SEZIONE V: IL CONTRATTO DI APPALTO

24. *L'appalto in generale*

Nell'attuale sistema economico l'appalto assolve un ruolo fondamentale al pari del contratto di vendita.

Storicamente la collocazione dei beni sul mercato e la soddisfazione dei bisogni economici è avvenuta attraverso due schemi fondamentali: quello della vendita di beni già presenti e nella disponibilità del venditore, e quello della realizzazione con il proprio lavoro di un bene destinato ad altri che lo abbia ordinato. A questo secondo schema corrisponde il ***contratto d'opera*** disciplinato dall'art. 2222 c.c. Il prestatore d'opera è un ***lavoratore autonomo*** che con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione assume nei confronti del committente, verso un corrispettivo, l'obbligazione di compiere un'***opera o un servizio***: si pensi alla realizzazione di un armadio a muro da parte di un falegname, alla confezione di un abito da parte di un sarto, alla riparazione di una bicicletta, ed anche all'esecuzione di una prestazione professionale, per esempio da parte dell'avvocato, ancorché queste ultime siano fatte oggetto, in ragione della loro peculiare natura, di una particolare disciplina (artt. 2229 ss.). Si tratta dunque di ***figure professionali, artigiani o piccoli imprenditori.***

L'appalto invece, che pure si riferisce alla realizzazione di un'opera o di un servizio, presuppone la ***qualità di imprenditore dell'appaltatore***: si comprende dunque la fortuna che tale figura contrattuale ha incontrato in quanto collegata al fenomeno dell'impresa (media e grande) e dunque al veicolo principale che conduce al mercato beni e servizi, al quale la "nuova" codificazione ha dato sicuro impulso.

L'appalto rappresenta un contratto largamente impiegato non solo tra privati ma anche dalla pubblica amministrazione; a questo diverso ambito si collegano due figure, analoghe nella sostanza, ma soggette a disciplina assai diversa, l'***appalto privato*** e l'***appalto pubblico***. Quest'ultimo viene definito dall'art. 3 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. codice dei contratti pubblici) come il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra la pubblica amministrazione (o società di diritto privato a partecipazione pubblica o finanziate dallo Stato ovvero concessionarie di pubblici servizi), ed un operatore economico, avente per oggetto la esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la

prestazione di servizi destinati a soddisfare interessi della collettività o della amministrazione, secondo le articolate e dettagliate indicazioni contenute nel predetto codice.

La normativa in materia di ***appalti pubblici*** investe principalmente gli aspetti procedurali dell'affidamento dell'appalto, ed è diretta ad assicurare che la ***scelta del contraente*** venga effettuata senza condizionamenti di sorta e sulla base della ***migliore offerta***: per questo è d'obbligo la redazione di un ***capitolato*** sulla base del quale le imprese concorrenti possano formulare le proprie offerte ed una ***pubblica gara*** che assicuri trasparenza nella scelta del contraente e nei costi dell'operazione. Nell'ultimo trentennio, dal 1982 al 2012, si sono succeduti numerosi provvedimenti (da ultimo il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, modificato dal d.lgs. 15 novembre 2012, n. 218, e la legge 6 novembre 2012, n. 190 in materia di prevenzione e repressione della corruzione e della illegalità nella pubblica amministrazione), diretti a contrastare e prevenire il ***rischio di infiltrazioni mafiose negli appalti pubblici*** fino a condizionare la valida stipula del contratto alla certificazione antimafia rilasciata alla stazione appaltante dalla competente Prefettura. Esigenze di contenimento della spesa pubblica e di prevenzione degli abusi hanno indotto il legislatore a disciplinare con grande cautela e rigore l'istituto della ***revisione del prezzo*** dell'appalto pubblico largamente operante invece in quello privato.

25. *La disciplina del contratto*

Dobbiamo qui occuparci dell'appalto privato che l'art. 1655 c.c. definisce come il contratto col quale una parte assume con ***organizzazione dei mezzi necessari*** e con ***gestione a proprio rischio*** il compimento di un'***opera*** o di un ***servizio*** verso un corrispettivo in danaro.

L'elemento del ***rischio*** caratterizza l'attività d'impresa (cosicché il deterioramento o il perimento della cosa non imputabile ad alcuna delle parti ricade prevalentemente sull'appaltatore: art. 1673 c.c.); ed anche l'appaltatore, in quanto imprenditore e come ogni imprenditore, non sa se il corrispettivo pattuito potrà coprire i costi e riservare un ricavo o se invece sarà insufficiente ad assicurare un guadagno, e nemmeno se dall'operazione risulterà una perdita e se questa sarà così determinante da esporlo al rischio del fallimento. Ciò potrà dipendere da ragioni oggettive, collegate al mercato e da ragioni soggettive dipendenti da previsioni errate dell'appaltatore o dalla sua scarsa capacità imprenditoriale.

