da un altro punto di vista, il primo comma dell'art. 1664 c.c. ha anche l'effetto di determinare, in riferimento alla categoria delle circostanze sopravvenute, il margine di rischio assunto dall'appaltatore<sup>476</sup>: è infatti la legge a stabilire che eventuali variazioni del costo della manodopera e dei materiali andranno a ricadere interamente sulla sua sfera economica fino a concorrenza del limite del decimo<sup>477</sup>. Per converso, ogni eventuale eccedenza sarà imputata al soggetto committente.

Si segnala, infine, come la norma in commento disciplina espressamente sia l'ipotesi in cui una determinata circostanza sopravvenuta abbia comportato un incremento dei costi di realizzazione dell'opera, sia il caso opposto in cui questa abbia integrato una riduzione delle voci di spesa sostenute dal soggetto appaltatore. A fronte di quest'ultima eventualità, il soggetto interessato a invocare l'istituto della revisione del prezzo sarà ovviamente il committente, il quale potrà così ottenere una diminuzione del prezzo inizialmente concordato<sup>478</sup>.

### **6.2.3 – Sopravvenienze geologiche, idriche e simili che comportano una maggiore difficoltà di esecuzione**

Il secondo comma dell'art. 1664 c.c. è volto a disciplinare la seconda categoria di circostanze sopravvenute in grado di giustificare la revisione del prezzo concordato dalle parti. Nello specifico, a rilevare sono quelle sopravvenienze “*geologiche, idriche o simili*” che, comportando una maggiore difficoltà nell'esecuzione del contratto, hanno l'effetto di rendere più onerosa la prestazione facente capo al soggetto appaltatore<sup>479</sup>. Pertanto, per

---

considerare, a fronte di una nuova circostanza sopravvenuta, il corrispettivo revisionato per determinare l'eventuale superamento della soglia del decimo.

<sup>476</sup> Che, si rammenta, nulla ineriscono al concetto di rischio economico normalmente sotteso a ogni contratto a prestazioni corrispettive. In tal senso, F. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 125.

<sup>477</sup> In tal senso, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 333; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 130.

<sup>478</sup> Si tratta, in ogni caso, di un'ipotesi infrequente nella prassi, come rilevato da A. PISU, *op. cit.*, p. 549.

<sup>479</sup> La dottrina è solita parlare, in questi casi, di “*sorpresa geologica*”. In tal senso, A. PISU, *op. cit.*, p. 520; R. PENNAZIO, *op. cit.*, p. 164; V. DI GREGORIO, *Onerosità sopravvenuta dell'esecuzione e sorpresa geologica*, cit., p. 525.

poter dare applicazione alla norma in esame, non è sufficiente che si verifichi un semplice aumento della difficoltà insita all'esecuzione del contratto, ma è altresì necessario che questa comporti un aumento dei costi sostenuti dall'appaltatore<sup>480</sup>.

Per quanto concerne, invece, l'espressa menzione a eventuali cause geologiche e idriche, la dottrina è concorde nell'affermarne il semplice valore esplicativo, sicché la disposizione in commento potrà essere applicata a fronte di una qualsiasi causa naturale che abbia, sull'economia del contratto, l'incidenza qui indicata<sup>481</sup>. Inoltre, è opinione diffusa che l'istituto della revisione possa intervenire anche in relazione a cause naturali che di fatto non incidono direttamente sulla realizzazione dell'opera appaltata, ma che hanno comunque l'effetto di rendere più difficoltosa l'esecuzione del contratto<sup>482</sup>. Seconda la dottrina maggioritaria, la norma in commento non potrà trovare applicazione qualora la maggiore difficoltà dell'opera sia imputabile a una causa non naturale, quali il fatto del terzo o il *factum principis*<sup>483</sup>.

In merito, invece, al concetto di sopravvenienza, si segnala che il secondo comma dell'art. 1664 c.c., risulta volto a disciplinare non solo le circostanze effettivamente sopraggiunte nel corso dell'esecuzione, ma anche quei fatti già sussistenti al momento della stipula, ma non conoscibili dalle parti<sup>484</sup>.

---

<sup>480</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 335.

<sup>481</sup> In dottrina, V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 525; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 335, i quali evidenziano come, nel caso di specie, non sia corretto parlare di applicazione analogica della disposizione in esame, ma di semplice interpretazione estensiva. Tale assunto trova comunque conforto nella relazione del Guardasigilli n. 702, che parla di cause obiettive.

<sup>482</sup> A titolo esemplificativo, rileverà l'eventuale frana che impedisce il transito sulla strada di accesso al cantiere.

<sup>483</sup> A fronte di un'ipotesi di siffatto genere sarà invece applicabile l'art. 1467 c.c.. A favore di tale interpretazione restrittiva, E. RUSSO E C. CRIACO, *op. cit.*, p. 268; D. CHINDEMI, *op. cit.*, p. 20; C.G. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 303; C. MASCARELLO, *op. cit.*, p. 198; M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 196; D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 336; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 132. In giurisprudenza, Cass., 14 gennaio 1987, n. 173 in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Appalto*, n. 75; Cass., 24 aprile 1992, n. 4940 in *Arch. civ.*, 1992, p. 1053; Cass., 28 marzo 2001, n. 4463 in *I Contratti*, 2001, p. 1134. Secondo l'orientamento maggioritario in parola, l'art. 1664 c.c. non potrebbe trovare applicazione neppure a fronte di accadimenti sociali ed economici. Di opinione contraria, D. RUBINO, *op. cit.*, p. 729; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 131; R. SABATO, *op. cit.*, p. 26; O. CAGNASSO, *Appalto nel diritto privato*, cit., pp. 170 ss., secondo cui la norma in commento dovrebbe trovare applicazione in relazione a ogni causa obiettiva, anche se non naturale. Si tratta di un'opinione condivisibile, in quanto coerente con la *ratio* sottesa all'art. 1664 c.c.: le esigenze di conservazione del contratto che ispirano la disposizione richiamata sussistono infatti anche a fronte di tali tipo di eventi sopravvenuti.

<sup>484</sup> D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 337; A. PISU, *op. cit.*, p. 555, la quale precisa che, nel determinare se una determinata circostanza fosse conoscibile o meno dai contraenti, si dovrà fare riferimento alla perizia dell'appaltatore medio e non all'ordinaria diligenza dell'uomo comune.

Se si raffrontano poi i due commi della norma considerata, è possibile individuare due evidenti differenze nella disciplina da questi prevista.

In primo luogo, il secondo comma dell'art. 1664 prevede esclusivamente la possibilità che un'eventuale circostanza sopravvenuta comporti un incremento della difficoltà insita all'esecuzione del contratto: ne consegue che, in siffatto contesto, non sarà configurabile una diminuzione del corrispettivo inizialmente pattuito dalle parti<sup>485</sup>. Inoltre, il secondo comma della norma in commento non fissa, a differenza del primo, un limite minimo che deve essere necessariamente superato affinché le circostanze sopravvenute possano giustificare la revisione del corrispettivo concordato dalle parti: a rilevare, infatti, saranno le difficoltà di esecuzione che abbiano nel concreto reso la prestazione dell'appaltatore "*notevolmente più onerosa*". Ne consegue che, in astratto, potrà rilevare anche una difficoltà che comporti un incremento dell'onerosità inferiore al decimo del prezzo complessivo.

La mancata previsione del limite predetto risulta poi avere un'incidenza anche sul compenso suppletivo spettante all'appaltatore. Come è stato infatti rilevato, la soglia anzidetta funge anche da criterio di determinazione quantitativo del compenso revisionale, essendo dovuto dal committente solamente l'eventuale incremento di spesa che ecceda tale specifico limite. Per converso, nell'ipotesi disciplinata dal secondo comma dell'art. 1664 c.c., il legislatore non ha previsto alcuna soglia minima, preferendo invece impiegare l'espressione "*equo compenso*". Sul punto, secondo l'orientamento maggioritario in dottrina, il giudice dovrà comunque considerare, nella quantificazione di tale importo, che una parte della variazione verificatasi dovrà essere ricondotta all'alea normale del contratto di appalto, sicché la stessa dovrà necessariamente essere posta a carico dell'appaltatore.<sup>486</sup> Nello specifico, sarà in primo luogo necessario quantificare i

---

<sup>485</sup> V. D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 339. In tal senso, Cass., 10 luglio 1984, n. 4049 in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 84. È tuttavia ammesso che se determinate circostanze abbiano comportato un maggior facilità di esecuzione della prestazione facente capo all'appaltatore, questa potrà essere addotta dal committente in compensazione a circostanze sopravvenute che abbiano comportato un incremento della difficoltà. In tal senso, A. PISU, *op. cit.*, p. 550.

<sup>486</sup> In tal senso, A. PISU, *op. cit.*, p. 574; M. RUBINO – SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 374; C. GIANNATTASIO, *op. cit.*, p. 134; O. CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, cit., pp. 117 e ss.; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 740, il quale precisa che tale compenso non potrà mai includere una quota di utile, ma solo parte delle maggiori spese sostenute. In senso conforme, C.G. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 308. Di opinione contraria, M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 198, i quali arrivano a sostenere che l'equo compenso non debba ricomprendere solo il ristoro delle perdite, ma anche "*la ricostruzione del margine di utile dell'appaltatore desumibile dall'originario divario tra costi e prezzi contrattuali*"; V. MANGINI E M.

maggiori oneri economici per l'impresa derivanti dalla circostanza sopravvenuta, e poi ripartirli tra i contraenti secondo equità.

---

IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 537, i quali tuttavia evidenziano come “*oltre il limite dell’alea normale, però, il giudice non è più vincolato a concederlo l’aumento del prezzo esclusivamente per quella parte di maggiore onerosità che eccede il decimo del prezzo complessivo [...] ma può concederlo anche in proporzione maggiore*”. Nell’opinione di chi scrive, la scelta del legislatore di impiegare un’espressione volutamente generica sembra finalizzata proprio a conferire al giudice un’ampia discrezionalità in merito alla determinazione dell’equo compenso. Ne consegue che sarà eventualmente possibile riconoscere all’appaltatore un importo superiore al semplice aumento di spesa conseguente alla circostanza sopravvenuta qualora questo trovi giustificazione in relazione alle peculiarità del caso concreto. L’equo compenso in parola, quindi, non comporta mai una reintegrazione completa del pregiudizio subito dall’appaltatore, seppur risulti escluso che esso possa costituire una somma irrisoria.

### CAPITOLO III

## ALLA RICERCA DI UN MODELLO OTTIMALE DI GESTIONE DELL'ECCESSIVA ONEROSITÀ SOPRAVVENUTA

1. Le conseguenze derivanti dall'assenza di efficienti strumenti manutentivi di portata generale in materia di eccessiva onerosità sopravvenuta; 2. Il rimedio della *reductio ad aequitatem* previsto dall'art. 1467 c.c.; 3. Le clausole contrattuali volte alla gestione delle sopravvenienze; 3.1. La validità delle clausole di adeguamento e rinegoziazione del contratto; 3.2 Le tipologie di clausole impiegate nella prassi contrattuale; 3.2.1. Clausole di adeguamento automatico e attributive di uno *ius variandi*; 3.2.2. Le clausole di rinegoziazione; 3.3. L'inadempimento all'obbligo di contrarre e i possibili rimedi azionabili dalle parti contraenti; 3.3.1. Il rimedio risarcitorio e la risoluzione del contratto; 3.3.2. L'esperibilità del rimedio dell'esecuzione in forma specifica previsto dall'art. 2932 c.c.; 3.3.3. L'applicabilità all'obbligo di rinegoziazione delle misure di coercizione indiretta disciplinate dall'art. 614 *bis* c.p.c.; 4. La configurabilità di un obbligo legale di rinegoziare il contratto; 4.1. Il fondamento giuridico dell'obbligo legale di rinegoziazione; 4.2. Considerazioni critiche in merito alla teoria dell'obbligo legale di rinegoziazione; 5. L'estendibilità della disciplina dell'appalto relativa alla gestione delle circostanze sopravvenute; 5.1. L'art. 1664 c.c. come modello giuridico di gestione del rischio; 5.2. Applicazione analogica dell'art. 1664 c.c. alla categoria dei contratti atipici; 5.3. L'applicabilità analogica dell'art. 1664 c.c. ai contratti tipici diversi dall'appalto; 5.4. Conclusioni; 6. La gestione delle sopravvenienze nel panorama internazionale; 6.1. La gestione delle sopravvenienze nei principali ordinamenti giuridici europei; 6.2. La disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta prevista nei *Principles Unidroit*, nei *Principles of European Law* e nel *Draft Common Frame of Reference*; 6.3. Conclusioni.

#### **1 – Le conseguenze derivanti dall'assenza di efficienti strumenti manutentivi di portata generale in materia di eccessiva onerosità sopravvenuta**

Al termine del precedente capitolo è stato analizzato l'istituto della revisione del prezzo disciplinato dall'art. 1664 c.c.<sup>487</sup>. Come è stato rilevato, si tratta di un disposizione chiaramente volta a regolare la gestione delle circostanze sopravvenute<sup>488</sup> sorte

---

<sup>487</sup> Per un approfondimento in merito a tale istituto, si rimanda al cap. 2, par. 6.

<sup>488</sup> È possibile definire le sopravvenienze come quei fatti che, “*intervenendo dopo la conclusione del contratto e prima della sua completa attuazione, mutano il contesto in cui il contratto si attua*”, V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2011, p. 943. La dottrina è poi solita classificare sotto diversi aspetti le varie fattispecie concrete riconducibili alla categoria delle sopravvenienze. In primo luogo, si parla di sopravvenienze tipiche in relazione a quelle ipotesi che trovano, nel nostro ordinamento, una compiuta disciplina normativa. Si tratta, ad esempio, di quelle circostanze sopravvenute che, soddisfacendo i presupposti applicativi previsti dall'art. 1467 c.c., risultano riconducibili a tale fattispecie normativa. Sono invece riconducibili alla categoria delle sopravvenienze atipiche quelle

nell'esecuzione di un contratto di appalto. Il legislatore mediante tale norma ha scelto di soddisfare un'esigenza che appare strettamente connessa alla dinamica sottesa a tale contratto: l'appalto, infatti, prevede una fase esecutiva che è tendenzialmente destinata a protrarsi nel tempo, sicché era necessario contemplare degli strumenti che permettessero al regolamento contrattuale delineato dalle parti di adeguarsi alle eventuali sopravvenienze emerse a seguito della sua conclusione.

Parimenti, anche l'intera disciplina in materia di variazioni appare strettamente connessa alla rilevanza che il fattore temporale assume in relazione a tale tipo contrattuale<sup>489</sup>. Occorre tuttavia compiere un'importante distinzione: gli artt. 1659, 1660 e 1661 c.c. non sono volti a conformare il regolamento contrattuale delineato dalle parti alle circostanze imprevedibili sorte nel corso dell'esecuzione, ma sono invece finalizzati a garantire il soddisfacimento dell'interesse del committente – al quale è garantito il controllo sulla realizzazione dell'opera o del servizio oggetto del contratto –, senza tuttavia sacrificare la posizione dell'appaltatore<sup>490</sup>.

---

circostanze sopravvenute che non trovano la propria disciplina nelle fattispecie dell'impossibilità e dell'eccessiva onerosità sopravvenuta e che pertanto sono considerate dall'ordinamento giuridicamente irrilevanti. In tal senso, R. SACCO, *I rimedi per le sopravvenienze*, in R. SACCO E G. DE NOVA, *Il contratto*, 4<sup>a</sup> ed., Torino, 2016, p. 1708 e ss.. Inoltre, secondo un'autorevole dottrina, sarebbe possibile distinguere tra le sopravvenienze che incidono solamente sul valore delle prestazioni dedotte nel contratto, le quali rimangono comunque inalterate nella loro essenza, e quelle che invece incidono sul contenuto delle stesse: in tali ipotesi si parla rispettivamente di variazioni quantitative e variazioni qualitative. In tal senso, A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Milano, 1988, pp. 276 e ss.; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale*, *Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, pp. 76 e ss.; T. MAUCERI, *Sopravenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Eu. e dir. priv.*, 2007, p. 1099; E. TUCCARI, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, Milano, 2018, p. 17.

<sup>489</sup> Sotto questo profilo, si è dato atto di come il contratto di appalto risulti ascrivibile alla categoria dei contratti a esecuzione prolungata, e questo in considerazione del fatto che le parti non hanno alcun interesse a protrarre nel tempo l'attuazione del regolamento negoziale: il lasso di tempo intercorrente tra la conclusione del contratto e l'ultimazione della prestazione facente capo all'appaltatore è infatti determinato da esigenze di semplice natura pratica. È stato tuttavia rilevato come tale affermazione non abbia una portata assoluta. L'art. 1677 c.c., infatti, dispone che “*se l'appalto ha per oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi, si osservano, in quanto compatibili, le norme di questo capo e quelle relative al contratto di somministrazione*”, prevedendo espressamente che questo possa essere ricondotto, in alcune ipotesi, alla categoria dei contratti ad esecuzione periodica o continuata. È stato altresì evidenziato come, in casi limite, l'appalto possa assumere i tratti del contratto a esecuzione istantanea. Si rimanda, per un approfondimento di tale tema, al cap. 1, par. 5.

<sup>490</sup> Il quale non risulta tutelato solamente dalle limitazioni a cui lo *ius variandi* del committente è soggetto, ma anche dalla previsione di un diritto a un compenso suppletivo in caso di varianti e, in alcune ipotesi, dalla previsione di un diritto di recesso.



Ad ogni modo, la tematica dell'eccessiva onerosità della prestazione dovuta a circostanze sopravvenute<sup>491</sup> non riguarda solamente il contratto di appalto, ma si pone altresì in relazione ad ogni fattispecie contrattuale la cui esecuzione è destinata a perdurare nel tempo<sup>492</sup>. È infatti pacifico che “*la durata del vincolo obbligatorio, rendendo il contratto più sensibile all'influenza dei fattori esterni, può generare problemi di sopravvenienze non previste dai contraenti al momento della stipula*”<sup>493</sup>. Il sopraggiungere di tali circostanze può poi comportare l'insorgere di una situazione di conflittualità tra le parti: è infatti evidente che al verificarsi di un evento non contemplato in sede contrattuale, il contraente svantaggiato cercherà di ottenere la revisione o lo scioglimento del vincolo contrattuale, mentre la sua controparte sarà interessata a mantenerlo inalterato.

In tale contesto, una delle problematiche individuate dalla dottrina riguarda l'impossibilità di individuare nella disciplina generale del contratto un efficace strumento manutentivo in grado di garantire la conservazione del rapporto contrattuale, adeguandolo alle circostanze sopravvenute<sup>494</sup>: sia il primo comma dell'art. 1467 che l'art. 1463 c.c., infatti, sono accomunate dal fatto di contemplare la risoluzione del contratto come la normale conseguenza del sopraggiungere di circostanze sopravvenute.

Questo non significa che nel nostro ordinamento non siano rintracciabili disposizioni, anche di portata generale, ispirate al principio di conservazione del contratto<sup>495</sup>; ciò

---

<sup>491</sup> In questa sede, infatti, non verrà trattata la diversa tematica dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

<sup>492</sup> In tal senso, E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 15; S. POLIDORI, *op. cit.*, pp. 31 e ss.

<sup>493</sup> F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *I contratti*, 2012, 7, p. 575. In senso conforme, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 9 e ss.

<sup>494</sup> In tal senso, V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, cit., p. 968, secondo cui “*ciò che ragionevolmente occorre è che il contratto prosegua: con gli aggiustamenti necessari per superare i problemi e le difficoltà che si sono presentati. Occorrono dunque rimedi non ablativi, e in particolare non risolutori: bensì rimedi che chiamano manutentivi perché puntano a mantenere in vita il contratto; o di adeguamento, perché salvano il contenuto del contratto alle circostanze e alle esigenze sopravvenute*”. In senso conforme L. CASTELLI, *L'obbligo di rinegoziazione*, in *I contratti*, 2016, 2, p. 185; A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli, 2017, p. 48; P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., VII*, Torino, 1991, pp. 236 e ss.; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, pp. 24 e ss.; F. TRUBIANI, *La rinegoziazione contrattuale nel diritto privato europeo*, in *Obb. e contr.*, 2012, 2, pp. 135 e ss..

<sup>495</sup> A titolo esemplificativo, il terzo comma dell'art. 1467 c.c. prevede la possibilità di evitare la risoluzione per eccessiva onerosità della prestazione modificando equitativamente le condizioni del contratto. Risoluzione che tra l'altro è esclusa dall'art. 1468 c.c. in relazione ai contratti che prevedono

nonostante, per la dottrina maggioritaria queste non sono sufficienti a integrare una soddisfacente disciplina di gestione delle sopravvenienze, e questo soprattutto in relazione alla categoria dei contratti di lunga durata, i quali risultano caratterizzati da un alto livello di complessità che impone ai contraenti il compimento di una serie di atti prodromici alla loro esecuzione.

In siffatte ipotesi, l'investimento compiuto dal debitore – in termini di risorse e forza lavoro – sarebbe destinato a perdersi in caso di scioglimento del vincolo contrattuale. Ne consegue che, in questi casi, la risoluzione del contratto è un risultato che dovrebbe essere scongiurato, non essendo idoneo a tutelare pienamente gli interessi coinvolti<sup>496</sup>. Proprio per rispondere a tale esigenza, nel tempo sono state prospettate diverse teorie che, tramite la previsione di un obbligo legale di rinegoziazione, ovvero applicando analogicamente le disposizioni in materia di appalto, risultano finalizzate a garantire la conservazione del contratto.

Prima di affrontare tale tematica, occorre analizzare le ragioni per cui parte della dottrina ritiene la *reductio ad aequitatem* prevista dal terzo comma dell'art. 1467 c.c. uno strumento idoneo a perseguire tale scopo.

## **2 – Il rimedio della *reductio ad aequitatem* previsto dall'art. 1467 c.c.**

L'affermazione secondo cui non sarebbe individuabile nel nostro ordinamento uno strumento manutentivo di portata generale potrebbe essere contestata rilevando che il terzo comma dell'art. 1467 c.c. prevede espressamente che “*la parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto*”. Si tratta, nello specifico, dell'istituto della *reductio ad aequitatem*, che di fatto permette alla parte nei cui confronti sia stata chiesta la risoluzione di scongiurare tale eventualità ripristinando l'equilibrio delle prestazioni oggetto di contratto, il quale è stato alterato dal sopraggiungere di una circostanza straordinaria e impreveduta. Tuttavia, da una più approfondita analisi, emerge come lo strumento in esame risulti inidoneo a soddisfare le esigenze di conservazione del vincolo contrattuale sopra esposte.

---

obbligazioni a carico di una sola parte: in questo caso viene infatti riconosciuto solamente il diritto della parte obbligata a ottenere una riduzione della prestazione da lui dovuta.

<sup>496</sup> In tal senso, P. GALLO, *Trattato del contratto*, III, Torino, 2010, p. 2365.

In primo luogo, un evidente limite della disciplina in esame emerge chiaramente dalla semplice lettura del dato testuale dell'art. 1467 c.c.. Tale norma, infatti, individua come unico soggetto legittimato a proporre la modifica del contratto secondo equità la parte contrattuale nei cui confronti è stata avanzata la domanda di risoluzione; ne consegue che il debitore onerato, nonostante possa essere interessato alla conservazione del vincolo contrattuale, sarà legittimato unicamente a promuovere la domanda di risoluzione, non potendo accedere all'istituto in esame<sup>497</sup>. È parimenti escluso che la modificazione del contratto possa essere disposta d'ufficio dal giudice senza che vi sia un'espressa richiesta della parte legittimata<sup>498</sup>.

Occorre tuttavia precisare la portata di tali considerazioni. Appare infatti incontestabile che il debitore possa, nell'esercizio della sua autonomia negoziale, proporre in sede stragiudiziale all'altra parte contrattuale una modifica delle prestazioni dedotte dal contratto, e questo anche paventando la possibilità, in caso di mancato accordo, di promuovere un'azione giudiziale volta a ottenere la risoluzione del contratto<sup>499</sup>. Tuttavia, appare evidente che tale condotta stragiudiziale non è in alcun modo riconducibile al disposto dell'art. 1467 c.c. e allo strumento da questo previsto<sup>500</sup>.

---

<sup>497</sup> V. E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973, pp. 117 e ss.. Tra gli autori che individuano in tale caratteristica dell'art. 1467 c.c. un suo chiaro limite, A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, cit., p. 51; A. FRIGNANI, *Le clausole di hardship*, in Aa. Vv., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi. Diritto e prassi negli scambi internazionali*, Milano, 1992, p. 346; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 266. La giurisprudenza è comunque concorde nell'affermare che l'unico soggetto legittimato a promuovere l'adeguamento del contratto sia solamente la parte nei cui confronti è stata chiesta la risoluzione del contratto. In tal senso, Cass., 5 gennaio 200, n. 46, in *Giur. it.*, 2000, p. 2279, secondo cui "l'unica parte che ha titolo a sollecitare l'equa rettifica delle condizioni del negozio è quella che sia stata convenuta in giudizio con l'azione di risoluzione del negozio medesimo per eccessiva onerosità". In senso conforme, Cass., 25 marzo 2009, n. 7225, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 111.

<sup>498</sup> In tal senso, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 266.

<sup>499</sup> Tale considerazione risulta in parte connessa all'annoso dibattito, che qui ci si limiterà solamente ad accennare, inerente alla natura processuale o sostanziale dell'istituto disciplinato dal terzo comma dell'art. 1467 c.c., il quale risulta particolarmente rilevante anche ai fini del suo concreto funzionamento: affermare, infatti, la natura processuale del rimedio in esame comporta inevitabilmente l'applicabilità del sistema di preclusioni e decadenze previste dal codice di procedura civile. Per una sintetica ricostruzione del dibattito in parola, si rimanda a P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 240 e ss.; S. D'ANDREA, *L'offerta di equa modificazione del contratto*, Milano, 2006, pp. 79 e ss.; A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, cit., p. 49, la quale correttamente rileva come si debba oramai considerare prevalente l'orientamento che ne afferma la natura processuale.

<sup>500</sup> La peculiarità dell'istituto in esame è individuabile nel fatto che il soggetto legittimato ha il diritto di sottoporre la sua offerta al vaglio del giudice, senza che sia necessario il consenso della controparte.

Da quanto sopra esposto emerge quindi come il debitore colpito dalla circostanza sopravvenuta non sia legittimato a sottoporre la sua proposta di modifica all'autorità giudiziaria. Egli si trova, a tutti gli effetti, in una condizione di soggezione rispetto al diritto potestativo riconosciuto in capo alla sua controparte contrattuale, non essendo neppure necessario il suo consenso per poter procedere alla revisione del contratto<sup>501</sup>. Come verrà poi attentamente affrontato nel prosieguo, l'art. 1467 c.c. sottende una chiara scelta del legislatore, il quale ha voluto evitare che il soggetto non interessato dalla circostanza sopravvenuta potesse essere costretto a eseguire una prestazione differente da quella inizialmente pattuita: un esito possibile se la parte svantaggiata fosse legittimata a presentare una proposta di modifica all'autorità giudiziaria<sup>502</sup>. In ogni caso, il sistema delineato non appare in grado di soddisfare le esigenze di conservazione del contratto che possono sorgere soprattutto in relazione ai contratti di lunga durata, in quanto rimette la conversazione del contratto all'iniziativa della parte che, tendenzialmente, è quella meno interessata alla conservazione del contratto.

Un'altra critica che è stata avanzata all'art. 1467 c.c. inerisce al fatto che la possibilità di riportare il contratto ad equità ivi prevista presupponga che, tra le parti, si sia già instaurato un contenzioso<sup>503</sup>. È infatti evidente che l'art. 1467 c.c., indicando tra i soggetti legittimati ad accedere al rimedio della *reductio ad aequitatem* solamente “*la parte contro la quale è domandata la risoluzione*”, implica che tale diritto possa essere esercitato unicamente in ambito giudiziale. L'instaurazione di un giudizio, tuttavia, comporta sempre dei costi per le parti coinvolte: ne consegue che prevedere un rimedio manutentivo

---

Pertanto, le eventuali trattative svolte in sede stragiudiziale non possono essere ricondotte al disposto dell'art. 1467 c.c.

<sup>501</sup> In tal senso, tra i molti, S. D'ANDREA, *L'offerta di equa modificazione del contratto*, cit., p. 139; E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 83.

<sup>502</sup> È stato infatti rilevato che la “*distribuzione di poteri*” delineata dall'art. 1467 c.c. costituisce una scelta assunta dal legislatore con piena coscienza e finalizzata a garantire la certezza dei rapporti giuridici e l'intangibilità del contratto stipulato dalle parti. In tal senso, G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela negoziale*, Padova, 2006, p. 38. Tale tematica sarà comunque approfondita nel prosieguo.

