

MICHELE GHIGGIA *

IL RECESSO DEL COMMITTENTE NEL CONTRATTO DI APPALTO (PRIVATO)

Sommario: 1. Introduzione. - 2. Le diverse fattispecie di recesso. - 3. Il recesso legale *ex* art.1671 c.c. - 4. L'esercizio del diritto di recesso. - 5. Responsabilità contrattuale da atto lecito: la natura dell'indennizzo. - 6. La quantificazione dell'indennizzo.

1. Introduzione.

L'art.1372 c.c., nel capo relativo agli *“effetti del contratto”*, si occupa di ricordare all'operatore del diritto, e invero a chiunque si avvicini alla sottoscrizione di un contratto, la regola per cui *“il contratto ha forza di legge tra le parti”*.

Quale che sia la strada che si scelga di seguire nell'interpretazione della norma¹, è indubbio che tutte le ipotesi di recesso unilaterale sconvolgono questa regola e devono perciò essere interpretate con grande attenzione.

L'art.1671 c.c., in materia di appalto, integra difatti una vistosa regola al principio di immutabilità del contratto ammettendo che questo possa essere terminato dall'iniziativa unilaterale del committente, il quale – come si vedrà

* Avvocato.

¹ Vi è difatti chi la ricorda come una norma *“del tutto pleonastica e di sapore teorico”* F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, p.759 e chi, all'apposto, la saluta ancora con favore, in quanto designa *“il principio che il contratto è sì frutto, per ciascuna delle parti, di un atto di autonomia privata, che esse possono compiere o non compiere, ma una volta che l'accordo si sia validamente perfezionato le parti sono tenute a rispettarlo allo stesso modo in cui sono tenute a rispettare la legge”*: F. GALGANO – G. VISINTINI, *Degli effetti del contratto – della rappresentanza – del contratto per persona da nominare*, in F.GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, Bologna – Roma, 1993, p.3.

– può recedere anche se inadempiente e senza necessità di fornire giustificazione alcuna.

2. Le diverse fattispecie di recesso.

Almeno tre sono le forme di recesso, astrattamente, a disposizione del committente di un contratto di appalto privato.

In primo luogo ci si potrebbe riferire alle disposizioni generali sugli effetti del contratto: l'art.1373 c.c. prevede la possibilità che a una parte contraente sia attribuita la facoltà di recedere dal vincolo negoziale, decidendo dunque singolarmente della sopravvivenza del rapporto instaurato²: nei contratti ad esecuzione istantanea ciò è consentito finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione; nei contratti ad esecuzione continuata o periodica anche ad esecuzione iniziata, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione.

Ipotesi differente, che trova fonte direttamente nella disciplina codicistica dell'appalto, è invece quella prevista dall'art.1660, co.2, c.c.: qualora, per l'esecuzione a regola d'arte dell'opera, sia necessario apportare al progetto le c.d. "*variazioni necessarie*" e queste siano di notevole entità, è espressamente previsto il diritto del committente di recedere dal contratto, previa corresponsione all'appaltatore di un "*equo indennizzo*"³.

Di origine codicistica è poi anche la fattispecie del recesso legale di cui all'art.1671 c.c., su cui concentreremo l'analisi nei prossimi paragrafi.

² Vedi F.ROSELLI, *Il recesso dal contratto*, in A.CHECCHINI, M.COSTANZA, M.FRANZONI, A.GENTILI, F.ROSELLI, G.VETTORI, *Effetti del contratto*, Torino 2002, p.686.

³ All'appaltatore è analogamente riconosciuto analogo diritto di recedere dal contratto (ottenendo anche in tale caso una "*equa indennità*") qualora le "*variazioni necessarie*" superino il sesto del prezzo complessivo convenuto. L'utilizzo di due differenti termini all'interno della medesima disposizione (indennizzo e indennità) viene interpretato riconoscendo maggiore ampiezza all'"*indennizzo*" da corrispondere in caso di recesso del committente. Cfr., sul punto, GIANNATTASIO, *L'appalto*, in CICU – MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e comm.*, Milano, 1977, p.192.

3. Il recesso legale *ex art.1671 c.c.*

Nel corpo della disciplina del contratto di appalto, l'art.1671 c.c.⁴ prevede la facoltà per il committente di recedere dall'accordo anche se l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio è stata iniziata dall'altro contraente, gravando però questa scelta con l'obbligo di indennizzare l'appaltatore *“delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno”*.