Queste ultime non possono che ricadere sull'imprenditore che dovrà im-

putare l'insuccesso dell'appalto a sua personale incapacità di previsione e di programmazione o tutt'al più alla sorte. Le altre, le ragioni cioè collegate al mercato non sono sfuggite alla attenzione del legislatore che, tenendo presente che il contratto di appalto è ***contratto ad esecuzione differita nel tempo***, ha dettato delle regole correttive dirette a temperare il rischio dell'imprenditore e ad amministrare le sopravvenienze nel corso del rapporto.

Stabilisce infatti l'art. 1664 che se nel corso del rapporto per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati ***aumenti nel costo dei materiali o della mano d'opera*** tali da terminare una variazione percentuale superiore al ***decimo*** del corrispettivo convenuto, l'***appaltatore*** può chiedere una ***revisione del prezzo*** per la differenza che eccede il decimo; ed analoga facoltà spetta al committente nell'ipotesi, certo meno frequente, in cui si sia verificata una analoga diminuzione dei suddetti costi (primo comma); inoltre, se nel corso dell'opera si manifestano ***difficoltà di esecuzione*** derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, quest'ultimo ha diritto ad un equo compenso integrativo del corrispettivo pattuito.

La norma, che viene incontro alle esigenze degli appaltatori piuttosto che dei committenti, e che certo offre il fianco a possibili abusi, è derogabile e sovente viene derogata attraverso apposite rinunce; ma sono frequenti anche clausole negoziali che rafforzano il diritto dell'appaltatore alla revisione del prezzo, attraverso previsioni più analitiche e misure percentuali predeterminate.

La durata nel tempo dell'appalto spiega anche una serie di ***prerogative del committente***. Quest'ultimo può ordinare modificazioni del progetto concordato (cc.dd. ***varianti***) purché il loro ammontare non superi il sesto del corrispettivo pattuito ed in questo caso l'appaltatore ha diritto ad un compenso aggiuntivo (art. 1661, primo comma); se invece le variazioni necessarie per eseguire l'opera a regola d'arte sono di notevole entità, il committente può recedere dal contratto corrispondendo un equo indennizzo e lo stesso appaltatore, ove il loro importo superi il sesto del prezzo, può a sua volta recedere dal contratto (art. 1660).

Il committente ha ovviamente diritto di controllare lo svolgimento dei lavori e di verificare lo ***stato*** del loro ***avanzamento***, al quale spesso è collegata la corresponsione di quote del corrispettivo pattuito e, ove accerti che i lavori differiscono dal programma concordato ovvero non siano eseguiti a regola d'arte, può fissare un termine perché l'appaltatore si conformi, decorso inutilmente il quale il committente può ritenere risolto il contratto ed ottenere il risarcimento del danno (art. 1662). Terminata l'opera il committente, prima di ricevere la consegna, ha diritto di esaminarla al fine di verificarne la con-

formità al progetto (collaudo). Al ***collaudo*** (o alla accettazione tacita dell'opera nel caso in cui il committente non proceda senza giustificato motivo alla verifica, ovvero ometta di comunicarne l'esito all'appaltatore) si collegano importanti conseguenze: il diritto dell'appaltatore al ***pagamento del corrispettivo*** (spesso al saldo del prezzo, parte del quale anticipato durante l'esecuzione dei lavori) (art. 1665); la preclusione in danno del committente a far valere la garanzia per quelle difformità e quei vizi conosciuti o riconoscibili dal committente stesso purché, in quest'ultimo caso, non siano stati in mala fede taciuti dall'appaltatore (art 1667, primo comma).

La ***consegna dell'opera o l'esecuzione del servizio*** segnano l'adempimento del contratto e ciò conferma che l'obbligazione dell'appaltatore non è ***obbligazione*** di semplice mezzi (come quella ad esempio del professionista che è tenuto ad una prestazione di lavoro) ma ***di risultato*** in cui il debitore appaltatore deve procurare al creditore committente il conseguimento di uno specifico risultato.