<sup>503</sup> Sul punto, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 268, il quale rileva che “*la dinamica dell'equa modificazione delle condizioni esprime la sua chiara valenza processuale*”. Ad ogni modo, secondo l'Autore, ciò non intaccherebbe in alcun modo il carattere sostanziale dell'offerta. Si segnala che un orientamento minoritario ha comunque affermato la proponibilità del rimedio in parola anche in via stragiudiziale. In tal senso, C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti, artt. 1467-1469 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, a cura di P. SCHLESINGER, Milano, 1995, p. 186.

che nel concreto presupponga la proposizione di un'azione giudiziale potrebbe costituire un modo non adeguato di tutelare l'interesse dei contraenti<sup>504</sup>. Tale critica, tuttavia, non coglie nel segno, essendo il ricorso all'autorità giudiziaria sempre necessario qualora non sussista un accordo in merito alle condizioni a cui adeguare il contratto; inoltre, la via dell'accordo stragiudiziale è sempre percorribile.

La dottrina ha altresì rilevato l'inadeguatezza della disciplina codicistica non solo dal punto di vista dei rimedi da questa previsti, ma anche in relazione ai presupposti applicativi individuati<sup>505</sup>. Nello specifico, è stato affermato che la selezione delle sopravvenienze giuridicamente rilevanti non può essere compiuta solamente sulla base dei rigidi criteri individuati dall'art. 1467 c.c., identificabili nel superamento dell'alea normale del contratto e nell'imprevedibilità e straordinarietà dell'evento sopraggiunto<sup>506</sup>. L'assunto secondo cui il sistema delle sopravvenienze previsto dal codice sia di fatto inidoneo a soddisfare le esigenze che nel concreto emergono dalla prassi troverebbe inoltre conforto nel fatto che, nel corso del tempo, gli interpreti si sono sforzati al fine di conferire rilevanza a ipotesi riconducibili alla categoria delle sopravvenienze atipiche mediante la creazione di istituti quali, a titolo esemplificativo, la presupposizione<sup>507</sup>. Si tratta, tuttavia, di scelte di politica legislativa che, in materia di onerosità sopravvenuta, non si ritiene possano essere oggetto di critica e questo anche in virtù del fatto che la

---

<sup>504</sup> In senso conforme, G. AMORE, *Appalto e claim*, Padova, 2007, p. 71.

<sup>505</sup> V., tra i tanti, A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, cit., p. 51. Sul punto, si segnala che alcune delle lacune inizialmente individuate dalla dottrina sono state colmate in sede interpretativa: è questo il caso dello svilimento della controprestazione, la cui rilevanza è ormai riconosciuta dalla giurisprudenza maggioritaria. In tal senso, si veda Cass., 11 giugno 1991, n. 6616, consultabile al sito [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it); Cass., 15 dicembre 1984, n. 6574 in *Giur. it.*, 1986, I, 1, p. 1705. In dottrina, E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali*, Padova, 2004, p. 21, al quale si rimanda anche per una completa e precisa disamina dell'ambito applicativo della norma in commento.

<sup>506</sup> A ben vedere la considerazione qui esposta non costituisce una critica al rimedio delineato dall'art. 1467 c.c., ma all'intera disciplina codicistica delle sopravvenienze. Per un approfondimento in merito ai presupposti di applicazione dell'art. 1467 c.c., si rimanda a E. AL MUREDEN, *op. cit.*, pp. 10 e ss.; P. TARTAGLIA, voce *Onerosità eccessiva*, in *Enc. dir.*, Milano, 1980, pp. 155 e ss.; P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., pp. 235 e ss.; C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., pp. 130 e ss.; A. BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952, *passim*.

<sup>507</sup> Anche quest'istituto vede nella risoluzione del contratto l'unica possibile conseguenza del mutamento della situazione di fatto sottesa a un determinato contratto, sicché non appare comunque idoneo a soddisfare le esigenze di conservazione del rapporto contrattuale che sussistono in relazione ai contratti di lunga durata. Per un approfondimento, si rimanda a A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, cit., p. 52.

definizione di eccessiva onerosità fornita dall'art. 1467 c.c. pressoché coincide con quella delineata nei principali ordinamenti stranieri e nelle fonti di *soft law*<sup>508</sup>.

Ad ogni modo, al fine di comprendere appieno le caratteristiche e i limiti della disposizione in esame, occorre analizzare due aspetti del meccanismo giuridico da questa delineato che non sono stati ancora oggetto di trattazione. Nello specifico, è necessario precisare che cosa s'intende per modifica secondo equità e delineare quali sono i poteri che, in tale contesto, è possibile riconoscere all'autorità giudiziaria.

Per quanto concerne la prima questione, si segnala che la norma in commento rimanda, secondo l'orientamento maggioritario in giurisprudenza e dottrina<sup>509</sup>, al criterio dell'alea normale: ne consegue che per evitare la risoluzione del contratto non sarà necessario formulare una proposta che comporti il ripristino dell'equilibrio tra le prestazioni sussistente al momento della stipula del contratto, ma sarà sufficiente che lo scambio sia riportato entro i limiti in cui non può essere riscontrata un'eccessiva onerosità. Rileva, quindi, il disposto del secondo comma dell'art. 1467 c.c., il quale prevede che *“la risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto”*. Da tale principio discende che la parte svantaggiata dalla circostanza sopravvenuta rimarrà comunque da questa pregiudicata anche a seguito dell'adeguamento, ma entro una soglia che il legislatore ritiene accettabile.

---

<sup>508</sup> Per un'analisi delle disposizioni dei diversi ordinamenti stranieri, si rinvia al cap. 3, par. 6.

<sup>509</sup> In tal senso, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 271-272, il quale rileva che *“l'incoerenza della commistione fra delimitazione dell'alea normale e valutazione di equità è solamente apparente”*; P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., p. 241; R. SACCO, in R. SACCO E G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. dir.* da R. SACCO, Torino, 1993, II, p. 684; G. AMORE, *Appalto e claim*, cit., p. 71; E. GABRIELLI, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone*, XIII, Torino, 2012, p. 86. P. TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità ed appalto*, cit., p. 71. In giurisprudenza, Cass., 11 gennaio 1992, n. 247, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 2018, secondo cui *“dalla combinazione logica dei tre commi si evince agevolmente che la sopravvenuta onerosità della prestazione considerata dà diritto alla risoluzione soltanto se è eccessiva (primo comma) e non rientra nell'alea normale del contratto (secondo comma), sicché l'offerta di modifica è da considerarsi equa se riporta il contratto in una dimensione sinallagmatica che, se fosse sussistita al momento della stipulazione, la parte onerata non avrebbe avuto diritto di domandarne la risoluzione”*. In senso contrario, C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 196, il quale rileva che il solo rientro nell'alea normale sarebbe incongruo, essendo necessario il ripristino del rapporto contrattuale in termini di equità. In giurisprudenza, Cass., 9 ottobre 1989, n. 4023, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, p. 944, la quale parla di ristabilire l'equilibrio tra le prestazioni. Si tratta di una questione interpretativa ancora aperta, ma l'opinione maggioritaria è senza dubbio alcuno quella indicata nel testo, la quale appare inoltre coerente con la *ratio* sottesa alla norma.

Un ulteriore aspetto che merita un approfondimento concerne i poteri che è possibile riconoscere al giudice a fronte della proposta di adeguamento presentata dalla parte legittimata. In via generale, è pacifico che spetti all'autorità giudiziaria determinare se la proposta avanzata risulti effettivamente comportare una modifica secondo entità del contratto in grado di evitarne. Occorre infatti evidenziare che le parti contrattuali coinvolte saranno portate, anche in questo contesto, a conseguire la massima utilità possibile: il contraente svantaggiato dalla circostanza sopravvenuta vorrà introdurre una modifica in grado di ridurre al minimo il nocimento economico da lui subito; per converso, la parte non colpita dalla sopravvenienza – qualora sia effettivamente interessata al mantenimento del contratto – tenterà di apportare l'adeguamento minimo necessario utile a scongiurare la risoluzione. Ne consegue che, nel caso in cui la proposta formulata non trovi il consenso della parte che ha promosso l'azione di risoluzione, il compito di valutarne la conformità al principio richiamato spetterà al giudice, il quale dovrà compiere tale giudizio impiegando i criteri anzidetti<sup>510</sup>: qualora tale accertamento risulti avere un esito positivo, il vincolo contrattuale sarà mantenuto e soggetto ad adeguamento; in caso, invece, di incongruità della proposta avanzata, il contratto andrà incontro alla sua risoluzione.

Tuttavia, un orientamento fondato sulla natura processuale dello strumento in commento riconosce all'autorità giudiziaria un potere d'intervento ancora più penetrante: senza mettere in discussione la necessità che l'iniziativa di adeguamento provenga dalla parte legittimata, è stata affermata la possibilità per tale soggetto di avanzare una proposta di modifica generica che rimetta la sua precisa determinazione al giudice adito<sup>511</sup>. Nonostante la giurisprudenza fosse inizialmente contraria a tale ricostruzione<sup>512</sup>, questa è infine stata accolta dalla Corte di cassazione, la quale ha affermato espressamente che *“deve ammettersi che la proposta di riduzione ad equità, non essendo diretta alla*

---

<sup>510</sup> Sul punto, si segnala che nella prassi il ruolo del giudice sarà particolarmente rilevante, in quanto si può supporre che le parti ricorreranno allo strumento processuale qui in esame nelle sole ipotesi in cui non siano riuscite a raggiungere un accordo stragiudiziale su quello che le parti ritengono un adeguamento conforme al principio di equità richiamato dalla norma in esame.

<sup>511</sup> In dottrina, R. SACCO, *I rimedi per le sopravvenienze*, in R. SACCO E G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 1704 e ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 286, al quale si rimanda per la ricostruzione del contrasto dottrinale sviluppatosi in materia.

<sup>512</sup> Si veda Cass. sez. un., 27 gennaio 1959, n. 224, in *Rep. Foro it.*, 1959, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 318. In dottrina, ex multis, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale, Le obbligazioni e i contratti*, II, 1, Padova, 2004, p. 592.

*stipulazione di un nuovo contratto modificativo del precedente, non occorre che indichi esattamente le clausole da modificare e i limiti in cui debbano essere modificate, ma può anche rimettersi al giudice per la concreta individuazione delle modifiche*<sup>513</sup>.

Secondo parte della dottrina, tale orientamento sarebbe stato in parte sconfessato da una pronuncia successiva della Corte di cassazione<sup>514</sup>, con la quale sarebbe stato sancito il principio secondo cui, a fronte di una proposta di riduzione ad equità, il giudice adito sarebbe legittimato solamente a pronunciarsi *“sull’efficacia di questa a impedire l’accoglimento della contrapposta domanda di risoluzione”*. Approfondendo l’impianto motivazionale della sentenza richiamata, emerge tuttavia come il presupposto delle argomentazioni del giudice di legittimità sia individuabile nel fatto che, nel caso affrontato, la parte proponente non avesse rimesso al giudice la determinazione della modifica da apportare alle originarie pattuizioni, ma avesse già formulato una proposta specifica<sup>515</sup>. Ne consegue che il contrasto è solo apparente e può essere risolto affermando che il giudice adito avrà il potere di incidere sulla determinazione della proposta di riduzione ad equità ogni qual volta la parte legittimata abbia richiesto espressamente il suo intervento o si sia limitata ad avanzare un’offerta generica che necessita di una precisa quantificazione<sup>516</sup>.

Il principio sopra esposto appare condivisibile. Da una parte, infatti, ha il pregio di tutelare l’autonomia negoziale delle parti, essendo l’intervento giudiziale sempre subordinato a una specifica condotta dei contraenti. In secondo luogo, l’assunto in parola

---

<sup>513</sup>Cass., 25 maggio 1991, n. 5922 in *Foro it.*, I, 1992, c. 187. In senso conforme, Cass., 18 luglio 1989, n. 3347, in *Foro it.*, I, 1989, c. 564.

<sup>514</sup> Si tratta della già richiamata Cass., 11 gennaio 1992, n. 247, cit.

<sup>515</sup> Di cui si riporta parte della motivazione della pronuncia oggetto di esame, da cui si comprende appieno l’argomentazione adotta dal giudice di legittimità *“a differenza che nel caso in cui il convenuto chiede che sia il giudice stesso a determinare la modifica da apportare alle originarie pattuizioni per ricondurle ad equità, quando invece egli - nell’esercizio della facoltà di disporre liberamente dei propri interessi - propone direttamente questa modifica - come nella specie - poiché, come si è detto, tale proposta perde il carattere di proposta, negoziale e negoziabile, rivolta alla controparte e assume il connotato di una specifica domanda processuale, il giudice - ex art. 112 cpc - può soltanto pronunciarsi sulla efficacia di questa a impedire l’accoglimento della contrapposta domanda di risoluzione, non anche sul se, per impedire la risoluzione, avrebbe potuto avere una minore estensione, conseguentemente riducendo la somma offerta, poiché, così facendo, deciderebbe “ultra petita”, invadendo la sfera dispositiva delle parti”*.

<sup>516</sup> Tale possibile soluzione era già stata prospettata in dottrina da F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 288, il quale tuttavia dava atto che tale posizione *“pur risultando l’unica davvero consona alla dinamica dei rapporti contrattuali in discorso, sia idonea a suscitare più di una perplessità, in termini di teoria generale del contratto, in ragione del suo carattere apparentemente eversivo rispetto a canoni da tempo consolidati in dottrina”*.



permette nel concreto di rendere effettiva la tutela conservativa comunque insita al terzo comma della norma in commento: formulando una proposta generica, infatti, la parte avverso cui è stata avanzata la domanda di risoluzione può avere la certezza che il contratto stipulato, seppur modificato, non andrà incontro alla sua risoluzione. Inoltre, escludere la possibilità di formulare una proposta di tal genere avrebbe, nel concreto, l'effetto di rimettere il destino del contratto alla capacità del contraente legittimato di determinare l'alea normale che caratterizza il contratto concluso: un esito inaccettabile, se si considera l'importanza degli interessi in gioco.

Ritornando alle premesse della presente analisi, è evidente come anche l'ultimo orientamento oggetto di trattazione appaia finalizzato a perseguire uno specifico fine, ossia quello di conferire alle parti uno strumento manutentivo il più efficiente possibile. Ciò nonostante, il modello di gestione del rischio delineato dall'art. 1467 c.c. non risulta in grado di soddisfare le esigenze di conservazione del vincolo contrattuale che emergono soprattutto in relazione alla categoria dei contratti di lunga durata, in quanto rimettono la conservazione del contratto all'iniziativa della parte nei cui confronti è stata avanzata la domanda di risoluzione.

### **3 – Le clausole contrattuali volte alle gestione delle sopravvenienze**

#### **3.1 – La validità delle clausole di adeguamento e rinegoziazione del contratto**

Nel paragrafo precedente è stato rilevato come non sia rintracciabile nel nostro ordinamento un sistema normativo di gestione delle sopravvenienze in grado di soddisfare l'esigenza di garantire la conservazione del contratto stipulato dalle parti. Non deve quindi sorprendere che, nella prassi commerciale, si siano con il tempo diffuse clausole contrattuali volte ad integrare – e finanche a sostituire – i meccanismi legali previsti dal legislatore.

Il motivo per cui i contraenti ricorrono a tali pattuizioni è quindi evidente: mediante la loro previsione le parti introducono nel regolamento contrattuale determinati strumenti che, disciplinando le modalità con cui il negozio stipulato deve adeguarsi alle eventuali circostanze sopravvenute, permettono la conservazione del vincolo contrattuale.

Nella presente sede occorre quindi analizzare sinteticamente, senza alcuna pretesa di completezza, le tipologie di clausole invalse nella prassi, anche solo per comprendere i limiti dei rimedi in tal modo elaborati. Tuttavia, prima di intraprendere tale disamina, appare opportuno valutare la compatibilità di questi accordi con i principi generali previsti dal nostro ordinamento in ambito contrattuale. Tra questi, di primaria rilevanza è quello sancito dall'art. 1322 c.c., il quale condiziona la possibilità di stipulare contratti atipici al fatto che questi “*siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*”<sup>517</sup>. È infatti opportuno non cadere in un facile errore: la circostanza che le parti possano avere un interesse a predisporre strumenti che permettano di adeguare il contratto concluso al sopraggiungere di circostanze sopravvenute, di per sé non implica che tale finalità debba necessariamente essere considerata meritevole di tutela.

Sul punto, si segnala che gli interpreti sono assolutamente concordi a riconoscere, sotto questo aspetto, la validità delle clausole di adeguamento e rinegoziazione diffuse nella prassi<sup>518</sup>. La dottrina, infatti, prendendo atto di quello che è il fine specifico di tale tipologia di accordi, è solita rilevare come questi siano chiaramente ispirati al principio di conservazione del rapporto contrattuale, il quale costituisce altresì il fondamento di numerose disposizioni del codice civile. A titolo esemplificativo, anche il terzo comma dell'art. 1467 c.c. risulta chiaramente volto a perseguire tale specifica finalità, e lo stesso può dirsi dell'art. 1664 c.c. che disciplina le eventuali circostanze sopravvenute nell'ambito del contratto di appalto.

Da quanto sopra esposto emerge quindi come la conservazione del vincolo negoziale costituisca, a ben vedere, un interesse tutelato finanche dalla fonte normativa, sicché deve

---

<sup>517</sup> In merito all'accertamento compiuto in riferimento all'art. 1322 c.c., si segnala che tale disposizione non si limita a escludere la validità di quei patti volti alla realizzazione di interessi illeciti, ma richiede che il negozio concluso dalle parti persegua un fine meritevole di tutela: ne consegue che potrebbe essere considerato non meritevole di tutela anche un interesse pacificamente lecito. V., tra i molti, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., pp. 229 e ss.

<sup>518</sup> In tal senso, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 332 e ss.; G. MARASCO, *op. cit.* pp. 97 e ss.; V.M. CESARO, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, pp. 58 e ss.; M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in Aa.Vv., *Inadempimento, adattamento e arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi. Diritto e prassi negli scambi internazionali*. Milano, 1992, p. 315; A. FRIGNANI, *Le clausole di hardship*, *op. cit., passim.*; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impresa*, 2002, pp. 791 e ss.

essere riconosciuta, almeno in via generale, la validità di un accordo negoziale volto a perseguire il medesimo scopo<sup>519</sup>.

Quest'ultima considerazione, tuttavia, non esaurisce la tematica della validità delle clausole in esame, le quali risultano comunque assoggettate alla disciplina generale dei contratti. In tal contesto, uno degli aspetti più frequentemente analizzati dalla dottrina concerne il principio di determinatezza/determinabilità sancito dall'art. 1346 c.c. Nello specifico, la dottrina è solita porsi questo interrogativo soprattutto in relazione alle clausole di rinegoziazione<sup>520</sup> o attributive di uno *ius variandi*<sup>521</sup>.

Qualora, infatti, le parti specificano nel dettaglio sia i presupposti di operatività delle pattuizioni concordate, che le conseguenze da questi derivanti, non sarà configurabile alcuna questione in merito alla determinatezza dell'intesa raggiunta<sup>522</sup>.

Risulta invece differente l'ipotesi in cui le parti prevedano un generico obbligo di rinegoziazione a fronte di eventualità esterne non definite nel dettaglio. Ai fini che qui rilevano, appare sufficiente evidenziare come sia condivisibile quell'orientamento dottrinale che tende a ritenere incongrua la sanzione della nullità a fronte di clausole di

---

<sup>519</sup> Per utilizzare le parole di G. MARASCO, *op. cit.*, p. 101, “*in quanto espressione sostanziale di quell'esigenza di conservazione del vincolo contrattuale elevata a principio fondamentale del nostro ordinamento giuridico è evidente che le clausole di rinegoziazione sottendono e perseguono interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322, 2° comma, c.c.*,”

<sup>520</sup> Che possono essere definite, in prima approssimazione, come quelle disposizioni contrattuali con cui le parti si impegnano a rinegoziare le condizioni del contratto concluso al sopraggiungere di determinate circostanze. In merito alla questione della compatibilità di suddette clausole con il principio di determinatezza, si veda P. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano. Considerazioni conclusive*, in Aa. Vv., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi. Diritto e prassi negli scambi internazionali*, Milano, 1992, p. 305, secondo cui “*una clausola che contempli il dovere di «rivedere» o «rideterminare» le condizioni del contratto, se redatta in maniera generica, può far dubitare addirittura della sua validità*”. Affrontano la questione anche F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 337 e ss.; G. MARASCO, *op. cit.*, p. 101 e ss.; A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, cit., pp. 151 e ss.

<sup>521</sup> Nello specifico, sono numerose le pronunce con cui il giudice di legittimità ha accertato la nullità di tali clausole poiché nelle stesse non erano precisati i limiti entro cui la determinazione della parte poteva operare. V., *ex multis*, Cass., 29 febbraio 2008, n. 5513, in *Obb. e contr.*, 2009, p. 123, con nota di M. FARNETI, *Convinzioni (incrollabili?) della Cassazione in materia di clausole sul ius variandi*. Per un'esauritiva disamina della questione, si rimanda alla pregevole ricostruzione di A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, cit., pp. 158 e ss..

<sup>522</sup> Basti pensare, a titolo esemplificativo, alle clausole di adeguamento automatico che verranno affrontate nel prosieguo: mediante il loro impiego le parti predeterminano in modo chiaro quella che è l'incidenza di specifici eventi esterni al regolamento contrattuale sulle prestazioni oggetto di contratto.

rinegoziazione dal contenuto generico<sup>523</sup>: le parti, infatti, potrebbero aver volontariamente scelto, proprio in virtù dell'impossibilità di predeterminare le circostanze future in grado di incidere sul rapporto contrattuale, di inserire una clausola di rinegoziazione definendone in modo generico il contenuto e i presupposti applicativi.

Ciò nonostante, affermare la nullità di una pattuizione che nel concreto potrebbe agevolare l'adeguamento del contratto, contrasterebbe con quello che è l'interesse delle parti e con il principio di conservazione del contratto<sup>524</sup>. Le eventuali incertezze interpretative derivanti dalla genericità della clausola potranno poi eventualmente essere risolte in sede applicativa: la questione relativa all'indeterminatezza di tale disposizione contrattuale, infatti, risulta molto spesso connessa con una specifica esigenza, ossia quella di *“apprestare un sistema di controllo di esercizio della discrezionalità nei rapporti tra privati, così da evitare prevaricazioni, abusi e scorrettezze”*<sup>525</sup>. Tale finalità, tuttavia, può essere perseguita, anche a fronte di una clausola dalla portata generica, facendo ricorso al criterio della buona fede sancito dall'art. 1375 c.c.: sicché anche da questo punto di vista non sussistono ragioni che possano portare ad affermare la nullità delle pattuizioni di siffatto genere. Tuttavia è evidente che maggiore sarà la genericità della clausola, maggiori saranno i dubbi che emergeranno in sede interpretativa, il che potrà portare a conseguenze differenti da quelle volute dalle parti.

## **3.2 – Le tipologie di clausole impiegate nella prassi contrattuale**

### **3.2.1 – Clausole di adeguamento automatico e attributive di uno *ius variandi***

---

<sup>523</sup> In tal senso, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 338 e ss.; G. MARASCO, *op. cit.*, p. 102, il quale rileva come, al fine di evitare la nullità in parola, sarebbe possibile ricorrere alle disposizioni del codice civile in materia di interpretazione del contratto (artt. 1362-1368 c.c.).

<sup>524</sup> Si segnala che, a fronte della nullità della clausola di rinegoziazione stipulata dalle parti, troverà comunque applicazione l'art. 1419 c.c. volto a disciplinare l'ipotesi di nullità parziale del contratto. Ne consegue, che l'intero contratto sarà travolto dalla nullità accertata solamente se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è stata colpita dalla nullità.

<sup>525</sup> In tal senso, A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra *ius variandi* e rinegoziazione*, cit., p. 164. Il rischio insito a tale tipologia di clausole è altresì rilevato da E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 281.

Per esigenze di completezza appare opportuno compendiare, seppur sinteticamente, le diverse tecniche convenzionali di adeguamento conosciute dalla prassi contrattuale<sup>526</sup>.

Un primo possibile rimedio a cui le parti possono ricorrere per la gestione delle circostanze sopravvenute nel corso dell'esecuzione del contratto è costituito dalle clausole di adeguamento automatico. Nello specifico, si parla di clausole di adeguamento automatico in relazione a quelle pattuizioni mediante le quali i contraenti decidono di vincolare la determinazione, o la rideterminazione, di una delle prestazioni oggetto di contratto all'eventuale mutamento di una circostanza esterna al regolamento contrattuale. A titolo esemplificativo, risultano ascrivibili a tale categoria le cosiddette clausole monetarie o di indicizzazione delle prestazioni pecuniarie, la cui finalità specifica è quella di scongiurare il rischio derivante dall'applicazione del principio nominalistico di cui all'art. 1277 c.c.: tramite tali strumenti, infatti, i contraenti inseriscono nel regolamento contrattuale un meccanismo che nel concreto permette di adeguare l'entità delle prestazioni pecuniarie previste dal contratto all'eventuale variazione del potere di acquisto di una determinata valuta<sup>527</sup>. È poi pacifico che, oltre al prezzo, possano essere oggetto di adeguamento anche prestazioni aventi natura non pecuniaria, quali la consegna di beni o la fornitura di servizi. Inoltre, le clausole di adeguamento del contratto possono presentare una struttura molto diversificata: è infatti possibile che esse comportino una revisione della prestazione sulla base di variabili più complesse rispetto a semplici parametri di indicizzazione<sup>528</sup>. Infine, è stato altresì rilevato come “*l'adeguamento del*

---

<sup>526</sup> Per un'attenta e compiuta disamina di tale tipologie di clausole, si rimanda a F. MARASCO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti di durata*, cit., p. 169 e ss.; E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 3, 2016, pp. 801 e ss.. Si segnala che tra i rimedi convenzionali che le parti possono predisporre per far fronte a eventuali circostanze sopravvenute nel corso dell'esecuzione del contratto, figurano anche le clausole di recesso, le quali non saranno trattate nella presente sede in quanto individuano come soluzione al sopraggiungere di tali eventualità lo scioglimento del contratto: pertanto, non risultano idonee a soddisfare le evidenziate esigenze di conservazione del contratto. Per una loro approfondita trattazione, si rimanda a E. TUCCARI, *op. cit.*, pp. 260 e ss..

<sup>527</sup> Si rimanda, per un approfondimento di tale tematica, a E. QUADRI, *Le clausole monetarie. Autonomia e controllo nella disciplina dei rapporti monetari*, Milano, 1981; P. TARTAGLIA, *L'adeguamento del contratto alle oscillazioni monetarie*, Milano, 1987; F. CARBONETTI, voce *Clausole di indicizzazione*, in *Dizionario del diritto privato, I, Diritto civile*, a cura di N. IRTI, Milano, 1980, pp. 130 e ss.; B. INZITARI, *Clausole monetarie*, in *La moneta. La valuta*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da F. GALGANO, VI, Padova, 1983; A. DI MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. dir.* XXIX Milano, 1979, p. 253; P. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano. Considerazioni conclusive*, in *Aa.Vv., Inadempimento adattamento arbitrato*, cit., p. 302.

<sup>528</sup> In tal senso, E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 271.

*contratto si riallaccia spesso a clausole di proroga del termine di esaurimento del rapporto*<sup>529</sup>: in relazione a tale tematica, si segnala che le parti possono stabilire che il sopraggiungere di determinati eventi, comportando la sospensione temporanea del contratto, genera uno slittamento dei termini inizialmente pattuiti pari al periodo di sospensione<sup>530</sup>.

Nell'ambito dei meccanismi convenzionali di gestione delle sopravvenienze figurano poi le clausole con cui viene attribuito a una delle parti il diritto di modificare unilateralmente le prestazioni oggetto di contratto<sup>531</sup>. Occorre tuttavia compiere una precisazione: le clausole attributive di uno *ius variandi* non appaiono sempre finalizzate alla gestione di eventuali circostanze sopravvenute. A dimostrazione di tale assunto, è sufficiente pensare al diritto riconosciuto al committente di ordinare variazioni nell'ambito del contratto di appalto<sup>532</sup>: nonostante in questo caso si tratti di un diritto previsto dalla legge, si è dato atto di come esso risulti funzionale a garantire che l'interesse dell'appaltante sia effettivamente soddisfatto mediante la realizzazione dell'opera oggetto di contratto, la quale può essere modificata – entro certi limiti – proprio in considerazione dell'inevitabile variabilità delle esigenze di tale soggetto. In altri termini, il diritto previsto dall'art. 1661 c.c. non trova la propria giustificazione nel sopraggiungere di circostanze esterne e imprevedibili, sicché non può di certo essere individuato come uno strumento di gestione delle sopravvenienze<sup>533</sup>.