Ci si trova al cospetto di un contratto (l'appalto) non di durata, bensì *“ad esecuzione semplicemente prolungata”*⁵: ciò rende la figura del recesso in parola autonoma e incompatibile con quella, menzionata, di recesso nei contratti ad esecuzione continuata e periodica *ex art.1373*.

La particolarità del recesso del committente ai sensi dell'art.1671 c.c., che produce effetti *ex nunc*, ma influisce su di un contratto ad esecuzione prolungata che, di per sé, dovrebbe consentire solo cause retroattive di scioglimento, si spiega però facilmente qualora ne si osservi il meccanismo di funzionamento.

Il diritto di recesso del committente, ascrivibile alla categoria dei diritti soggettivi potestativi, può essere esercitato dal committente, in qualunque momento dopo la conclusione del contratto e per *“qualsiasi ragione che lo induca a porre fine al rapporto”*. Mentre il compimento dell'opera risponde esclusivamente all'interesse del committente, d'altro canto non è configurabile un diritto dell'appaltatore a proseguire nell'esecuzione dell'opera, avendo egli diritto solo all'indennizzo previsto da detta norma⁶.

In questo modo, *“la legge, pur ammettendo che una delle parti abbia diritto a sottrarsi unilateralmente al vincolo contrattuale, vuole che all'esercizio di tale diritto corrisponda una riparazione pecuniaria a favore dell'altra parte. L'obbligo di questa riparazione vale a temperare l'esercizio del diritto di recesso”*⁷.

⁴ A mente del quale: *“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”*.

⁵ D.RUBINO, G.IUDICA, *Dell'appalto. Artt.1655-1677*, in F.GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, Bologna – Roma, 2007, pp.496-497.

⁶ Da ultimo, Trib. Roma, sez.X, 23 marzo 2010.

⁷ A. DE CUPIS, *Recesso dal contratto ed obbligo del recedente alla riparazione del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p.303.

Il recesso è, in quanto tale, esercitabile “*ad nutum*”, in qualsiasi momento di esecuzione del contratto di appalto e, rappresentando l’esercizio di un diritto potestativo, è riservato alla sola e libera determinazione del committente-recedente, sottratto al controllo di terzi e dell’appaltatore, senza che assumano alcun rilievo i motivi che lo hanno determinato⁸.

Secondo l’opinione prevalente, la previsione codicistica di un diritto di recesso si fonderebbe sullo speciale rilievo che, nell’appalto, svolge l’*intuitus personae*.

La previsione del recesso di cui all’art.1671 c.c. avrebbe precisamente lo scopo di ripristinare l’equilibrio tra le parti contraenti qualora circostanze sopravvenute abbiano determinato il venir meno dell’equilibrio iniziale, in termini di fiducia nei confronti dell’appaltatore o di utilità stessa dell’opera e del servizio⁹: il recesso può, ad esempio, essere giustificato anche dalla sfiducia nutrita dal committente verso l’appaltatore in ragione di pregressi fatti d’inadempimento ovvero per qualsiasi ulteriore ragione (come mutamenti sopraggiunti nelle condizioni economiche del committente; un mutato giudizio sull’utilità dell’opera; una sfiducia sopravvenuta nella capacità dell’appaltatore, etc.)¹⁰.

Anche qualora la ragione del recesso sia da rinvenire in precedenti inadempimenti, il contratto si scioglie senza necessità d’indagini sull’importanza e gravità degli stessi, rilevanti soltanto quando il committente pretenda anche il risarcimento del danno dall’appaltatore per l’inadempimento in cui questi fosse già incorso al momento del recesso¹¹.

La giurisprudenza¹² ritiene che il recesso unilaterale del committente di cui all’art.1671 c.c. sia applicabile anche agli appalti avente ad oggetto

⁸ Cass. civ., sez.II, 29 luglio 2003, n.11642.

⁹ Così E. FILIGRANA, *Recesso ad nutum e limite della buona fede nel contratto d’appalto*, in *Corr. Giuridico*, 2001, 12, p.1614.

¹⁰ Cfr. M. BIANCA, *Recesso e impossibilità*, in M. COSTANZA (diretto da), *L’appalto privato*, Torino, 2002, p. 58.

¹¹ Cass. civ., 22 aprile 2008, n.10400.

