

SOMMINISTRAZIONE, SUBFORNITURA, VENDITA E APPALTO: BREVI CENNI SU TRATTI COMUNI E PROFILI DIFFERENZIALI

di MICAELA LOPINTO

SOMMARIO: *Abstract.*; **1.-** Poche righe sulla struttura dei contratti di somministrazione, subfornitura, vendita ed appalto; **1.1-** Segue: la causa dei predetti contratti ed i loro effetti; **2.-** Profili differenziali tra le tipologie contrattuali; **3.-**Conclusioni: cosa succede in caso di squilibrio contrattuale?

Abstract Ita

Il presente contributo si prefigge l'obiettivo di riassumere le principali caratteristiche strutturali, causali e di produzione degli effetti dei contratti di subfornitura, vendita, appalto e somministrazione.

Abstract Eng

The following paper focuses on the main features about the cause, the structure and the effects of four common italian contracts.

1. Poche righe sulla struttura dei contratti di somministrazione, subfornitura, vendita ed appalto.

I contratti di somministrazione, subfornitura, vendita ed appalto si presentano, normalmente, come contratti dotati di struttura bilaterale¹. Per nessuna delle quattro tipologie

¹ G. D'AMICO, *La compravendita – Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, EDI, 2013, p. 137 e ss. Ancora, sulla subfornitura, anche in rapporto al

contrattuali sembra astrattamente possibile configurare una struttura negoziale a rilievo bilaterale o negoziale unilaterale che dir si voglia *ex art. 1333 cc*². Le uniche variazioni al carattere bilaterale della struttura sembrano essere predisposte in positivo e non in negativo: in altri termini, pur non potendo i contratti in questione acquisire facilmente la veste di contratti unilaterali, possono tuttavia “trasformarsi”, all’occorrenza, in contratti plurilaterali³ oppure collegarsi ad altri contratti⁴.

1.1- Segue: la causa dei predetti contratti ed i loro effetti.

La struttura necessariamente bilaterale degli schemi negoziali trova fondamento nella reciprocità di prestazioni che caratterizza: a.) l’appalto, nel quale sussiste un rapporto che, in questa prima definizione, si può chiamare “lavoro manuale contro prezzo⁵”; b.) la vendita, nella quale sussiste uno scambio “prezzo contro bene⁶”; c.) nella subfornitura nella quale pure sussiste un rapporto “bene periodico contro prezzo”; d.) nella

contratto di franchising ed alle ipotesi di collegamento negoziale: ELEONORA RAINONE, *Le reti di impresa nel mercato: prospettive di qualificazione giuridica*, pp. 41 – 44, tesi di dottorato (http://amsdottorato.unibo.it/8111/1/Eleonora_Rainone.pdf).

Sulla struttura della subfornitura, R. CASO – R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in Riv. di diritto privato, Kluwer Ipsos, n. 4/98, pp. 712 e ss.

² V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, 2011. Sul punto, tuttavia, può essere opportuno ricordare le problematiche sorte in relazione alla ammissibilità della gratuità atipica traslativa: M. LOPINTO, *Il contratto con obbligazioni a carico del solo proponente e la gratuità atipica traslativa: principio di intangibilità dell’altrui sfera giuridica e riflessi positivi del nomen iuris*, in Diritto.it, Ottobre 2019.

³ Si pensi alla evoluzione causale e strutturale che ha interessato il contratto di leasing finanziario. Sul tema, tra tanti, SAVERIO FOTI, *Leasing finanziario e tutela dell’utilizzatore: profili evolutivi nella transizione dalla prassi al tipo*, in Contratti, 2018, 3, p. 345.

⁴ V. ROPPO, *op. cit.*, e SAVERIO FOTI, *ult. op. cit.*, nonché, per un approfondimento sulla plurilateralità svincolata dalla qualificazione del contratto come contratto con comunione di scopo: F. VALENZA, *Contratti plurilaterali e rapporto giuridico plurilaterale senza comunione di scopo*: http://www.notaiofabiovalenza.it/materiale_valenza/Capit8.pdf. ELEONORA RAINONE, *ult. op. cit.*, pp. 41 – 44, tesi di dottorato (http://amsdottorato.unibo.it/8111/1/Eleonora_Rainone.pdf).

⁵ Per un inquadramento sui contratti di appalto, nonché dei suoi rapporti con la vendita e la somministrazione, qui oggetto di particolare interesse: R. CALVO, *Contratti e mercato*, Giappichelli, 2011, 2° Ed. Ancora, per la definizione di appalto e la differenza tra appalto di servizi e appalto di opere: F. GALGANI, *Trattato di diritto civile*, CEDAM, Vol. II, 3° Ed., p. 743 e ss.