Nonostante il fondamentale ruolo svolto dalla consegna, l'appalto ***non è un contratto reale*** perché il contratto si perfeziona ed acquista efficacia ben prima della consegna; ma non è neanche un semplice contratto a effetti obbligatori perché esso produce non soltanto la nascita di obbligazioni a carico delle parti (pagamento del corrispettivo, realizzazione dell'*opus*) ma anche ***l'acquisto di un diritto reale*** a favore del committente che con l'accettazione dell'opera ne acquista la proprietà. È peraltro difficile ascrivere l'appalto alla categoria dei contratti a effetti reali giacché in questo caso l'effetto traslativo del diritto non è mera conseguenza del consenso delle parti espresso all'atto della conclusione del negozio ma l'esito di una ***fattispecie complessa*** in cui hanno rilievo, ***il consenso, la realizzazione dell'opera, la consegna e la sua accettazione.***

La ***vocazione "reale" dell'appalto*** spiega la disciplina dell'adempimento della prestazione dell'appaltatore ed il sistema delle garanzie, ispirati alla disciplina della vendita anche se, come vedremo, con significative differenze.

La misura dell'adempimento dell'appaltatore è rappresentata dalla ***conformità*** dell'opera al ***progetto*** approvato, ed al quale le parti possono concordemente apportare variazioni in corso d'opera, ***variazioni*** che devono essere provate per iscritto (art. 1659). Tale conformità, indipendentemente da qualsiasi colpa dell'appaltatore, è oggetto anche di specifica ***garanzia***: l'art. 1667 c.c. stabilisce che il committente deve denunziare all'appaltatore le ***difformità e i vizi*** entro sessanta giorni dalla scoperta (un anno se si tratta di immobili), ma la denuncia non è necessaria se l'appaltatore ha riconosciuto la difformità o i vizi ovvero se li ha occultati; e l'azione si prescrive in due anni dalla consegna. Come abbiamo già osservato, il committente non può invocare la garanzia se ha

accettato l'opera e la difformità e i vizi erano da lui conosciuti o riconoscibili purché in quest'ultimo caso non siano stati in mala fede taciuti dall'appaltatore.

Il contenuto della garanzia è descritto nell'art. 1668 c.c., e si svolge in due direzioni. Il committente, ove le difformità o i vizi siano tali da rendere l'opera del tutto inadatta alla sua destinazione, può chiedere la ***risoluzione del contratto*** (secondo comma); altrimenti può chiedere la ***eliminazione dei difetti*** a spese dell'appaltatore ovvero una proporzionale ***riduzione del prezzo*** (primo comma).

Si tratta di una norma di fondamentale importanza perché individua un meccanismo di tutela contrattuale diretto alla ***conservazione del contratto*** e alla realizzazione di un ***equilibrio delle prestazioni***. Tale ***rimedio***, previsto nel seno della disciplina di un singolo contratto (l'appalto), è stato opportunamente indicato dalla dottrina come avente ***valenza generale***; si è così pervenuti alla individuazione di un onere del creditore di chiedere con priorità, rispetto a più radicali rimedi, l'***eliminazione della inesattezza della prestazione***, ove ciò possa naturalmente tutelare a pieno l'interesse del creditore, configurando in tal modo un rimedio applicabile in tutti i casi di ***prestazione difettosa***, al di là della specifica sede di disciplina; ed il legislatore negli ultimi anni ha recepito tali istanze codificandole, ad esempio, nella vendita di beni di consumo.

Come abbiamo osservato la garanzia è concessa anche quando la difformità o i vizi non dipendono da colpa dell'appaltatore; se questi invece è in colpa è tenuto anche al risarcimento del danno (art. 1668, primo comma).

Una responsabilità aggiuntiva e speciale è prevista in favore del committente quando l'appalto ha ad oggetto ***edifici o altre cose immobili destinate a lunga durata***, come uno stadio, una palestra, una discoteca. Se infatti nel corso dei ***dieci anni*** dall'ultimazione dell'opera questa, per vizio del suolo o per difetto di costruzione, rovini in tutto o in parte ovvero presenti evidente ***pericolo di rovina o gravi difetti***, l'appaltatore è responsabile purché la denuncia venga fatta entro un anno dalla scoperta. Le ragioni della norma vanno individuate nella tutela di un interesse generale che va oltre il committente e si ricollega alla collettività che si trova nel tempo ad utilizzare il bene: ciò spiega perché l'art. 1669 estenda la legittimazione dell'azione agli ***aventi causa dal committente*** (per es. agli acquirenti delle singole unità immobiliari dal proprietario di un edificio) il quale, dopo la vendita, perde un interesse diretto ad esercitare l'azione; e spiega anche perché l'accettazione del committente non precluda l'esperimento dell'azione. La ***responsabilità è "speciale"*** perché, secondo una diffusa convinzione, ha natura extracontrattuale e dunque viene a cumularsi con quella ordinaria contrattuale prima esaminata.

