

## LE ASIMMETRIE DELL'ART. 1662 COD. CIV.

di GIOVANNI IUDICA

SOMMARIO: 1. Le asimmetrie dell'art. 1662 cod. civ. – 2. Il diritto potestativo del committente di controllo e verifica. – 3. Il diritto potestativo del committente di risolvere il contratto. – 4. Limiti al potere del committente.

1. *LE ASIMMETRIE DELL'ART. 1662 COD. CIV.* Nella parte generale del contratto, l'inadempimento dei contratti sinallagmatici è regolato da un'unica disciplina che vale per entrambi i contraenti. Ciascuno di essi può avvalersi delle regole di cui agli artt. 1453 ss. I contraenti, in caso di patologia del rapporto, di vizio funzionale della causa, hanno a disposizione gli stessi strumenti: combattono ad armi pari.

Viceversa nell'appalto è prevista una disciplina più articolata e comunque asimmetrica, in ragione del fatto peculiare che il contratto è di durata, a esecuzione prolungata, e che la natura dell'interesse alla realizzazione dell'opera o del servizio secondo le regole dell'arte e secondo i modi e i tempi concordati, di cui è portatore soprattutto il committente, pretende una considerazione particolare. È ragionevole ritenere che il legislatore del 1942, pur scrivendo norme riguardanti l'appalto *privato*, fosse consapevole che quella disciplina sarebbe stata considerata come base operante anche per regolare i rapporti tra le parti pure negli appalti *pubblici*, ed è lecito supporre che, consciamente o inconsciamente, avesse comunque l'idea di un committente (ente pubblico territoriale, ente pubblico economico, ecc.) portatore di un interesse in qualche modo dominante rispetto a quello di controparte <sup>(1)</sup>.

<sup>(1)</sup> Già nella *Prefazione* alla prima edizione del commentario breve CARULLO-IUDICA, *Appalti pubblici e privati*, Cedam, 2012, scrivevamo: «L'appalto, un po' come il *Dangling Man* di Saul Bellow, alla perenne ricerca di se stesso, è in bilico tra la fondamentale vocazione privatistica del contratto e l'altrettanto fondamentale necessità che la disciplina del rapporto negoziale sia declinata in modo coerente con la natura pubblica del committente negli appalti pubblici».

Una prima asimmetria si nota tra la disciplina speciale di risoluzione riguardante il momento finale e conclusivo del rapporto e cioè l'ipotesi di opera finita (art. 1668 cod. civ.) <sup>(2)</sup> e quella che riguarda invece il caso in cui l'opera sia ancora *in progress* (art. 1662 cod. civ.). Ma anche in quest'ultima ipotesi, cioè nella fase dell'esecuzione del contratto, l'inadempimento è disciplinato, appunto, come si diceva, in maniera asimmetrica.

Questa seconda asimmetria consiste nel fatto che durante l'attuazione del rapporto gli inadempimenti delle parti sono regolati da disci-

<sup>(2)</sup> L'art. 1668 cod. civ., limita drasticamente il potere del committente di chiedere la risoluzione del contratto d'appalto per inadempimento dell'appaltatore. Presupposto dell'art. 1668 è, infatti, non già l'inadempimento di non scarsa importanza come previsto dal combinato disposto degli artt. 1453-1455, bensì un inadempimento tale per cui l'opera risulti «del tutto inadatta alla sua destinazione». Sia la dottrina che la giurisprudenza (si veda, in proposito, RUBINO-IUDICA, *Appalto*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 2007, *sub* art. 1655, 429; LAPERIOSA, *La garanzia per vizi nella vendita e nell'appalto*, in *Giust. civ.*, 1998, II, 53; LIPARI, *La garanzia per i vizi e le difformità dell'opera appaltata: risoluzione del contratto, mancanza di qualità e aliud pro alio*, in *Giust. civ.*, 1986, I, 2942; LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, Giuffrè, 2002, 110) concordano nel ritenere che la valutazione di tale presupposto debba avvenire secondo criteri oggettivi, potendosi ricorrere a considerazioni soggettive solo qualora la possibilità di una particolare destinazione sia espressamente dedotta nel contratto. La *ratio* di questa norma si coglie mettendola in relazione con quella di cui all'art. 1662. E cioè la ragione della drastica riduzione (rispetto al diritto comune) del potere del committente di chiedere la risoluzione del contratto d'appalto in sede di verifica e collaudo finale, appare compensata dalla presenza di un potere quanto mai incisivo e invasivo del committente di controllare lo svolgimento dei lavori lungo tutto il percorso della loro esecuzione e di chiedere la risoluzione del contratto per inadempimenti dell'appaltatore in corso d'opera ai sensi dell'art. 1662.