Tale considerazione, a ben vedere, può essere agevolmente generalizzata: si potrà individuare nello *ius variandi* uno strumento di gestione delle sopravvenienze nelle sole

---

<sup>529</sup> F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 180.

<sup>530</sup> In questo caso non si ha una modifica quantitativa della prestazione oggetto di contratto, ma sembra comunque corretto parlare di adeguamento automatico, essendo comunque mutato il termine convenzionalmente pattuito.

<sup>531</sup> Si veda, tra i molti, F. MACARIO, *L'adeguamento e la rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 180 e ss.; G. IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008, pp. 122 e ss.; A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, cit., pp. 151 e ss.

<sup>532</sup> L'art. 1661 c.c. del codice civile è stato affrontato nel cap. 2, par. 5, al quale si rimanda.

<sup>533</sup> Questo non implica che la disposizione in esame non concorra a determinare quell'elasticità che caratterizza il contratto di appalto, ma significa semplicemente che si tratta di una norma estranea al sistema di gestione delle sopravvenienze.

ipotesi in cui il diritto di modifica riconosciuto sia condizionato al sopraggiungere di circostanze imprevedibili estranee alla sfera di controllo dei contraenti<sup>534</sup>.

Ad ogni modo, in questa sede appare sufficiente rilevare come la tematica relativa alle clausole attributive di un potere di modifica unilaterale venga spesso analizzata tenendo in considerazione l'esigenza di tutelare la parte contrattuale assoggettata all'altrui determinazione. In quest'ottica, di fondamentale rilevanza è la questione inerente ai limiti a cui necessariamente tale diritto di variazione deve essere sottoposto, non potendo questo tradursi in un potere discrezionale di modifica<sup>535</sup>.

### 3.2.2 – Le clausole di rinegoziazione

Uno degli strumenti più diffusi nella prassi tra quelli volti ad agevolare l'adeguamento del contratto è sicuramente individuabile nelle clausole di rinegoziazione, le quali sono già state definite come quelle disposizioni contrattuali con cui le parti si obbligano a rinegoziare le condizioni del contratto concluso al sopraggiungere di determinate circostanze in grado di incidere sul valore delle prestazioni che ne costituiscono l'oggetto. Tali clausole – le quali sono particolarmente diffuse anche nell'ambito del commercio internazionale con il termine di “*hardship clauses*”<sup>536</sup> – risultano quindi caratterizzate dal fatto che, mediante il loro inserimento, le parti non manifestano alcun accordo in merito alla gestione di una futura sopravvenienza, ma

---

<sup>534</sup> Dal punto di vista terminologico è poi corretto affermare che l'esercizio di uno *ius variandi* comporterà sempre l'adeguamento del contratto, ma l'adeguamento del contratto non è sempre volto a contenere gli effetti derivanti dal sopraggiungere di circostanze sopravvenute.

<sup>535</sup> Non essendo possibile nella presente sede trattare approfonditamente la tematica relativa alla validità delle clausole attributive di uno *ius variandi*, si rimanda, tra i tanti, a G. IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, cit.; A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, cit.; P. SIRENA, *Le modificazioni unilaterali*, in *Tratt. del contratto*, diretto da V. ROPPO, III, *Effetti*, cura di M. COSTANZA, Milano, 2006; P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, pp. 24 e ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 180 e ss..

<sup>536</sup> Per un approfondimento sul tema delle *hardship clauses* si rimanda a D. SCARPA, *Ricostruzione ermeneutica della hardship clause nel diritto positivo italiano*, in *Contr. e impr.*, 2013, pp. 951 e ss.; A. FRIGNANI, voce *Hardship clause*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, VI, Torino, 1991, pp. 446 e ss.; L. BELLODI, *Le clausole di “hardship” e di “forza maggiore”*, in *Gazzetta valutaria e del commercio internazionale*, 1989, 12, pp. 741 e ss.; E. GUERINONI – A. MANIACI, *Clausola di hardship e compatibilità con l'ordinamento italiano*, in *Dir. prat. soc.*, 1999, 24, pp. 25 e ss.; V. KURKDJIAN, *Le clausole di adeguamento nei contratti di lunga durata*, in *Commercio internazionale*, 1992, 2, pp. 83 e ss.

demandano la sua regolamentazione a una successiva e comune espressione di volontà negoziale.

La necessarietà che sia raggiunto un ulteriore accordo per addivenire all'adeguamento del contratto permette di distinguere lo strumento in esame dalle clausole di adeguamento automatico e attributive di uno *ius variandi* che, come è stato evidenziato, non presuppongono il raggiungimento di alcuna intesa<sup>537</sup>.

Uno degli innegabili vantaggi che deriva dall'utilizzazione di tali tipologie di clausole – e che di fatto ha concorso a determinarne il successo nella prassi – è individuabile nel fatto che queste permettono alle parti di contenere i costi iniziali insiti all'attività di contrattazione. Se, infatti, i contraenti fossero costretti in sede di stipula a raggiungere un'intesa completa in merito a tutte le eventuali circostanze che potrebbero sopravvenire – attività che sarebbe comunque impossibile alla luce della limitata razionalità umana –, la fase delle trattative sarebbe destinata a protrarsi per un lasso di tempo indefinito, il che si tradurrebbe in costi di negoziazione insostenibili per le parti. Scegliendo, invece, di demandare la regolamentazione di tale circostanze a un momento successivo ed eventuale – perché non è certo che tali sopravvenienze si verifichino effettivamente –, le parti possono addivenire più facilmente alla stipula del contratto, senza tuttavia rinunciare alle loro istanze di tutela. Ovviamente, l'utilità di tale tipologia di pattuizione è direttamente proporzionale all'oggetto della prestazione assunto e all'incisività dei rimedi azionabili a fronte dell'inadempimento di una delle parti.

Nonostante l'unitarietà della funzione assoluta, le clausole di rinegoziazione possono presentare caratteristiche diverse. Un'importante distinzione che viene prospettata in dottrina è quella fondata sul binomio clausole di rinegoziazione generiche / clausole di rinegoziazione specifiche, le quali risultano differenziarsi in relazione al grado di specificità con cui le parti hanno precisato i presupposti da cui deriva l'obbligo di rinegoziare le condizioni del contratto<sup>538</sup>: le clausole specifiche saranno infatti volte a configurare un obbligo di rinegoziazione a fronte del sopraggiungere di sopravvenienze predeterminate nel dettaglio, mentre con le clausole generiche si vorrà “*proteggere le*

---

<sup>537</sup> In tal senso, F. MACARIO, *L'adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 217; S. LANDINI, *Volontarietà dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contratto e impresa*, 2016, 1, p. 190.

<sup>538</sup> V. S. LANDINI, *op. cit.*, pp. 189 e ss.; V.M. CESARO, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 125; G. MARASCO, *op. cit.*, pp. 61 e ss..



*parti nei confronti del più ampio numero possibile di sopravvenienze contrattuali*”<sup>539</sup>. È tuttavia già stato evidenziato che maggiore sarà la genericità delle disposizioni inserite nel contratto, più queste saranno foriere di dubbi interpretativi.

Si ritiene invece che debbano essere interpretate come mere clausole di stile quelle disposizioni contrattuali con cui le parti si siano limitate a prevedere la possibilità – e non l’obbligo – di rinegoziare il contratto al sopraggiungere di determinate circostanze: tali pattuizioni, infatti, non fanno altro che prevedere una facoltà che le parti già detengono, sicché la loro incidenza risulta pressoché superflua<sup>540</sup>.

Sul punto, tuttavia, si segnala che un orientamento minoritario riconosce una certa efficacia a tali tipologia di clausole, potendo le stesse rilevare sotto un duplice profilo: da una parte, infatti, queste potrebbero essere lette come espressione della volontà delle parti di voler comunque salvaguardare la vincolatività del contratto concluso, il che potrebbe giustificare “*orientamenti dei giudicanti volti a favore interpretazioni integrative del contratto che ne consentano la conservazione*”<sup>541</sup>; in secondo luogo, il loro inserimento nel regolamento contrattuale potrebbe essere valutato dal giudice nella liquidazione delle spese processuali qualora una parte abbia deciso di agire in giudizio per la risoluzione del contratto senza prima intraprendere la strada della rinegoziazione<sup>542</sup>. Quest’ultimo assunto, tuttavia, non può essere condiviso: l’impossibilità di individuare un obbligo in capo alle parti impedisce infatti di configurare un inadempimento e, pertanto, di imputare conseguenze pregiudizievoli alla parte che ha deciso di agire in giudizio.

Tornando alla questione inerente alla specificità delle clausole di rinegoziazione, occorre rilevare come la distinzione tra clausole generiche e clausole specifiche possa essere compiuta anche in relazione al livello di dettaglio con cui le parti hanno indicato le modalità in cui deve svolgersi la trattativa instaurata volta alla rinegoziazione del contratto<sup>543</sup>. In questo caso, tuttavia, per potersi parlare propriamente di rinegoziazione sarà indispensabile che sia comunque garantito ai contraenti un margine di discrezionalità nella conduzione della negoziazione: in caso contrario, infatti, si ricadrebbe nella

---

<sup>539</sup> E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 280.

<sup>540</sup> In tal senso, E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 283.

<sup>541</sup> S. LANDINI, *op. cit.*, p. 190.

<sup>542</sup> Tale assunto ovviamente postula che la circostanza sopravvenuta considerata sia idonea a giustificare la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta.

<sup>543</sup> E. TUCCARI, *op. cit.*, pp. 279; S. LANDINI, *op. cit.*, pp. 190; V.M. CESARO, *op. cit.*, p. 125.

categoria delle clausole di adeguamento automatico del contratto analizzata in precedenza.

Occorre a questo punto affrontare la tematica relativa alla prestazione dovuta dalle parti a seguito dell'inserimento nel regolamento contrattuale di una clausola di rinegoziazione. Come è stato già rilevato in precedenza, mediante tale tipologia di accordi le parti decidono di rimandare la gestione di determinate circostanze sopravvenute ad un momento successivo al loro verificarsi.

In tal contesto, la prestazione che le parti assumono necessita di essere delineata nei suoi tratti fondamentali: secondo, infatti, l'orientamento maggioritario che si ritiene di accogliere, mediante la previsione di una clausola di siffatto genere i contraenti assumono semplicemente l'obbligo di intraprendere, al verificarsi delle condizioni individuate, una trattativa volta alla rinegoziazione delle condizioni del contratto stipulato<sup>544</sup>. Da ciò non deriva quindi alcun obbligo in merito all'esito delle trattative, essendo infatti possibile che le parti non raggiungano alcun accordo o che addirittura decidano di sciogliere il contratto per mutuo consenso ex art. 1372 c.c.. L'obbligazione in parola, infatti, deve essere tenuta distinta dall'obbligo a contrarre che, nonostante costituisca una figura conosciuta dal nostro ordinamento, risulta differente dall'obbligazione configurabile nel caso di specie: se si raffronta, infatti, la fattispecie qui in esame con il contratto

---

<sup>544</sup> M.P. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, *Nuova giur. civ. e comm.*, 2015, pp. 420 e ss.; G. SICCHIERO, *op. cit.*, pp. 796 e ss.; F.P. PATTI, *op. cit.*, p. 579; E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 279; E. QUADRI, *Le clausole monetarie*, *cit.*, p. 487; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impresa*, 2003, pp. 720 e ss.; S. LANDINI, *op. cit.*, p. 193; L. CASTELLI, *op. cit.*, p. 188; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, *cit.*, p. 79; G. MARASCO, *cit.*, pp. 132 e ss., il quale parla espressamente di obbligazioni di mezzi. In senso conforme, A. GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, in Aa. Vv., *Il conflitto del conflitto del golfo e i contratti d'impresa, Esecuzione, adattamento e risoluzione in uno scenario di crisi*, Milano, 1992, p. 56. Di opinione contraria, P. GALLO, voce *Revisione e rinegoziazione nel contratto*, *cit.*, pp. 804 e ss.; M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, *cit.*, p. 316; V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, *cit.*, pp. 243 e ss.. Sul punto, non è del tutto chiara la posizione di F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, *cit.*, pp. 350-351, il quale prima afferma chiaramente che “l'esito infruttuoso delle trattative non implica l'inadempimento, com'è ovvio, ma anche indipendentemente dall'ammissibilità di un vero e proprio obbligo delle parti di raggiungere l'accordo modificativo, che incontra la difficoltà teorica di conciliare il margine di discrezionalità insito in ogni trattativa con l'obbligo pattizio già assunto, il comportamento delle parti dovrà essere valutato senza dubbio sul piano della conformità al criterio della buona fede”, ma poi si contraddice quando, a pag. 425 del medesimo contributo, rileva che “l'autonomia dei contraenti nella decisione relativa all'an – se concludere o meno il contratto modificativo – può dirsi perciò già esaurita nel momento della conclusione del contratto originario e, più in particolare, nella stipulazione della clausola di rinegoziazione”.

preliminare – che è fonte di un’obbligazione a contrarre – è evidente che nelle clausole di rinegoziazione non solo manca la predeterminazione del nuovo accordo, ma “è anche salva la libertà di concluderlo o meno”<sup>545</sup>.

Ad ogni modo, la definizione sopra accolta costituisce una semplificazione di una posizione giuridica molto più complessa. È stato infatti correttamente rilevato che l’obbligo derivante dalla clausola di rinegoziazione, nonostante veda nella prestazione sopra indicata il suo contenuto principale, risulta caratterizzato da una natura composita; ne consegue, che il suo adempimento non può essere circoscritto al solo atto con cui viene dato impulso all’attività di rinegoziazione<sup>546</sup>. Ad assumere rilevanza, in tal contesto, è il principio di buona fede nell’esecuzione del contratto sancito dall’art. 1375 c.c, il quale andrà ad integrare l’obbligo di fonte negoziale concordato dalle parti<sup>547</sup>.

Ogni contraente sarà così tenuto a comunicare all’altra parte contrattuale il sopraggiungere delle circostanze da cui deriva l’obbligo di procedere alla rinegoziazione del contratto; inoltre, queste saranno obbligate a partecipare alle trattative nel pieno rispetto del principio anzidetto, sicché la loro condotta non si potrà limitare ad un mero adempimento formale, dovendosi queste impegnarsi attivamente per il raggiungimento di un accordo. È parimenti da escludersi che una delle parti possa immotivatamente rifiutarsi di pervenire ad un’intesa con il solo scopo di danneggiare la propria controparte, in quanto tale condotta integrerà una chiara violazione dell’obbligo assunto. Qualora poi sussista un giustificato motivo per interrompere le trattative, questo dovrà essere comunicato alla controparte contrattuale senza alcun ritardo.

---

<sup>545</sup> A. GENTILI, *La replica alla stipula*, cit., p. 715. Se, infatti, fosse già determinato l’accordo e fosse esclusa la discrezionalità delle parti di addivenire alla sua stipula, saremmo di fronte a una clausola di adeguamento automatico.

<sup>546</sup> In tal senso, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 344.

<sup>547</sup> Sul punto, si rimanda a G. MARASCO, *op. cit.*, pp. 132 e ss. e a F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 343 e ss., il quale compie un’attenta disamina di quello che è il contenuto dell’obbligo in parola. Nello specifico, sempre F. MACARIO, *op. ult. cit.*, p. 252 rileva che “in ogni caso, è stato rilevato che “le modalità attuative dell’obbligo di trattare non possono che specificarsi in relazione alle circostanze rilevanti nel momento in cui l’obbligo stesso diviene attuale. In questo senso, il comportamento che, in concreto, dovranno tenere le parti potrà anche non desumersi dalla clausola [...] ma dovrà necessariamente far capo all’unica regola giuridica flessibile al punto tale da consentire (ed anzi a ben vedere imporre) tutti quegli atti e tutte quelle attività che, alla luce delle circostanze, degli usi e della natura dell’affare, sono idonei a far conseguire alle parti il risultato contrattuale, cioè la finalità per la cui realizzazione l’obbligo è stato previsto: la regola della buona fede”.

Ad ogni modo, a determinare le modalità di adempimento dell'obbligo in parola sarà, in primo luogo, il dettato letterale della clausola concordata dalle parti. In questo contesto, i contraenti potranno altresì individuare le conseguenze derivanti dal mancato accordo, anche prevedendo la risoluzione del contratto.

Proprio in virtù del grado di dettaglio che può caratterizzare tali clausole, è stato rilevato come le parti potrebbero finanche incidere sulla natura dell'obbligo stesso di negoziare, trasformandolo in una vera e propria obbligazione di risultato<sup>548</sup>. Tale considerazione non è però compatibile con quanto rilevato in precedenza: qualora, infatti, non sia nel concreto riscontrabile un margine di discrezionalità in capo alle parti contraenti che permetta loro di non di addivenire ad un accordo, non si potrà parlare propriamente di clausole di rinegoziazione.

In tal contesto, appaiono particolarmente meritevoli di attenzione quelle pattuizioni con cui le parti prevedono l'intervento di un terzo nell'ipotesi in cui non si riesca ad addivenire ad un accordo in merito alle condizioni di adeguamento del contratto<sup>549</sup>. Nel concreto, tali intese risultano funzionali a perseguire un duplice fine: in primo luogo queste fungeranno da rimedio preventivo, in quanto l'aleatorietà inevitabilmente connessa all'intervento del terzo potrebbe incentivare i contraenti al raggiungimento di un accordo<sup>550</sup>; in secondo luogo, esse potranno costituire un rimedio successivo, permettendo il superamento di un fase di stallo derivante dal mancato raggiungimento di un accordo. In ogni caso, è innegabile che tale tipologia di previsioni risulti avere un'incidenza rilevante sul funzionamento e sulla natura delle clausole di rinegoziazione, in quanto nel concreto rendono l'adeguamento del contratto un esito non più eventuale, ma certo. Per tale ragione, queste sono considerate uno strumento particolarmente utile a soddisfare l'interesse delle parti alla conservazione del negozio stipulato<sup>551</sup>.

In tale contesto, una delle questione che ha attirato maggiormente l'attenzione della dottrina concerne la qualifica dell'intervento del terzo in sede di rinegoziazione e, nello

---

<sup>548</sup> In tal senso, G. MARASCO, *op. cit.*, p. 135.

<sup>549</sup> Per un'attenta disamina di tale ipotesi, si veda F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 195 e ss.; G. MARASCO, *op. cit.*, pp. 150 e ss.; E. TUCCARI, *op. cit.*, pp. 291 e ss.; S. LANDINI, *op. cit.*, pp. 199-200.

<sup>550</sup> Sul punto, G. MARASCO, *op. cit.*, p. 151 segnala correttamente che la spinta al raggiungimento dell'accordo potrebbe altresì essere agevolata dal fatto che l'intervento di un terzo comporta sempre un aumento dei costi – dovendo tale soggetto essere compensato per l'attività svolta – che le parti sono sicuramente interessate ad evitare.

<sup>551</sup> F. MARASCO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 195.

specifico, la sua riconducibilità all'istituto dell'arbitraggio o dell'arbitrato. In merito a tale valutazione, non appare opportuno cadere nell'errore, a volte commesso in dottrina, di elaborare un principio generale da elevare ad assioma incontestabile. La varietà che caratterizza la tipologia di clausole in commento impedisce di compiere una classificazione astratta valida per ogni fattispecie concreta. Pertanto, per procedere a tale valutazione dovranno necessariamente essere considerati i tratti che contraddistinguono la pattuizione conclusa dalle parti.

Entrando nel merito di tale qualificazione, si potrà parlare propriamente di arbitrato ogni qual volta sia rimesso al terzo la soluzione di una determinata controversia giuridica connessa all'adempimento dell'obbligo di rinegoziazione: a titolo esemplificativo, sarà possibile configurare una clausola compromissoria nell'ipotesi in cui le parti demandino ad un arbitro la decisione di un contrasto sorto in merito al sussistere dei presupposti dai quali deriva l'obbligo di rinegoziare o alle modalità secondo cui lo stesso deve essere adempiuto<sup>552</sup>.

Tuttavia i contraenti possono altresì demandare al terzo, in caso di mancato accordo in merito alle condizioni di adeguamento del contratto, la determinazione del cambiamento da apportare alle prestazioni oggetto del regolamento negoziale: in siffatta ipotesi – che appare nettamente differente dalla precedente – non si potrà parlare di arbitrato, non essendo possibile configurare alcuna controversia giuridica da comporre, ma sarà configurabile un arbitraggio riconducibile all'art. 1349 del codice civile<sup>553</sup>. Il terzo incaricato sarà quindi chiamato a svolgere la sua mansione nel pieno rispetto delle indicazioni impartite dalle parti: nella prassi è infatti frequente che i contraenti delineino i limiti entro cui dovrà estrinsecarsi l'attività definitoria dell'arbitratore<sup>554</sup>. Ad ogni modo,

---

<sup>552</sup> In tal senso, E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 292. Si segnala, tuttavia, che una parte della dottrina è propensa a individuare un arbitrato anche nelle ipotesi in cui sia demandato al terzo la semplice determinazione dell'adeguamento da apportare al regolamento contrattuale. Secondo tale orientamento, infatti, essendo la rinegoziazione del contratto oggetto di uno specifico obbligo, il mancato raggiungimento di un'intesa sarà tendenzialmente configurabile come un inadempimento imputabile ad una delle parti; da ciò consegue che, in siffatta eventualità, sarà sempre individuabile una controversia giuridica che necessita di una composizione. Tale tesi, sostenuta da V.M. CESARO, *op. cit.*, pp. 229 e ss., si fonda su una specifica concezione dell'obbligo di rinegoziazione che, come già rilevato, non si condivide.

<sup>553</sup> G. MARASCO, *op. cit.*, p. 156; E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 291; A. GORNI, *op. cit.*, pp. 64 e ss.. Per ogni necessario riferimento all'istituto dell'arbitraggio, si rimanda a F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 196, nota 44.

<sup>554</sup> In tal senso, G. MARASCO, *op. cit.*, p. 156; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 204, il quale evidenzia che “la salvaguardia del principio di autonomia delle parti

in assenza di una specifica determinazione pattizia dei criteri da impiegare nel compimento di tale incarico, opereranno le prescrizioni di cui all'art. 1349 c.c., il quale prevede che il terzo debba procedere “*con equo apprezzamento*”, a meno che i contraenti non si siano espressamente rimessi al suo insindacabile arbitrio.

Tali aspetti sono inevitabilmente destinati a rilevare qualora una delle parti sia interessata a contestare giudizialmente le determinazioni del terzo arbitratore, le quali dovranno essere valutate facendo riferimento proprio alle indicazioni impartite dalle parti e, in caso di loro assenza e incompletezza, al criterio dell'equo apprezzamento anzidetto<sup>555</sup>.

### **3.3 – L'inadempimento all'obbligo di contrarre e i possibili rimedi azionabili dalle parti contraenti**

#### **3.3.1 – Il rimedio risarcitorio e la risoluzione del contratto**

Dopo aver precisato il contenuto dell'obbligo di rinegoziazione, è possibile delineare quelle che sono le diverse ipotesi di inadempimento e i rimedi azionabili dalle parti contraenti.

È già stato rilevato che – secondo l'orientamento accolto nella presente trattazione – il mancato raggiungimento di un accordo modificativo di per sé non costituisce un inadempimento dell'obbligo in parola: se le parti, infatti, hanno condotto la trattativa nel pieno rispetto del principio di buona fede, il mancato raggiungimento di un'intesa non costituisce altro che uno dei possibili esiti a cui può condurre la libertà di autodeterminazione negoziale di cui le parti dispongono. È poi possibile che i contraenti stessi abbiano predeterminato le conseguenze derivanti da tale specifica ipotesi: oltre allo strumento dell'arbitraggio analizzato nel paragrafo precedente, è altresì possibile che in sede contrattuale si sia individuato nello scioglimento del contratto la conseguenza derivante dal mancato raggiungimento di un accordo in merito alle condizioni di adeguamento. Inoltre, in assenza di una pattuizione volta a disciplinare l'ipotesi di

---

*imponesse la necessità della delimitazione dell'ambito in cui la facoltà del terzo può esplicarsi; tale esigenza si avverte in modo particolare nei contratti complessi a lungo termine...*”

<sup>555</sup> Ed è proprio in virtù del fatto che tali determinazioni possono essere oggetto di valutazione giudiziale che G. MARASCO, *op. cit.*, p. 157 sottolinea come sia necessario che il terzo incaricato manifesti le ragioni a queste sottese.

fallimento delle trattative, troveranno applicazione le disposizioni del codice civile: ne consegue che se non saranno soddisfatti i requisiti previsti dall'art. 1467 c.c. per la risoluzione, il contratto concluso sarà destinato a rimanere in vita e a vincolare le parti alle condizioni inizialmente pattuite.

Per converso, si potrà configurare un inadempimento qualora uno dei contraenti si rifiuti di intraprendere la trattativa finalizzata all'adeguamento del contratto<sup>556</sup>, ovvero si limiti a partecipare alla negoziazione ma senza avere effettivamente l'intenzione di raggiungere un accordo, e questo al solo fine di ottemperare formalmente all'obbligo previsto in sede contrattuale<sup>557</sup>. Infine, si potrà parlare di inadempimento anche a fronte di una vera e propria "trattativa scorretta", la quale sarà individuabile ogni qual volta uno dei contraenti si relazioni con l'altra parte "con uno spirito non collaborativo, ma egoistico, che si può tradurre, ad esempio, nella tendenza a nascondere alla controparte informazioni utili per la determinazione dei nuovi termini dell'accordo, o nella propensione ad appropriarsi di utilità perdute in sede di contrattazione originaria"<sup>558</sup>. Sarà infine individuabile un inadempimento quando una delle parti contraenti risulti non conforme alle modalità di rinegoziazione imposte dalla clausola inserita nel regolamento contrattuale<sup>559</sup>. Dalle considerazioni qui esposte emerge chiaramente come la natura proteiforme dell'obbligo in parola di fatto impedisce di prospettare una compiuta e precisa tipizzazione delle diverse fattispecie in cui si può concretizzare l'inadempimento

---

<sup>556</sup> Si tratta, ad ogni evidenza, dell'ipotesi di inadempimento di più semplice individuazione. Si veda, tra i molti, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 395. L'autore rileva altresì che essendo la partecipazione alle trattative una prestazione oggetto di un obbligo contrattuale, la parte può rifiutarsi di eseguirla qualora siano soddisfatti i presupposti previsti dall'art. 1460 c.c.. In senso conforme, G. MARASCO, *op. cit.*, p. 168.

<sup>557</sup> In questi casi si parla della cosiddetta "trattativa maliziosa", v. G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002; A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, cit., p. 208; G. SICCHIERO, *op. cit.*, p. 783; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 972 e ss.; E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 284. Si tratta, ad ogni evidenza, di una condotta che sarà molto difficile da dimostrare, in quanto formalmente conforme all'obbligo assunto in sede contrattuale.

<sup>558</sup> F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 399 e ss.; G. MARASCO, *op. cit.*, p. 168; A. PISU, *L'adeguamento nei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, cit., p. 208. A ben vedere, anche il semplice ritardo nell'intraprendere la trattativa potrà nel concreto configurare un inadempimento dell'obbligo in commento.

<sup>559</sup> Sul punto, A. PISU, *L'adeguamento nei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, cit., p. 210, la quale evidenzia come il controllo giudiziale "sarà tanto più pregnante e allo stesso tempo agevole, quanto maggiore risulterà il livello di dettaglio del patto in ordine ai presupposti, alle modalità, nonché ai criteri e ai parametri da rispettare nel procedimento di revisione".

delle parti. Ciò nonostante, risulta comunque necessario affrontare la tematica dei rimedi azionabili.

In primo luogo, potendosi configurare a tutti gli effetti un inadempimento relativo a un obbligo derivante dal contratto concluso, la dottrina maggioritaria è concorde nell'affermare che la parte lesa possa ottenere il risarcimento del danno da questi derivante<sup>560</sup> e finanche la risoluzione del contratto, sempre che sia soddisfatto il presupposto previsto dall'art. 1455 c.c.<sup>561</sup>.

La configurabilità del rimedio risarcitorio, tuttavia, pone la questione relativa alla quantificazione del danno risarcibile: nello specifico, occorre individuare qual è l'interesse leso e il pregiudizio oggetto di risarcimento. Tale tematica risulta

---

<sup>560</sup> E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2016, p. 809; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit. pp. 402 e ss.; F.P. PATTI, *op. cit.*, p. 581; G. SICCHIERO, *op. cit.*, p. 803; V.M. CESARO, *op. cit.*, pp. 263 e ss.; G. MARASCO, *op. cit.*, pp. 170 e ss.. Di opinione contraria, A. GORNI, *op. cit.*, pp. 59 e ss. che, partendo dall'assunto secondo cui l'obbligo di rinegoziazione costituirebbe un'obbligazione di mezzi e non di risultato, rileva che l'ampia discrezionalità riconosciuta in capo ai contraenti impedirebbe di poter configurare un inadempimento e, pertanto il diritto a un risarcimento. Secondo invece A. GENTILI, *op. cit.*, p. 719, sarebbe configurabile un'obbligazione risarcitoria solamente a fronte di un abbandono ingiustificato delle trattative. La dottrina che afferma l'esperibilità del rimedio risarcitorio è poi concorde nel riconoscere la natura contrattuale della responsabilità in esame, essendo la stessa una diretta conseguenza dell'obbligo di rinegoziazione previsto dalle parti. In tal senso, E. DEL PRATO, *op. cit.*, p. 809; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 400-401.