⁶ G. D’AMICO, *La compravendita – Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, EDI, 2013, p. 115 e ss.

somministrazione, in cui sussiste un rapporto di scambio “prestazione periodica contro prezzo”. Alla possibilità di ravvisare, in linea generica, delle prestazioni reciproche si accompagna la necessità di distinguere i quattro contratti sotto un profilo più tecnico. Precisamente, la compravendita si manifesta come un contratto con causa di scambio⁷, principalmente istantaneo⁸, ad effetti reali, o, volendo seguire il pensiero di autorevole dottrina, ad effetti sia obbligatori sia reali⁹, potendo i contratti ad effetti reali produrre anche effetti obbligatori e viceversa, i contratti ad effetti obbligatori veri e propri produrre solo tale tipologia di effetto e non anche un effetto reale, fatte salve rilevanti eccezioni come il contratto di appalto con materiali dell'appaltatore che consente, eccezionalmente, all'appalto di produrre anche effetti reali¹⁰.

⁷ A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, 2007, pp. 645 e ss. per la compravendita; pp. 680 e ss. ai fini della comparazione con il contratto di appalto.

⁸ O, al più ad effetti reali differiti, scartando la tesi delle vendite obbligatorie che pure alcuni autori hanno ravvisato nell'ambito ad, esempio, delle vendite altrui o parzialmente altrui.

⁹ Ogni effetto parte da una causa, pertanto può essere opportuno ricordare uno scritto di A. M. GAROFALO, *La causa: una “storia di successo”?* (a proposito delle opere di Vincenzo Roppo sulla causa del contratto), *Jus civile*, 2/2018, pp. 163 e ss., nel quale si legge, dando conferma alla possibilità che un contratto ad effetto reale possa produrre anche effetti obbligatori, che “*in realtà, la causa apparente in prima battuta [...a] ciascun contratto [...]. Tanto la semplice attribuzione (consista essa in un effetto reale o sia essa veicolata da un'obbligazione), quanto lo scambio, sono strutture senz'anima: esse sono volute, ma ricevono il loro “senso” solo dalla causa più generale, in tanto in quanto sugli stessi riflessa: e, quindi, dal più generale scambio, che si proietta in ogni contratto in modo peculiare. Il primo, infatti, causalmente consisterà nell'attribuzione di un vantaggio “nell'ambito” di uno scambio più vasto; il secondo, nell'attribuzione di vantaggi in rapporto di scambio tra loro anch'essi “nell'ambito” di uno scambio più vasto. [...] La causa generica concretamente attivata in ciascun contratto [...è] la causa di tale complessiva operazione economico-giuridica, ma in tanto in quanto proiettata sul singolo negozio. Il particolare sovrapporsi di struttura e interessi lascia, in questo caso, i due elementi parzialmente distinti (proprio in virtù delle peculiarità del fenomeno “collegamento”, che in quanto tale si distingue – anche nel suo “senso” sociale – dalle corrispondenti ipotesi di operazioni veicolate da un solo contratto); nondimeno, è dalla sommatoria di questi due elementi che dovrà dedursi l'altrettanto particolare disciplina del contratto (l'assetto di interessi sarà costituito pur sempre, in altri termini, dall'intreccio di struttura e interessi)”.*

¹⁰ V. ROPPO, *op. cit.*, pp. 481 e ss.; O. CAGNASSO, *Contratto di appalto e trasferimento della proprietà*, in *Diritto privato*, 1995, I, Il trasferimento in proprietà, p. 49 e ss. Ancora, sul tema F. AZZARRI, *Il principio consensualistico e le regole della circolazione patrimoniale*, in *Fondazione Italiana del Notariato*, il quale chiarisce che “*quando, invece, i materiali o il suolo appartengono all'appaltatore la dottrina consolidata ritiene che la proprietà passi al committente in virtù dell'accettazione (che non necessariamente coincide col momento della consegna, arg. ex art. 1665, quarto comma, c.c.), poiché con tale atto il committente manifesta il suo gradimento per l'opera,*

Tale esempio “caratteristico” consente di affermare che, diversamente dalla vendita, il contratto di appalto – contratto secondo parte della dottrina semplicemente di durata, secondo altra e più cospicua parte, “ad esecuzione prolungata”¹¹ – si attegga alla stregua di un contratto ad effetti obbligatori, inidoneo, di regola (se fatto ricadere nella categoria dei contratti obbligatori in senso stretto), a produrre effetti reali, salve eccezioni. Sulla scia dell’effetto obbligatorio discendente da contratto consensuale si pongono i contratti di somministrazione, i quali rientrano nel *genus* dei contratti di durata o ad effetto continuato o periodico¹². La disciplina, infatti, trova fondamento nelle norme in materia di appalto e di vendita, analogamente al contratto di subfornitura che è stato classificato come un “sottotipo” (o nuovo tipo legale, o, ancora, fattispecie trans-tipica¹³) di vendita, appalto, somministrazione e, secondo alcuni autori, anche di contratto d’opera¹⁴.

della quale mediante la verifica appura la conformità alla determinazione contrattuale ed alle regole dell’arte, e la sua volontà di farla propria: non a caso, in seguito all’accettazione, grava sul committente il rischio per perimento o deterioramento del bene dovuto a causa non imputabile ad alcuna delle parti, ex art. 1673, primo comma, c.c.”. Opera full text disponibile al seguente indirizzo internet:

<https://elibrary.fondazione notarariato.it/articolo.asp?art=43/4301&mn=3>.