plines diverse. Gli inadempimenti del committente sono assoggettati alle regole di parte generale del contratto, e precisamente agli artt. 1453 ss. cod. civ. <sup>(3)</sup>, mentre quelli dell'appaltatore alla disciplina speciale predisposta dall'art. 1662 cod. civ. Se il committente non abbia versato all'appaltatore la rata del prezzo pattuito alla scadenza concordata, oppure non abbia consegnato tempestivamente i materiali necessari a compiere l'opera o il servizio, secondo espressa convenzione in deroga alla regola di cui all'art. 1658, l'appaltatore potrà agire secondo il diritto comune: potrà cioè chiedere, a norma dell'art. 1453, l'adempimento dell'obbligazione inadempita, ovvero, se ricorre il presupposto della gravità (la «non scarsa importanza», ex art. 1455) <sup>(4)</sup>, la risoluzione giudiziale del contratto d'appalto insieme alla richiesta di risarcimento del danno, ovvero utilizzare lo strumento della diffida ad adempiere ex art. 1454, ovvero ancora l'eccezione d'inadempimento e così via. Viceversa, con riguardo all'inadempimento dell'appaltatore, il legislatore ha ritenuto opportuno introdurre una disciplina speciale e comunque diversa rispetto a quella operante nei riguardi di controparte.

**2. IL DIRITTO POTESTATIVO DEL COMMITTENTE DI CONTROLLO E VERIFICA.** In proposito, innanzitutto, va ricordato che il comma 1°

<sup>(3)</sup> Sulla disciplina della risoluzione del contratto in generale, di cui all'art. 1453 cod. civ., e specialmente sul presupposto dell'inadempimento, si veda, nell'ambito di una letteratura assai ampia, sia trattatistica che monografica, TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Giuffrè, 2010, 80 ss.

<sup>(4)</sup> Il presupposto della gravità dell'inadempimento («la non scarsa importanza») ha suscitato ampio interesse in dottrina. Si veda, per tutti, GALLO, *Trattato del contratto*, Utet, 2010, III, 2113 ss.; NANNI, *Risoluzione per inadempimento*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 2007, sub art. 1455, 8; CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Giappichelli, 1995, *passim*; COLLURA, *L'importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Giuffrè, 1992; AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, nel *Trattato del contratto*, diretto da ROPPO, Giuffrè, 2006, 123 ss.; SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, nel *Commentario Schlesinger*, 2007, sub art. 1455; ROPPO, *Il contratto*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2011, 2a ed., 875 ss.

dell'art. 1662 attribuisce al committente un penetrante potere di controllo dell'andamento dei lavori e di verifica che l'esecuzione proceda nel rispetto del contratto e secondo le regole dell'arte. Il committente ha facoltà di ispezionare, di visionare sia le attrezzature sia i materiali utilizzati dall'appaltatore nel processo di costruzione, sia il processo stesso e la costruzione che ne risulta e, soprattutto, quando, dove e come effettuare il suo controllo. Si tratta di un potere del committente che ha la natura tipica del diritto potestativo, nei confronti del quale l'appaltatore si trova in una condizione di sostanziale soggezione. È appena il caso di dire che si tratta di un potere, di una facoltà, non di un obbligo del committente verso l'appaltatore. Quest'ultimo non può pretendere che la controparte eserciti il suo potere, né tanto meno potrà imporre al committente i tempi e i modi per realizzare il controllo e la verifica. Tuttavia è normale che l'appaltatore, posto dinanzi alla necessità di compiere scelte importanti, possa chiedere al committente una preventiva approvazione e per contro può essere il committente stesso a chiedere all'imprenditore di sottoporre alla sua approvazione preventiva taluni *input* di particolare momento nel processo di costruzione. Lo scopo della norma in esame è di consentire al committente di intervenire in tempo, costringendo l'appaltatore a porre rimedio subito, durante l'esecuzione, a errori o a violazioni del capitolato o delle regole dell'arte, onde evitare che al momento del collaudo finale possano verificarsi sorprese, alle quali sarebbe magari impossibile o troppo costoso porvi rimedio. Si tratta di un potere il cui esercizio svolge una funzione preventiva di tutela della stazione appaltante contro il «semplice pericolo attuale di un inadempimento futuro» <sup>(5)</sup>.