¹² Cass. civ., 13 luglio 1983, n.4783 in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 960; Cass. civ. 19 marzo 1984, n.1874 in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 345.

prestazioni continuative o periodiche di servizi, non ritenendo che colgano nel segno le osservazioni critiche della (pur autorevole) dottrina¹³ che, sulla base della vicinanza della struttura dell'appalto di servizi al contratto di somministrazione, riterrebbe maggiormente congruo applicare l'art.1569 c.c., ai sensi del quale “*se la durata della somministrazione non è stabilita, ciascuna delle parti può recedere dal contratto, dando preavviso nel termine pattuito o in quello stabilito dagli usi o, in mancanza, in un termine congruo avuto riguardo alla natura della somministrazione*”.

4. L'esercizio del diritto di recesso.

La disciplina codicistica nulla dispone in merito alle modalità pratiche di esercizio del diritto di recesso.

Occorre, allora, far ricorso ai canoni generali.

È così di tutta evidenza che il recesso, configurandosi come un negozio unilaterale recettizio a forma libera che si perfeziona con la semplice notizia datane all'appaltatore, produce effetto, *ex art.1334 c.c.*, dal momento in cui perviene a conoscenza dell'appaltatore stesso.

A tal fine, se è ipotizzabile una comunicazione meramente verbale, è però opportuno che la comunicazione avvenga in forma scritta e contenga la non equivoca manifestazione della volontà del committente di esercitare il diritto di recesso¹⁴.

La dichiarazione di recesso non deve essere preceduta da un preavviso giacché le conseguenze pregiudizievoli per l'appaltatore sono compensate dall'indennizzo dovuto *ex 1671 c.c.*¹⁵.

¹³ F. CARNELUTTI, *Prestazione continuativa di servizio e recesso unilaterale*, in *Foro it.*, 1955, I, 1287.

¹⁴ D'altro canto è stato notato che “*il recesso del committente disciplinato dall'art. 1671 cod.civ. può essere convenuto, tra le parti, con determinati requisiti di tempo e di forma, attesa la derogabilità convenzionale della norma in parola*”: così Cass. civ., 22 agosto 2002, n.12368.

¹⁵ V. MANGINI, M. IACUANELLO BRUGGI, *Il contratto di appalto*, Torino, 1997, p.487.

Il pagamento da parte del committente dell'indennizzo previsto a favore dell'appaltatore non costituisce, dunque, una condizione di efficacia del recesso, il quale opera *ex nunc* dal momento della ricezione della manifestazione della volontà di esercitare il diritto di recesso¹⁶.

Si noti, al riguardo, che la regola di cui all'art.1373, co.3, c.c. in tema di recesso convenzionale si attegga nel senso esattamente opposto, statuendo che “*quando sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione è eseguita*”.

A norma dell'art.1671 c.c., invece, la corresponsione dell'indennizzo rappresenta un effetto del recesso, ed in relazione ad essa – a detta della dottrina e della giurisprudenza maggioritaria – non spetta neppure all'appaltatore un diritto di ritenzione dell'opera eseguita¹⁷: per tale ragione, venuto meno lo *ius detentionis* dell'appaltatore, il diritto potestativo del committente ad ottenere la restituzione del cantiere può addirittura essere tutelata in via di urgenza facendosi ricorso al sequestro giudiziale del bene o ad un provvedimento atipico ai sensi dell'art.700 c.p.c.¹⁸.

5. Responsabilità contrattuale da atto lecito: la natura dell'indennizzo.

La *ratio* giustificatrice dell'art.1671 c.c. si identifica, come detto, nella necessità di tutelare l'interesse del committente, permettendogli di evitare la prosecuzione per il futuro dell'esecuzione dell'opera o della prestazione del servizio, mediante il meccanismo della corresponsione dell'indennità all'appaltatore.

¹⁶ Contrariamente, A. DE CUPIS, *Recesso dal contratto cit.*, p.303, secondo cui “*quando il recesso del committente è motivato da ragioni discrezionali diverse dalle necessarie variazioni del progetto (...) la corresponsione dell'indennizzo giung[e] a condizionare l'efficacia giuridica dell'iniziativa del recesso*”.

¹⁷ Il diritto di ritenzione sancito dall'art.1152 c.c., essendo un mezzo di autotutela di natura eccezionale, non è applicabile in via di analogica: così Cass. civ., 16 novembre 1984, n. 5828; cfr. anche G.MUSOLINO, *Il recesso*, in G.MUSOLINO (diretto da), *L'appalto pubblico e privato*, Torino, 2002, pp.327 e 335.