La indicata vocazione "reale" dell'appalto favorisce una prossimità dello

schema contrattuale dell'appalto a quello della vendita (prototipo del contratto ad effetti reali), in particolare alla vendita di cosa futura, cosicché nella pratica spesso le due figure risultano simili ed occorre ricercarne gli elementi distintivi. Quando il contratto ha ad oggetto una cosa che deve fornire un'impresa e che ancora deve venire ad esistenza può nascere il dubbio se ricorra una ***vendita di cosa futura o invece un appalto***: la differenza andrà ricercata nella ***volontà delle parti*** espressa nel contratto e nelle ***caratteristiche oggettive della operazione economica*** dedotta nel contratto stesso. In particolare dovrà indagarsi sulla prevalenza della prestazione di *facere*, che caratterizza l'appalto, o di quella di *dare*, tipica della vendita: così la fornitura di una vettura di serie sarà vendita, ma quella della stessa vettura sulla quale il committente abbia ordinato la installazione personalizzata di una serie di dispositivi per portatori di handicap sarà appalto; l'acquisizione di un appartamento realizzato dal costruttore nell'ambito di un più ampio progetto di costruzione di edifici di abitazione avverrà a mezzo di una vendita, ma la realizzazione di una villa al mare su un terreno acquistato dal committente sarà invece oggetto di un appalto. La qualificazione del contratto non è ovviamente indifferente: alla individuazione dell'uno o dell'altro tipo negoziale, come identificato all'esito del procedimento di interpretazione del contratto condotto alla stregua delle norme di cui agli artt. 1362 ss. c.c., fa seguito una regolamentazione diversa, che non è il caso qui di indicare, essendo sufficiente segnalare la diversità delle regole che disciplinano i due contratti e che abbiamo illustrato.

La ***natura fiduciaria del rapporto*** spiega perché l'appaltatore possa concedere in ***subappalto*** l'esecuzione dell'opera (ipotesi frequente negli appalti di una certa consistenza) solo con il consenso del committente (art. 1656). Il subappaltatore peraltro, dando luogo il subappalto, come la sublocazione, ad un rapporto del tutto distinto dal contratto base, ancorché a questo collegato, ***non ha azione diretta*** nei confronti del committente; al contrario gli ausiliari dell'appaltatore hanno azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto fino a concorrenza del credito dell'appaltatore verso il committente (art. 1676). La natura fiduciaria dà altresì ragione della eccezionale facoltà del committente (che non trova infatti conforto nella regola generale dell'art. 1373 c.c., per la non configurabilità dell'appalto come contratto di durata ad esecuzione continuata in senso proprio) di ***recedere dal contratto*** anche dopo l'inizio della sua esecuzione, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno (art. 1671). La natura fiduciaria del rapporto trova ulteriore conferma nell'art. 1674 c.c. il quale, dopo aver stabilito che il contratto non si scioglie per la morte dell'appaltatore (ma perché la scomparsa fisica dell'imprenditore non necessariamente comporta il venir meno dell'affidamento sull'im-

presa), fa salva l'ipotesi in cui la persona sia stata motivo determinante del contratto; e precisa che il committente può sempre recedere dal contratto se gli eredi dell'appaltatore non danno affidamento per la buona esecuzione dell'opera o del servizio.

Il Tema

Vendita di cosa futura e appalto (Cass. 12 maggio 2008 n. 11656)