Il diritto di controllo del committente appare in rapporto dialettico con il potere decisio-

<sup>(5)</sup> RUBINO-IUDICA, *Appalto*, cit., 304. In tema si veda, altresì, MARINELLI, *La verifica dell'opera e la garanzia per vizi e difetti*, in COSTANZA (a cura di), *L'appalto privato*, Utet, 2000, 106 ss.; MUSSO, *Commento all'art. 1662*, in CARULLO-IUDICA, *Appalti pubblici e privati*, cit., 64 ss.; PERRECA, *Commento all'art. 1662*, in LUMINOSO (a cura di), *Codice dell'appalto privato*, Giuffrè, 2010, 445 ss.

nale dell'appaltatore, posto che quest'ultimo ha pur sempre interesse a eseguire in piena autonomia il lavoro commissionato, essendo suoi i mezzi, i fattori della produzione, ed essendo suo il rischio d'impresa<sup>(6)</sup>. Il diritto del committente al controllo e alla verifica in corso d'opera dovrà allora conciliarsi con le esigenze economiche e tecniche dell'imprenditore. Il committente non potrà esercitare il suo diritto in maniera vessatoria, abusando della sua posizione di supremazia, con la conseguenza di creare fastidi, turbative o disagi, non giustificati o non ragionevoli, nell'esecuzione dei lavori. Il potere di controllo e verifica, per quanto ampio ed esteso, per quanto cioè di natura potestativa, non potrà non essere esercitato secondo la regola della lealtà e della collaborazione verso la controparte, e cioè secondo la regola della buona fede e della correttezza. È insomma normale, ed è ciò che accade nella stragrande maggioranza dei casi, che tra committente e appaltatore s'instauri un rapporto di operosa e costruttiva collaborazione. E se il controllo dovesse produrre l'effetto oggettivo di determinare un ritardo nell'adempimento, il fatto non potrà essere ignorato o restare senza conseguenze e l'appaltatore avrà diritto a una corrispondente proroga del termine finale<sup>(7)</sup>.

I rapporti tra diritto potestativo di controllo del committente e potere dell'appaltatore di realizzare l'opera esercitando la sua autonomia imprenditoriale, nonché il loro ambito, la loro circonferenza e, insomma, i loro limiti, potranno anche essere opportunamente precisati in maniera analitica nel contratto. E così le parti, di comune accordo, potranno prevedere modalità più penetranti di verifica per maggior sicurezza della stazione appaltante man mano che l'opera o il servizio procede nella sua esecuzione, oppure viceversa potranno limitare, in misura più o meno ampia, il potere del committente a tutto vantaggio dell'autonomia del-

l'appaltatore. Il committente potrà anche validamente concordare di ridurre al minimo il suo potere d'ingerenza e di verifica dei lavori in corso, ritenendo di poter riporre la massima fiducia nell'onestà, nella bravura, nelle capacità tecniche e imprenditoriali dell'appaltatore e dei suoi collaboratori. Oppure perché il committente, in ipotesi, non ha forza contrattuale sufficiente per resistere o per opporsi alla pretesa dell'imprenditore di eseguire l'appalto senza le ingerenze, più o meno invasive, di controparte. Se da un lato l'appaltatore si trova in una situazione di soggezione nei confronti del diritto potestativo del committente, dall'altro lato il titolare di questo diritto potrà esercitarlo o meno secondo le sue convenienze. Pertanto non sembra, a rigore, potersi escludere di considerare valida pure una clausola con la quale il committente rinuncia, per un periodo più o meno lungo, durante i lavori, oppure addirittura sino al collaudo finale, di esercitare il suo potere di verifica<sup>(8)</sup>. In tal caso il committente si assumerà per intero un rischio che avrebbe potuto evitare esercitando il controllo in corso d'opera: *imputet sibi*.