¹⁸ Da ultimo, Trib. Pescara, 11 gennaio 2008, in www.ilcaso.it.

Si tratta di un'evidente ipotesi di responsabilità contrattuale da atto lecito: la norma difatti addossa alla parte committente – che esercita un diritto espressamente riconosciutogli – una responsabilità civilistica, con l'imposizione di corrispondere all'appaltatore un'indennità che, nel ricomprendere gli elementi integrativi del risarcimento del danno *ex art.1223 c.c.*, si traduce tanto nel danno emergente (rimborso delle spese sostenute e dei lavori eseguiti), quanto nel lucro cessante (mancato guadagno).

La ragione che sorregge la previsione di un'indennità posta a carico del committente è quella di rimettere in equilibrio la situazione contrattuale: l'appaltatore deve poter distaccarsi dal contratto rimasto (parzialmente) ineseguito per l'iniziativa unilaterale del committente, senza però dover subire sproporzionate conseguenze economiche negative.

Se, dunque, sotto il profilo del danno, è possibile ravvisare una coincidenza tra l'obbligazione indennitaria a carico del committente conseguente all'esercizio del recesso e l'obbligazione risarcitoria che conseguirebbe a eventuali sue inadempienze, è assolutamente da evitare qualsiasi commistione a livello di fattispecie, dovendosi distinguere tra responsabilità *extracontrattuale* e responsabilità da atto lecito.

Il risarcimento del danno consiste nell'“integrale” riparazione della lesione subita in conseguenza di un'attività antiggiuridica: secondo i principi generali dettati in materia dall'art.2043 c.c., l'obbligo risarcitorio consegue al compimento di un fatto antiggiuridico lesivo di un interesse giuridicamente rilevante.

L'indennizzo, invece, è la somma di denaro dovuta a titolo di ristoro patrimoniale per riparare (almeno parzialmente) la diminuzione economica subita da un soggetto in conseguenza di un atto 'lecito': il suo fondamento è da ravvisarsi nell'esigenza di far gravare su chi compie una qualsiasi attività lecita le conseguenze economiche patite dai terzi a causa di essa, esclusa dunque qualunque antiggiuridicità del fatto.

Nell'indagare la natura propria dell'indennizzo dovuto all'appaltatore, la giurisprudenza distingue ancora una volta l'ipotesi del recesso convenzionale di cui all'art.1373 c.c., da quella del recesso legale di cui all'art.1671 c.c.

Se, nel primo caso, la prestazione di una somma a titolo di corrispettivo per l'esercizio da parte del contraente della facoltà di recesso prima che il contratto abbia avuto un principio di esecuzione – che, *ex art.1373 c.c.*, trova fonte in un patto espresso – integra un debito di valuta; nell'ipotesi, posteriore alla conclusione del contratto di appalto – e quindi anche ad esecuzione già iniziata – del recesso unilaterale per legge di cui all'art.1671 c.c., l'obbligazione è di valore.

In tale secondo caso, nella quantificazione dell'indennità, troveranno applicazione i principi applicabili in tema di risarcimento del danno da inadempimento: in particolare, la possibilità di una liquidazione equitativa dell'indennizzo nonché la necessità di tener conto, anche d'ufficio, della svalutazione monetaria sopravvenuta fino alla data della liquidazione e degli interessi moratori al tasso legale vigente nel periodo considerato¹⁹.

6. La quantificazione dell'indennizzo.

Si è appena visto che l'indennità, nel ricomprendere gli elementi integrativi dell'art.1223 c.c., si traduce tanto nel danno emergente (rimborso delle spese sostenute e dei lavori eseguiti), quanto nel lucro cessante (mancato guadagno).

Talvolta, considerando tale indennizzo in maniera unitaria, la giurisprudenza si dimostra riduttiva, non consentendo di distinguere tra le varie componenti (spese sostenute, lavori eseguiti, mancato guadagno)²⁰.

Occorre allora esaminare nello specifico i vari elementi che lo vanno a comporre.

In primo luogo andranno rimborsati i lavori eseguiti dall'appaltatore sino al momento del recesso²¹.

¹⁹ Da ultimo, Trib. Roma, sez.VIII, 9 settembre 2009, conforme a Cass. civ., 8 gennaio 2003, n.77.

²⁰ Sul punto, vedi G.FABBRIZZI, *Indennizzo ex art.1671 c.c. e debiti di valore*, in *Urbanistica e appalti*, 2003, p.787.