Per completezza, ancora, sull’appalto ad effetti reali: P. FRANCESCHETTI, *Appalto privato – Altalex Pedia*, voce agg. al 05/02/2016, in www.altalex.com, “[...]il carattere di obbligatorietà dell’appalto non è snaturato dall’eventuale prodursi anche di effetti reali, se questi hanno una funzione accessoria o strumentale. Al riguardo è necessario fare alcune precisazioni, distinguendo a seconda del tipo di appalto. a) nell’appalto di cosa mobile, se i materiali sono di proprietà dell’appaltatore la proprietà della cosa passa al committente ad opera finita; b) se i materiali appartengono al committente la proprietà della cosa è del committente fin da subito, qualunque sia lo stato dei lavori. c) Se l’appalto è di cosa immobile e i materiali - come avviene di regola - sono dell’appaltatore occorre distinguere: 1) qualora il suolo sia di proprietà dell’appaltante il passaggio della proprietà dei materiali avviene momento per momento, in virtù del principio dell’accessione; 2) se il suolo è di proprietà dell’appaltatore l’immobile si trasferirà al committente al momento dell’accettazione [...]”.

¹¹ Sulla distinzione, per come accolta dalla dottrina maggioritaria, tra contratti istantanei e contratti di durata: M. C. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, 2014, pp. 365 e ss. La dottrina, tuttavia, scende più nel dettaglio quando si tratta di contratto di appalto, definendolo ad esecuzione prolungata: M. C. BIANCA, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 742.

¹² M. C. BIANCA, *op. cit.*, pp. 365 e ss.

¹³ In questi termini: M. FRATINI, *Il sistema del diritto civile – i singoli contratti*, Vol. 5, Dike, 2017, pp. 205 e ss. Non distante dalle considerazioni di questo Autore, anche: G. GAMBERINI, *Ai fini della certificazione dei contratti: la subfornitura industriale*, *Diritto delle relazioni industriali*, 2012, Giuffrè, Milano, con particolare riferimento ai § 1 e 2.

¹⁴ Include il contratto d’opera, ad esempio: P. DORIA, *La subfornitura. L’araba fenice del diritto civile: che vi sia ciascun lo dice, dove sia nessun lo sa*, *Jus civile*, n. 2 del 2021, www.juscivile.it, http://www.juscivile.it/contributi/2021/2_2021/07_Doria.pdf. Lo

2. Profili differenziali tra le tipologie contrattuali.

Esaminati i tratti fondamentali dei quattro contratti sotto il profilo di struttura, causa, effetti e classificazione, non è di certo sfuggito che i due modelli base nella regolazione della disciplina dei contratti di subfornitura¹⁵ e somministrazione sono proprio,

include, ancora, G. GAMBERINI, *ult. op. cit.* Ancora, sulla difficoltà di inquadramento del contratto di subfornitura che impone di considerare rilevanti aspetti di diversi tipi contrattuali: R. Natoli, *Contratti di subfornitura – Trattato dei contratti*, Giuffrè, 2014, pp. 353 e ss.

¹⁵ Cass., 25 Agosto 2014, n. 18186: “[...]Il contratto di subfornitura è una forma non paritetica di cooperazione imprenditoriale nella quale la dipendenza economica del subfornitore si palesa oltre che sul piano del rapporto commerciale e di mercato anche su quello delle direttive tecniche di esecuzione, assunte nel loro più ampio significato, sicché il requisito della «conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall’impresa committente», di cui all’art. 1 l. 18 giugno 1998 n. 192, si riferisce a tutte le fattispecie ivi descritte, compresa la «lavorazione su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente», dato che anche in tal caso la commessa di subfornitura comporta l’inserimento del subfornitore in un determinato livello del processo produttivo proprio del committente[...]”. Pertanto, ai fini della configurazione di quelli che sono i tratti differenziali “[...]l’elemento costituito dalla fornitura della materia prima dovrebbe svolgere nella fattispecie una funzione discreta essenziale, nonostante che nell’ambito della definizione di legge tale elemento, tra gli altri considerati, sia portatore della minor efficacia tipizzante; perché potenzialmente riscontrabile anche nella normalità di “forniture” (genericamente intese) riconducibili a rapporti (ad esempio di appalto: v. articolo 1658 c.c.) estranei agli obiettivi di tutela dell’equilibrio giuridico ed economico tra i contraenti d’impresa connaturati alla legge sulle subforniture[...]”. Ancora, sulla differenza tra vendita obbligatoria (di cosa futura ed appalto): F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Vol. II, 3° Ed., CEDAM, pp. 696 e ss.