<sup>561</sup> In tal senso, E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 286; G. MARASCO, *op. cit.*, p. 171. Nello specifico, l'art. 1455 c.c. prevede espressamente che *“il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra”*. Sul punto, S. LANDINI, *op. cit.*, p. 197, si interroga sulla possibilità che le parti possano prevedere come conseguenza dell'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare in parola la risoluzione del contratto. Tale questione, tuttavia, appare trattata in termini non corretti. L'autrice, infatti, nonostante sposi la tesi che esclude che l'obbligo in parola possa comportare il dovere per le parti di raggiungere un accordo modificativo, nel affrontare la validità di tali clausole sembra confondere l'ipotesi in cui sia configurabile un inadempimento con quella in cui invece le parti non sono semplicemente riusciti a trovare un'intesa, seppur trattando in conformità al principio della buona fede. Tale distinzione non appare di poco conto ai fini dell'analisi espletata, che verte interamente sulla distinzione tra clausola risolutiva espressa e condizione risolutiva. A parere di chi scrive, qualora la risoluzione sia individuata come conseguenza di un inadempimento contrattuale, sarebbe più corretto parlare di clausola risolutiva espressa. Nel caso in cui, invece, le parti prevedano lo scioglimento del contratto come conseguenza del mancato raggiungimento di un accordo, non sussistono ragioni che impediscano di parlare di condizione risolutiva: l'intesa trovata, infatti, non costituisce di per sé l'adempimento di un obbligo contrattuale, ma una conseguenza eventuale e incerta di tale adempimento. Si tratta, in ogni caso, di soluzioni che di certo non soddisfano l'interesse delle parti alla conservazione del vincolo contrattuale.



particolarmente complessa, e questo a causa della natura “*ibrida*” dell’obbligo in commento<sup>562</sup>.

In primo luogo, sarà sicuramente risarcibile il cosiddetto interesse negativo<sup>563</sup> a cui si fa spesso riferimento nell’ambito della responsabilità precontrattuale. Nello specifico, la parte adempiente potrebbe aver sostenuto delle spese in occasione della trattativa di rinegoziazione intrapresa e successivamente naufragata a causa della condotta inadempiente dell’altro contraente. È parimenti possibile che, sempre a causa della negoziazione anzidetta, tale soggetto abbia perso la possibilità di stipulare un contratto per lui vantaggioso: in questo caso, il mancato profitto conseguito dovrà essere oggetto di ristoro. Ma, a ben vedere, limitare il pregiudizio risarcibile a tale voce di danno non appare né sufficiente, né corretto.

Il concetto di interesse negativo, infatti, trova applicazione nell’ambito della responsabilità precontrattuale: una fase che, nonostante sia anch’essa assoggettata ex art. 1337 c.c. al principio della buona fede, risulta ben differente da quella qui considerata, ove la partecipazione attiva, alle trattative costituisce l’adempimento di un obbligo contrattuale. Pertanto, un’equiparazione delle due ipotesi non appare ammissibile.

Ciò nonostante, è altresì innegabile che non potrà nemmeno essere interamente risarcito il cosiddetto interesse positivo, individuabile nel profitto non conseguito dalla parte a causa del mancato accordo raggiunto<sup>564</sup>. Tralasciando le difficoltà insite alla

---

<sup>562</sup> Tale espressione viene impiegata da F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 404.

<sup>563</sup> F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 403.ibr

<sup>564</sup> In tal senso, E. DEL PRATO, *op. cit.*, p. 809. Di opinione apparentemente contraria, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 403, il quale dopo aver ammesso la risarcibilità dell’interesse negativo, arriva ad affermare che qualora la trattativa intrapresa sia giunta a una fase inoltrata, “*le conseguenze dell’inadempimento dell’obbligo di trattare potranno essere equiparate a quelle della mancata esecuzione del contratto, come modificato per effetto della rinegoziazione*”. Tale affermazione risulta tuttavia non condivisibile, in quanto si fonda una concezione errata dell’obbligo di negoziare, il quale è visto come un vero e proprio obbligo a contrarre. Sul punto, G. MARASCO, *op. cit.*, pp. 174 e ss. sostiene che, partendo dall’assunto secondo cui “*l’obbligo di rinegoziare è qualcosa in più del generale dovere di trattare secondo buona fede*” afferma espressamente che “*in presenza di un inadempimento contrattuale (anche di un dovere rinegoziativo) il risarcimento del danno deve consentire alla parte adempiente di realizzare, seppur per equivalente monetario, tutti i profitti e le utilità che avrebbero potuto conseguire dalla perfetta e puntuale esecuzione del contratto*”. La particolarità della ricostruzione prospettata dall’autore richiamato è poi individuabile nel parametro impiegato per la quantificazione del danno. Nello specifico, viene rilevato che il giudice, nel compiere tale determinazione, non deve riferirsi al profitto che la parte avrebbe potuto ricavare da un ipotesi accordo modificativo, ma dovrebbe invece considerare il guadagno che questa avrebbe conseguito se non fosse sopravvenuta la circostanza dedotta nella clausola di rinegoziazione.

quantificazione di tale tipologia di danno, tale esclusione risulta giustificata in virtù della prestazione che costituisce oggetto dell'obbligo di rinegoziare: le parti, infatti non sono tenute a raggiungere un accordo ma solamente a intraprendere, nel rispetto del principio della buona fede, una trattativa volta all'adeguamento del contratto. Pertanto, essendo la conclusione dell'accordo una semplice eventualità non imposta da alcun obbligo contrattuale, il pregiudizio subito dal contraente a causa della mancata intesa non potrà essere oggetto di risarcimento<sup>565</sup>.

Senza voler negare la complessità della questione qui posta, appare meritevole di pregio quell'orientamento dottrinale che intravede una soluzione nella possibilità d'inquadrare l'intera vicenda nella categoria della perdita di *chance*<sup>566</sup>.

Nell'ipotesi in cui contraenti abbiano protrato, a fronte di un obbligo a rinegoziare, una trattativa fino alle sue fasi finali, e poi uno di questi abbia deciso di abbandonarla senza motivo, sarà possibile configurare un risarcimento che vada al di là del mero interesse negativo, in quanto in questo caso la condotta inadempiente di una delle parti ha comportato per l'altra la perdita della possibilità di giungere all'adeguamento del contratto, la quale risultava oramai essere concreta<sup>567</sup>. Ovviamente, per poter configurare un danno risarcibile sarà necessario dimostrare che l'eventuale intesa che si era in procinto di raggiungere avrebbe comportato un vantaggio per tale soggetto. Accertato quindi l'inadempimento, la concretezza della *chance* e il contenuto dell'accordo oramai prossimo, "*il ristoro deve essere liquidato secondo equità (art. 1226 c.c.)*"<sup>568</sup>.

Nonostante le difficoltà applicative insite alla teoria riportata, questa ha l'evidente pregio di considerare le peculiarità dell'obbligo volto alla rinegoziazione del contratto non limitando il danno risarcibile al solo interesse negativo.

---

<sup>565</sup> V. E. DEL PRATO, *op. cit.*, p. 809.

<sup>566</sup> E. DEL PRATO, *op. cit.*, p. 809. In senso critico, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 406, il quale però esclude la possibilità di ricorrere a tale concetto solo perché l'obbligo a rinegoziare coinciderebbe con un vero e proprio obbligo a trattare. Si tratta, tuttavia, di un'opinione non condivisibile per i motivi già esposti.

<sup>567</sup> Si potrebbe obiettare che tale ricostruzione potrebbe incentivare la parte non interessata alla rinegoziazione a rifiutare fin dal principio di intraprendere una trattativa finalizzata all'adeguamento del contratto, e questo perché la disponibilità inizialmente manifestata potrebbe comportare un incremento del danno risarcibile in caso di inadempimento. Tale affermazione, oltre che essere vera, risulta costituire un ulteriore pregio della tesi propugnata: l'abbandono delle trattative costituisce una forma di inadempimento più grave rispetto al semplice rifiuto manifestato inizialmente dalla parte, e questo perché genera nel contraente adempiente un legittimo affidamento sul prosieguo della negoziazione.

<sup>568</sup> E. DEL PRATO, *op. cit.*, p. 809.

### 3.3.2 – L’esperibilità del rimedio dell’esecuzione in forma specifica previsto dall’art. 2932 c.c.

L’analisi del contenuto della prestazione assunta dalle parti mediante l’inserimento di una clausola di rinegoziazione ha già evidenziato le ragioni per cui tale strumento non appare particolarmente efficace nel garantire la conservazione del contratto: è stato infatti rilevato come i contraenti risultino comunque liberi di non addivenire ad un’intesa, con la conseguenza che l’adeguamento risulta un’ipotesi meramente eventuale. Se si considerano poi i principali rimedi esperibili a seguito dell’inadempimento di tale obbligo, questo assunto trova un’ulteriore conferma, in quanto né il risarcimento del danno, né la risoluzione del contratto garantiscono il mantenimento del vincolo contrattuale instaurato. Proprio per questa ragione, parte della dottrina ha cercato di individuare altri strumenti in grado di garantire la conservazione di tale rapporto<sup>569</sup>.

Tra questi, un ruolo primario deve essere riconosciuto a quella ricostruzione che vede una possibile soluzione nell’art. 2932 del codice civile, il quale disciplina l’esecuzione in forma specifica dell’obbligo di concludere un contratto prevedendo che “*se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l’obbligazione, l’altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso*”<sup>570</sup>.

Nello specifico, la ricostruzione qui proposta appare fondarsi su un presupposto teorico, ossia che l’obbligo di rinegoziare comporterebbe un vero e proprio obbligo di

---

<sup>569</sup> Tale problematica è stata rilevata anche da autorevoli autori. In tal senso, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 968; F.P. PATTI, *op. cit.*, p. 580; G. MARASCO, *op. cit.*, p. 181; V.M. CESARO, *op. cit.*, p. 244; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 424. Qualora le parti abbiano previsto l’intervento di un terzo arbitratore in caso di mancato accordo, è pacifico che il giudice potrà intervenire in via sostitutiva a fronte dell’inerzia del soggetto incaricato, fatta l’eccezione in cui i contraenti non si siano rimessi al suo arbitrio. In tal senso, G. MARASCO, *op. cit.*, p. 189. In giurisprudenza, si segnala l’ordinanza del Tribunale di Roma del 6 luglio 1996, in *Foro it.*, 1996, I, pp. 710 e ss., con nota di F. MACARIO, *Determinazione giudiziale del corrispettivo nei contratti di durata e tutela cautelare atipica*. La vicenda decisa dal giudice capitolino è peculiare: nell’ambito di un contratto di *catering*, le parti avevano inserito una clausola di adeguamento automatico che, in sostanza, prevedeva l’indicizzazione del prezzo al variare di alcuni parametri la cui determinazione era rimessa a un soggetto terzo. I contraenti, tuttavia, si accorgevano solamente in corso di esecuzione che uno dei parametri individuati in realtà non esisteva. In tal contesto, il Tribunale di Roma ha affermato la possibilità di intervenire proprio ai sensi dell’art. 1349 c.c. andando a sopperire alla lacuna presentata dal regolamento contrattuale pattuito.

<sup>570</sup> Ipotesi suggerita da F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 402 e ss..

contrarre, il quale sarebbe coerente con la volontà manifestata dalle parti in quanto *“l'autonomia dei contraenti nella decisione relativa all'an – se concludere o non il contratto modificativo – può dirsi perciò già esaurita nel momento della conclusione del contratto originario e, più in particolare, nella stipulazione della clausole di rinegoziazione, salvo ovviamente il caso in cui l'impegno a rinegoziare venga assunto successivamente”*<sup>571</sup>.

Risolta in questo modo la problematica relativa all'oggetto dell'obbligo di rinegoziazione, persiste la questione inerente ai criteri che dovrebbero essere impiegati dal giudice nel determinare l'adeguamento da apportare al contratto. Proprio a causa di tale considerazione, i sostenitori dell'orientamento in esame affermano che l'art. 2932 c.c. non sarebbe applicabile ad ogni fattispecie concreta, ma solamente in relazione a quelle ipotesi in cui il giudice ha a disposizione elementi sufficienti che gli permettano di determinare come si sarebbe evoluta la trattativa in assenza dell'inadempimento di una delle parti<sup>572</sup>.

Nel concreto, tali elementi potranno essere desunti dal contratto stipulato dalle parti – da cui sarà possibile comprendere la natura dell'affare e gli interessi economici ad esso sottesi –, dalla trattativa stessa instaurata in ottemperanza del suddetto accordo, dalla condotta assunta dalle parti in esecuzione del contratto concluso e, infine, dai principi dell'equità integrativa e della buona fede di cui agli artt. 1374 c.c. e 1375 c.c.; proprio alla luce della molteplicità delle fonti su cui il giudice può fondare le proprie determinazioni, è stato rilevato come *“l'impossibilità, alla stregua del dettato dell'art. 2932, 1 comma, di emettere la sentenza deve essere vista come un'ipotesi davvero marginale”*<sup>573</sup>.

L'applicabilità di tale rimedio, inoltre, sarebbe sorretta da due ulteriori considerazioni.

---

<sup>571</sup> F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 425. Come è stato però rilevato, lo stesso Macario, alle pagine 350 e 351 della stessa opera, afferma chiaramente *“l'esito infruttuoso delle trattative non implica l'inadempimento, com'è ovvio”*. Per tali ragioni, è stato correttamente rilevato in dottrina che tale ricostruzione sarebbe fondata su un'inopportuna sovrapposizione dell'obbligo di contrarre con l'obbligo di rinegoziare le condizioni del contratto. In tal senso, E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 116. Si tratta di una contraddizione che è già stata rilevata nel corso della trattazione.

<sup>572</sup> V. F. MACARIO, *op. cit.*, pp. 426 e ss.

<sup>573</sup> F. MACARIO, *op. ult. cit.*, p. 431, il quale rileva altresì che *“il fatto che il rapporto su cui il giudice è chiamato ad intervenire sia già in fase di attuazione ed esecuzione può semplificare il suo compito”*.

In primo luogo, il pericolo che l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di rinegoziare possa integrare un'inopportuna ingerenza nella sfera dell'autonomia privata delle parti contraenti sarebbe scongiurato dalla facoltà, concessa alle parti dallo stesso art. 2932 c.c., di escludere l'applicabilità del rimedio in esame<sup>574</sup>. In secondo luogo, l'applicabilità dello strumento dell'esecuzione in forma specifica troverebbe conferma anche nel fatto che il ruolo rivestito dal giudice in sede di adeguamento non sarebbe differente rispetto a quello ricoperto nell'ipotesi contemplata dal terzo comma dell'art. 1467 c.c.<sup>575</sup>. Tale assunto, tuttavia, si fonda su un'interpretazione dei poteri del giudice nell'ambito della norma richiamata che, come è stato rilevato, non è accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria<sup>576</sup>.

Inoltre, tra i sostenitori di tale orientamento c'è anche chi afferma espressamente la possibilità, in tal contesto, di ottenere dal giudice un provvedimento in via cautelare ex art. 700 c.p.c.<sup>577</sup>, il che permetterebbe alle parti di conseguire una tutela ancor più efficiente e rapida.

Ad ogni modo, l'orientamento in parola è stato accolto con favore da parte della dottrina che ha individuato nell'art. 2932 c.c. uno strumento utile a perseguire la finalità conservativa insita all'istituto della rinegoziazione contrattuale<sup>578</sup>. Inoltre, tale ricostruzione è stata accolta anche in alcune pronunce di merito, con le quali il giudice adito ha riconosciuto l'applicabilità dell'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. in relazione all'obbligo di rinegoziazione<sup>579</sup>.

---

<sup>574</sup> In tal senso, sempre F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 432.

<sup>575</sup> V. F. MACARIO, *op. ult. cit.*, p. 429.

<sup>576</sup> È stato infatti rilevato che il giudice può determinare le condizioni che comportano una riduzione ad equità del contratto nella sola ipotesi in cui vi sia stata un'espressa richiesta della parte, ovvero sia stata avanzata un'offerta ex art. 1467, terzo comma, c.c., assolutamente generica. Per un approfondimento di tale questione, si rimanda al cap. 3, par. 2.

<sup>577</sup> In tal senso, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 434 e ss. In giurisprudenza, Trib. Bari, ordinanza 14 giugno 2011, in *I contratti*, 2012, 7, pp. 571 e ss. con nota di F.P. PATTI; Trib. Roma, ordinanza del 6 luglio 1996, cit..

<sup>578</sup> In tal senso, P. RESCIGNO, in *Presentazione*, in F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., XXIII, che ha ritenuto la tesi in parola "coraggiosa e allo stesso tempo persuasiva"; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 973; V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., 264; M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, cit., p. 316; F.P. PATTI, cit., p. 583.

<sup>579</sup> Trib. Bari, ordinanza 14 giugno 2011, in *I contratti*, 2012, 7, pp. 571 e ss. con nota di F.P. PATTI; Trib. Bari, 31 luglio 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 117. Il primo provvedimento richiamato risulta particolarmente rilevante, in quanto non solo ammette l'applicabilità del rimedio in parola, ma

Nonostante le opinioni favorevoli sopra esposte, l'orientamento in commento ha generato anche numerose perplessità e critiche, le quali hanno in generale escluso l'applicabilità dello strumento in esame soprattutto a fronte di clausole di rinegoziazione aventi portata generica<sup>580</sup>. Si tratta di critiche che colgono nel segno, soprattutto quando evidenziano che l'art. 2932 c.c. è volto a disciplinare fattispecie concrete sostanzialmente differenti da quella qui in commento che, come è stato più volte ribadito, non prevedono la sussistenza di un'obbligazione a contrarre in capo alle parti. L'art. 2932 c.c., infatti, non costituisce altro che l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto: ne consegue, che se manca l'obbligo di addivenire ad un'intesa, tale articolo non potrà concretamente trovare applicazione.

Qualora, invece, le parti abbiano inserito nel contratto un meccanismo di adeguamento automatico, l'art. 2932 c.c. risulta superfluo, poiché tale tipologia di clausole non richiede un'ulteriore espressione di volontà negoziale: il contratto si adatterà alle circostanze sopravvenute senza che sia necessaria la conclusione di un accordo modificativo.

### **3.3.3 – L'applicabilità all'obbligo di rinegoziazione delle misure di coercizione indiretta disciplinate dall'art. 614 bis c.p.c.**

La legge 69 del 2009 ha introdotto, all'art. 614 *bis* del codice di procedura civile, lo strumento delle misure di coercizione indiretta. Nello specifico, tale disposizione prevede che il giudice possa fissare su richiesta di parte, con il provvedimento di condanna all'adempimento di un obbligo diverso dal pagamento di somme di denaro, l'importo

---

afferma altresì la possibilità di configurare un obbligo di rinegoziare avente fonte legale e la possibilità di ricorrere, in tal contesto allo strumento delle misure di coercizione indiretta introdotto con l'art. 614 *bis* c.p.c.. In precedenza, si era espresso a favore di un intervento esterno volto all'adeguamento del regolamento contrattuale e della configurabilità di un dovere legale di rinegoziare il lodo del 15 luglio 2004, est. Alpa, in *Contr. e impr.*, 2005, pp. 549 e ss. con nota di G. MARASCO, dal titolo *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*.

<sup>580</sup> In tal senso, G. MARASCO, *op. cit.*, pp. 195 e ss., il quale chiaramente afferma che “*un intervento così invasivo della sfera dell'autonomia non può essere condiviso*”. L'autore, inoltre, rileva a p. 197 che “*il binomio risoluzione-risarcimento (commisurato, come detto, all'interesse positivo), quale minaccia di un male peggiore per il contraente inadempiente, è di per sé idoneo a costituire un efficace deterrente contro eventuali condotte abusive e una garanzia (sul piano del ristoro dei danni) per il contraente “fedele”*”. In senso conforme, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 647. Contro l'applicabilità dell'art. 2932 c.c. è altresì A. GENTILI, *op. cit., passim*; A. FICI, *Il contratto “incompleto”*, Torino, 2005, pp. 209 e ss.; E. DEL PRATO, *op. cit.*, p. 808.

monetario che sarà dovuto dalla parte soccombente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento; l'ammontare di tale somma dovrà essere determinato tenendo conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile.

Come è stato correttamente evidenziato in dottrina<sup>581</sup>, l'impiego di tale strumento risulta particolarmente appropriato nell'ipotesi qui considerata: l'obbligo di rinegoziare, infatti, costituisce un'obbligazione di fare infungibile certamente riconducibile all'ambito di applicazione dell'art. 614 *bis* c.c.. Pertanto si potrebbe ipotizzare che, a fronte del rifiuto manifestato da una delle parti a intraprendere una trattativa volta all'adeguamento del contratto, ovvero in caso di una condotta contraria al principio di buona fede, la parte inadempiente potrebbe essere condannata a risarcire il danno già maturato e ad ottemperare all'obbligo di rinegoziare anzidetto, prevedendo una misura coercitiva indiretta volta a rafforzare quest'ultima statuizione.

Si tratta, a parere di chi scrive, di uno strumento particolarmente appropriato a perseguire la finalità di conservazione del contratto sottesa all'istituto della rinegoziazione. Inoltre, rispetto all'orientamento volto a dare applicazione all'art. 2932 c.c., le misure coercitive in esame non comportano, in primo luogo, alcuna 'forzatura' del dato normativo; in seconda battuta, queste non integrano alcuna inopportuna ingerenza nello spazio che giustamente deve essere rimesso all'autonomia dei privati. Mediante, infatti, l'applicazione dell'istituto in esame, i contraenti potrebbero essere semplicemente indotti a tenere una condotta conforme all'obbligo assunto, consistente nell'intraprendere una trattativa nel rispetto del principio della buona fede; tuttavia, l'esito di tale attività negoziale sarà ancora rimesso alla libera determinazione delle parti.

---

<sup>581</sup> A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, cit., p. 217; F.P. PATTI, *op. cit.*, p. 584. Sul punto, si segnala che la già richiamata ordinanza del Tribunale di Bari del 14 luglio 2011 accoglie l'applicabilità dello strumento in esame, il quale però, nel caso deciso dal giudice di merito, non viene impiegato per incentivare l'adempimento dell'obbligo volto alla rinegoziazione del contratto, ma per porre in essere quelle condotte imposte dall'adeguamento del contratto derivante dal provvedimento emanato ex art. 700 c.p.c.

Si segnala infine che, secondo un recente orientamento, lo strumento in esame potrebbe trovare applicazione anche in associazione a provvedimenti cautelari d'urgenza, il che renderebbe il suo impiego una soluzione ancora più efficiente<sup>582</sup>.

#### **4 – La configurabilità di un obbligo legale di rinegoziare il contratto**

##### **4.1 – Il fondamento giuridico dell'obbligo legale di rinegoziare**

Come è stato già in precedenza rilevato, parte della dottrina ritiene che la disciplina codicistica volta a normare le eventuali sopravvenienze emerse durante l'esecuzione del contratto sia carente sia sotto il profilo dei rimedi apprestati – stante l'impossibilità di individuare uno strumento manutentivo di portata generale realmente efficace –, sia in relazione alla determinazione delle circostanze sopravvenute considerate giuridicamente rilevanti: nello specifico, i criteri impiegati dall'art. 1467 c.c. sarebbero troppo restrittivi e non permetterebbero di considerare giuridicamente rilevanti fattispecie concrete meritevoli di tutela.

Orbene, proprio al fine di colmare le individuate lacune del sistema, è stata sostenuta la possibilità di configurare nei contratti a lungo termine un obbligo, avente fonte legale, volto alla rinegoziare del contratto. Nello specifico, la teoria qui considerata sarebbe destinata ad operare in assenza di una specifica pattuizione delle parti volta a definire il regolamento applicabile alla circostanza sopravvenuta.

Tale orientamento<sup>583</sup> risulta fondare l'obbligo in parola su presupposti in parte differenti a seconda del fatto che sopraggiunga una sopravvenienza tipica o atipica. Nello

---

<sup>582</sup> In tal senso, A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziare*, cit., p. 217; J.V. D'AMICO, *Sull'applicabilità dell'art. 614 c.p.c. ai provvedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 3, p. 713 e ss.

<sup>583</sup> La teoria che verrà qui esposta è quella sostenuta da a F. MACARIO in *adeguamento e rinegoziare nei contratti a lungo termine*, cit.; *Regole e prassi della rinegoziare al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 3, 2014, pp. 825 e ss.; *La rinegoziare delle condizioni dell'appalto*, cit., pp. 135 e ss., e che ha trovato numerose opinioni favorevoli in dottrina, v. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto – Artt. 1374-1381*, in *Il codice civile commentato*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1999, II, p. 196; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., 1 pp. 646-647; P. GALLO, *Sopravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, pp. 367-372, 381; F.P. PATTI, *op. cit.*, pp. 576 e ss.; A. RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità – artt. 1467-1469*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna, 2010; C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità dei contratti*, cit., p. 248; P. RESCIGNO, in *Presentazione*, cit., p. XXII; L. CASTELLI, *op. cit.*, pp. 186 e ss.; F. CRISCUOLO, *Adeguamento*



specifico, qualora una determinata fattispecie integri un'eccessiva onerosità sopravvenuta, così come definita dall'art. 1467 c.c., il terzo comma della norma richiamata prevede espressamente la possibilità per il contraente, nei cui confronti è stata avanzata la domanda di risoluzione, di evitare tale esito proponendo un'equa modificazione del contratto.

Tuttavia, secondo la ricostruzione in commento, il diritto a evitare la risoluzione perderebbe parte della sua effettività se non venisse individuato anche un corrispondente obbligo a carico della controparte di trattare le condizioni di adeguamento del contratto nel rispetto del principio della buona fede, e questo poiché “*senza l'individuazione di tale obbligo, il diritto ad evitare la risoluzione appare come mutilato*”<sup>584</sup>. In quest'ottica, “*la rinegoziazione, dunque, ove non sia l'effetto dell'accordo originario, che preveda apposite clausole, destinate ad operare durante l'esecuzione del contratto anche indipendentemente dalle sopravvenienze, diventa un effetto legale della fattispecie, un obbligo nascente direttamente dalla legge, nell'ipotesi prevista dall'art. 1467, 3 comma*”<sup>585</sup>. Nell'ambito di tale ricostruzione, l'autore richiamato rimanda poi all'art. 1375 c.c. il quale confermerebbe la legittimità d'individuare l'obbligo di rinegoziazione come lo strumento idoneo a realizzare l'adeguamento del contratto anche in assenza di una specifica clausola contrattuale<sup>586</sup>.

Sempre secondo l'orientamento in esame, l'obbligo legale di rinegoziare sarebbe configurabile anche in relazione a quelle sopravvenienze definite atipiche, in quanto non riconducibili alle ipotesi disciplinate dal nostro ordinamento.

Fermo restando l'impossibilità delle parti di prevedere, in sede contrattuale, una disciplina giuridica per ogni possibile circostanza che potrebbe sopraggiungere nell'esecuzione del contratto, sarebbe possibile configurare nei contratti a lungo termine una sorta di clausola in bianco, la quale costituirebbe il limite della disciplina “*oltre il*

---

*del contratto e poteri del giudice*, in *Il nuovo diritto dei contratti*, a cura di F. DI MARZIO, Milano, 2004, pp. 191 e ss.

<sup>584</sup> In tal senso, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 296.

<sup>585</sup> V. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 296.