È appena il caso di notare che la verifica ex art. 1662 va tenuta ben distinta dalla verifica finale e liberatoria effettuata al momento conclusivo del collaudo ai sensi dell'art. 1665. Il

---

<sup>(8)</sup> Secondo RUBINO-IUDICA, *Appalto*, cit., 301, tuttavia, «Una eventuale clausola del contratto che escluda il diritto del committente di controllare e verificare i lavori in corso di esecuzione sarebbe nulla, perché contraria alla natura del rapporto». Nel senso del testo si era espressa, peraltro, una risalente giurisprudenza (APP. CATANIA, 29.1.1955, in *Mass. Giust. civ.*, 1955). Ora, a ben vedere, appare una petizione di principio invocare la «natura del rapporto», cioè il fatto che il contratto sia di durata, ad esecuzione prolungata, per sostenere la tesi della nullità del patto che limiti il potere del committente. Il fatto che il contratto abbia natura di durata non costituisce un ostacolo alla autonomia delle parti, alle quali non sembra potersi precludere la possibilità di disciplinare i loro rapporti come meglio credono pure durante la fase della esecuzione, senza che «la natura» di durata del contratto venga in alcun modo in questione o addirittura pregiudicata. Il diritto potestativo non è un diritto irrinunciabile e a maggior ragione dovrà ritenersi un diritto che potrà essere modellato dalle parti secondo le rispettive esigenze.

---

<sup>(6)</sup> L'appaltatore è un imprenditore, la cui autonomia si esercita nell'organizzare i fattori della produzione in maniera da governare il rischio d'impresa, in vista di ottenere un profitto (RUBINO-IUDICA, *Appalto*, cit., 14 ss.).

<sup>(7)</sup> RUBINO-IUDICA, *Appalto*, cit., 309; LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto*, cit., 167; MUSSO, *Commento*, cit., 68.

controllo in corso d'opera consente bensì al committente di verificare l'andamento dei lavori nella loro progressione, ma non gli preclude, in sede di collaudo finale, di far valere vizi o difformità anche riguardanti parti già verificate in corso dei lavori. E anche nel caso in cui il committente avesse rinunciato, per espresso accordo con l'imprenditore oppure per sua decisione unilaterale, a eseguire le verifiche *ex art. 1662*, ciò non significa rinuncia alla verifica finale e neppure significa accettazione aprioristica dell'opera senza riserve con conseguente liberazione dell'appaltatore da ogni responsabilità<sup>(9)</sup>.

L'imprenditore, avvalendosi degli strumenti del diritto comune, potrà sempre opporsi a violazioni, a ingerenze, a invasioni nella sua sfera giuridica di autonomia, qualora queste ultime fossero ingiustificate o intollerabili o irragionevoli. Nel caso estremo, l'appaltatore non potrà recedere dal contratto (essendo tale potere riservato solo al committente *ex art. 1671*), né potrà avvalersi del rimedio risolutorio previsto dall'*art. 1662* (anch'esso riservato al solo committente), ma potrà chiedere la risoluzione del contratto *ex art. 1453*, per fatto e colpa della controparte, oltre al risarcimento del danno, per avere il committente superato, in maniera non trascurabile, i limiti del suo potere<sup>(10)</sup>.

**3. *IL DIRITTO POTESTATIVO DEL COMMITTENTE DI RISOLVERE IL CONTRATTO.*** Il potere del committente di controllo e di verifica dei lavori in corso d'esecuzione è accompagnato dalla possibilità di avvalersi di una sanzione quanto mai energica ed estrema nei confronti dell'appaltatore inadempiente: la risoluzione del contratto d'appalto.