Ancora, sulla subfornitura: P. DORIA, *La subfornitura. L’araba fenice del diritto civile: che vi sia ciascun lo dice, dove sia nessun lo sa*, Jus civile, n. 2 del 2021, www.juscivile.it, http://www.juscivile.it/contributi/2021/2_2021/07_Doria.pdf. L’autore, nel descrivere il contratto di subfornitura, chiarisce che “[...]la subfornitura è una manifestazione del fenomeno moderno del decentramento produttivo: un’impresa, solitamente di grandi dimensioni, decentra la propria produzione commissionando l’esecuzione di una o più parti del proprio ciclo produttivo a varie imprese di dimensioni inferiori” pertanto, può essere più semplice chiarire per quale motivo “ad avviso di chi scrive va invece preferita l’interpretazione largamente dominante in dottrina, secondo cui la legge n. 192/1998 non ha tipizzato un nuovo tipo contrattuale, distinto e autonomo dal contratto d’appalto (art. 1655 e s.s. c.c.), di vendita (art. 1470 e ss. c.c.), di somministrazione (art. 1559 e s.s. c.c.) od opera (art. 2222 e s.s. c.c.); la l. n. 192 sembra riferirsi, più che ad un singolo contratto, ad un gruppo di contratti tipologicamente differenziati (ad una categoria contrattuale), ma accomunati dal fatto che il rapporto si svolge nel regime di subfornitura come sussumibile dalla definizione dell’art. 1. Le disposizioni della nuova legge non si sostituiscono, ma piuttosto si sovrappongono alle disposizioni del codice civile sui contratti tipici ai quali di volta in volta l’operazione negoziale concretamente posta in essere dalle parti possa ricondursi. Infatti la definizione di cui all’art. 1 della Legge n. 192 appare talmente estesa da ricomprendere tutta una serie di fattispecie contrattuali assolutamente diverse tra loro sotto il profilo causale. Di norma il contratto di subfornitura rientra nello schema dell’appalto: infatti il subfornitore si impegna usualmente a produrre beni o a fornire servizi, pur nell’ambito del ciclo produttivo del committente, a fronte della corresponsione del prezzo, rientrando nel paradigma causale tipico dell’art. 1655 c.c.”.

non a caso, la vendita e l'appalto. Contratti che, come si è solo incidentalmente visto, per caratteristica e disciplina, si intrecciano perfino tra di loro¹⁶. Appare, allora, opportuno provare ad evidenziare i tratti differenziali tra i due contratti che si ripetono nei due schemi negoziali “derivati” (termine usato, in questo caso, in modo totalmente atecnico e, pertanto distinto sia dai contratti derivati/strumenti finanziari sia dai contratti quadro *et similia*), al fine di individuarne le interferenze, non solo tra di loro, bensì anche in relazione al contratto di somministrazione. Acclarato che, sia pure in peculiari e circoscritte ipotesi, anche il contratto di appalto è in grado di produrre effetti traslativi, occorre domandarsi cosa accada nell'ipotesi in cui la vendita dovesse includere, in sé, anche lo svolgimento di una attività manuale. In contesti come questi, occorre domandarsi quale sia il criterio distintivo tra la compravendita e l'appalto¹⁷. La dottrina risponde al quesito

¹⁶ Per un ulteriore approfondimento sugli schemi negoziali: P. SIRENA, *Tipo contrattuale e tipologie della vendita – Trattato dei Contratti*, Giuffrè Editore, 2014, p. 91 e ss. Ancora, sui rapporti tra appalto, subfornitura e contratto estimatorio, F. AZZARRI, *Il principio consensualistico e le regole della circolazione patrimoniale*, in Fondazione Italiana del Notariato, <https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=43/4301&mn=3>.

¹⁷ Secondo il pensiero di cristallina dottrina (TORRENTE, *op. cit.*, p. 681), “*l'appalto si distingue dalla vendita, avendo come oggetto un facere e non un dare. La distinzione, peraltro, talora può essere particolarmente delicata, specie rispetto alla vendita di cosa futura: si ha vendita di cosa futura quando il produttore si impegna a realizzare un oggetto in conformità ad un tipo o ad un modello di propria fabbricazione; si ha invece appalto quando il prodotto presenti un quid novi rispetto alla normale serie produttiva*”. Sulla differenza tra vendita di cosa futura e appalto, come si è più volte indicato, anche F. GALGANO, *op. cit.*, p. 696. La compravendita e l'appalto differiscono anche sotto il profilo patologico e, più precisamente, sotto il profilo della garanzia per vizi. Tra tanti sul tema, per un approfondimento mirato: P. COPPINI, *La garanzia per vizi nella vendita: attualità di un dibattito dottrinale mai sopito*, 6, 2019, www.juscivile.it, pp. 648 e ss., “[...]ci si trova di fronte al medesimo problema affrontato in tema di contratto di appalto, nel quale l'articolo 1668 cod. civ. stabilisce chiaramente che il committente può chiedere l'eliminazione dei vizi o la riduzione del prezzo, “salvo il risarcimento del danno nel caso di colpa dell'appaltatore”. Lo schema di quest'ultimo articolo replica quello delineato in tema di garanzia per vizi: alle azioni redibitoria o estimatoria – previste dall'art. 1492 cod. civ. – si aggiunge, in caso di ignoranza colposa (rectius, mancata prova dell'ignoranza non colposa) dei vizi, il risarcimento del danno spettante ex art. 1494 cod. civ. Tale somiglianza consentirebbe, con i dovuti aggiustamenti, di mutuare la soluzione al problema legato a questa presunta “responsabilità oggettiva” da quanto già delineato in dottrina in tema di garanzia per vizi nel contratto di appalto. Coerentemente con la struttura normativa che distingue chiaramente le tutele apprestate, si dovrebbero necessariamente tenere separati i diversi piani della responsabilità e del risarcimento del danno [...]”. La differenza tra compravendita e appalto è stata affrontata, inoltre, anche in una risalente giurisprudenza (Cass. SSUU, n. 11656 del 12 maggio 2008), con la quale, di fronte al problema “[...] comunemente si sostiene che la vendita ha per oggetto un dare, mentre l'appalto ha per oggetto un facere. La prima è diretta ad un trasferimento,