<sup>586</sup> V. F. MACARIO, *op. ult. cit.*, p. 298. In merito alla rilevanza dell'art. 1467 c.c., si segnala che G. MARASCO, *op. cit.*, p. 127, afferma invece che l'obbligo legale di rinegoziare il contratto troverebbe il proprio fondamento solamente nell'art. 1375 c.c.. Secondo tale ricostruzione, il contrasto tra la configurabilità di un tale obbligo con la disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta sarebbe risolto grazie alla natura imperativa del principio della buona fede, la quale permetterebbe di derogare all'art. 1467 c.c., che costituisce una norma dispositiva.

quale la negoziazione a priori è ritenuta irragionevole, in quanto ingiustificata sul piano dei costi transattivi”<sup>587</sup>. In quest’ottica, il silenzio delle parti in merito a una determinata sopravvenienza non potrebbe essere letto come un’allocazione tacita del rischio. Per converso, un’interpretazione del contratto secondo il parametro della buona fede previsto dall’art. 1366 c.c. dovrebbe portare a individuare – sempre nell’ambito dei contratti di lunga durata – una tacita volontà delle parti volta ad adeguare il regolamento contrattuale agli eventuali mutamenti della situazione di fatto<sup>588</sup>. Secondo tale ricostruzione, viene così risolto il conflitto tra la prospettazione di un obbligo legale di rinegoziare e il principio della vincolatività delle condizioni contrattuali sancito dall’art. 1372 c.c.: tramite il suddetto obbligo verrebbe infatti rispettata quella che è l’effettiva volontà delle parti e perseguito il risultato finale a cui queste miravano con la stipula del contratto, il quale sarebbe raggiungibile solamente tramite la conservazione del vincolo negoziale. Il contenuto dell’obbligo di rinegoziare sarebbe poi desumibile dall’art. 1375 c.c., che imporrebbe alle parti di intraprendere le trattative finalizzate all’adeguamento nel pieno rispetto del principio di buona fede<sup>589</sup>.

Pertanto, mentre in relazione alle sopravvenienze tipiche l’obbligo di rinegoziare troverebbe il proprio fondamento nel terzo comma dell’art. 1467 c.c., nell’ipotesi di circostanze sopravvenute atipiche questo sarebbe desumibile dal combinato disposto degli artt. 1375 e 1366 c.c.

In giurisprudenza, la tesi qui proposta non ha trovato particolare accoglimento: tradizionalmente, infatti, i giudici di legittimità e di merito si sono sempre espressi a favore dell’esecuzione del regolamento contrattuale inizialmente concordato, in ossequio al principio *pacta sunt servanda*<sup>590</sup>. Negli ultimi anni, tuttavia, alcuni giudici di merito si

---

<sup>587</sup> F. MACARIO, *op. ult. cit.*, p. 427. In senso parzialmente conforme, R. SACCO, *op. cit.*, p. 1709, il quale fonda l’obbligo legale di rinegoziazione sul concetto di equità integrativa di cui all’art. 1374 c.c. in quest’ottica, a fronte di una sopravvenienza non prevista, le parti avrebbero l’obbligo di rinegoziare il contratto. Qualora poi l’intesa non fosse raggiunta, sarà il giudice ad intervenire in via integrativa. In tal senso, R. SACCO, *I rimedi per le sopravvenienze*, cit., pp. 1708 e ss.

<sup>588</sup> Sul punto, sempre F. MACARIO, *op. ult. cit.*, p. 313. In senso conforme, L. CASTELLI, *op. cit.*, p. 186; C.G. TERRANOVA, *L’eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 248.

<sup>589</sup> In merito al contenuto dell’obbligo in parola, si rimanda al par. 3.3.

<sup>590</sup> In tal senso, Cass. sez. un., 27 gennaio 1959, n. 224, cit.; Cass., 3 ottobre 1977, n. 4198 in *dir. mar.*, 1977, p. 589; Cass. 14 gennaio 2002, n. 337, in *Dir. e prat. Soc.*, 2002, 24, p. 81; Cass., 9 aprile 1987, n. 3480, in *Giur. it.*, 1988, I, c. 1; Trib. Milano, 9 gennaio 1997, in *Riv. arb.*, 1999, p. 67. F. MACARIO, *op. cit.*, p. 128, richiama, sul punto, una massima del Tribunale di Pescara, 24 gennaio 1997, in *Foro it.*, 1998, I, c. 613, secondo cui “la clausola generale di correttezza non può essere spinta fino al punto di

sono mostrati favorevoli a configurare un obbligo di rinegoziare in capo alle parti sulla base delle disposizioni anzidette<sup>591</sup>: è tuttavia necessario precisare che si tratta di un orientamento assolutamente minoritario che non ha mai trovato accoglimento da parte del giudice di legittimità.

#### **4.2 Considerazioni critiche in merito alla teoria dell'obbligo legale di rinegoziazione**

Dopo aver esposto le ragioni addotte dall'orientamento favorevole ad affermare la configurabilità di un obbligo legale volto alla rinegoziazione del contratto, appare opportuno evidenziare i motivi per cui questo non appare meritevole di accoglimento.

Per quanto concerne l'affermazione secondo cui, al sopraggiungere di sopravvenienze tipiche, sarebbe configurabile un obbligo di rinegoziazione fondato sul terzo comma dell'art. 1467 c.c., la ricostruzione in esame risulta, nell'opinione di chi scrive, in chiaro contrasto con la lettera della norma. La disposizione richiamata, infatti, prevedendo che *“la parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto”* configura, come è stato già rilevato, un diritto potestativo in capo al contraente nei cui confronti è stata richiesta la risoluzione del contratto. Non si comprende, pertanto, come dal riconoscimento di una situazione giuridica attiva si possa giungere ad introdurre un vero e proprio obbligo in capo a quel soggetto che, secondo l'intenzione normativa, si vorrebbe favorire<sup>592</sup>.

Come verrà poi evidenziato nel prosieguo, la circostanza che l'unico legittimato a promuovere l'adeguamento del contratto sia la parte non colpita dalla sopravvenienza

---

*configurare, a carico di una parte, un obbligo di “rinegoziazione” dell'assento contrattuale, essendo ciò contrario al principio generale che governa il diritto dei contratti”.*

<sup>591</sup> Come correttamente rilevato da E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 76, e G. MARASCO, *op. cit.*, p. 130, una prima apertura in tal senso si è avuta con il già richiamato lodo del 15 luglio 2004, est. Alpa, in *Contr. e impr.*, 2005, pp. 549, nell'ambito del quale è stato chiaramente affermato che *“il dovere di correttezza contrattuale possa tradursi in un obbligo di rinegoziare il contratto”*. Nell'ambito della giurisprudenza di merito, si veda Trib. Bari, ord. 14 giugno 2011, cit.; Trib. Bari, ord. 31 luglio 2012, in *Nuova giur. civ. comm.* 2013, p. 117 con nota di F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*; Trib. Ravenna, 11 maggio 2011, in *Dir. mar.*, 2013, pp. 641 e ss.; Trib. Bologna, decr., 26 aprile 2013, consultabile al sito [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it).

<sup>592</sup> In senso conforme, M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. Dir. priv.*, 2003, p. 492; E. TUCCARI, *op. cit.*, pp. 82 e ss.; A. GENTILI, *op. cit.*, p. 709. Risulta altresì contrario alla configurabilità di un obbligo legale di rinegoziazione G. SICCHIERO, *op. cit.*, p. 796 e ss.

costituisce una chiara scelta compiuta dal legislatore, il quale ha deciso di adottare un modello di gestione delle sopravvenienze ispirato a una logica di tipo volontaristico: la finalità sottesa alla norma in esame, infatti, è quella di evitare che le parti siano obbligate a eseguire un contratto che preveda, a seguito dell'adeguamento, prestazioni differenti da quelle inizialmente concordate. Ne consegue che, traducendo il diritto in parola in un obbligo di rinegoziare, si andrebbe a perseguire una finalità diametralmente opposta a quella desumibile dal dato testuale. Pertanto, l'interpretazione fornita da chi teorizza la configurabilità di un obbligo legale di rinegoziazione appare in contrasto non solo con la lettera dell'art. 1467 c.c., ma anche con la *ratio* ad essa sottesa.

Inoltre, indipendentemente dalla qualifica della posizione giuridica del soggetto non colpito dalla sopravvenienza, è indiscutibile che la disposizione richiamata sia caratterizzata da una “*struttura assolutamente unilaterale*”<sup>593</sup>: questa, infatti, nulla dispone in merito alla parte che ha agito in giudizio chiedendo la risoluzione del contratto, la quale si trova, rispetto alla facoltà di adeguamento prevista, in una posizione di passiva soggezione<sup>594</sup>. Non si comprende, quindi, come si possa sostenere la configurabilità di un obbligo in capo a un soggetto che, in tale norma, non viene neppure menzionato.

Non si ritiene inoltre condivisibile l'assunto secondo cui, a fronte di una sopravvenienza atipica, sarebbe possibile configurare un obbligo legale di rinegoziazione fondato interamente sul principio della buona fede. Come è stato infatti correttamente rilevato in dottrina, l'orientamento sopra esposto snatura la funzione che tale principio riveste nel nostro ordinamento, andando ad attribuirgli un ruolo che è stato definito “*iperprotivo*”<sup>595</sup>: la ricostruzione qui considerata, infatti, individua nella buona fede non solo il fondamento giuridico dell'obbligo di rinegoziare, ma anche il criterio attraverso cui il giudice dovrebbe valutare l'eventuale inadempimento dei contraenti, quantificare il

---

<sup>593</sup> M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 484.

<sup>594</sup> La questione è già stata affrontata del cap. 2, par. 2.

<sup>595</sup> E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 109; in senso conforme, M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 486, il quale rileva che l'art. 1375 c.c. “è inteso a conferire rilevanza a pretese dei contraenti che rivestono natura meramente “*strumentale accessoria*” rispetto agli interessi fondamentali dedotti in contratto. Esso è chiamato a mediare tra il principio che le regole contrattuali “hanno forza di legge tra le parti” ed il principio che l'autonomia privata è riconosciuta dall'ordinamento in quanto e nella misura in cui, costituisca strumento di un programma economico. Esso, perciò, può autorizzare e considerare esatto un adempimento che avvenga attraverso modalità esecutive difformi da quelle convenute in contratto o disattendere la pretesa di un contraente al rispetto delle modalità esecutive contrattualmente stabilite ove ne siano venute meno le ragioni economiche originarie. L'art. 1375 c.c. non può, invece, essere assunto a criterio di rilevanza e/o distribuzione di rischi quantitativi”.

danno da questo derivante e finanche determinare l'adeguamento a cui assoggettare il contratto<sup>596</sup>. Un sistema di siffatto genere, tuttavia, è da ritenersi radicalmente contrario al fondamentale principio di certezza del diritto, in quanto conferirebbe all'organo giudicante un margine di discrezionalità troppo ampio, poiché non limitato da parametri di riferimento sufficientemente definiti. Inoltre, appare criticabile anche l'affermazione secondo cui le parti, non regolando determinate circostanze sopravvenute, abbiano tacitamente concordato di rimettere la definizione della loro regolamentazione giuridica a un momento successivo al loro sopraggiungere: in primo luogo, infatti, non ci sarebbe alcun elemento da cui è possibile desumere tale intesa; in seconda battuta, si deve presumere che i contraenti siano consapevoli che, in assenza di una pattuizione espressa, sono destinate a trovare applicazione le disposizioni del codice civile<sup>597</sup>.

Non ci si può inoltre esimere dal rilevare che il legislatore, con l'art. 1467 c.c., ha compiuto una scelta, delimitando le condizioni alle quali l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione è rilevante per l'ordinamento<sup>598</sup> e può essere così derogato il principio *pacta sunt servanda* sancito dall'art. 1372 c.c.. Abbiamo poi analizzato come, nell'ambito dell'appalto, all'art. 1664 c.c. venga compiuta la medesima operazione: il codice, infatti, individua i presupposti in presenza dei quali la parte svantaggiata può ottenere un adeguamento del contratto concluso a fronte di circostanze sopravvenute.

Orbene, a fronte di disposizioni così puntuali e specifiche, non si comprende come il sistema di gestione delle sopravvenienze così delineato possa essere scardinato mediante il riferimento al principio della buona fede, il quale risulta inidoneo ad individuare le condizioni in presenza delle quali una determinata circostanza sopravvenuta può essere considerata rilevante<sup>599</sup>.

La scelta di fondare l'obbligo legale di rinegoziazione sul principio della buona fede comporterebbe poi un'evidente contraddizione del sistema: la disciplina relativa alla gestione delle circostanze sopravvenute è infatti considerata derogabile dalle parti; ne consegue che, in via generale, è considerato lecito il patto con cui le parti si accordano

---

<sup>596</sup> Evidenzia tale aspetto E. TUCCARI, *op. cit.*, pp. 122 e 123. Chi sostiene, infatti, la configurabilità di un obbligo legale di rinegoziazione è spesso propenso ad accogliere la tesi che identifica il suo contenuto con una vera e propria obbligazione a contrarre.

<sup>597</sup> In tal senso, E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 108; S. LANDINI, *op. cit.*, p. 188.

<sup>598</sup> Nello specifico, l'art. 1467 c.c. può trovare applicazione solamente “*se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili*”.

<sup>599</sup> In senso conforme, E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 103 e ss.

per escludere qualsiasi forma di adeguamento del contratto. Se, tuttavia, fosse effettivamente configurabile un obbligo legale volto alla rinegoziazione del contratto fondato sul principio della buona fede – principio che è per sua natura inderogabile – si dovrebbe necessariamente escludere la validità di una pattuizione volta ad escludere l'operatività di tale obbligo, il che costituirebbe un'ingiustificabile compressione dell'autonomia privata.

In conclusione, non si ritiene che sussistano i presupposti per configurare un obbligo legale di rinegoziazione. Si rimanda invece alle conclusioni della presente trattazione per l'esposizione delle ragioni che portano a ritenere inopportuna un'eventuale introduzione, da parte del legislatore, di un obbligo generale volto alla rinegoziazione del contratto.

## **5 – L'estendibilità della disciplina dell'appalto relativa alla gestione delle circostanze sopravvenute**

### **5.1 - L'art. 1664 c.c. come modello giuridico di gestione del rischio**

Dopo aver analizzato le critiche avanzate dalla dottrina al sistema normativo dell'eccessiva onerosità sopravvenuta fondato sull'art. 1467 c.c. e dopo aver evidenziato le ragioni per cui non è condivisibile quell'orientamento che individua un obbligo legale di rinegoziazione sulla base combinato disposto degli artt. 1467, 1375 e 1366 del codice civile, occorre accertare se la disciplina prevista dal legislatore in materia di appalto possa fornire una risposta all'esigenza manifestata da una parte della dottrina di individuare uno strumento manutentivo in grado di garantire la conservazione del contratto: nello specifico, a rilevare è il primo comma dell'art. 1664 c.c., il quale è volto a disciplinare quelle sopravvenienze che incidono sul valore di scambio delle prestazioni dedotte nel contratto.

Come è stato più volte rilevato, tale necessità si pone soprattutto in relazione a quei contratti di lunga durata che richiedono, per la loro esecuzione, l'allestimento di una vera e propria struttura produttiva e il compimento di atti prodromici all'adempimento. In questo contesto, un ruolo primario è rivestito dal contratto di appalto che, essendo volto alla realizzazione di un'opera o alla fornitura di un servizio tendenzialmente caratterizzati

da un alto grado di complessità, obbliga l'appaltatore a porre in essere una serie di attività preparatorie preordinate alla corretta esecuzione del contratto.

Proprio in virtù del principio di conservazione del contratto, l'art. 1664 c.c. individua nel suo adeguamento l'unico rimedio azionabile a fronte di un incremento dell'onerosità o della difficoltà di una delle prestazioni oggetto di contratto<sup>600</sup>, e questo senza concedere alle parti la possibilità di rivolgersi al giudice per ottenerne la risoluzione<sup>601</sup>. La portata di tale disposizione, inoltre, risulta ancora maggiore se si condivide quell'orientamento – assolutamente maggioritario e che ci si sente di sposare anche nella presente sede – che esclude la possibilità di applicare l'art. 1467 c.c. qualora una determinata fattispecie ricada nell'alveo disciplinato dall'art. 1664 c.c.; ne consegue che, in siffatte ipotesi, la via delle risoluzioni contrattuali non è concretamente percorribile dalle parti contraenti, a meno che le stesse non decidano di comune accordo di sciogliere il contratto ex art. 1372 c.c..

La regola giuridica individuata dall'art. 1664 c.c. trova così la propria ragion d'essere nella dinamica sottesa al contratto di appalto e, nello specifico, nella necessità di tutelare il soggetto appaltatore: qualora, infatti, un'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione potesse portare allo scioglimento del vincolo negoziale, tale soggetto subirebbe un grave pregiudizio a causa dell'impossibilità di recuperare gli investimenti già compiuti in vista dell'esecuzione; un'irrecuperabilità che, a ben vedere, non dipende dall'appaltatore ma deriva direttamente dalla natura stessa del contratto di appalto. Sul punto, occorre infatti rammentare come tale tipo contrattuale sia primariamente indirizzato a soddisfare l'interesse del soggetto committente, il quale è volto a ottenere un'opera, o un servizio, in grado di soddisfare la sua personale utilità. Questo comporta che l'oggetto della prestazione facente capo all'appaltatore risulta spesso caratterizzato da peculiarità tali da rendere l'attività preparatoria realizzata inutilizzabile per il compimento di altre opere<sup>602</sup>.

---

<sup>600</sup> L'art. 1664 potrà ovviamente trovare applicazione nei soli casi in cui siano soddisfatti i presupposti da questo previsti.

<sup>601</sup> Per un approfondimento, si rimanda al cap. 2, par. 6.

<sup>602</sup> In tal senso, è molto chiara la ricostruzione di T. MAUCERI, *op. cit.*, p. 111., il quale evidenzia come tale difficoltà dipenda dalla natura stessa del contratto d'appalto, che riconosce al committente una chiara posizione di preminenza: ne consegue che il suo personale interesse andrà a caratterizzare fortemente la prestazione del soggetto appaltatore.

Per esplicitare meglio il concetto, occorre compiere alcuni esempi. Consideriamo la predisposizione del cantiere effettuata dall'appaltatore sul terreno di proprietà del committente: è evidente che la risoluzione del contratto renderà inutile tale attività preparatoria, che è stata comunque compiuta mediante l'impiego di forza lavoro e di materiali. Oppure si pensi al caso in cui il progetto dell'opera sia stato realizzato dall'appaltatore su indicazione del committente, o all'ipotesi in cui sia stata acquistata della materia prima inusuale per venire incontro alle esigenze dell'appaltante: in questi casi, la risoluzione del contratto comporterebbe per l'appaltatore un innegabile pregiudizio economico, in quanto non gli permetterebbe di recuperare la forza lavoro spesa e gli investimenti compiuti al fine di dare esecuzione al contratto. Ed è proprio al fine di escludere questo possibile nocumento – ed evitare al contempo atteggiamenti di eccessiva cautela da parte dell'impresa incaricata, i quali potrebbero pregiudicare la corretta esecuzione del contratto – che il legislatore ha previsto all'art. 1664 c.c. il solo rimedio dell'adeguamento contrattuale: una norma che, giustamente, viene spesso ricompresa tra quelle disposizioni espressione del principio di conservazione del contratto.

Tale finalità di tutela, tuttavia, è perseguita mediante un parziale sacrificio dell'interesse del soggetto committente, il quale si ritrova a dover sostenere un esborso maggiore rispetto a quello preventivato, e ciò senza poter azionare il rimedio della risoluzione contrattuale per sottrarsi al vincolo negoziale instaurato<sup>603</sup>.

La scelta compiuta dal legislatore con l'art. 1664 c.c. troverebbe inoltre un'ulteriore giustificazione nel fatto che la stessa permetterebbe di garantire una correlazione tra l'utilità conseguita dal committente – in quanto l'appalto è per l'appunto volto alla realizzazione di una prestazione perfettamente calibrata alle sue esigenze – e il rischio derivante da un eventuale aumento dei costi di produzione; in altri termini, essendo il tipo contrattuale in esame primariamente volto a soddisfare l'interesse dell'appaltante, appare

---

<sup>603</sup> Sotto questo punto di vista occorre tuttavia segnalare che l'appaltante dispone comunque di strumenti utili a evitare l'aumento dei costi, o comunque a contenere il pregiudizio subito: egli potrà infatti modificare il progetto nella misura consentita dall'art. 1661 c.c. – magari optando, a titolo esemplificativo, per dei materiali non interessati dalla sopravvenienza registrata – oppure recedere dal contratto ex art. 1671 c.c.: in questo modo egli sarà obbligato a rimborsare il costo degli investimenti compiuti, ma al contempo potrà liberarsi da un contratto ritenuto antieconomico. In tal senso, T. MAUCERI, *op. cit.*, p. 1112.



corretto addebitare a tale soggetto l'eventuale eccessiva onerosità della prestazione che superi l'alea normale del rischio<sup>604</sup>.

Proprio in virtù delle peculiarità che caratterizzano la disciplina in esame, un pregevole orientamento dottrinale ha individuato nell'art. 1664 c.c. un modello conservativo di gestione del rischio alternativo rispetto a quello prospettato dall'art. 1467 c.c.<sup>605</sup>. Secondo la ricostruzione in parola, la disposizione richiamata non costituirebbe un'eccezione alla regola generale dell'invariabilità delle condizioni contrattuali, ma dovrebbe essere intesa come il fondamento di un vero e proprio sistema alternativo di gestione del rischio contrattuale, idoneo ad essere applicato a uno scambio di tipo integrativo, la cui esecuzione "*presupponga o comporti una rilevante integrazione delle sfere patrimoniali dei contraenti*"<sup>606</sup>. In siffatte ipotesi, infatti, le esigenze di conservazione del contratto appaiono molto più marcate: in quest'ottica, la disciplina in esame permetterebbe di garantire all'imprenditore<sup>607</sup>, a fronte del verificarsi di un'eccessiva onerosità sopravvenuta, non solo la sopravvivenza del vincolo contrattuale – perseguita mediante l'impossibilità di ricorrere all'istituto della risoluzione – ma anche il mantenimento di un certo equilibrio tra le prestazioni, realizzato mediante la revisione del prezzo.

Per converso, il meccanismo giuridico delineato dall'art. 1467 c.c. sarebbe di tipo consensualistico, in quanto fondato sul primato dell'autonomia privata e sul consenso manifestato dalle parti in sede contrattuale. Come è stato infatti rilevato, secondo il modello tratteggiato dalla norma anzidetta, l'adeguamento del contratto risulta possibile solamente se proposto dalla parte nei cui confronti è stata avanzata la domanda di

---

<sup>604</sup> T. MAUCERI, *op. cit.*, p. 1112.

<sup>605</sup> In tal senso, M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. Dir. priv.*, 2003, p. 492; C.G. TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi dell'onerosità sopravvenuta*, cit., pp. 274 e ss.; V. MANNINO, *Il mutamento di circostanze e l'obbligo di rinegoziazione*, *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. CASTRONOVO E S. MAZZAMUTO II, Milano, 2007, pp. 521 ss.. La questione relativa all'inquadramento dell'art. 1664 c.c. è comunque molto dibattuta. Secondo un orientamento più tradizionale, questa costituirebbe una deroga al principio dell'invariabilità delle condizioni contrattuali. In tal senso, M. STOLFI, *Appalto - trasporto*, pp. 36 e ss.; M. RUBINO – SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 343; V. DI GREGORIO, *Onerosità sopravvenuta dell'esecuzione e sorpresa geologica*, cit., p. 526; D. RUBINO, *op. cit.*, p. 696; M. MIGLIETTA E A. MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 187; V. MANGINI E M. IACUANIELLO BRUGGI, *op. cit.*, p. 512.

<sup>606</sup> M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 495.

<sup>607</sup> Il termine è utilizzato qui in modo improprio per indicare il soggetto che è contrattualmente tenuto a eseguire quella prestazione che impone il compimento di attività prodromiche e l'allestimento di una struttura produttiva. Nell'ipotesi dell'appalto, tale soggetto è l'appaltatore.

risoluzione del contratto, ossia il contraente non colpito dalla circostanza sopravvenuta. Tale limitazione della legittimazione attiva comporta, nel concreto, che costui non potrà mai essere obbligato ad eseguire una prestazione diversa da quella inizialmente concordata, in quanto l'adeguamento contrattuale presuppone la sua necessaria iniziativa. Sicché *“l'alternativa alla risoluzione è così costituita esclusivamente da una ricostruzione dell'equilibrio contrattuale originario ascrivibile in egual misura alla volontà di entrambe le parti”*: se, infatti, l'adeguamento è finalizzato a ripristinare l'equilibrio iniziale, la volontà dell'appaltatore sarà desunta dal consenso inizialmente prestato.

Sul punto si segnala che nonostante l'orientamento in parola porti a conseguenze certamente condivisibili, sotto questo aspetto sconta un rilevante difetto: è stato infatti rilevato che il meccanismo della riconduzione ad equità previsto dal terzo comma dell'art. 1467 c.c. non comporta, almeno secondo la giurisprudenza, il ripristino dell'esatto equilibrio iniziale, in quanto al debitore colpito dalla sopravvenienza sarà sempre addossata quell'alea che caratterizza il contratto concluso<sup>608</sup>. Questo comunque non muta la validità dell'assunto riportato, in quanto si può comunque supporre che il consenso manifestato in sede contrattuale possa essere interpretato come una disponibilità ad assumersi il rischio connesso al tipo di contratto stipulato e, di conseguenza, ad accettare un eventuale adeguamento alle condizioni sopraccitate<sup>609</sup>.

Mediante il modello di gestione del rischio imperniato sull'art. 1467 c.c., quindi, al debitore colpito dalla sopravvenienza è assicurata – nei limiti anzidetti – la congruità dello scambio, ma non la conservazione del vincolo contrattuale. Qualora, infatti, non ci sia il consenso della parte contro cui è stata avanzata la domanda di risoluzione, il contratto è destinato a risolversi. Per questa ragione, tale sistema si dimostra appropriato per quegli

---

<sup>608</sup> Per comprendere il meccanismo delineato dall'art. 1467 c.c., occorre fare un esempio numerico: ipotizziamo che la prestazione dovuta dal contraente A abbia un valore di 100, e che l'alea normalmente connessa alla tipologia di contratto stipulata dalle parti sia quantificabile in 10. Qualora, a causa di circostanze esterne, l'esecuzione della prestazione dovuta da A richieda un esborso aggiuntivo di 20, la modifica secondo equità non porterà a riconoscere ad A un corrispettivo pari a 120, ma solamente il minor importo di 110, in quanto i 10 mancanti saranno addebitabili ad A in quanto rientranti nell'alea normale che caratterizza quel tipo contrattuale.

<sup>609</sup> La medesima considerazione può poi essere compiuta in relazione all'art. 1664 c.c.: la revisione del prezzo e l'equo compenso ivi previsto devono essere sempre determinati addossando all'appaltatore l'alea che caratterizza il contratto di appalto, sicché anche in questo caso non si può affermare che l'art. 1664 c.c. sia effettivamente finalizzato a ripristinare l'equilibrio contrattuale iniziale. Per un approfondimento del meccanismo di funzionamento di tale disposizione, si rimanda al cap. 2, par. 6.

scambi definiti puntuali, in cui l'esecuzione del contratto non presuppone una relazione duratura tra le parti e non sono necessari investimenti appositi, i cui costi sarebbero destinati a ricadere, in caso di risoluzione, interamente sul debitore.

Secondo la visione in commento, la disciplina delineata dall'art. 1664 c.c. non dovrebbe essere considerata, per il solo fatto di essere collocata nell'ambito della normativa sull'appalto, come un'eccezione alla regola di cui all'art. 1467 c.c., ma dovrebbe essere vista come un modello di pari rango: il valore normativo di una determinata disposizione, infatti, non deve essere determinato in base alla sua collocazione, ma in considerazione dell'”*ambito di complessità che essa è in grado di normare*”<sup>610</sup>. Ne discende che, secondo la ricostruzione in esame, sarebbe necessario rideterminare l'ambito di applicazione dei due modelli di gestione del rischio analizzati: nello specifico, l'art. 1467 c.c. dovrebbe trovare applicazione solamente in relazione agli scambi cosiddetti puntuali, mentre l'art. 1664 c.c. dovrebbe essere esteso ad ogni ipotesi di scambio integrativo ove la risoluzione del contratto comporta conseguenze pregiudizievoli simili a quelle individuate in relazione al contratto di appalto<sup>611</sup>.

Al fine di perseguire tale scopo, occorre rilevare che le considerazioni rilevate in merito alla portata normativa dell'art. 1664 c.c. e al suo rapporto con l'art. 1467 c.c. permettono di qualificare tale disposizione come una norma speciale, ma non eccezionale<sup>612</sup>, il che rende possibile la sua applicazione analogica: l'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale, infatti, esclude il ricorso all'analogia solamente in relazione alle leggi penali e a quelle che fanno eccezione a regole generali.

---

<sup>610</sup> M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 496.

<sup>611</sup> In questo senso, M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 497; T. MAUCERI, *op. cit.*, p. 117.