Con l'espressione "*spese sostenute*", il legislatore si riferisce invece a tutte quelle spese che non sono state ancora tradotte nell'opera oggetto del contratto, ma che sono già state affrontate dall'appaltatore: per citare solo un esempio, le spese dell'appaltatore per (il già avvenuto) acquisto e trasporto di materiali. Per ciò che concerne le spese generali, non imputabili a singole determinate parti dell'opera, esse andranno rimborsate solo in proporzione alla parte di opera rimasta ineseguita.

Il "*mancato guadagno*" è infine costituito da ciò che l'appaltatore avrebbe ricavato dall'esecuzione del contratto nel tempo stabilito, inteso nel senso dell'utile, al netto delle spese, che l'appaltatore avrebbe realizzato.

Secondo la più recente giurisprudenza di merito²², l'appaltatore che chiede di essere indennizzato del mancato guadagno, a norma dell'art.1671 c.c., ha solo l'onere di dimostrare quale sarebbe stato il guadagno conseguibile con l'esecuzione delle opere appaltate (differenza tra prezzo di appalto e costo delle stesse), restando salva per il committente la facoltà di provare che l'interruzione dell'appalto non ha impedito all'appaltatore di realizzare guadagni sostitutivi ovvero gli ha procurato vantaggi diversi²³.

Si tratta di dati, però, talvolta di difficile percezione e, soprattutto, prova.

Utili indicazioni a riguardo potrebbero allora trarsi dalla disciplina dettata in materia di appalti pubblici laddove il lucro cessante viene definito sulla base dell'utile economico derivante dall'esecuzione dell'appalto calcolato, generalmente, nella misura del 10% del valore complessivo dell'appalto medesimo.

Il criterio del 10% del valore dell'appalto è stato di recente ripreso dapprima con la c.d. Legge Merloni-ter (Legge 18 novembre 1998, n.415), in tema di *project financing* e, successivamente, dal D.lgs. 12 aprile 2006, n.163

²¹ E alcune criticità potrebbero emergere nel caso di appalti "*a corpo*". Cfr. D.RUBINO, G.IUDICA, *Dell'appalto cit.*, p.501.

²² Vedi Trib. Roma, sez. VIII, 9 settembre 2009; Trib. Milano, 15 settembre 2008; Trib. Monza, sez. IV, 7 luglio 2008.

²³ Da ultimo Trib. Roma, sez.VIII, 9 settembre 2009. In senso conforme, già Cass. civ., 9 maggio 1966, n.1189.

(*‘Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, in attuazione delle direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE’*) il quale, all’art.134, ha previsto che, in caso di recesso, la pubblica amministrazione debba corrispondere al committente *“il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell’importo delle opere non eseguite. Il decimo dell’importo delle opere non eseguite è calcolato sulla differenza tra l’importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d’asta, e l’ammontare netto dei lavori eseguiti”*.

Da notarsi che la predefinita liquidazione al 10% viene computata sul valore dell’opera abbattuto di un 20% che corrisponde al cd.quinto d’obbligo, vale a dire il limite entro cui la stazione appaltante può determinare una variazione anche in ribasso dei lavori appaltati.

La giurisprudenza amministrativa ha inteso difatti attribuire al menzionato parametro legislativo la natura di criterio generale di quantificazione del margine di profitto dell’appaltatore nei contratti con la Pubblica Amministrazione²⁴.

Il summenzionato parametro previsto *ex lege*, probabilmente, può costituire un criterio di massima da seguire anche in ambito di appalti tra privati per la determinazione del lucro cessante da riconoscere all’impresa appaltatrice a seguito di recesso della committente, qualora il giudice ritenga di liquidare equitativamente il danno, non dimostrabile altrimenti con precisione in giudizio.

M. GHIGGIA, *Il recesso del committente nel contratto di appalto (privato)*, 3 Businessjus 13 (2011)

Unless otherwise noted, this article and its contents are licensed under a

Creative Commons Attribution 2.5. Generic License.

<http://creativecommons.org/licenses/by/2.5/>

Se non altrimenti indicato, il contenuto di questo articolo è rilasciato secondo i termini della licenza

Creative Commons Attribution 2.5. Generic License.

²⁴ Così anche in riferimento alla quantificazione del danno da illegittima mancata aggiudicazione. Vedi T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 26 marzo 2008, n.2591 e Cons. St., sez. IV, 28 aprile 2006, n.2408.