mentre il secondo è inteso in primis alla produzione di un opus, mediante un'attività elaboratrice. L'uno presuppone l'esistenza attuale della cosa; l'altro l'inesistenza ed è posto in essere per produrla. Il problema si complica allorchè si tratta di vendita di cosa futura (art. 1472 c.c.) e cioè di bene non ancora esistente, segnatamente allorchè si tratti un prodotto d'opera non ancora realizzato e per l'esistenza del quale occorre l'attività strumentale positiva dell'alienante. Anche in relazione a questo tipo di vendita si ritiene dalla dottrina maggioritaria e dalla giurisprudenza che si versi in ipotesi di contratto ab inizio perfetto, ricorrendo in esso tutti gli elementi essenziali del contratto, ma ad effetti obbligatori, poichè il momento traslativo sussisterà solo allorchè la cosa sia venuta ad esistenza: l'esigenza di tutelare il compratore contro il rischio del perimento dell'opera che si trovi ancora nella sfera di controllo dell'alienante induce a ritenere che l'opera debba ritenersi esistente solo al momento del suo completamento (Cass. 18.5.2001 n. 6851; Cass. n. 8118/1991; Cass. n.3854/1989). I criteri di distinzione proposti sono sostanzialmente due. Un primo criterio di distinzione, che può definirsi obbiettivo, propone di distinguere l'appalto dalla compravendita di cosa futura in base alla prevalenza quantitativa dell'elemento lavoro sull'elemento materia [...]. Il secondo criterio di distinzione tra i due contratti è quello subiettivo, alla stregua del quale dovrà vedersi in che modo le parti hanno considerato l'opera, se cioè in sé stessa o in quanto prodotto necessario di un'attività e quindi se la volontà delle parti aveva ad oggetto un dare o un facere. [...] Per volontà delle parti deve intendersi non l'intenzione soggettiva, cioè l'opinione che esse abbiano avuto della natura del rapporto, ma l'intento empirico tipico in cui si inquadra la volontà che le muove. [...] Quando perciò si propone di far richiamo alla volontà delle parti per qualificare il negozio, per volontà delle parti si deve intendere il dato dell'intento empirico che le parti hanno dimostrato di voler conseguire: se tale intento empirico coincide con quello della vendita, nel senso che il conseguimento della cosa costituisce la vera ed unica finalità del negozio ed il lavoro sia solo il mezzo per produrla, si ha vendita di cosa futura; se coincide con quello proprio dell'appalto, nel senso che l'attività realizzatrice della cosa sia la vera finalità del negozio, si ha appalto. In giurisprudenza è stato più volte deciso che il contratto avente ad oggetto il trasferimento della proprietà di un'area edificabile in cambio di un fabbricato o di alcune sue parti da costruire sulla stessa superficie a cura e con i mezzi del cessionario, può integrare sia un contratto di permuta di un bene esistente con un bene futuro, sia un contratto misto, costituito con gli elementi della vendita e dell'appalto. Si configura il primo contratto se il sinallagma negoziale sia consistito nel trasferimento reciproco della proprietà attuale con la cosa futura (ipotesi la quale si verifica anche se si sia previsto il pagamento di un conguaglio in denaro, non incidendo tale clausola sulla causa tipica del negozio di permuta) e l'obbligo di erigere l'edificio sia restato su un piano accessorio e strumentale, mentre si ravvisa l'altro contratto, qualora la costruzione del fabbricato sia stata al centro della volontà delle parti e l'alienazione dell'area abbia costituito soltanto il mezzo per conseguire l'obbiettivo primario[...]. Ritengono queste S.U. di dover aderire a tale orientamento consolidato, anche in tema di differenza tra vendita di cosa futura ed appalto. Pertanto il contratto avente ad oggetto la cessione di un fabbricato non ancora realizzato, con previsione dell'obbligo del cedente - che sia proprietario anche del terreno su cui l'erigendo fabbricato insisterà - di eseguire i lavori necessari al fine di completare il bene e di renderlo idoneo al godimento, può integrare alternativamente tanto gli estremi della vendita di una cosa futura (verificandosi allora l'effetto traslativo nel momento in cui il bene viene ad esistenza nella sua completezza), quanto quelli del negozio misto, caratterizzato da elementi propri della vendita di cosa presente (il suolo, con conseguente effetto traslativo immediato dello stesso) e dell'appalto: e ciò a seconda che nel sinallagma contrattuale, assuma un rilievo centrale il conseguimento della proprietà dell'immobile completato ovvero tale ruolo centrale sia costituito dal trasferimento della proprietà attuale (del suolo) e dall'attività realizzatrice dell'opera da parte del cedente. Si avrà quindi vendita di cosa futura quando l'intento delle parti abbia ad oggetto il trasferimento della cosa futura e consideri l'attività costruttiva nella mera funzione strumentale e per contro si avrà vendita con effetti reali del suolo ed appalto della costruzione, quando l'attività costruttiva, che il cedente assume a proprio rischio con la