<sup>612</sup> Si segnala che la dottrina maggioritaria propende comunque per individuare nell'art. 1664 c.c. una norma avente natura eccezionale. Si veda, tra i molti, D. RUBINO E G. IUDICA, *op. cit.*, p. 324; M. STOLFI, *op. cit.*, pp. 36 e ss.; O. CAGNASSO, *La concessione di vendita. Problemi di qualificazione*, Milano, 1983, pp. 65 e ss.. Sono invece a favore della tesi della specialità qui sostenuta, C.G. TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi dell'onerosità sopravvenuta*, cit., pp. 274 e ss.; F. MACARIO, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, cit., p. 172; M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 497; T. MAUCERI, *op. cit.*, p. 117; M. PENNASILICO, *Il corrispettivo*, cit., p. 151; N. LIPARI, *op. cit.*, p. 233; E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 166 e ss., il quale evidenzia come la generalizzazione della disciplina di cui all'art. 1664 c.c. troverebbe fondamento, oltre che nelle ragioni già evidenziate, nella centralità rivestita nel nostro ordinamento dal contratto di appalto e dall'evoluzione del rapporto tra la disciplina generale del contratto e le disposizioni relative ai vari contratti tipici, le quali costituirebbero principi dotati di forza espansiva. In merito a quest'ultimo aspetto, si veda V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 84,

## 5.2 – Applicazione analogica dell’art. 1664 c.c. alla categoria dei contratti atipici

Occorre quindi analizzare, nel concreto, a quali contratti può essere estesa in via analogica la disciplina in commento<sup>613</sup>.

L’ipotesi di più semplice soluzione riguarda la possibilità di applicare l’art. 1664 c.c. alla categoria dei contratti atipici, ossia quei negozi stipulati dalle parti che non sono riconducibili a nessuno dei tipi contrattuali disciplinati dal nostro ordinamento e che costituiscono espressione dell’autonomia negoziale sancita dall’art. 1322 c.c.. In questi casi, proprio la mancanza di un impianto normativo di riferimento permette di configurare quella lacuna richiesta dal procedimento di applicazione analogica; nello specifico, gli interpreti ritengono che, in relazione ai contratti atipici, l’assenza di una normativa direttamente applicabile possa essere colmata mediante il ricorso alle disposizioni volte a disciplinare il contratto in generale e i vari contratti tipici contemplati dall’ordinamento<sup>614</sup>.

Varranno ovviamente le considerazioni effettuate nel paragrafo precedente: il modello delineato dall’art. 1664 c.c. potrà trovare applicazione solamente in relazione a quei contratti atipici che sottendono una composizione di interessi simile a quella che caratterizza il contratto di appalto e la cui eventuale risoluzione, a fronte di un’eccessiva onerosità sopravvenuta, comporterebbe per una delle parti un pregiudizio equiparabile a quello sopra descritto in relazione alla figura dell’appaltatore<sup>615</sup>.

In virtù delle considerazioni sopra esposte, parte della dottrina ha considerato applicabile analogicamente la disciplina dell’appalto ai contratti di *engineering*. Sul punto, è già stato segnalato come sia discussa la qualificazione di tale fattispecie

---

<sup>613</sup> Per quanto riguarda l’applicabilità dell’art. 1664 c.c. alla categoria dei contratti di servizi, si rimanda a quanto rilevato nel cap. 2, par. 6, precisando che, in questo caso, non sarà necessario un procedimento di applicazione analogica, essendo tale tipologia di contratti ascrivibile all’ambito di applicazione diretta della norma considerata. La stessa considerazione vale per gli appalti aventi ad oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi: l’art. 1664 c.c. potrà trovare diretta applicazione, in quanto non “*non si riesce a vedere quale profilo specifico della disciplina della somministrazione o quale aspetto della logica generale dei rapporti di durata possa essere d’ostacolo all’applicazione dell’art. 1664 alla somministrazione appalto di servizi*”, T. MAUCERI, *op. cit.*, p. 1117. Per un compiuto approfondimento di tale tematica, si rimanda a E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 185, il quale anch’egli propende per l’applicazione diretta della disposizione anzidetta.

<sup>614</sup> In tal senso, M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, pp. 175 e ss.; E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 189.

<sup>615</sup> Si tratta, a ben vedere, dei presupposti che condizionano in via generale il ricorso al procedimento di applicazione analogica: non è infatti sufficiente che sussista una lacuna normativa, essendo infatti necessario che sia individuabile un’affinità con la fattispecie espressamente normata.

contrattuale. Secondo alcuni, infatti, si tratterebbe di un negozio riconducibile al contratto di appalto; per altri, invece, i poteri di controllo riconosciuti al cliente in siffatto contesto sarebbero ancora più estesi rispetto a quelli del committente, sicché sarebbe quasi configurabile un vincolo di subordinazione incompatibile con il tipo contrattuale anzidetto<sup>616</sup>. È tuttavia evidente che, anche accogliendo l'orientamento che individua in tale negozio un contratto atipico, la similarità con l'appalto è innegabile: l'elemento di differenziazione, infatti, sarebbe individuabile – oltre ai poteri del cliente summenzionati – nel fatto che il corrispettivo previsto per la realizzazione di un determinato progetto è in parte o interamente costituito da *royalties* o partecipazioni agli utili derivanti dall'attività realizzata. Compiuta questa distinzione, la posizione dell'impresa di *engineering* e dell'appaltatore risultano pressoché equiparabili: ne consegue che in assenza di un accordo della parti sulla gestione delle sopravvenienze, potrà applicarsi analogicamente l'art. 1664 c.c.<sup>617</sup>.

È stato inoltre rilevato come tale norma possa essere invocata anche in relazione ai contratti diffusi nell'ambito pubblicitario<sup>618</sup> che, sebbene siano qualificati come atipici dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria<sup>619</sup>, presentano alcune affinità con il contratto di appalto soprattutto in relazione al rischio assunto dall'impresa pubblicitaria.

In conclusione, quelli sopra riportati non sono altro che alcuni esempi che dimostrano come spesso possano essere individuati, in relazione ai contratti atipici, i presupposti per applicare analogicamente il modello di gestione del rischio delineato dal legislatore in materia di appalto: è tuttavia evidente che, in virtù proprio dell'atipicità di tali negozi,

---

<sup>616</sup> In tal senso, O. CAGNASSO, *Contratti commerciali, Trattato di diritto commerciale diretto da G. COTTINO*, IX, Padova, 2000, p. 349. Per una ricostruzione del tema, R. CAVALLO BORGIA, *Il contratto di engineering*, Padova, 1992; G. ALPA E A. FUSARO, *I contratti di engineering*, in *Tratt. dir. privato* diretto da P. RESCIGNO, XI, 2<sup>a</sup> ed. Torino, 2000.

<sup>617</sup> In tal senso, T. MAUCERI, *op. cit.*, p. 1121; E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 192. Qualora si dovesse invece accogliere quell'orientamento che riconduce il contratto in esame all'appalto, l'art. 1664 c.c. potrà trovare applicazione diretta.

<sup>618</sup> Sul punto, si rimanda all'approfondimento di E. TUCCARI, *op. cit.*, pp. 192 e ss., il quale afferma chiaramente come l'art. 1664 c.c. può essere applicato sia ai contratti di agenzia pubblicitaria, ove un soggetto si assume, con organizzazione di mezzi e gestione a proprio rischio, l'ideazione e la conduzione di una campagna pubblicitaria, sia ai contratti di diffusione pubblicitaria, in cui impresa si assume il compito – sempre alle condizioni previste dal precedente contratto – di mettere a disposizione spazi pubblicitari.

<sup>619</sup> Si veda, *ex multis*, Cass., 5 febbraio 2000, in *I Contratti*, 2000, 12, p. 1150, con nota di A. DASSI. Per una più attenta disamina dell'argomento, si rimanda a L. SALOMONE, *I contratti di pubblicità*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI E P. RESCIGNO, III, *Obbligazioni*, 3, Milano, 2009.

sarà necessario valutare l'opportunità di ricorrere all'analogia tenendo in considerazione le peculiarità che caratterizzano ogni singolo caso concreto.

### **5.3 – L'applicabilità analogia dell'art. 1664 c.c. ai contratti tipici diversi dall'appalto**

Appurata quindi la possibilità di applicare analogicamente l'art. 1664 c.c. ai contratti atipici stipulati dalle parti, occorre valutare se tale operazione sia possibile anche in relazione a tipi contrattuali che trovano una puntuale disciplina nel nostro ordinamento. Ovviamente, anche in tale contesto, tale applicazione analogica potrà trovare spazio nelle sole ipotesi in cui sia riscontrabile una lacuna normativa. Si potrebbe quindi obiettare che essendo individuabile una norma generale volta specificatamente a disciplinare la materia delle circostanze sopravvenute, non sarebbe concretamente possibile riscontrare un vuoto normativo in grado di giustificare il ricorso all'analogia. Tuttavia è già stato evidenziato come l'orientamento qui in esame si fonda su un ridimensionamento della portata precettiva dell'art. 1467 c.c., il quale sarebbe adeguato a disciplinare solamente quel tipo di scambi definiti puntuali. Inoltre, è stato altresì rilevato in dottrina come, in presenza di una lacuna della normativa relativa a un determinato tipo contrattuale, sia in alcuni casi preferibile colmare tale mancanza ricorrendo all'applicazione analogica di una disposizione speciale – come è per l'appunto l'art. 1664 c.c. – piuttosto che riferirsi a una norma di portata generale: nello specifico, ciò sarebbe possibile quando la prima risulta maggiormente idonea a raggiungere una miglior composizione degli interessi in gioco<sup>620</sup>.

Anche in questo contesto sarà poi necessario raffrontare la posizione del singolo contraente rispetto a quella che caratterizza l'appaltatore: sarà infatti possibile procedere con l'applicazione analogica nella sola ipotesi in cui si riscontri un'affinità tra le due diverse fattispecie considerate.

In primo luogo, occorre prendere in considerazione il contratto di trasporto, disciplinato dagli artt. 1678 e ss. del codice civile<sup>621</sup>. Analizzando le disposizioni dedicate

---

<sup>620</sup> Ciò potrebbe avvenire quando la norma speciale – che di fatto costituisce una specificazione di un principio di parte generale – disciplina un fenomeno simile a quello che non riceve una compiuta regolamentazione normativa. In tal senso, R. SACCO, *Il contratto*, cit., pp. 1406 e ss.; E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 196.

<sup>621</sup> Nello specifico, il contratto di trasporto viene definito come quel contratto con cui “*il vettore si obbliga, verso corrispettivo, a trasferire persone o cose da un luogo a un altro*”

a tale specifico tipo contrattuale certamente rileva, per la sua attinenza alla materia qui trattata, l'art. 1686 c.c., il quale è volto a disciplinare l'ipotesi in cui si verificano ritardi o impedimenti nell'esecuzione del trasporto. Nello specifico, tale norma prevede che se l'inizio o la continuazione del trasporto risultano “*impediti o soverchiamente ritardati*” per una causa non imputabile al vettore, questi è obbligato a chiedere istruzioni al mittente, e ciò nel tentativo di salvaguardare il contratto stipulato. La norma si dedica poi a disciplinare l'ipotesi in cui non sia possibile inoltrare una richiesta di istruzioni al mittente o le indicazioni ricevute risultino nel concreto inattuabili<sup>622</sup>. Tuttavia, se si analizza con attenzione l'ambito applicativo di tale disciplina, emerge come questa sia volta a regolare fattispecie concrete riconducibili al concetto di impossibilità sopravvenuta. Ne consegue che non è invece rintracciabile una norma specificatamente volta a trattare l'ipotesi in cui un evento sopraggiunto nel corso dell'esecuzione del contratto comporti un'eccessiva onerosità della prestazione.

Appurata, quindi, la configurabilità di una lacuna a livello normativo, in questa sede è condivisa l'opinione di chi ritiene applicabile l'art. 1664 c.c. al contratto di trasporto, e questo in virtù del fatto che il vettore si impegna, a proprie spese e assumendosene il rischio, ad eseguire una prestazione che spesso richiede l'impiego di una vera e propria organizzazione di tipo imprenditoriale<sup>623</sup>. L'affinità tra il contratto di trasporto e quello di appalto è stata poi rilevata dalla stessa dottrina, che è arrivata finanche ad affermare che tale tipo contrattuale “*concettualmente rientra senz'altro nell'appalto (appalto di servizi), o nel semplice contratto d'opera se attuato senza un'organizzazione ad impresa*”<sup>624</sup>, sicché sono evidenti le ragioni che rendono possibile il ricorso all'analogia.

---

<sup>622</sup> Gli ultimi due commi dell'art. 1686 c.c. prevedono infatti che “*Se le circostanze rendono impossibile la richiesta di istruzioni al mittente o se le istruzioni non sono attuabili, il vettore può depositare le cose a norma dell'articolo 1514, o, se sono soggette a rapido deterioramento, può farle vendere a norma dell'articolo 1515. Il vettore deve informare prontamente il mittente del deposito o della vendita. Il vettore ha diritto al rimborso delle spese. Se il trasporto è stato iniziato, egli ha diritto anche al pagamento del prezzo in proporzione del percorso compiuto, salvo che l'interruzione del trasporto sia dovuta alla perdita totale delle cose derivante da caso fortuito*”

<sup>623</sup> In tal senso, E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 203. Lo stesso Autore, inoltre, estende analogicamente la disciplina in esame anche al contratto di edizione, disciplinato dagli artt. 118-135 della legge n. 633 del 22 aprile 1941: anche in questo caso, infatti, sarebbe configurabile sia una lacuna normativa, che l'assunzione di rischi simili a quelli che caratterizzano il contratto di appalto. Per un approfondimento, si rimanda a E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 197 e ss.

<sup>624</sup> D. RUBINO, *op. cit.*, p. 20. In senso conforme, L. TULLIO, *Una fattispecie improponibile: l'appalto di servizi di trasporto*, in *Dir. trasporti*, 1993, 1, pp. 92-93.

In merito all'opportunità di procedere all'applicazione analogica della disciplina in esame ai contratti tipici previsti nel nostro ordinamento, è stato sostenuto che questa potrebbe essere invocata anche in relazione al contratto d'opera, disciplinato agli artt. 2222 e ss. del codice civile<sup>625</sup>. Si tratta, tuttavia, di una tesi che non può essere accolta.

È stato infatti rilevato in apertura<sup>626</sup> che l'elemento principale che permette di distinguere il contratto di appalto dal contratto d'opera è identificabile nel fatto che l'appaltatore assume il compimento dell'*opus* oggetto di contratto organizzando tutti i mezzi necessari all'esecuzione: ne consegue che tale soggetto adempierà alla prestazione a lui facente capo avvalendosi di una vera e propria organizzazione di tipo imprenditoriale. Tale caratteristica, tuttavia, risulta particolarmente rilevante se si considera la *ratio* sottesa alle scelte compiute dal legislatore con l'art. 1664 c.c.: è stato infatti evidenziato come l'esigenza di conservazione del contratto, che l'art. 1664 c.c. accoglie prevedendo l'adeguamento come unico rimedio all'eccessiva onerosità sopravvenuta, nasce proprio dalla necessità di tutelare l'appaltatore, il quale non avrebbe modo di recuperare, in caso di risoluzione del contratto, gli investimenti effettuati in vista della sua esecuzione. Ma è evidente che questi investimenti risultano strettamente connessi con quell'organizzazione di mezzi necessari che caratterizza il contratto di appalto e che nel contratto d'opera per l'appunto manca: è infatti previsto che il prestatore d'opera si debba principalmente avvalere, nell'esecuzione del contratto, del proprio lavoro personale. Ne consegue che, per queste ragioni, l'art. 1664 c.c. non potrà trovare applicazione in relazione al tipo di contratto qui esaminato<sup>627</sup>.

Per ragioni differenti, invece, si ritiene condivisibile quell'orientamento che esclude l'applicabilità dell'art. 1664 c.c. ai contratti di somministrazione e di locazione. In questi casi, infatti, non risulta neppure configurabile un'attività di tipo produttivo, sicché non saranno riscontrabili quei profili di rischio che caratterizzano il contratto di appalto e che costituiscono il fondamento della disciplina delineata dall'art. 1664 c.c.<sup>628</sup>.

---

<sup>625</sup> In tal senso, T. MAUCERI, *op. cit.*, p. 1121; M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, cit., pp. 202 e ss.

<sup>626</sup> Si veda il cap. 1, par. 1.

<sup>627</sup> In senso conforme, E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 207 e O. CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano, 1979, pp. 142 e ss. e 191, il quale tuttavia esclude in via generale la possibilità di applicare in via analogica l'art. 1664 c.c..

<sup>628</sup> In tal senso, E. TUCCARI, *op. cit.*, pp. 208 -209.



## 5.4 – Conclusioni

Come è stato più volte rilevato nel corso dei precedenti paragrafi, l'orientamento sopra esposto risulta particolarmente meritevole di pregio, in quanto permette di soddisfare quelle esigenze di conservazione del contratto che emergono in relazione ai contratti di lunga durata. Se si considera poi la diffusione nella realtà giuridica del contratto di appalto – e dei negozi ispirati a tale tipo contrattuale – il modello delineato dall'art. 1664 c.c. appare effettivamente in grado di risolvere molte delle ipotesi concrete in cui l'applicazione dell'art. 1467 c.c. sarebbe inopportuna. Ciò nonostante, la circostanza che la norma anzidetta imponga al soggetto committente l'adeguamento del contratto, deve suggerire una particolare cautela nell'individuare le fattispecie in cui sia effettivamente possibile procedere a una sua applicazione analogica: un eccessivo ricorso a tale strumento, infatti, genererebbe un pregiudizio maggiore rispetto a quello che si vorrebbe evitare<sup>629</sup>.

Per quanto concerne poi l'applicabilità dell'art. 1664 c.c. ai vari contratti tipici previsti dal nostro ordinamento, occorre comunque segnalare che le considerazioni sopra esposte non sono destinate a valere in senso assoluto. Affermare, infatti, l'applicabilità in astratto dell'art. 1664 c.c. al contratto di trasporto non implica che ogni fattispecie riconducibile a tale tipo contrattuale sia concretamente assoggettabile a tale disposizione. Tralasciando, infatti, la possibilità che le parti stesse disciplinino pattiziamente il fenomeno dell'eccessiva onerosità sopravvenuta – il che impedirebbe di individuare una lacuna normativa e, di conseguenza, il ricorso all'analogia – è altresì possibile che il regolamento contrattuale delineato dalle parti renda la singola fattispecie non più assimilabile al contratto di appalto<sup>630</sup>: in tali casi, ovviamente, non sarà possibile dare applicazione all'art. 1664 c.c.

In conclusione, nonostante l'orientamento sopra esposto appaia convincente, il procedimento di applicazione analogica da questo previsto dovrà sempre essere compiuto con particolare cautela tenendo in considerazione le peculiarità che caratterizzano ogni fattispecie concreta.

---

<sup>629</sup> La volontà del soggetto creditore, infatti, può essere sacrificata solamente qualora sussistano ragioni particolarmente convincenti come quelle esposte nei paragrafi precedenti.

<sup>630</sup> È poi possibile che l'alterazione rispetto al tipo legale di riferimento sia di entità tale da non poter più qualificare il negozio considerato come un contratto tipico: in questo caso, varranno le considerazioni compiute in merito alla categoria dei contratti atipici.

## 6 – La gestione delle sopravvenienze nel panorama internazionale

### 6.1 – La gestione delle sopravvenienze nei principali ordinamenti giuridici europei

Giunti a questo punto, occorre compiere una sintetica disamina delle disposizioni volte a disciplinare il fenomeno delle sopravvenienze nei principali ordinamenti europei<sup>631</sup>, e questo al fine precipuo di individuare le possibili soluzioni normative a questa delicata tematica.

Per quanto concerne l'ordinamento tedesco, con la riforma del 2002 il legislatore ha accolto al § 313 del BGB quell'orientamento dottrinale e giurisprudenziale che, in assenza di una specifica disciplina positiva, andava a riconoscere una rilevanza giuridica alle sopravvenienze emerse nel corso dell'esecuzione del contratto sulla base dai principi di buona fede ed equità sanciti dal § 242<sup>632</sup> del BGB. La disposizione richiamata, infatti, prevede espressamente che *“(1) se le circostanze che sono diventate il fondamento del contratto sono notevolmente mutate dopo la conclusione del contratto, e le parti non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso con un contenuto diverso se avessero previsto questi mutamenti, può pretendersi l'adeguamento del contratto, qualora tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto, in particolare della distribuzione contrattuale e legale dei rischi, da una delle parti non possa pretendersi il mantenimento del contratto non modificato. (2) Al mutamento delle circostanze è parificata l'ipotesi in cui le rappresentazioni essenziali che sono diventate fondamento del contratto si rivelano false. (3) Se non è possibile un adeguamento del contratto o esso non sia pretendibile da una delle parti, la parte svantaggiata può recedere dal contratto. Nei rapporti obbligatori di durata, al posto del diritto di recesso, subentra il diritto di disdetta”*<sup>633</sup>.

Si tratta di una disposizione mediante la quale il legislatore ha manifestato una forte predilezione verso lo strumento dell'adeguamento contrattuale, limitando la possibilità di

---

<sup>631</sup> Per un approfondimento del tema, si rimanda a A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, cit., pp. 61 e ss.. Per un approfondimento in merito alla disposizione richiamata, si veda, tra i molti, D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. e impr.*, 2004, pp. 820 e ss..

<sup>632</sup> Sul punto, si veda la pregevole ricostruzione prospettata da E. TUCCARI, *op. cit.*, pp. 320 e ss..

<sup>633</sup> La traduzione è presa dal *Codice civile tedesco*, a cura di S. PATTI, Milano, 2005.

addivenire allo scioglimento nelle sole ipotesi in cui la prima soluzione non sia concretamente percorribile in virtù delle peculiarità del caso concreto. Inoltre, non vengono specificati i criteri in base ai quali il giudice dovrebbe procedere a tale operazione di adattamento, sicché il margine di discrezionalità riconosciuto all'organo giudicante risulta particolarmente ampio. Infine, un altro degli elementi che contraddistingue la norma in esame è certamente individuabile nel fatto che questa non prevede alcun obbligo di rinegoziare il contratto in capo alle parti contraenti<sup>634</sup>. Tale scelta, come verrà puntualizzato nel prosieguo, trova la propria giustificazione nel fatto che le istanze di conservazione del contratto risultano già soddisfatte mediante la preferenza riconosciuta allo strumento dell'adeguamento del contratto.

Anche in Francia, con la riforma del 2016<sup>635</sup>, si è deciso di intervenire in tale complessa materia accogliendo, all'art. 1195, la cosiddetta *théorie de l'imprévision*. Nello specifico, tale articolo dispone che a fronte del sopraggiungere di circostanze che rendano eccessivamente gravosa l'esecuzione del contratto per una delle parti, il contraente svantaggiato possa, pur continuando ad eseguire la sua prestazione, domandare alla propria controparte contrattuale la rinegoziazione delle condizioni pattuite. In caso di rifiuto o di fallimento della trattativa, le parti possono di comune accordo sciogliere il contratto stipulato o chiedere al giudice il suo adeguamento. Infine, è altresì previsto che, in caso di mancata intesa entro un termine ragionevole, il giudice possa, su domanda di anche uno solo dei contraenti, rivedere il contratto o mettere fine al rapporto contrattuale.

Nonostante, anche in siffatta ipotesi, l'intervento giudiziale sia individuato come una soluzione residuale azionabile in caso di disaccordo tra le parti, si segnala che la disposizione richiamata sembra pressoché porre sullo stesso piano il rimedio dell'adeguamento rispetto a quello dello scioglimento del contratto. Mentre, infatti, nel sistema tedesco la cessazione del rapporto è prevista solamente quando “*non è possibile un adeguamento del contratto o esso non sia pretendibile da una delle parti*”, l'art. 1195

---

<sup>634</sup> In tal senso, E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 324.

<sup>635</sup> L'*ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* con la quale il governo francese ha dato esecuzione alla *Loi d'habilitation n. 2015-177* del 16 febbraio 2015, è entrata in vigore il 1 ottobre 2016. Per un commento sulla riforma introdotta, si rimanda a G. ALPA, *Sulla riforma del diritto dei contratti in Francia: una lettura sinottica del project e della Ordonnance*, 3 maggio 2016, consultabile al sito [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com); D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 10432 e ss.; V. BARELA, *Risoluzione del contratto in Francia: nuove prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 2, pp. 10385 e ss.

prevede la possibilità per ciascuna parte di chiedere alternativamente l'adeguamento o lo scioglimento del rapporto contrattuale.

Inoltre la normativa francese, al pari di quella tedesca, non sembra fornire strumenti utili al giudice per determinare in che modo procedere all'adeguamento del contratto. Infine, anche nell'ordinamento francese non è configurato un obbligo di rinegoziazione in capo ai contraenti, i quali non risultano destinatari di alcuna conseguenza pregiudizievole in caso di mancato adeguamento convenzionale.

Per quanto concerne, invece, l'ordinamento svizzero, si segnala un recente progetto di riforma del codice delle obbligazioni (*Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil*), il quale disciplina all'art. 19 l'ipotesi in cui si sia verificato un mutamento della situazione di fatto sottesa alla stipula del contratto, prevedendo che “*ove le circostanze siano mutate in maniera imprevedibile dopo la conclusione del contratto, sicché non è più ragionevole aspettarsi, riguardo alle regole della buona fede, che un contraente adempia la propria prestazione, il tribunale può adattare il contratto o porvi fine*”<sup>636</sup>. Sul punto, è stato rilevato che, nonostante non sia previsto espressamente, l'intervento del giudice debba considerarsi necessario solamente a fronte del mancato accordo delle parti<sup>637</sup>.

Infine, per quanto concerne l'ordinamento anglosassone, nella presente sede appare sufficiente rilevare come in passato le corti inglesi fossero solite escludere l'esperibilità di rimedi contrattuali a fronte di eventuali mutamenti della situazione di fatto sottesa a un determinato rapporto contrattuale. Ciò nonostante, con il tempo ha iniziato a trovare spazio la cosiddetta “*doctrine of frustration*”, la quale ha portato a riconoscere rilevanza all'impossibilità sopravvenuta della prestazione e al suo radicale mutamento per eventi non imputabili alle parti. Tuttavia, malgrado si sia registrata una maggior sensibilità rispetto al fenomeno delle sopravvenienze, la diffusione di tale teoria non ha comunque portato all'accoglimento del rimedio dell'adeguamento contrattuale, in quanto l'unica risposta individuata dalle corti inglesi al sopraggiungere di circostanze imprevedibili in

---

<sup>636</sup> Il progetto di riforma è stato redatto in 4 differenti lingue (italiano, inglese, francese, tedesco) ed è consultabile al sito [www.or2020.ch](http://www.or2020.ch). Per un'analisi del progetto di riforma si veda P. ABAS, *Un nuovo diritto delle obbligazioni in Svizzera*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 3, pp. 675 e ss.

<sup>637</sup> In tal senso, A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, cit., p. 64, la quale si concentra poi sugli ordinamenti di Cina e Giappone, evidenziando come questi siano particolarmente sensibili alla tematica delle sopravvenienze, permettendo un adeguamento del regolamento contrattuale al loro eventuale sopraggiungere.

grado di incidere sull'economia del contratto è stata quella dello scioglimento del vincolo contrattuale<sup>638</sup>.

## **6.2 – La disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta prevista nei *Principles Unidroit*, nei *Principles of European Law*<sup>639</sup> e nel *Draft Common Frame of Reference***

La tematica della gestione delle sopravvenienze è stata poi affrontata anche nell'ambito dei *Principles of International Commercial Contracts*<sup>640</sup>, dei *Principles of European Law*<sup>641</sup> e nel *Draft Common Frame of Reference*<sup>642</sup>.

Nello specifico, l'art. 6:111 dei PECL prevede che, a seguito di un'eccessiva onerosità sopravvenuta dovuta al mutamento della situazione di fatto sottesa al contratto, le parti sono tenute ad intraprendere una trattativa volta a concordare le condizioni sulla base delle quali procedere all'adeguamento o allo scioglimento del contratto. Affinché una determinata sopravvenienza possa rilevare, l'articolo in commento richiede che la stessa sia per l'appunto sopraggiunta dopo la conclusione del contratto, che non fosse prevedibile dalle parti in sede di stipula e che non possa essere ricondotta all'alea normale che caratterizza la tipologia di negozio stipulato. Qualora poi le parti non riescano a

---

<sup>638</sup> Per una ricostruzione del sistema inglese, si rimanda a E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 316.

<sup>639</sup> Si tratta di una serie di principi elaborati dalla commissione presieduta dal Prof. Ole Lando, la quale si è costituita con il fine specifico di elaborare di principi di diritto europeo dei contratti. Conosciuti come PECL, anche tale regolamentazione può essere ascritta alla categoria delle fonti di "soft law", essendo priva di natura cogente.