Va detto, tuttavia, che nella stragrande maggioranza dei casi, direi nella normalità dei casi, il committente che accerta, nel corso della sua verifica, la presenza di un vizio o di un difetto o di una difformità dell'opera rispetto al capi-

tolato o alle regole dell'arte inviterà in maniera amichevole l'appaltatore a porre rimedio alla sua difettosa esecuzione e di solito l'appaltatore, in spirito di reciproca e leale collaborazione con la stazione appaltante, provvederà spontaneamente a risolvere l'incaglio. In questi casi *nulla quaestio*.

Può tuttavia accadere che l'appaltatore non dia attuazione all'invito del committente, oppure che provveda sì a rimediare ai difetti di esecuzione, ma contro voglia, oppure di malavoglia, sollevando contestazioni e adducendo pretesti, e può pure accadere che non provveda affatto ad adeguarsi alle direttive del committente e magari che tali difficoltà si ripetano più volte o addirittura in continuazione. Ciò comporta una crisi dello spirito d'intesa e di collaborazione reciproca che dovrebbe regnare tra le parti, e magari anche una perdita di fiducia del committente nei confronti dell'impresa appaltatrice.

In questi casi il committente ha a disposizione due possibilità.

La prima è di recedere dal contratto, a norma dell'*art. 1671*. Si tratta di una strada drammatica e ultimativa e oltretutto piuttosto costosa per il recedente. In caso di recesso unilaterale del committente, infatti, questi dovrà tenere indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno<sup>(11)</sup>.

La seconda è di avvalersi della sanzione prevista dall'*art. 1662*, comma 2°. Si tratta di un rimedio che ha una struttura analoga a quella della diffida ad adempiere, ma diversi sono i presupposti e differente il modo con cui opera.

L'*art. 1454* sanziona la «parte inadempiente» e dunque è destinato a operare sul presupposto di un inadempimento in senso tecnico,

<sup>(11)</sup> Sul potere del committente di recedere dal contratto, *ex art. 1671*, si veda TESSERA, *Commento all'art. 1671*, in CARULLO-IUDICA, *Appalti pubblici e privati*, cit., 142 ss.; GIANNATTASIO, *Appalto*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, 1967, 300 ss.; RUBINO SAMMARTANO, *Appalti di opere e contratti di servizi*, Cedam, 1996, 533; DE TILLA, *L'appalto privato*, Giuffrè, 2007, 289 ss. È da notare che, trattandosi di un diritto potestativo del committente, non occorre un accertamento sulla «giusta causa» del recesso (CASS., 2.5.2011, n. 9645, in *Mass. Giust. civ.*, 2011).

<sup>(9)</sup> RUBINO-IUDICA, *Appalto*, cit., 302; PERRECA, *Commento all'art. 1662*, 447; MUSSO, *Commento*, cit., 65.

<sup>(10)</sup> RUBINO-IUDICA, *Appalto*, cit., 315; MUSOLINO, *I poteri di verifica del committente durante l'esecuzione del contratto d'appalto*, in *Riv. giur. edil.*, 2002, I, 81.

di un'inesatta realizzazione della prestazione dovuta<sup>(12)</sup>. Il comma 2° dell'art. 1662, invece, ha riguardo non già a un appaltatore che non ha realizzato esattamente la prestazione dovuta, l'*opus* o il servizio oggetto del negozio, bensì a un appaltatore che non procede, a parere del committente, secondo le norme contrattuali o secondo le regole dell'arte. L'opera è *in itinere*, i lavori sono ancora *in progress*: la prestazione è ancora in fase di esecuzione, di gestazione, di costruzione. Durante questa fase, che si protrae per un tempo più o meno lungo, non si può dire, a rigore, se alla scadenza contrattuale la prestazione giungerà a buon fine, alla sua completa e perfetta realizzazione, se l'*opus* sarà finita a regola d'arte, ovvero se, al momento del termine finale, l'obbligazione principale (quella dell'appaltatore) potrà dirsi, oppure no, tecnicamente «adempita».