asserendo che, di fatto, la differenza deve essere individuata nella prevalenza della manodopera sul materiale impiegato: se prevale la manodopera, saremo di fronte ad un appalto, se prevale il bene/materiale, saremo comunque di fronte ad una compravendita¹⁸. Al quesito dei rapporti tra i contratti si può quindi aggiungere un tassello ulteriore: cosa succede se ciò che viene prestato è un servizio? Saremo di fronte ad un contratto di somministrazione (che, come detto, racchiude in sé le caratteristiche della compravendita e dell'appalto¹⁹) o di fronte ad un appalto (che, lo si vuole ricordare, può essere non solo d'opera, bensì anche di servizi)²⁰? La soluzione al problema deve tener conto della durata della prestazione: la somministrazione è contratto di durata e, pertanto, l'erogazione della prestazione sarà periodica e continuata; l'appalto, per contro, resta pur sempre un contratto, anche quando di servizi, ad esecuzione prolungata²¹, pertanto, l'assenza della periodicità

propria organizzazione, viene considerata come oggetto della prestazione di fare. In quest'ultima ipotesi si verserà in ipotesi di contratto misto (di vendita e di appalto) [...]”.

¹⁸ O. T. SCOZZAFAVA, *Studi sulla proprietà*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 234 e ss. L'autore definisce i contorni tra proprietà e lavoro, tracciando delle differenze tra acquisto a titolo originario ed a titolo derivativo utili anche ai fini della individuazione della linea di confine, nelle ipotesi critiche, tra vendita ed appalto. Su quest'ultimo peculiare aspetto, inoltre, Cass., civ. sez. II, del 28 maggio 2015, n. 11037, con la quale si è precisato che: “*il giudice di primo grado aveva qualificato il contratto appalto e non vendita, malgrado la diversa definizione contenuta nel contratto e tale diversa qualificazione (rispetto alla definizione "vendita") era corretta tenuto conto delle specifiche prestazioni commissionate alla società I snc e che erano prevalenti rispetto alla prestazione della materia, che costituiva un semplice mezzo per la produzione dell'opera[...]. In diritto la decisione è conforme alla giurisprudenza di questa Corte secondo la quale si ha contratto di appalto e non contratto di vendita, quando, secondo la volontà dei contraenti, la prestazione della materia è un semplice mezzo per la produzione dell'opera, e il lavoro è prevalente rispetto alla materia (Cass. 20/11/2012 n. 20301; Cass. 24/7/2008 n. 20301); in altri termini, la Corte di Appello, nel qualificare il contratto ha applicato correttamente il principio secondo il quale l'obbligazione di fare che contraddistingue il contratto di appalto assume rilevanza prevalente e decisiva rispetto a quella di dare che è tipica della compravendita”.* Anche in questo caso, dunque, la differenza tra i due contratti la fa la divergenza tra lavoro e proprietà.

¹⁹ La somministrazione, secondo il pensiero di autorevole dottrina, differisce dall'appalto sulla base del criterio della prevalenza del lavoro; differisce dalla vendita per il carattere della periodicità. Così F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, EDI, 2015, p. 1138 e ss.

²⁰ Sui rapporti tra somministrazione ed appalto, anche alla luce del sistema sovranazionale e del settore degli appalti pubblici: https://blog.ilcaso.it/news_1036/04-01-21/Spunti_giurisprudenziali_in_tema_di_appalto_subappalto_e_subfornitura, LA ROCCA, *Spunti giurisprudenziali in tema di appalto, subappalto e subfornitura*, in ilCaso.it, 04/01/2021.

²¹ Sebbene il contratto di appalto di servizi si presti maggiormente ad una diversa qualificazione, ovvero si presti maggiormente ad essere qualificato come contratto di

costante consentirà la sua configurazione. Volendo provare a fornire una più tecnica regola discretiva, rispetto a quella appena esposta, forse dotata di base solo empirica ma poco giuridica, si può affermare che l'appalto implica un *facere*²² (da qui il carattere eccezionale degli effetti traslativi), mentre, per contro, il contratto di somministrazione prevede (quasi sempre, da qui il criterio del “periodo della prestazione” prima offerto) un *dare* e non un *facere* (ecco spiegate le interferenze con la disciplina della compravendita).