<sup>640</sup> Noti come principi *Unidroit*, costituiscono una serie di regole elaborate dall'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato. Si tratta di disposizioni che non hanno portata cogente, ma che possono essere impiegate nella risoluzione di determinate controversie qualora vengano richiamate dalle parti in modo espresso o in maniera implicita mediante il riferimento alla "lex mercatoria". Tali disposizioni risultano poi avere, al pari dei PECL, un'indubbia incidenza sull'evoluzione del dibattito giuridico, e questo in virtù della loro autorevolezza. Una versione aggiornata dei principi *Unidroit* è consultabile al sito [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org). Per comprendere il ruolo e l'importanza di tali principi, si segnala M.J. BONELL, *I principi Unidroit. Un approccio moderno al diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, pp. 231 e ss.; A. DI MAJO, *Prime note di raffronto tra i Principi dell'Unidroit ed il sistema contrattuale italiano*, in *Contr. e impr. – Europa*, I, pp. 316 e ss.; G.B. FERRI, *Il ruolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli usi nei Principi dell'Unidroit*, in *Contr. e impr. – Europa*, 1996, pp. 825 e ss.; G. DE NOVA, *I Principi Unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali*, in *Contratti*, pp. 5 e ss.

<sup>641</sup> Si tratta di una serie di principi elaborati dalla commissione presieduta dal Prof. Ole Lando, la quale si è costituita con il fine specifico di elaborare di principi di diritto europeo dei contratti. Conosciuti come PECL, anche tale regolamentazione può essere ascritta alla categoria delle fonti di "soft law", essendo priva di natura cogente. In merito al ruolo di tali principi, si veda C. CASTRONOVO, *Il contratto nei "Principi di diritto europeo"*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, pp. 787 e ss.

<sup>642</sup> Si tratta anch'essa di una proposta di un'uniformazione del diritto privato elaborata a livello europeo.

raggiungere un accordo, è prevista la possibilità per il giudice di sciogliere il contratto stabilendone tempistiche e condizioni, ovvero di adeguarlo distribuendo in modo equo e giusto le conseguenze derivanti dal sopraggiungere della circostanza considerata. Infine, l'autorità giudiziaria può condannare al risarcimento del danno quella parte che si sia resa inadempiente all'obbligo di rinegoziare il contratto, rifiutandosi di partecipare alle trattative ovvero abbandonandole senza un giustificato motivo.

È evidente che la disciplina richiamata risulta distinguersi principalmente per il fatto di prevedere un sistema rimediale particolarmente articolato<sup>643</sup>. Oltre, infatti, alla previsione di un obbligo in capo alle parti volto alla rinegoziazione del contratto – in relazione al quale vengono anche individuate due ipotesi specifiche di inadempimento – i PECL prevedono la possibilità per il giudice di adeguare o sciogliere il contratto alle condizioni che riterrà opportune alla luce dei parametri di riferimento indicati dalla norma richiamata, ossia la giustizia e l'equità: ne consegue che il ruolo del giudice in un sistema di siffatto genere appare centrale<sup>644</sup>, in quanto si tratta di concetti talmente generici da lasciare ampi margini di discrezionalità all'organo giudicante<sup>645</sup>. Inoltre, spetterà al giudice la scelta se propendere per lo scioglimento ovvero l'adeguamento del contratto concluso.

I principi *Unidroit*, invece, dopo aver definito il concetto di *hardship*<sup>646</sup> prevedono all'art. 6.2.3 che la parte svantaggiata da una determinata circostanza sopravvenuta ha il

---

<sup>643</sup> In tal senso, E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 307

<sup>644</sup> Sul punto si rimanda a D. MAZEAUD, *Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen du contrat*, 2007, 42, p. 2693; E. TUCCARI, *op. cit.*, p. 308.

<sup>645</sup> In merito alle diverse interpretazioni di tali concetti, appare preferibile quella elaborata da C. CASTRONOVO, *Il contratto nei "Principi di diritto europeo"*, in *Eur. Dir. priv.*, 2001, pp. 814 e ss., secondo cui si dovrebbe ricorrere alla cosiddetta autointegrazione che consisterebbe nell'interpretare quello che è il regolamento d'interessi sotteso al contratto stipulato, ossia la logica stessa impressa di contraenti al negozio concluso, ed estenderla alla parte non espressamente normata.

<sup>646</sup> L'art. 6.2.2 prevede infatti che "*ricorre l'ipotesi di hardship quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione, e (a) gli eventi si verificano, o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto; (b) gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto; (c) gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata; e (d) il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata*". Si segnala che l'art. 6.2.3 prospetta la figura dell'eccessiva onerosità sopravvenuta come un'eccezione al principio della vincolatività del contratto, la quale è sempre destinata ad operare qualora non siano soddisfatti i presupposti previsti dalle disposizioni richiamate. In tal senso, A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, cit., p. 67

diritto di richiedere alla propria controparte la rinegoziazione del contratto e, in caso di mancato accordo, entrambi i contraenti possono rivolgersi all'autorità giudiziaria, la quale deciderà se sciogliere il contratto o adeguarlo ripristinando l'equilibrio iniziale. Nonostante non sia espressamente previsto, gli interpreti hanno individuato nella disposizione richiamata un obbligo per le parti di partecipare alle suddette trattative secondo buona fede, sicché risulta effettivamente configurabile un obbligo di rinegoziare le condizioni del contratto concluso<sup>647</sup>.

Infine, sempre nell'ambito dei tentativi di armonizzazione del diritto privato europeo, l'art. III – 1:110 del *Draft Common Frame of Reference* prevede che la parte svantaggiata dalla circostanza sopraggiunta, dopo aver tentato in buona fede di raggiungere un'intesa con la propria controparte contrattuale, può prospettare la questione al giudice, il quale deciderà se adeguare il contratto “*in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances*” o se scioglierlo secondo le modalità e le tempistiche da lui ritenute opportune<sup>648</sup>. In merito alla portata di tale articolo, il riferimento alla buona fede non deve trarre in inganno. Come è stato infatti rilevato dagli stessi redattori del Draf, l'articolo in commento non configura il tentativo di rinegoziare il contratto come un obbligo sussistente in capo alle parti, ma lo identifica come un semplice presupposto processuale necessario per esperire poi l'azione innanzi all'autorità giudiziaria competente<sup>649</sup>.

### 6.3 - Conclusioni

Alla luce della disamina compiuta dei principali ordinamenti europei e delle principali fonti di *soft law* che caratterizzano il panorama giuridico europeo e internazionale, è possibile compiere alcune considerazioni preliminari.

In primo luogo, tutte le disposizioni richiamate sono accomunate dal fatto che individuano nell'autonomia privata la soluzione ideale per giungere all'elaborazione della regola giuridica applicabile alle eventuali circostanze sopravvenute nel corso dell'esecuzione. Quello che tuttavia stupisce, è che tale via non viene mai imposta

---

<sup>647</sup> Al fine di evitare fraintendimenti, occorre precisare che l'obbligo in parola non potrà mai essere identificato con l'obbligazione a contrarre teorizzata da parte della dottrina italiana.

<sup>648</sup> Sul punto, si rimanda E. TUCCARI, *op. cit.*, pp. 312 e ss.

<sup>649</sup> C. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NOLKE, H. BEALE, J. HERRE, J. HUET, P. SCHLECHTRIEM, M. STORME, S. SWANN, P. VARUL, A. VENEZIANO, F. ZOLL, *Principles, definitions and model rules of european private law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full edition*, I, Monaco, 2009, p. 713.

mediante la previsione di un obbligo di rinegoziare in capo alle parti. Nello specifico, solamente l'art. 6:111 dei PECL prevede espressamente un'obbligazione di tal natura, alla quale è riconnessa la possibilità del giudice di condannare la parte al risarcimento del danno qualora si sia resa inadempiente rifiutandosi di trattare o abbandonando ingiustificatamente le trattative. Per quanto concerne poi i principi *Unidroit*, la sussistenza di un obbligo di rinegoziare è stata elaborata in sede interpretativa.

Le altre disposizioni richiamate, invece, si limitano a fare riferimento alla possibilità concessa alle parti di giungere ad un accordo in merito all'adeguamento del contratto e a disciplinare le conseguenze derivanti dal fallimento delle trattative, senza però riconnettere alcun effetto pregiudizievole in capo ai contraenti derivante dal mancato accordo<sup>650</sup>. Tale aspetto, tuttavia, non deve portare a ritenere che, in assenza di un tale obbligo le esigenze di conservazione del contratto siano necessariamente sacrificate. Questa finalità, infatti, viene concretamente perseguita mediante l'impiego di altri strumenti.

Ne è un esempio il § 313 del BGB, che individua nello scioglimento del contratto un'ipotesi residuale destinata a trovare applicazione solamente in relazione a quelle fattispecie in cui l'adeguamento non sia concretamente possibile o opportuno. In quest'ottica la previsione di un obbligo a contrarre risulta superflua, essendo la conservazione del contratto garantita dall'ordine gerarchico dei rimedi introdotto a livello normativo.

Per converso, le altre disposizioni richiamate scontano il difetto di porre lo strumento dell'adeguamento sullo stesso piano di quello risolutivo, e ciò senza delimitare preliminarmente il rispettivo ambito di operatività. Ed è per questo motivo che non appare condivisibile la scelta dell'ordinamento francese, il quale prevede la possibilità per il giudice di adeguare o sciogliere il contratto semplicemente sulla base della domanda avanzata da una qualsiasi delle parti contrattuali: ne consegue che entrambi i contraenti sono liberi di determinare unilateralmente il destino del contratto concluso. In questo modo il legislatore non fa altro che abdicare al proprio ruolo, rinunciando a tracciare i limiti in cui circoscrivere l'operatività dei due rimedi individuati e rimettendo tale complessa decisione alla discrezionalità dei singoli soggetti coinvolti.

---

<sup>650</sup> Fa eccezione il § 313 del BGB, il quale non menziona neppure tale possibilità, la quale però deve essere ovviamente riconosciuta essendo espressione dell'autonomia privata.



Non è parimenti condivisibile la scelta compiuta nell'ambito dei principi *Unidroit*, dei PECL e del *Draft Common Frame of Reference*, i quali risultano accomunati dal fatto di affidare al giudice, senza fornire alcun criterio decisionale di riferimento, la scelta se optare per l'adeguamento o lo scioglimento del contratto concluso dalle parti: nonostante, infatti, le disposizioni richiamate rendano il giudice libero di propendere per la soluzione più adeguata al caso considerato, la discrezionalità che gli viene riconosciuta, in assenza di elementi di riferimento, appare troppo ampia e contraria al principio di certezza del diritto.

Occorre poi evidenziare come le disposizioni sovranazionali che prevedono un obbligo in capo alle parti volto alla rinegoziazione del contratto non configurano comunque un'obbligazione a contrarre, ossia ad addivenire a un accordo che vada a modificare il regolamento contrattuale inizialmente delineato. Tale tesi, che come è stato evidenziato ha trovato il favore di una parte della dottrina italiana, non può quindi vedere nelle fonti sovranazionali un utile supporto che ne giustifichi l'accoglimento.

È stato inoltre sottolineato come le varie norme sopraccitate tendano a riconoscere all'autorità giudiziaria una discrezionalità eccessiva nel determinare l'adeguamento a cui assoggettare il contratto: si tratta di un ulteriore aspetto che non sembra coerente con il principio di certezza del diritto<sup>651</sup>.

Infine, si segnala che tutte le disposizioni sopra analizzate sono concordi nel qualificare la disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta come un'eccezione al principio della normale vincolatività dei contratti: ne consegue che il riferimento a tali disposizioni non sembra costituire un argomento idoneo a suggerire un'estensione, nel nostro ordinamento, della categoria delle sopravvenienze tipiche, essendo le espressioni impiegate nella normativa sovranazionale pressoché equipollenti al concetto di eccessiva onerosità di cui all'art. 1467 c.c..

---

<sup>651</sup> Da questo punto di vista risulta particolarmente meritevole di pregio l'art. 1664 c.c. che prevede espressamente il limite del decimo del prezzo complessivo.

## CONCLUSIONI

Come è stato rilevato nel corso della presente trattazione, una delle problematiche evidenziate dalla dottrina nell'ambito della gestione delle sopravvenienze riguarda l'impossibilità di individuare strumenti manutentivi di portata generale in grado di garantire la conservazione del rapporto contrattuale a fronte di un'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione. La questione si pone principalmente in relazione a quei contratti definiti di lunga durata i quali richiedono, per la loro esecuzione, il compimento di una serie di atti prodromici all'adempimento. In questi casi, il rimedio della risoluzione individuato dall'art. 1467 c.c. comporterebbe per il contraente che ha posto in essere tale attività preparatoria un innegabile pregiudizio economico, in quanto egli si ritroverebbe nella condizione di non poter più recuperare gli investimenti compiuti.

In quest'ottica è stato evidenziato come l'istituto della modifica secondo equità previsto dal terzo comma dell'art. 1467 c.c. appare inidoneo a soddisfare l'esigenza di tutela individuata<sup>652</sup>. Nello specifico, la disposizione richiamata si contraddistingue per il fatto che individua nella parte non colpita dalla circostanza sopravvenuta l'unico soggetto legittimato a sottoporre all'autorità giudiziaria una proposta di adeguamento del regolamento contrattuale. Se, tuttavia, si declina questo meccanismo nella realtà dei contratti a lunga durata, è facile comprendere i motivi per cui l'istituto in esame non rappresenta un'effettiva soluzione al problema individuato. Tale contraente, infatti, sarà quello meno interessato alla conservazione del contratto e questo perché, nella maggior parte dei casi, non sarà lui il soggetto che ha dovuto compiere investimenti e attività preparatorie in vista dell'esecuzione<sup>653</sup>.

Sono state quindi affrontate le clausole impiegate nella prassi contrattuale volte a garantire il mantenimento del vincolo contrattuale a fronte di eventuali sopravvenienze. In relazione a questo specifico tema, occorre ancora una volta ribadire come l'unico strumento che appare effettivamente in grado di garantire un certo grado di flessibilità al contratto, senza comportare insormontabili problemi interpretativi, è costituito dalle clausole di adeguamento automatico. Tuttavia, sebbene questa tipologia di pattuizioni sia effettivamente molto diffusa, non ci si può esimere dall'evidenziare che l'ambito di

---

<sup>652</sup> Sul punto, si rimanda al cap. 3, par. 2.

<sup>653</sup> Si può infatti supporre che l'eccessiva onerosità andrà tendenzialmente a colpire quella prestazione oggetto di contratto che risulta caratterizzata da un maggiore grado di complessità e che richiede, per il suo adempimento, l'esecuzione di una serie di atti preliminari.

operatività di tali strumenti è destinato ad essere limitato: questi, infatti, risultano particolarmente utili quando l'eventuale mutamento di un indice definito ha un'incidenza diretta e proporzionale sul valore di una delle prestazioni dovute dalle parti<sup>654</sup>; qualora il contratto abbia ad oggetto prestazioni complesse, la cui maggior onerosità può nel concreto dipendere da una serie indeterminata di fattori, l'elaborazione di una clausola di adeguamento automatico sarà pressoché impossibile.

Per quanto concerne invece le clausole che attribuiscono, al sopraggiungere di una determinata circostanza, uno *ius variandi* a una delle parti contrattuali, queste hanno il pregio di consentire la modifica del contratto senza che sia necessaria una nuova intesa tra le parti: ciò nonostante, occorre rilevare come siano rari i casi in cui i contraenti siano concordi nel rimettere alla determinazione unilaterale di una delle parti la formulazione della regola giuridica applicabile alla circostanza sopraggiunta<sup>655</sup>.

È stato altresì rilevato come le clausole di rinegoziazione non sembrano parimenti idonee a soddisfare in modo efficiente quelle che sono le esigenze di conservazione del contratto. Rileva, in questa sede, la distinzione compiuta tra clausole di rinegoziazione generiche e clausole di rinegoziazione specifiche. Sebbene le prime comportino il vantaggio di rendere il regolamento contrattuale sensibile a un numero indefinito di circostanze sopravvenute – il che in parte compensa la limitata razionalità dei contraenti, i quali non sono in grado di prevedere ogni possibile evento in grado di incidere sull'equilibrio contrattuale<sup>656</sup> – la genericità che per definizione le contraddistingue ha importanti ricadute sul piano applicativo: è evidente che minore sarà il livello di dettaglio che caratterizza la pattuizione conclusa dalle parti, maggiore sarà il rischio che sorgano dubbi interpretativi in merito al suo effettivo ambito di applicazione.

In merito, invece, alle clausole di rinegoziazione specifiche, il fatto che queste siano destinate a trovare applicazione solamente in relazione a fattispecie delineate nel dettaglio, pone il problema della gestione delle sopravvenienze non riconducibili a tale descrizione; questa saranno destinate ad essere assoggettate alla disciplina codicistica e,

---

<sup>654</sup> Si pensi, a mero titolo esemplificativo, al caso in cui un determinato pagamento sia pattuito in euro e le parti decidano, derogando al principio nominalistico, di rideterminare nel tempo il *quantum debeatur* sulla base delle fluttuazioni della valuta individuata.

<sup>655</sup> Sul punto, si rimanda al par. 3.1, dove è comunque stato evidenziato come tali clausole, per poter essere valide, non possono concretamente attribuire a una delle parti un potere discrezionale di modifica, esercitabile sulla base del suo mero arbitrio.

<sup>656</sup> E questo anche a causa dei costi che sarebbero connessi a una trattativa di tal genere.

nel caso in cui non soddisfino i presupposti dei rimedi da questa previsti, a ricadere nell'area del giuridicamente irrilevante.

Ma il limite insito all'utilizzo di tali strumenti deriva dalla natura della prestazione che costituisce oggetto dell'obbligo di rinegoziare. Secondo l'orientamento accolto nella presente trattazione<sup>657</sup>, mediante la previsione di una clausola di rinegoziazione i contraenti non si obbligano ad addivenire ad un'intesa in merito all'adeguamento da apportare qualora sopraggiungono le circostanze in questa dedotte, ma si impegnano semplicemente a intraprendere una trattativa improntata sul principio della buona fede.

Le possibilità che le parti riescano poi a raggiungere un'intesa non risultano particolarmente concrete: il sopraggiungere di una circostanza sopravvenuta in grado di incidere sull'equilibrio delle prestazioni oggetto di contratto potrebbe comportare una conflittualità tra le parti in causa: il contraente colpito dalla circostanza sopravvenuta sarà infatti interessato a ottenere una modifica del regolamento contrattuale che addossi alla controparte le conseguenze pregiudizievoli da questa derivanti; per converso, la parte la cui prestazione non è stata interessata dalla sopravvenienza sarà poco propensa a modificare le condizioni inizialmente pattuite<sup>658</sup>. È altresì vero che le parti potrebbero essere incentivate a raggiungere un accordo nel caso in cui siano interessate a evitare la risoluzione del contratto, possibile nell'ipotesi in cui la circostanza sopravvenuta soddisfi i presupposti di cui all'art. 1437 c.c.

L'assunto secondo cui la previsione di un obbligo volto alla rinegoziazione del contratto è inidoneo a garantire il suo adeguamento trova poi conforto nell'art. 6:111 dei *Principles of European Law*. Sebbene la disposizione richiamata preveda espressamente un obbligo di rinegoziare in capo alle parti, questa al contempo disciplina l'ipotesi in cui non sia raggiunto un accordo, rimettendo all'autorità giudiziaria la scelta se sciogliere o adeguare il contratto considerato. Nonostante il sistema così delineato risulti suscettibile

---

<sup>657</sup> Sul punto, si rimanda al par. 4.2.

<sup>658</sup> In quest'ottica, le clausole con cui le parti rimettono, in caso di mancata intesa, l'adeguamento del contratto a un soggetto terzo risultano sicuramente idonee a garantire la conservazione del contratto. Esse, tuttavia, presentano due evidenti limiti. In primo luogo, è necessario che le parti siano in grado di individuare un individuo che goda della loro fiducia: in caso contrario la scelta di ricorrere all'arbitraggio potrebbe essere considerata troppo aleatoria. In secondo luogo, sarà sempre necessario individuare i criteri che dovranno essere impiegati dall'arbitratore nel determinare l'adeguamento a cui assoggettare il contratto: esclusa infatti l'ipotesi in cui le parti decidano di rimettersi all'arbitrio del terzo, la mancata indicazione di parametri di riferimento ben definiti potrebbe comportare l'insorgere di un contenzioso in merito alla correttezza delle determinazioni raggiunte.

di critiche<sup>659</sup>, è evidente come esso sottenda il convincimento che l'obbligo volto alla rinegoziazione non sia di per sé sufficiente a garantire l'adattamento del regolamento contrattuale, tant'è che viene comunque previsto, in caso di mancato accordo, l'intervento del giudice affinché sia adottata la soluzione più appropriata alla fattispecie considerata<sup>660</sup>.

Quanto rilevato in merito alle clausole di rinegoziazione, tuttavia, non deve portare a ritenere irrilevanti questo tipo di pattuizioni: esse costituiscono la fonte di uno specifico obbligo, il cui inadempimento comporta l'azionabilità del rimedio risarcitorio e la possibilità di ricorrere allo strumento delle misure di coercizione diretta di cui all'art. 614 bis. La qualificazione dell'obbligo di rinegoziare come un semplice obbligo a trattare, invece, esclude la possibilità che possa trovare applicazione l'esecuzione in forma specifica di cui all'art. 2932 c.c.

Da quanto sopra esposto emergono quindi i limiti che caratterizzano le soluzioni diffuse nella prassi commerciale. Occorre però compiere una precisazione: anche qualora fossero effettivamente individuabili degli strumenti di natura convenzionale idonei a soddisfare le esigenze di tutela anzidette, non sarebbe meritevole di plauso un ordinamento che, invece di accogliere tali istanze, decida di demandarne il soddisfacimento all'autonomia privata. Il legislatore, infatti, ha lo specifico compito di predisporre un impianto normativo in grado di tutelare tutti gli interessi meritevoli di protezione giuridica, e questo soprattutto in considerazione del fatto che l'utilizzo di tali strumenti di natura pattizia è interamente rimesso all'autonomia delle parti.

Le valutazioni compiute in merito alla prestazione che costituisce l'oggetto dell'obbligo di rinegoziazione assumono rilievo anche in relazione a quell'orientamento che sostiene la configurabilità di quest'obbligo anche in assenza di una pattuizione delle parti, e questo in virtù del combinato disposto degli artt. 1376, 1366 e 1467, terzo comma, c.c.. Senza riproporre nella presente sede le ragioni per cui tale ricostruzione debba ritenersi priva di fondamento giuridico<sup>661</sup>, occorre rilevare che se l'obbligo volto alla rinegoziazione del contratto non è in generale idoneo ad assicurarne la sua conservazione,

---

<sup>659</sup> Si rimanda, per un approfondimento, al cap. 3, par. 6.3.

<sup>660</sup> Ed è proprio in tale aspetto che può essere individuata una delle criticità che caratterizza il modello di gestione dell'eccessiva onerosità sopravvenuta delineato dai PECL, il quale conferisce al giudice un margine di discrezionalità troppo ampio. Per un approfondimento, si rimanda al cap. 3, par. 6.2.

<sup>661</sup> Per le quali si rimanda al par. 4.2.

anche l'orientamento che ne teorizza la natura legale non permetterà di conseguire questa finalità.

La circostanza che l'orientamento in parola sia primariamente improntato sul principio della buona fede non è poi priva di conseguenze concrete. Il sistema di gestione delle sopravvenienze delineato, infatti, appare in netto contrasto con il principio di certezza del diritto: i poteri conferiti all'organo giudicante risultano caratterizzati da un margine di discrezionalità troppo ampio, non essendo questo limitato da parametri di riferimento sufficientemente definiti.

Inoltre, la ricostruzione oggetto di critica sconta il difetto di non individuare neppure con certezza i presupposti che giustificerebbero il sorgere, in capo alle parti, di un obbligo di rinegoziare. Il legislatore con l'art. 1467 c.c. ha compiuto una scelta, individuando le condizioni in presenza delle quali un'eccessiva onerosità della prestazione può giustificare la risoluzione o l'adeguamento del contratto. La medesima scelta è compiuta in materia di appalto dall'art. 1664 c.c.. Non si comprende, quindi, come possa operare un sistema di gestione dell'eccessiva onerosità sopravvenuta che non definisce nel dettaglio quali circostanze possano comportare il sorgere dell'obbligo in esame e quali, invece, debbano essere considerate giuridicamente irrilevanti.

La definizione dell'obbligo di rinegoziazione accolta rende inoltre superfluo, almeno in relazione alle esigenze manifestate in apertura, un eventuale intervento del legislatore volto a introdurre tale obbligo a livello normativo. In questa eventualità non sussisterebbero problemi in merito all'individuazione del fondamento giuridico dell'istituto e potrebbe anche esserne definito l'ambito di operatività; ciò nonostante, esso non costituirebbe comunque uno strumento idoneo a garantire la conservazione del contratto, essendo le parti sempre libere di non addivenire ad un accordo. In altri termini, se l'ottica è quella di individuare una risposta all'esigenza di individuare uno strumento manutentivo che possa operare in relazione ai contratti di lunga durata, l'introduzione di un obbligo legale finalizzato ad imporre alle parti la rinegoziazione del contratto non appare la scelta migliore.

In quest'ottica, non appaiono neppure meritevoli di apprezzamento le disposizioni volte a disciplinare il fenomeno dell'eccessiva onerosità sopravvenuta elaborate

nell'ambito dei principali ordinamenti europei e nelle fonti sovranazionali di *soft law*<sup>662</sup>. In questo contesto, l'unica norma che potrebbe in astratto soddisfare le istanze di chi richiede l'introduzione di strumenti di tipo manutentivo è individuabile nel § 313 del BGB<sup>663</sup>, il quale manifesta una chiara preferenza nei confronti dell'adeguamento del contratto, e questo senza prevedere un obbligo legale di rinegoziazione.

La scelta sottesa a tale norma, la quale è chiaramente funzionale a garantire la conservazione del negozio, non appare comunque condivisibile: essa, infatti, prevede un unico modello di gestione delle sopravvenienze senza tenere in considerazione le diverse tipologie di contratto diffuse nella prassi. Sul punto, è stato evidenziato che, nel nostro ordinamento, la necessità di individuare strumenti di tipo manutentivo è avvertita principalmente in relazione alla categoria dei contratti di lunga durata. In relazione a tutti gli altri contratti, invece, una propensione così netta a favore dell'adeguamento risulta inopportuna, in quanto non sempre la conservazione del contratto è un fine da perseguire ad ogni costo. Inoltre, come è stato correttamente rilevato in dottrina<sup>664</sup>, il sistema delineato dal § 313 del BGB presenta il grave difetto di non indicare i criteri che devono essere impiegati dal giudice nell'adeguare il contratto concluso, il che appare in contrasto con il principio di certezza del diritto.

Una risposta alla necessità di individuare un rimedio manutentivo applicabile ai contratti di lunga durata può tuttavia essere individuato tra le disposizioni del nostro codice civile e, nello specifico, nel primo comma dell'art. 1664 c.c., il quale disciplina l'istituto della revisione del prezzo nell'ambito del contratto di appalto.

Secondo l'orientamento condiviso nella presente trattazione, la norma richiamata non costituirebbe un'eccezione alla regola generale dell'invariabilità delle condizioni contrattuali, ma dovrebbe essere intesa come il fondamento di un vero e proprio modello

---

<sup>662</sup> Per un approfondimento in merito alle ragioni sottese a tale presa di posizione, si rimanda al cap. 3, par. 6.3.

<sup>663</sup> Il quale prevede che *“(1) se le circostanze che sono diventate il fondamento del contratto sono notevolmente mutate dopo la conclusione del contratto, e le parti non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso con un contenuto diverso se avessero previsto questi mutamenti, può pretendersi l'adeguamento del contratto, qualora tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto, in particolare della distribuzione contrattuale e legale dei rischi, da una delle parti non possa pretendersi il mantenimento del contratto non modificato [...] (3) Se non è possibile un adeguamento del contratto o esso non sia pretendibile da una delle parti, la parte svantaggiata può recedere dal contratto. Nei rapporti obbligatori di durata, al posto del diritto di recesso, subentra il diritto di disdetta”*.

<sup>664</sup> Per una disamina della disposizione in esame si rimanda al cap. 3, par. 6.1.

conservativo di gestione delle circostanze sopravvenute – alternativo a quello prospettato dall’art. 1467 c.c. – adatto a trovare applicazione in relazione a quegli scambi definiti di tipo integrativo, la cui esecuzione presuppone “*una rilevante integrazione delle sfere patrimoniali dei contraenti*”<sup>665</sup>.

Mentre, infatti, il meccanismo giuridico delineato dall’art. 1467 c.c. sarebbe di tipo consensualistico – in quanto finalizzato primariamente a garantire che i contraenti non siano obbligati ad eseguire una prestazione diversa da quella inizialmente concordata – l’art. 1664 c.c. perseguirebbe una finalità diversa, ossia quella di assicurare la conservazione del vincolo contrattuale.