L'art. 1662 non sanziona l'inadempimento del contratto, ma l'atteggiamento dell'appaltatore che si rifiuta di eseguire, o comunque che non esegue, le direttive del committente e che non pone rimedio a quei difetti o a quelle deviazioni, rispetto alle regole del capitolato o dell'arte, che il committente ha riscontrato nelle sue verifiche e nei suoi controlli in corso d'opera.

L'appaltatore che assume un atteggiamento ostile di questo genere entra in conflitto con il committente e questi, se ritiene di non riuscire a riportare l'imprenditore sui binari dai quali, a suo avviso, aveva deragliato o se perde la fiducia nella controparte, può usare le maniere forti: può assegnare all'imprenditore un «congruo termine» entro il quale questi dovrà adeguarsi alle sue direttive<sup>(13)</sup>. Se il termine trascorrerà

inutilmente, il committente potrà anche cercare con l'imprenditore un accomodamento, una nuova intesa, e se questo tentativo non dovesse riuscire, ovvero se il committente dovesse considerare il congruo termine concesso come l'ultima possibilità per l'appaltatore di rimediare alle sue mancanze, il committente potrà esercitare il suo diritto potestativo, la sua formidabile arma di autotutela privata, di provocare la risoluzione dell'intero contratto di appalto<sup>(14)</sup>. E mentre nel caso di recesso il committente dovrà rendere indenne l'appaltatore dai danni patiti quale conseguenza del recesso, nel caso in esame, tutt'altro opposto, sarà l'appaltatore a dover risarcire il committente di tutti i danni da quest'ultimo subiti.

Perché l'effetto della risoluzione possa verificarsi non basta che il committente abbia concesso all'appaltatore un congruo termine per rimediare ai riscontrati difetti di esecuzione. Occorre che l'appaltatore sia messo in grado di conoscere preventivamente le conseguenze di una sua eventuale inadempienza alle direttive del committente<sup>(15)</sup>. È del tutto normale che in seguito alle verifiche e ai controlli il committente assegni all'appaltatore un congruo termine per correggere i suoi errori. Ma perché si produca il drammatico effetto della risoluzione è indispensabile che il committente avverta l'appaltatore della conseguenza grave che fatalmente si produrrà in caso di sua inadempienza: bisogna cioè che la dichiarazione di concessione del termine sia espressamente accompagnata dalla minaccia della risoluzione. Questo è detto espressamente nell'art. 1454, ma non nell'art. 1662. Tuttavia, se la esplicita minaccia è indispensabile nel caso d'inadempimento di non trascurabile importanza del contratto, a maggior ragione tale dichiarazione appare coesenziale al diritto potestativo, e indispensabile perché questo produca il suo effetto, nel caso di semplici inadempienze nella fase di esecuzione in corso d'opera dell'obbligazione

(12) DELLACASA, *Le risoluzioni di diritto: la diffida ad adempiere*, nel *Trattato dei contratti*, diretto da ROPPO, Giuffrè, 2014, V, 2, 276 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, Giuffrè, 1994, 305 ss.; GALLO, *Trattato del contratto*, cit., III, 2159 ss.

(13) Non è previsto il termine minimo dei quindici giorni indicato dall'art. 1454 in tema di diffida ad adempiere. La congruità del termine che il committente assegna all'imprenditore dipende, dunque, caso per caso, dalla natura, dalle circostanze e dalle condizioni dell'opera in corso di esecuzione. Si veda, in proposito, GIANNATTASIO, *Appalto*, cit., 168; PERRECA, *Commento*, cit., 452. Si ritiene che il ter-

mine assegnato dal committente ex art. 1662 sia di decadenza (RUBINO-IUDICA, *Appalto*, cit., 307).

(14) EID., *op. cit.*, 305.

(15) Il committente potrà pretendere la restituzione del prezzo o degli acconti già versati all'appaltatore, oltre i danni emergenti ed eventualmente pure il lucro cessante.

quando si è ancora lontani dalla possibilità di parlare di inadempimento vero e proprio del contratto<sup>(16)</sup>.