Il Caso

Nel 2001 la Regione Calabria pubblicava un avviso al fine di esperire una ricerca di mercato finalizzata alla acquisizione in locazione con eventuale opzione di acquisto, ovvero alla compravendita, anche di cosa futura, ovvero mediante contratto di leasing, di un complesso immobiliare in Catanzaro da destinare ad uffici della Regione. Alla gara partecipava la Società Hermes a responsabilità limitata, proprietà di un terreno sul quale aveva diritto di costruire, in forza di una Convenzione con il Comune, un complesso edilizio composto da 418 alloggi. Una commissione regionale costituita allo scopo di selezionare le migliori offerte valutava quella presentata dalla Soc. Hermes come la più idonea, cosicché la Giunta regionale nel novembre 2002 approvava la stipula di un contratto di compravendita del solo complesso immobiliare da costruire, al quale la Soc. proprietaria del terreno aderiva. Un mese dopo, nel dicembre dello stesso anno, la Giunta revocava in autotutela la propria precedente deliberazione per vizi di legittimità, e manifestava la propria intenzione di procedere all'acquisto dell'area sulla quale avrebbe realizzato gli immobili da destinare a uffici regionali ricorrendo alla finanza di progetto. La Soc. Hermes procedeva comunque alla alienazione dell'area in vista della possibilità di esperire la procedura di finanza di progetto per la realizzazione del complesso immobiliare, riservandosi ogni azione per i danni subiti dalle determinazioni regionali. Scaduto inutilmente il termine e venuta meno ogni opportunità, la Società Hermes conveniva la Regione Calabria davanti al Tribunale di Catanzaro chiedendo il risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale *ex* art. 1337 c.c. provocato dalla Regione, per avere quest'ultima ingiustificatamente rifiutato di stipulare il contratto di vendita di cosa futura pur avendo ingenerato in essa attrice un affidamento che l'aveva indotta a sostenere ingenti spese di progettazione costringendola a rinunziare alla realizzazione del complesso edilizio residenziale, danno che quantificava in euro 21 milioni; in

subordine chiedeva che la Regione fosse condannata alla minor somma di circa 6 milioni di euro per il danno da indebito arricchimento conseguente alla acquisizione e all'utilizzo da parte dell'Ente territoriale degli elaborati progettuali.

Il Tribunale di Catanzaro dichiarava il difetto di giurisdizione dell'Autorità giudiziaria ordinaria in favore del Giudice amministrativo.

Su impugnazione della Soc. Hermes la Corte di Catanzaro rigettava l'appello e confermava il difetto di giurisdizione del giudice ordinario.

Riteneva la Corte di Catanzaro che nel caso di specie la Regione aveva dato corso da una "procedura di affidamento di lavori, servizi e forniture" e che pertanto risultava applicabile l'art. 6 della legge n. 205 del 2000 in base al quale "*Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale*"; e che nella fattispecie il contratto allegato alla delibera del 2002 aveva solo il *nomen iuris* di vendita di cosa futura trattandosi invece di appalto di opera pubblica.

Avverso questa sentenza ha proposto un ricorso per cassazione la Società Hermes assumendo che la Regione aveva agito *iure privatorum*, che il contratto che aveva omesso di stipulare, violando gli obblighi di correttezza e buona fede, non era da qualificarsi appalto di lavori pubblici bensì compravendita di cosa futura, che la legge n. 205 del 2000 non trovava pertanto applicazione con la conseguente affermazione della giurisdizione del giudice ordinario.

La S.C. accoglie il ricorso, afferma la giurisdizione del giudice ordinario e rinvia la causa al Tribunale di Catanzaro, in diversa composizione. Profilo decisivo della controversia che avrebbe consentito alla Suprema Corte di individuare il Giudice provvisto di giurisdizione, era quello afferente alla qualificazione del contratto intercorso fra P.A. e privato, giacché da questa qualificazione, se compravendita (di cosa futura) o appalto di lavori pubblici sarebbe dipesa la sussistenza, nella prima ipotesi, della giurisdizione del giudice ordinario, nella seconda ipotesi della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Questa la motivazione della decisione delle SS.UU.

Il Giudizio

7.3. 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 allorché si tratta di vendita di cosa futura (art. 1472 c.c.) e cioè di bene non ancora esistente, segnatamente allorché 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, poiché il momento traslativo sussisterà solo allorché 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.

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 principio è applicato soprattutto in materia tributaria, essendo il criterio seguito dal d.p.r. n. 633/1972.

Si è validamente obbiettato, allorché tale criterio è stato trasferito fuori dall'area tributaria, che non è la prevalenza quantitativa del lavoro sulla materia che ha valore decisivo, ma il modo come il lavoro è considerato dalle parti.

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.

Il criterio subiettivo è quello più seguito dalla giurisprudenza. Per volontà delle parti deve intendersi non l'intenzione soggettiva, cioè l'opinione che essere abbiano avuto della natura del rapporto, ma l'intento empirico tipico in cui si inquadra la volontà che le muove. È stato già rilevato che il privato non è padrone delle conseguenze giuridiche dei negozi che compie, le quali si producono vi legis e non vi voluntatis.