3. Conclusioni: cosa succede in caso di squilibrio contrattuale?

Al termine di questo conciso ma, si spera, utile, *excursus* di strutture, effetti, cause e rapporti tra schemi negoziali, ci si domanda come si rapportino questi quattro schemi con le ipotesi di cd. “squilibrio contrattuale²³”. Occorre, al fine di rispondere al quesito, comprendere di quale tipo di “squilibrio” si vuole parlare. Quello sul quale si intende soffermare l’attenzione in questo caso è uno squilibrio economico, inerente ai rapporti tra le prestazioni e, dunque, alla causa del contratto, e non, per contro, ai diritti e agli obblighi scaturenti da esso (cd. squilibrio normativo)²⁴. Più precisamente, lo squilibrio (*rectius*, difetto causale) può essere originario e, dunque, implicare, ad esempio, una rescissione, oppure può consistere in uno squilibrio

durata in senso stretto rispetto al contratto di appalto d’opera. In questi termini, tra tanti, anche per la ricostruzione di sintesi dottrinale e giurisprudenziale offerta e per i rapporti con vendita e somministrazione, nonché per la ricostruzione offerta in materia di appalto con effetti traslativi: P. FRANCESCHETTI, *Appalto privato – Altalex Pedia*, voce agg. al 05/02/2016, in www.altalex.com.

²² A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, 2007, pp. 681.

²³A. LAS CASAS, *Osservazioni in tema di recesso dal contratto e tutele*, in Riv. Comparazione Diritto Civile, www.comparazionediritto civile.it. Con particolare riferimento al contratto di somministrazione, l’autore chiarisce che “[...] l’art. 1569 detta, a proposito della somministrazione, una regola in merito al recesso che si applica ai contratti conclusi a tempo indeterminato ed ha carattere dispositivo. Com’è noto, essa consente alle parti di recedere, imponendo però un preavviso, nel termine che, in mancanza di pattuizione delle parti o di usi, possa ritenersi “congruo avuto riguardo alla natura della somministrazione”. La norma rappresenta uno dei luoghi di emersione di quella regola generale che consente comunque alle parti lo scioglimento del rapporto, normalmente con preavviso, nel caso di contratto a tempo indeterminato, dando così forma al cosiddetto recesso “conformativo” o “determinativo [...]”.

²⁴ Per una prospettiva innovativa sullo squilibrio contrattuale: S. MAZZAMUTO, *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, in Jus Civile, 5, 2016, www.juscivile.it.

sopravvenuto che conduce il più delle volte alla risoluzione del contratto o, ove possibile, alla equa modifica delle condizioni contrattuali *ex art.* 1467 cc. che, non a caso e come si preciserà, si riferisce ai contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita.

Volendo soffermare l'attenzione (forse, in alcuni casi, divagando un po' rispetto al tema centrale) su alcuni aspetti peculiari dei singoli contratti esaminati, può essere utile ricordare, partendo dal contratto di compravendita, come normalmente, nella prassi immobiliare, tale tipologia contrattuale possa prevedere la scissione in due contratti: preliminare e definitivo. Pertanto, perfino in ipotesi di compravendita istantanea non è da escludere che il problema delle sopravvenienze si possa porre (seppur in minima parte) in presenza di un contratto preliminare, aderendo ad alcune delle teorie ricostruttive della causa e del collegamento negoziale che rifuggono la tesi del semplice adempimento traslativo e leggono il rapporto tra due contratti come un rapporto tra due schemi negoziali autonomi, ciascuno con causa propria, con uno scarto temporale di contrattazione avente funzione di controllo delle sopravvenienze²⁵. In tali casi occorrerà valutare la capacità della "variazione" intervenuta ad incidere sull'obbligo di dar vita al contratto definitivo.

Non è così semplice fornire una risposta al quesito se si tratta delle cd. vendite obbligatorie criticate dalla tesi dell'effetto reale differito²⁶, tra le quali si annovera la vendita di cose generiche che, notoriamente, richiede un successivo momento di individuazione. In questi casi occorre ricordare che il principio *res perit domino* trova il suo campo operativo solamente al momento del trasferimento della proprietà²⁷, pertanto, qualora

²⁵ Riguardo alla gestione delle sopravvenienze nell'ambito della dicotomia preliminare – definitivo: in caso di prezzo ribassato, P. MACCAVINO, *Rapporto tra preliminare e definitivo: che accade in caso di prezzo ribassato*, 14 Settembre 2017, www.giuridicivile.it;

Riguardo, ancora, alla gestione delle sopravvenienze, offre un quadro generale, sintetico e riassuntivo: F. COLAMOREA, *Le sopravvenienze nel corso del rapporto contrattuale: quali rimedi?*, in *Giuricivile*, 2018, 5, www.giuricivile.it.

²⁶ Annovera nell'elenco delle cd. vendite obbligatorie le vendite di cose generiche, le vendite alternative, le vendite di cosa futura e le vendite di cosa altrui A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, 2007, pp. 645 e 646.

²⁷ Nella vendita di cosa futura (*es. di bene in costruzione*, volendo fare riferimento ad una futurità oggettiva e non soggettiva, come nei casi di vendita di bene altrui o

dovessero verificarsi delle (qui genericamente intese) “sopravvenienze” (es. ipotesi di impossibilità sopravvenuta), occorre ricordare che in questo contesto potrebbe essere chiamato ad operare un diverso principio, ovvero il principio *casum sentit debitor*, che, quantomeno, se non lo risolve del tutto, agevola la risoluzione della questione delle responsabilità delle parti di debito/credito²⁸.