L'appaltatore potrà opporsi alla risoluzione rivolgendosi al giudice, adducendo il motivo della non congruità del termine assegnato, oppure dei vizi formali della diffida, o comunque la non idoneità della medesima di produrre l'effetto drammatico della risoluzione. Il giudice non potrà andare più in là del semplice accertamento dell'esistenza dei presupposti in fatto del diritto del committente e la sentenza avrà natura meramente dichiarativa<sup>(17)</sup>.

Più delicato è il problema se il giudice debba valutare, come nel caso dell'art. 1454, la «gravità» dell'irregolarità dell'esecuzione dell'appaltatore e, qualora tale gravità non sussista, accertare che la iniziativa del committente non ha prodotto l'effetto della risoluzione. In proposito, innanzitutto, occorre notare che non sembra possibile valutare la «gravità» dell'inadempimento del contratto (ex art. 1455), prima ancora che sia scaduto il termine finale e finché l'obbligazione sia ancora in fase di attuazione, in perfetta simmetria con la norma della diffida ad adempiere. Si tratta di due situazioni, in fatto, del tutto differenti: l'art. 1454 si occupa di un inadempimento, in senso tecnico, dell'obbligazione alla quale l'inadempiente era tenuto; viceversa l'art. 1662 non si occupa dell'inadempimento dell'appalto, bensì del fatto che l'imprenditore non rispetta o non segue in concreto le direttive del committente in fase di esecuzione. Sicché a me pare che non si possa trasferire tutto il bagaglio di letture e d'interpretazioni sulla gravità di cui agli artt. 1454 e 1455, alla disposizione in esame, come se gli artt. 1454 e 1662 fossero sovrapponibili senza residui, come se fossero la stessa cosa. Entrambi i commi dell'art. 1662 esprimono un manifesto *favor* verso il committente e verso il suo interesse a che l'opera sia realizzata secondo i suoi piani e la sua volontà, della quale l'appaltatore appare come un mero strumento, un mezzo per poterla attuare.

<sup>(16)</sup> RUBINO-IUDICA, *Appalto*, cit., 308.

<sup>(17)</sup> MARINELLI, *La verifica dell'opera*, cit., 113 ss.; RUBINO-IUDICA, *Appalto*, cit., 305.

#### 4. LIMITI AL POTERE DEL COMMITTENTE.

D'altra parte sembra ragionevole ritenere che anche il diritto potestativo del committente, per quanto incisivo e formidabile, non possa essere esercitato *ad nutum*, senza incontrare alcun limite. Anche l'appaltatore, invero, ha risposto, nel contratto che ha stipulato, un disegno economico, una speranza di convenienze e di utilità, un'iniziativa imprenditoriale, magari anche di grande impegno per i mezzi, il capitale e il lavoro coinvolti, e ha tutto l'interesse a portare a felice compimento la sua intrapresa<sup>(18)</sup>. Sicché, ancora una volta, si tratta di conciliare, con prudenza ed equilibrio, l'interesse, pur prevalente, del committente con quello della sua controparte.

Al riguardo non sembra persuasivo affermare che il criterio della buona fede sia adeguato per limitare l'esercizio del diritto potestativo del committente. La clausola generale di buona fede, infatti, ha contenuti troppo generici ed elastici per costituire un criterio in grado di fornire una sufficiente certezza circa il suo contenuto e il suo ambito<sup>(19)</sup>. Anzi, la clausola generale di buona fede appare uno strumento che, per sua natura, offre una gamma di possibilità interpretative molto estesa, a fisarmonica, e troppo spesso, nelle decisioni di giudici poco accorti o poco sensibili nei riguardi della «certezza del diritto», si è rivelata uno strumento impiegato in modo non appropriato e a volte in maniera addirittura devastante<sup>(20)</sup>.

<sup>(18)</sup> LUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto*, cit., 167; POLIDORI, *La responsabilità dell'appaltatore. I rapporti fra disciplina generale e norme speciali nell'appalto*, Esi, 2004, 76 ss.