La cosiddetta libertà contrattuale dei privati comincia e termina con la creazione dell'elemento di fatto del negozio e cioè con la manifestazione di un determinato intento empirico. L'effetto giuridico è indipendente dalla rappresentazione che se ne faccia l'agente, il quale nessuna diretta influenza potrà esercitare su di esso. 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'obiettivo 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 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), la cui disciplina giuridica va individuata, in base alla teoria dell'assorbimento, che privilegia la disciplina dell'elemento in concreto prevalente, in quella risultante dalle norme del contratto atipico nel cui schema sono riconducibili gli elementi prevalenti (cosiddetta teoria dell'assorbimento o della prevalenza), senza escludere ogni rilevanza giuridica degli altri elementi, che sono voluti dalle parti e concorrono a fissare il contenuto e l'ampiezza del vincolo contrattuale, elementi ai quali si applicano le norme proprie del contratto cui essi appartengono, in quanto compatibili con quelle del contratto prevalente.

Nella fattispecie, come risulta sia dall'avviso di ricerca di mercato che dallo schema del contratto, l'interesse dell'amministrazione non era tanto quello di ottenere il suolo per una successiva trasformazione del medesimo, quanto l'acquisizione di un edificio già realizzato rispetto al quale sia l'acquisto del suolo che il lavoro del costruttore appaiono come elementi indispensabili, ma comunque accessori, rispetto all'oggetto effettivo del contratto. Peraltro, come si è visto, a fronte della ritenuta natura del contratto come compravendita di cosa futura, non avrebbe mai potuto sussistere solo un contratto di appalto, in quanto il terreno era della stessa Hermes (ipotetica appaltatrice)

ed il contratto in questione sarebbe stato un contratto di appalto di opera pubblica su terreno di proprietà dello stesso appaltatore, ma un contratto misto di vendita con effetti reali di bene esistente (il terreno) e di contestuale appalto per la realizzazione dell'edificio. Sennonché, come detto, dall'art. 2 del contratto emerge che l'intento delle parti non era quello di trasferire la sola proprietà del terreno ma anche quella dell'intero complesso da realizzare e che lo stesso trasferimento della proprietà del terreno sarebbe avvenuto in una alla proprietà del complesso immobiliare, allorché esso sarebbe stato ultimato.

In merito al passaggio di proprietà dell'opera nell'appalto di costruzione di immobili, la dottrina, che se ne è occupata, ritiene condivisibilmente che, se il suolo è di proprietà del committente, l'opera nasce di sua proprietà per accessione; se invece il terreno è dell'appaltatore (o perché già suo o perché l'abbia acquistato ai fini dell'esecuzione del contratto di appalto, rivestendo in questo acquisto la qualità di mandatario del soggetto committente l'appalto) e non sia stato trasferito al committente, l'appaltatore che ha fornito anche i materiali ed il lavoro, è acquirente originario della proprietà dell'opera, che passa nella proprietà del committente solo con l'accettazione dell'opera, che deve essere data per iscritto, trattandosi di immobili. Nella fattispecie – invece – il trasferimento della proprietà era previsto nel contratto per effetto della sola venuta ad esistenza ed ultimazione del complesso e non per effetto dell'accettazione, il che è conforme alla disciplina della vendita di cosa futura.

Ne consegue che, non versandosi in ipotesi di procedura di affidamento di appalto di lavori, ma di trattative relative ad un contratto di compravendita di cosa futura, per la proposta azione di responsabilità precontrattuale nei confronti della regione convenuta, non sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (per le controversie relative alle procedure di affidamento di lavori da parte delle P.A., ai sensi dell'art. 6 l. 21.7.2000, n. 205), ma la giurisdizione del giudice ordinario. Infatti, esclusa l'applicabilità di tale ultima norma, la giurisdizione va affermata sulla base dei criteri di riparto ancorati alla distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, e perciò in funzione della natura giuridica delle situazioni soggettive dedotte in giudizio. Tale natura attiene ad una pretesa il cui soddisfacimento non postula la demolizione di alcun atto amministrativo, giacché allega un illecito extracontrattuale a carico della P.A. e non contesta la procedura relativa alla individuazione del contraente.

Va pertanto accolto il ricorso, cassata l'impugnata sentenza con conseguente rinvio al Tribunale di Catanzaro.

CORSO FGLAW MAGISTRATURA – ESAME AVVOCATO
MATERIALI RISERVATI OTTENIBILI SOLO MEDIANTE ACCESSO A SISTEMA INFORMATICO PROTETTO CON CREDENZIALI PRIVATE E PASSWORD INCEDIBILI SE NON SEI UN UTENTE AUTORIZZATO SEI TENUTO A DISTRUGGERLO
COPYRIGHT FGLAW