Ma tornando indietro, in modo più mirato sul problema dello squilibrio economico, occorre ribadire che i due contratti che meglio si prestano ad affrontare il problema della gestione delle sopravvenienze sono certamente il contratto ad esecuzione differita ed il contratto di durata che può creare problemi se si tratta di circostanze straordinarie ed imprevedibili che superano l’alea normale del contratto. In questi casi il rimedio può essere o demolitorio (risoluzione del contratto) o conservativo (modifica equa delle condizioni del contratto da parte del soggetto cui è rivolta la domanda di risoluzione), grazie al già citato art. 1467 cc. Ancora, per quel che riguarda i contratti ad esecuzione prolungata, come l’appalto, occorre sottolineare come il rimedio tenda ad essere non “immediatamente demolitorio”, bensì, in primo luogo “conservativo²⁹”. Si cerca,

parzialmente altrui), la giurisprudenza, ai fini della operatività del principio del consenso traslativo nelle vendite di beni “in fase di costruzione”, ha chiarito, come già indicato, che l’effetto reale si realizza al momento della costruzione del bene.

²⁸ Si pensi alle ipotesi classiche di vendita avente ad oggetto cose generiche che richiedono il momento di specificazione ma che subiscono gli effetti, ad esempio, di problematiche inerenti i traffici commerciali. A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *op. cit.*, 2007, p. 644 e ss. Ancora, sul tema: F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, EDI, 2015, pp. 602 – 604 per l’impossibilità sopravvenuta in generale; pp. 1034 e ss. per il resto. Sul punto, GIOVANNI VALCAVI, *Scritti giuridici scelti – Scritti di analisi economica del Diritto*, Nicolini, 2005, “alcuni appunti in materia di rischio, di incidenza della mora e di perpetuo obligationis”, <http://www.fondazionegiovannivalcavi.it/scritti/capitoli/diritto-civile1.pdf>, in cui si legge che “[...]un’applicazione particolare del principio «res perit domino», si ha nella fattispecie di cui agli artt. 1376, 1378, 1465 c.c. per via degli effetti reali del contratto, mediante la regola integrativa «res perit ei qui acquirit». Il rischio assume la maggiore evidenza nei rapporti obbligatori a scadenza differita, continuata o periodica, che hanno per oggetto un genus. Qui il rischio del perimento fisico è a carico del debitore, sia che questi abbia nel proprio patrimonio il bene da prestarsi, perché res perit domino, sia che se lo debba procurare aliunde per prestarlo al proprio creditore, perché et genus nunquam perit et casum sentit debitor”.

²⁹ Rimedio conservativo che, tuttavia, sta prendendo piede anche in ben altre sedi, diverse rispetto allo schema dell’appalto. L’impulso dei principi Unidroit, da sempre propensi alla rinegoziazione dei contratti, può dirsi oggi più avvertito rispetto al passato ed anzi, sotto certi aspetti, a causa dell’epidemia Covid 19, è quasi divenuto una necessità in alcuni settori contrattuali. Sul punto, per un approfondimento mirato sulla tematica della

infatti, di garantire tutela a mezzo dell'art. 1664 cc³⁰. Infine, per quel che concerne il contratto di subfornitura, occorre porre l'accento sulla posizione di dipendenza economica che si viene a creare a svantaggio della azienda/impresa che, nel bene o nel male, ha parametrato la propria attività produttiva rispetto alle richieste della impresa (per questo definita dominante) con la quale stipula i contratti di subfornitura, rendendosi, così, rispetto ad essa, servente. La posizione servente dell'impresa che versa in condizione di dipendenza economica giustifica l'eccezionale attribuzione all'organo giudicante di un potere di intaccare l'equilibrio economico predisposto dalle parti, al fine di proteggere la parte contrattuale debole³¹.

rinegoziazione: E. GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in Riv. Jus Civile, www.juscivile.it.

³⁰ Si nuovo, sul tema: P. COPPINI, *op. cit.*, 6, 2019, www.juscivile.it, pp. 648 e ss. Ancora, sotto il profilo del recesso in materia di appalto, nuovamente A. LAS CASAS, *op. cit.*, “[...]poiché nell'appalto l'opera è tipicamente modellata sulle specifiche esigenze del committente ed il soddisfacimento di tali esigenze può dipendere anche da particolari abilità dell'appaltatore, è opportuno riconoscere al committente la facoltà di impedirne l'esecuzione e di liberarsi dal relativo costo, nel caso in cui l'iniziata esecuzione dimostri l'inidoneità dell'opera o dell'appaltatore a soddisfare le aspettative del committente”.

Ancora, per un approfondimento, E. TUCCARI, *Soppravvenienze e revisione del prezzo nel contratto d'appalto: spunti per una ricostruzione sistematica*, in Riv. Jus Civile, 6, 2019, www.juscivile.it.

³¹ R. CASO – R. PARDOLESI, *op. cit.*.