<sup>(19)</sup> Sulla clausola di buona fede (oggettiva) la letteratura, come noto, è assai vasta. Per tutti si veda VILLANACCI, *La buona fede oggettiva*, Esi, 2013, *passim*.

<sup>(20)</sup> MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 411 ss. In questo scritto l'a. contrappone efficacemente la figura del «contratto rugiadoso» (infarcito di buona fede, di *renseignements*, di cooperazione, di «giustizia contrattuale»), proprio della tradizione tedesca, a quella del contratto «rude» (autonomo, atipico, sfuggente alle qualificazioni, importanza estrema del testo) propria della cultura di *common law* e dominante nelle transazioni sul mercato globalizzato.

Eppure proprio il bene della «certezza del diritto» rappresenta uno degli elementi fondamentali sui quali le imprese misurano il rischio economico dell'operazione intrapresa e calcolano i costi e i benefici connessi al contratto che hanno stipulato. E va aggiunta una nota da non trascurare in un'economia sempre più transnazionale e globalizzata: la clausola generale di buona fede, che tanta e spropositata fortuna ha avuto in Italia in questi ultimi decenni, è guardata con estrema diffidenza se non addirittura con manifesta sfiducia nei paesi nordici e in quelli, che abbracciano la maggior parte del pianeta, di *common law*. Le imprese che operano sul piano internazionale, specialmente nel settore dei grandi appalti, diffidano giustamente di una clausola il cui impiego potrebbe alterare in maniera rilevante il calcolo economico divisato nel contratto <sup>(21)</sup>.

Occorre allora individuare un criterio meno volatile e più preciso e comunque più coerente con la struttura specifica dell'appalto e con l'equilibrio asimmetrico in esso contemplato. Al riguardo si può dire che se il vizio è eliminabile e l'appaltatore lo elimina tempestivamente, entro il congruo termine a lui concesso dal committente, *nulla quaestio*: il rimedio tempestivo paralizzerà l'efficacia del diritto potestativo del committente. Se invece l'imprenditore non provvede a eliminare il difetto di esecuzione riscontrato dal committente, i casi sono due. Nel primo caso, se il difetto non è eliminabile, è ragionevole ritenere che esso sia causalmente preordinato, in maniera sinistra e ineluttabile, a un inadempimento grave e definitivo quando

il termine finale sarà scaduto. Un esempio: se l'appaltatore incaricato di costruire un palazzo non ha inserito la colonna dell'ascensore, violando l'esplicita previsione contenuta nel contratto, non avrebbe senso l'eventuale pretesa dell'appaltatore di rinviare la soluzione del problema più in là, e di continuare la costruzione e arrivare al tetto. E allora non pare potersi dubitare che in questi casi il diritto potestativo esercitato dal committente produrrà in pieno il suo effetto risolutorio.

Se invece il difetto è eliminabile (ad esempio: le maniglie degli infissi non sono corrispondenti al modello contemplato nel capitolato), e l'appaltatore si riserva di porvi rimedio più in là, quando avrà tempo e modo nell'ambito della sua autonomia imprenditoriale, sembra poco persuasivo ritenere che la disponibilità dell'impresa possa essere frustrata dalla pretesa del committente, che suonerebbe arrogante e forse pretestuosa, di un intervento dell'appaltatore *illico et immediate* pena la risoluzione dell'intero appalto.

Sicché, in conclusione, sembra doversi ritenere che il criterio più persuasivo sia di riconoscere che il diritto potestativo del committente possa paralizzare l'efficacia dell'intero contratto solo quando l'appaltatore non possa o non voglia porre rimedio alle irregolarità eliminabili da lui compiute. E cioè quando il vizio (e non importa quanto grave in rapporto all'economia complessiva del contratto) non sia tecnicamente rimediabile, oppure quando l'appaltatore si rifiuta, senza ragione, di adeguarsi alle legittime direttive del committente.

---

<sup>(21)</sup> DE NOVA, *Il contratto alieno*, 2a ed., Giappichelli, 2010; IUDICA, *L'influenza della globalizzazione sul diritto italiano dei contratti*, in questa *Rivista*, 2014, II, 145.