Questa distinzione trova la propria ragion d’essere nella dinamica sottesa al contratto di appalto e, nello specifico, nella necessità di tutelare il soggetto appaltatore. Tale tipo contrattuale richiede l’allestimento di una vera e propria struttura produttiva e l’esecuzione di una serie di attività preparatorie preordinate alla corretta esecuzione del contratto. Ne consegue che se l’eccessiva onerosità della prestazione potesse comportare lo scioglimento del vincolo negoziale, tale soggetto subirebbe un grave pregiudizio a causa dell’impossibilità di recuperare gli investimenti già compiuti in vista dell’adempimento. L’interesse così protetto, tuttavia, coincide con quello individuato in relazione alla categoria dei contratti di lunga durata, sicché sono evidenti le ragioni per cui il modello delineato dall’art. 1664 c.c. risulta astrattamente il più idoneo a gestire le sopravvenienze sorte nell’ambito di questa tipologia contrattuale. Occorre tuttavia segnalare come la finalità in esame sia perseguita mediante un parziale sacrificio dell’interesse del soggetto committente, il quale si ritrova a dover sostenere un esborso maggiore rispetto a quello preventivato, e ciò senza potersi sottrarre al vincolo negoziale azionando il rimedio risolutorio.

Proprio in virtù della portata normativa che caratterizza l’art. 1664 c.c., l’orientamento accolto nella presente trattazione individua in tale disposizione una norma avente carattere speciale, ma non eccezionale, il che rende possibile la sua applicazione in via analogica: l’art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale, infatti, esclude il ricorso all’analogia solamente in relazione alle leggi penali e a quelle che fanno eccezione a regole generali.

---

<sup>665</sup> M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 495.



Senza riportare quanto rilevato in merito alle fattispecie in cui può trovare applicazione in via analogica l'istituto della revisione del prezzo, ciò che occorre evidenziare nella presente sede è che l'analisi compiuta nei primi due capitoli ha evidenziato come l'appalto sia un tipo contrattuale caratterizzato da una struttura estremamente elastica. A dimostrazione di tale assunto, è possibile rimandare all'analisi compiuta in relazione agli artt. 1659, 1660 e 1661 del codice civile, i quali disciplinano la possibilità che nel corso dell'esecuzione siano apportate delle varianti all'opera o al servizio oggetto di contratto.

Quello che emerge dall'analisi delle disposizioni richiamate – e che rileva anche nella presente sede – è che l'intero impianto normativo relativo all'appalto risulta primariamente finalizzato a soddisfare l'interesse del soggetto committente: le disposizioni individuate in materia di variazioni appaiono funzionali a garantire che l'appaltante ottenga un'opera o un servizio conforme alle sue esigenze. È così escluso che l'appaltatore possa unilateralmente apportare varianti senza il consenso del committente, mentre costui può, entro certi limiti, mutare le caratteristiche dell'opera commissionata<sup>666</sup>. Lo stesso art. 1660 c.c. può inoltre essere visto come uno strumento volto a garantire all'appaltante una prestazione coerente con le regole dell'arte.

Le considerazioni qui esposte appaiono particolarmente rilevanti perché appare possibile configurare una correlazione tra l'importanza che l'interesse del committente assume nell'ambito della disciplina dell'appalto e il meccanismo delineato dall'art. 1664 c.c.: essendo il contratto di appalto primariamente volto alla realizzazione di una prestazione calibrata sulle esigenze del committente, appare corretto che sia costui a dover sostenere l'aumento dei costi di produzione derivante da eventuali circostanze sopravvenute<sup>667</sup>.

Ne consegue che, nel determinare le fattispecie concrete in relazione alle quali è possibile applicare analogicamente l'art. 1664 c.c., l'interprete dovrà valutare non solo il rischio assunto dalle diverse parti coinvolte e le conseguenze pregiudizievoli potenzialmente derivanti dalla risoluzione del contratto, ma dovrà altresì analizzare la

---

<sup>666</sup> Questo ovviamente non implica che l'interesse dell'appaltatore risulta del tutto sacrificato. Abbiamo infatti evidenziato come la sua posizione sia tutelata mediante la previsione di un compenso aggiuntivo per le variazioni apportate e, in alcuni casi, tramite la previsione di un diritto di recesso.

<sup>667</sup> Si precisa che la revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo del prezzo complessivo.

dinamica dei rapporti tra le parti, per comprendere se effettivamente sussistano i presupposti per poter procedere all'applicazione analogica dell'istituto della revisione del prezzo. Se poi si considera la diffusione nella prassi giuridica dell'appalto e dei contratti a questo simili, il modello delineato dall'art. 1664 c.c. appare effettivamente in grado di risolvere molte delle ipotesi concrete in cui l'applicazione dell'art. 1467 c.c. sarebbe inopportuna.

Sono quindi evidenti le ragioni per cui l'orientamento sopra esposto appare, a parere di chi scrive, particolarmente convincente sotto diversi punti di vista.

In primo luogo, questo ha il pregio di soddisfare l'esigenza evidenziata in apertura, ossia quella di garantire la conservazione del vincolo contrattuale a fronte di un'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione verificatasi nell'ambito dei contratti di lunga durata: una finalità che è raggiunta senza travisare o stravolgere il dato letterale di disposizioni di legge<sup>668</sup>.

Inoltre, il sistema di gestione delle sopravvenienze così delineato ha il vantaggio di prevedere due diversi modelli idonei a soddisfare le differenti esigenze di tutela che emergono nella prassi: in relazione ai contratti ove è possibile rintracciare una dinamica tra le parti simile a quella che caratterizza l'appalto, troverà applicazione l'art. 1664 c.c., che garantisce la conservazione del vincolo contrattuale e prevede un riequilibrio delle prestazioni oggetto di contratto; negli altri casi, invece, opererà l'art. 1467 c.c., il quale da una parte tutela il contraente danneggiato dalla sopravvenienza mediante la possibilità di ottenere la risoluzione del contratto, mentre dall'altra consente all'altro contraente di evitare lo scioglimento del vincolo contrattuale mediante il meccanismo disciplinato dal terzo comma. Siffatta impostazione, inoltre, ha il pregio di determinare con chiarezza l'ambito di operatività dei due diversi rimedi della risoluzione e dell'adeguamento, senza che la scelta tra questi sia rimessa alla discrezionalità del giudice o interamente all'iniziativa delle parti<sup>669</sup>.

---

<sup>668</sup> Si pensi all'orientamento che configura un obbligo a rinegoziare sulla base del terzo comma dell'art. 1467 c.c. o alla ricostruzione che afferma addirittura l'applicabilità del rimedio dell'esecuzione in forma specifica a fronte dell'inadempimento di un obbligo a rinegoziare.

<sup>669</sup> Si tratta della critica che è stata mossa all'art. 1195 del codice civile francese – che rimette questa scelta all'iniziativa delle parti – e alle disposizioni dei sistemi di *soft law*, che invece incaricano il giudice di determinare il rimedio più idoneo al caso di specie.

Infine, un ulteriore pregio della ricostruzione in esame è che essa non contrasta con il principio di certezza del diritto: sia l'art. 1467 c.c. che l'art. 1664 c.c., infatti, descrivono le condizioni in presenza delle quali le circostanze sopravvenute possono essere considerate rilevanti<sup>670</sup>, nonché i criteri che devono essere impiegati nell'adeguamento del contratto<sup>671</sup>.

In conclusione, l'accoglimento dell'orientamento sopra esposto che sostiene l'applicabilità analogica dell'istituto della revisione del prezzo rende il sistema di gestione dell'eccessiva onerosità sopravvenuta delineato dal nostro codice effettivamente idoneo a soddisfare le esigenze di tutela che emergono nella prassi.

---

<sup>670</sup> Operazione che è in parte compiuta mediante l'impiego di espressioni generiche, ma il cui significato è stato specificato dalla giurisprudenza.

<sup>671</sup> Basti solo pensare al criterio del decimo del prezzo complessivo previsto dal primo comma dell'art. 1664 c.c.. Si tratta di una caratteristica che permette di preferire la normativa italiana rispetto alle disposizioni analizzate nell'ambito del cap. 3, par. 6.

## BIBLIOGRAFIA

**ABAS P.**, *Un nuovo diritto delle obbligazioni in Svizzera*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 3, pp. 675 e ss.

**AL MUREDEN E.**, *Le sopravvenienze contrattuali*, Padova, 2004

**ALBANO R.**, *Inapplicabilità dell'art. 1673 c.c. all'appalto di servizi*, in *Foro it.*, 1961, I, pp. 664 e ss.

**ALPA G. E FUSARO A.**, *I contratti di engineering*, in *Tratt. dir. privato* diretto da P. RESCIGNO, XI, 2<sup>a</sup> ed. Torino, 2000

**ALPA G. E MARTINI R.**, voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Digesto, Discipline privatistiche, civile*, Torino, 1995

**ALPA G.**, *Sulla riforma del diritto dei contratti in Francia: una lettura sinottica del project e della Ordannance*, 3 maggio 2016, consultabile al sito [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com).

**ALPA G.**, voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXI, Roma, 1990

**AMORE G.**, *Appalto e claim*, Padova, 2007

**ARATA F.**, *Variazioni in corso d'opera ed effetti sulle condizioni originarie del contratto*, in *I contratti*, 2013, 2, pp. 145 ss.

**AURICCHIO A.**, *Autorizzazione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959

**BANDIERA F.M.**, *L'appalto come contratto a esecuzione prolungata*, in *Codice dell'appalto privato* di A. LUMINOSO, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2016

**BANDIERA F.M.**, *Possibilità, liceità, determinatezza e determinabilità dell'opera e del servizio*, in *Codice dell'appalto privato*, a cura di A. LUMINOSO, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2016

**BARCELLONA M.**, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. Dir. priv.*, 2003, pp. 492 e ss.

**BARELA V.**, *Risoluzione del contratto in Francia: nuove prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 2, pp. 10385 e ss.

**BELFIORE A.**, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Milano, 1988

**BELLANTUOMO G.**, *Indeterminatezza dell'oggetto e incompletezza contrattuale*, in *Foro it.*, 2007, I, pp. 1699 ss.

**BELLODI L.**, *Le clausole di "hardship" e di "forza maggiore"*, in *Gazzetta valutaria e del commercio internazionale*, 1989, 12, pp. 741 e ss.

**BENEDETTI A.M.**, *L'appalto: nozione*, in *L'appalto pubblico e privato*, a cura di V. DI GREGORIO, Torino, 2013

**BERTOLOTI A.**, *Appalto di servizi, L'appalto privato, Trattato*, diretto da M. COSTANZA, Torino, 2000

**BIANCA C.M.**, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000

**BONELL M.J.**, *I principi Unidroit. Un approccio moderno al diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, pp. 231 e ss.

**BOSELLI A.**, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952

**BOTTARELLI D.**, *Gli effetti delle variazioni ex art. 1659 e 1661 c.c. sul termine di consegna e sulla relativa clausola penale*, in *Obbl. e contr.*, 2012, pp. 421 e ss.

**CAGNASSO O. E COTTINO G.**, *Contratti commerciali*, in *Tratto di diritto commerciale diretto da G. COTTINO*, IX, Padova, 2009

**CAGNASSO O.**, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano, 1979

**CAGNASSO O.**, *Appalto nel diritto privato*, I, Torino, 1987

**CAGNASSO O.**, *Contratti commerciali*, *Trattato di diritto commerciale diretto da G. COTTINO*, IX, Padova, 2000

**CAGNASSO O.**, *La concessione di vendita. Problemi di qualificazione*, Milano, 1983

**CAMARDI C.**, *Economie individuali e connessione contrattuale*, *Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997

**CANNATA C.A.**, voce *Oggetto del contratto*, *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1979

**CAPPAI F.**, *Appalti di opere e servizi*, in *Codice dell'appalto privato* di A. LUMINOSO, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2016

**CARAI M.** *Responsabilità dell'appaltatore nella costruzione di manufatti sotterranei per difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche*, in *I contratti*, 2015, 2, pp. 169 e ss.

**CARBONETTI F.**, voce *Clausole di indicizzazione*, in *Dizionario del diritto privato*, I, *Diritto civile*, a cura di N. IRTI, Milano, 1980

**CAREDDA V.**, *Determinazione del corrispettivo*, in *Codice dell'appalto privato* di A. LUMINOSO, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2016

**CAREDDA V.**, *Il progetto*, in *Codice dell'appalto privato* di A. LUMINOSO, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2016

- CARNEVALE C. E TROTTA G.**, *Appalto pubblico e privato*, Milano 1978
- CARNEVALE C. E TROTTA G.**, in *L'appalto, rassegna di giurisprudenza commentata* diretta da A. JANNUZZI, Milano, 1978
- CASTELLI L.**, *L'obbligo di rinegoziazione*, in *I contratti*, 2016, 2, pp. 185 e ss.
- CASTRONOVO C.**, *Il contratto nei "Principi di diritto europeo"*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, pp. 787 e ss.
- CATAUDELLA A.**, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966
- CATRICALÀ A.**, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, a cura di C. RUPERTO, *Libro IV – delle obbligazioni*, Tomo VII, Milano, 2005
- CAVALLO BORGIA R.**, *Il contratto di engineering*, Padova, 1992
- CERVALE M.C.**, *La struttura dell'appalto*, in *I contratti di appalto privato*, a cura di V. CUFFARO, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO E E. GABRIELLI, Milano, 2011
- CERVALE M.C.**, *La struttura dell'appalto*, in *I contratti di appalto privato*, a cura di V. CUFFARO, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO E E. GABRIELLI, Milano, 2011
- CESARO V.M.**, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000
- CHIAPPETTA G.**, *Azioni dirette e tangibilità delle sfere giuridiche*, Napoli, 2000
- CHINDEMI D.**, *Revisione dei prezzi nell'appalto fra privati*, in *Foro pad.*, 1993, II, pp. 2 e ss.
- CIANFLONE A. E GIOVANNINI G.**, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1957

**CIANFLONE V.A – GIOVANNINI G.**, *Appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003

**COMENALE PINTO M.M.**, *L'appalto di servizi nelle case albergo in Giust. civ.*, 1991, I, pp. 79 e ss.

**CORRIAS P.**, *Ritardo imputabile, eccessiva onerosità e principio di autoresponsabilità nell'appalto*, in *Riv. giur. sarda*, 1992, pp. 652 e ss.

**CORTESE P.**, *La nullità del contratto d'appalto per indeterminatezza dell'oggetto*, in *Riv. trim. app.*, 2007, pp. 1014 e ss.

**COSTANZA M.** (diretto da), *L'appalto privato*, Torino, 2000

**COSTANZA M.**, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in *Aa.Vv., Inadempimento, adattamento e arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi. Diritto e prassi negli scambi internazionali*, Milano, 1992

**COSTANZA M.**, *Il contratto atipico*, Milano, 1981

**CRISCUOLO F.**, *Adeguamento del contratto e poteri del giudice*, in *Il nuovo diritto dei contratti*, a cura di F. DI MARZIO, Milano, 2004

**CUFFARO V.**, *I contratti di appalto privato*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO E E. GABRIELLI, Milano, 2011

**D'AMICO J.V.**, *Sull'applicabilità dell'art. 614 c.p.c. ai provvedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 3, pp. 713 e ss.

**D'ANDREA S.**, *L'offerta di equa modificazione del contratto*, Milano, 2006

**DE GREGORIO V.**, *L'appalto privato e pubblico*, Torino, 2013



**DE NOVA G.**, *I Principi Unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali*, in *Contratti*, pp. 5 e ss.

**DE TILLA M.**, *L'appalto privato*, Milano, 2007

**DELLACASA M.**, *Il tipo e la struttura*, in *Trattato dei contratti, III, Opere e servizi – I*, diretto da V. ROPPO, Milano, 2014,

**DEVOTO L.**, *L'obbligazione ad esecuzione continuata*, Padova, 1943

**DI GREGORIO V.**, *Le Variazioni*, in *Trattato dei contratti* diretto da V. ROPPO, Milano, 2014

**DI GREGORIO V.**, *Onerosità sopravvenuta dell'esecuzione e sorpresa geologica*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. ROPPO, Milano, 2014

**DI MAJO A.**, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX Milano, 1979

**DI MAJO A.**, *Prime note di raffronto tra i Principi dell'Unidroit ed il sistema contrattuale italiano*, in *Contr. e impr. – Europa*, I, pp. 316 e ss.

**F. AZZARI**, *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili, il revirement della suprema corte*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, pp. 1177 e ss.

**FARNETI M.**, *Convinzioni (incrollabili?) della Cassazione in materia di clausole sul ius variandi*, in *Obb. e contr.*, 2009, pp. 123 e ss.

**FERRI G.B.**, *Il ruolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli usi nei Principi dell'Unidroit*, in *Contr. e impr – Europa*, 1996, pp. 825 e ss.

**FICI A.**, *Il contratto "incompleto"*, Torino, 2005

**FRANCESCHELLI V.**, *L'appalto come contratto a struttura elastica*, in *Contratti*, 4, 1994, pp. 385 e ss.

**FRANZONI M.**, *Degli effetti del contratto – Artt. 1374-1381*, in *Il codice civile commentato*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1999

**FRIGNANI A.**, *Le clausole di hardship*, in Aa. Vv., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi. Diritto e prassi negli scambi internazionali*, Milano, 1992

**FRIGNANI A.**, voce *Hardship clause*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, VI, Torino, 1991

**GABRIELLI E.**, *Commentario* diretto da P. SCHLESINGER, *artt. 1346-1349*, Milano, 2001

**GABRIELLI E.**, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone*, XIII, Torino, 2012

**GAETA M.M.**, *Appalto a corpo e determinazione delle opere*, in *Contratti*, 2006, 10, pp. 916 e ss.

**GALGANO F.**, *Diritto civile e commerciale, Le obbligazioni e i contratti*, II, 1, Padova, 2004

**GALGANO F.**, *Le obbligazioni e i contratti*, II, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 1993

**GALLO P.**, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992

**GALLO P.**, *Trattato del contratto*, III, Torino, 2010

**GALLO P.**, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VII, Torino, 1991

**GAMBINI M.**, *L'esecuzione del contratto*, in *I contratti di appalto privato*, a cura di V. CUFFARO, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO E E. GABRIELLI, Milano, 2011

**GAMBINO F.**, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004

**GENTILI A.**, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impresa*, 2003, pp. 720 e ss.

**GHIRONI A.**, *Variazioni necessarie del progetto*, in *Codice dell'appalto privato*, a cura di A. LUMINOSO, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2016

**GIANNATTASIO C.**, *L'appalto*, Milano, 1977

**GORNI A.**, *Le clausole di rinegoziazione*, in Aa. Vv., *Il conflitto del conflitto del golfo e i contratti d'impresa, Esecuzione, adattamento e risoluzione in uno scenario di crisi*, Milano, 1992

**GUERINONI E. – MANIACI A.**, *Clausola di hardship e compatibilità con l'ordinamento italiano*, in *Dir. prat. soc.*, 1999, 24, pp. 25 e ss.

**INZITARI B.**, *Clausole monetarie*, in *La moneta. La valuta*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da F. GALGANO, VI, Padova, 1983

**IORIO G.**, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008

**IRTI N.**, voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Novissimo digesto*, XI, Torino, 1965

**IUDICA G.**, *Appalto pubblico e privato, problemi e giurisprudenza attuali*, Padova, 1997

**KURKDJIAN V.**, *Le clausole di adeguamento nei contratti di lunga durata*, in *Commercio internazionale*, 1992, 2, pp. 83 e ss.

**LANDINI S.**, *Volontarietà dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contratto e impresa*, 2016, 1, pp. 190 e ss.

**LIPARI M.**, *Il rischio nell'appalto e l'alea normale nel contratto*, in *Giust. civ.*, 1986, II, pp. 223 ss

**LORDI L.**, *Istituzioni di diritto commerciale*, II, Padova, 1943

**LORIZIO U.**, *Il contratto di appalto*, Padova, 1939

**LUMINOSO A.**, *Codice dell'appalto privato*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2016

**MACARIO F.**, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996

**MACARIO F.**, *Determinazione giudiziale del corrispettivo nei contratti di durata e tutela cautelare atipica*, in *Foro it.*, 1996, I, pp. 710 e ss.

**MACARIO F.**, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, in *Appalto pubblico e privato, problemi e giurisprudenza attuali* a cura di G. IUDICA, Padova, 1997

**MACARIO F.**, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 3, 2014, pp. 825 e ss.

**MAGRÌ E.**, *Le varianti*, in *L'appalto privato, Trattato diretto da M. COSTANZA*, Torino, 2000

**MANGINI V. E IACUANIELLO BRUGGI M.**, *Il contratto di appalto in Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da W. BIGIAMI*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1997

**MANNINO V.**, *Il mutamento di circostanze e l'obbligo di rinegoziazione*, *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. CASTRONOVO E S. MAZZAMUTO, II, Milano, 2007

**MARASCO G.**, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto* in *Contr. e impr.*, 2005, pp. 549 e ss.

**MASCARELLO C.**, *Il contratto di appalto*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di P. CENDON, Milano, 2002

**MAUCERI T.**, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Eu. e dir. priv.*, 2007, pp. 1099 e ss.

**MAZEAUD D.**, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 10432 e ss.

**MAZEAUD D.**, *Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen du contrat*, 2007, 42, pp. 2693 e ss.

**MEMMO D.**, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. e impr.*, 2004, pp. 820 e ss

**MERUZZI G.**, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002

**MESSINEO F.**, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, 8<sup>a</sup> ed., Milano, 1953

**MIGLIETTA M. E MIGLIETTA A.**, *L'appalto privato*, Torino, 2006

**MIRABELLI G.**, *Dei contratti in generale*, Torino, 1980

**MIRABELLI G.**, *Dei singoli contratti*, 2<sup>s</sup> ed., in *Commentario Utet*, IV, t. 3, Torino, 1962

**MOROZZO DELLA ROCCA F.**, *L'appalto nella giurisprudenza*, Padova, 1972

**MOSCARINI L.V.**, *Il contratto di appalto e le figure affini*, in *I contratti di appalto privato*, a cura di V. CUFFARO, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO E E. GABRIELLI, Milano, 2011

**MUSOLINO G.**, *Le variazioni dell'opera o del servizio nel contratto di appalto*, in *Riv. trim. appalti*, 2002, pp. 9 e ss.

**OPPO G.**, *I contratti di durata*, I, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, pp. 143 e ss.

**OSTI G.**, *La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, pp. 1 e ss.

**OSTI G.**, *Voce "contratto [concetto, distinzioni]*, in *Nuovo dig. it.*, IV, Torino, 1938

**PANETTA R.**, *Il contratto di appalto*, Torino, 2016

**PATTI F.P.**, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *I contratti*, 2012, 7, pp. 575 e ss.

**PATTI S.**, [a cura di] *Codice civile tedesco*, Milano, 2005

**PENNASILICO M.**, *Il corrispettivo*, in *I contratti di appalto privato*, a cura di V. CUFFARO, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO E E. GABRIELLI, Milano, 2011

**PENNAZIO R.**, *Rischio e sopravvenienze*, Napoli, 2013

**PERON S.**, *Ius variandi nel contratto d'appalto*, in *Obblig. e contr.*, 2009, pp. 66 e ss.

**PIGNALOSA M.P.**, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, *Nuova giur. civ. e comm.*, 2015, pp. 420 e ss.

**PISU A.**, *Onerosità e difficoltà nell'esecuzione*, in *Codice dell'appalto privato*, a cura di A. LUMINOSO, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2016

**PISU A.**, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli, 2017

**POLIDORI S.**, *Appalto* in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, IV, Napoli, 2015

**QUADRI E.**, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973

**QUADRI E.**, *Le clausole monetarie. Autonomia e controllo nella disciplina dei rapporti monetari*, Milano, 1981

**RESCIGNO P.** [a cura di], *Codice civile*, Tomo I, 10<sup>a</sup> ed., Milano, 2018

**RESCIGNO P.**, *Appalto (diritto privato)*, *Enciclopedia giuridica Treccani*, II, 1, Roma, 1988

**RESCIGNO P.**, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano. Considerazioni conclusive*, in Aa. Vv., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi. Diritto e prassi negli scambi internazionali*, Milano, 1992

**RICCIO A.**, *Dell'eccessiva onerosità – artt. 1467-1469*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna, 2010

**ROPPO V.**, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2011

**RUBINO – SAMMARTANO M.**, *Appalti di opere e contratti di servizi (in diritto privato)*, Padova, 2006

**RUBINO D. E IUDICA G.**, *Appalto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna, 2007

**RUBINO D.**, *L'appalto*, 4<sup>a</sup> ed., con note di E. MOSCATI, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, VII, 3, Torino, 1980

**RUSSO E. E CRIACO C.**, *L'appalto privato*, Torino, 2005

**SABATO R.**, *La sopravvenienza nell'appalto privato*, in *Nuova giur. civ.*, 1992, II, pp. 9 e ss.

**SACCO R. E DE NOVA G.**, *Il contratto*, in Trattato diretto da R. SACCO, II, Torino, 1993

**SACCO R.**, *I rimedi per le sopravvenienze*, in R. SACCO E G. DE NOVA, *Il contratto*, 4<sup>a</sup> ed., Torino, 2016

**SACCO R.**, in R. SACCO E G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. dir.* da R. SACCO, II, Torino, 1993

**SALOMONE L.**, *I contratti di pubblicità*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI E P. RESCIGNO, III, *Obbligazioni*, 3, Milano, 2009

**SANDULLI M.**, *Osservazioni in tema di prova delle variazioni al progetto di appalto*, in *Riv. giur. edil.*, 1966, I, pp. 761 e ss.

**SANGIORGI S.**, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965

**SCACCHI A.**, *Appalto: I) Diritto privato (voce aggiornata)*, *Enciclopedia giuridica Treccani*, II, Roma, 2006

**SCARPA D.**, *Ricostruzione ermeneutica della hardship clause nel diritto positivo italiano*, in *Contr. e impr.*, 2013, pp. 951 e ss.

**SCHLESINGER P.**, *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, pp. 24 e ss.

**SCOGNAMIGLIO R.**, *Contratti in generale*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1970

**SICCHIERO G.**, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impresa*, 2002, pp. 791 e ss.



**SIRENA P.**, *Le modificazioni unilaterali*, in *Tratt. del contratto*, diretto da V. ROPPO, III, *Effetti*, cura di M. COSTANZA, Milano, 2006

**SPANGARO A.**, *Appalto: variazioni dell'opera e rappresentanza del direttore dei lavori* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, VI, pp. 735 e ss.

**STOLFI M.**, *Appalto-Trasporto*, in *Tratt. Dir. Civ.* diretto da G. GROSSO e F. SANTORO PASSARELLI, Milano, 1966

**STOLFI M.**, *Appunti critici sui contratti di durata*, in *Studi in memoria di scorza*, Roma, 1940

**TARTAGLIA P.**, *Eccessiva onerosità ed appalto*, Milano, 1983

**TARTAGLIA P.**, *L'adeguamento del contratto alle oscillazioni monetarie*, Milano, 1987

**TARTAGLIA P.**, voce *Onerosità eccessiva*, in *Enc. dir.*, Milano, 1980

**TERRANOVA C.G.**, *Appalto privato e rimedi dell'onerosità sopravvenuta*, in *L'appalto privato*, diretto da M. COSTANZA, Torino, 2000

**TERRANOVA C.G.**, *L'eccessiva onerosità nei contratti, artt. 1467-1469 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, a cura di P. SCHLESINGER, Milano, 1995

**TRUBIANI F.**, *La rinegoziazione contrattuale nel diritto privato europeo*, in *Obb. e contr.*, 2012, 2, pp. 135 e ss.

**TUCCARI E.**, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018

**TULLIO L.**, *Una fattispecie improponibile: l'appalto di servizi di trasporto*, in *Dir. trasporti*, 1993, 1, pp. 92 e ss.

**UGAS A.P.**, *Variazioni concordate del progetto*, in *Codice dell'appalto privato*, a cura di A. LUMINOSO, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2016

**VIRGADAMO P.**, *Variazioni in corso d'opera nel contratto di appalto e rinegoziazione delle condizioni contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2008, 2, pp. 9 ss.

**VITA LEVI M.**, *Della locazione di opere e più specialmente degli appalti*, Torino, 1876

**VOLTAGGIO – LUCCHESI F.**, *Contratto d'appalto e contratto d'opera*, in *Giust. civ.*, 1955, I, pp. 558 e ss.

**VON BAR C., E. CLIVE, H. SCHULTE- NOLKE, H. BEALE, J. HERRE, J. HUET, P. SCHLECHTRIEM, M. STORME, S. SWANN, P. VARUL, A. VENEZIANO, F. ZOLL**, *Principles, definitions and model rules of european private law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full edition, I*, Monaco, 2009

**ZUDDAS G.**, *Organizzazione dei mezzi necessari*, in *Codice dell'appalto privato*, a cura di A. LUMINOSO, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2016