

SALVATORE MAZZAMUTO

Trattato del Diritto Privato

Volume V

Il contratto

Tomo III

**Massimo Confortini - Edoardo Ferrante
Laura Santoro - Enrico Gabrielli**

I singoli contratti

**Appalto, opera e opera professionale,
trust e atti di destinazione,
contratti di garanzia**



G. Giappichelli Editore

SALVATORE MAZZAMUTO
Trattato del Diritto Privato

Volume V
Il contratto
Tomo III

Massimo Confortini - Edoardo Ferrante
Laura Santoro - Enrico Gabrielli

I singoli contratti

Appalto, opera e opera professionale,
trust e atti di destinazione,
contratti di garanzia



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2022 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-2229-1

ISBN/EAN 978-88-921-6315-7 (ebook - pdf)

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

LINEE PROGRAMMATICHE

Il *Trattato* si propone di approfondire i diversi ambiti del diritto civile classico, del diritto commerciale, dell'economia e del lavoro con un'attenzione rinnovata alla costruzione del sistema che consideri il diritto privato europeo come un imprescindibile architrave e riservi uno spazio trasversale alla rivoluzione digitale e ai suoi diversi "impatti" sull'ordinamento, in generale, e sul diritto privato, in particolare: molteplici saranno, quindi, le scelte di fondo innovative tra cui segnaliamo ancora quella di dare modernamente spazio nella disamina dei singoli istituti al profilo dei rimedi o ancora di collocare i contratti d'impresa all'interno dell'illustrazione del quadro normativo del relativo mercato, cogliendo il momento negoziale nell'ambito dell'attività d'impresa cui esso dà corpo. L'opportuno approfondimento, ove necessario, si è indirizzato alla globalizzazione e ai suoi riflessi sulla disciplina privatistica.

L'analisi dei singoli istituti muove, infatti, dalla disciplina generale e, in primo luogo, dal codice civile, assunto come perno del sistema; ma, in pari tempo, ci si propone di allargare lo sguardo alla disciplina di settore e ai sottosistemi, con un duplice obiettivo. In primo luogo, si è reso necessario verificare se e in quale misura alcune *rationes* e soluzioni speciali, oppure proprie dei sottosistemi, si prestino ad essere generalizzate o, per lo meno, offrano indicazioni sia per rileggere alcune consolidate interpretazioni della parte generale sia per ridefinire categorie concettuali sperimentate o per elaborarne di nuove. In secondo luogo, si è perseguito l'obiettivo dell'istituzione di una certa misura di coerenza interna alle discipline speciali e ai sottosistemi al fine di offrire al lettore un ordine ricomposto, nel quale assumano un significato più profondo e arioso anche le normative secondarie, come quelle delle autorità amministrative indipendenti. Lo sforzo si è tanto più accentuato negli ambiti toccati dal processo europeo di armonizzazione e di uniformazione dei diritti nazionali giacché è tempo di offrire una visuale in cui il diritto privato europeo non si giustapponga a quello di origine nostrana, come per incrementi successivi, ma vi si amalgami. Fondamentale si è rivelata l'elaborazione di una tassonomia e di un quadro categoriale di

respiro europeo, grazie al quale sottoporre a una nuova sistemazione l'intero patrimonio normativo italiano, senza attendere che un'operazione siffatta venga compiuta malamente dal legislatore, come avvenuto in Germania e in Francia.

A tal fine, nonostante il taglio sostanzialmente compatto delle singole trattazioni, l'opera si prefigge di ricostruire in maniera puntuale il dibattito teorico sui singoli istituti, con un approccio non meramente descrittivo ma critico; nonché di evidenziare gli orientamenti giurisprudenziali consolidati più significativi tanto della Corte di cassazione quanto della Corte di giustizia, anche in questo caso privilegiando non la mera informazione ma l'analisi critica, in modo da offrire al lettore non già l'ennesima illustrazione pedissequa degli sviluppi del diritto applicato, ma una verifica della tenuta tecnica e sistematica delle principali soluzioni offerte dalla giurisprudenza.

Lo sfondo giusfilosofico dell'opera è quello di un positivismo consapevole della sempre maggiore complessità dell'ordinamento nazionale e della sua strutturale interazione con gli ordinamenti sovranazionali, ma soprattutto conscio del ruolo imprescindibile delle disposizioni normative di vertice, sia costituzionali sia europee sia ancora internazionali, e dei giudizi di valore che esse istituiscono. Della maggiore discrezionalità in sede interpretativa che tali assetti determinano si è tenuto conto, nella consapevolezza che il compito istituzionale della dottrina consiste, per un verso, nel contenere questa discrezionalità, mettendo a disposizione dell'interprete un quadro categoriale e un reticolo di nessi sistematici in grado di orientarne le soluzioni applicative e di renderle tanto prevedibili quanto confutabili; e, per altro verso, nel vigilare costantemente sulla coerenza complessiva delle norme, avendo sempre di mira la ricomposizione del sistema.

I destinatari dell'opera vanno identificati negli accademici, ai quali si propongono letture che mirano ad alimentare il dibattito scientifico, e nei protagonisti del mondo delle professioni, ai quali viene offerto un quadro ragionato, tecnicamente provveduto e critico del sistema del diritto privato, che anteporrà il tipo di problema e le possibili soluzioni alla rassegnata episodicità della ricerca dell'ultimo orientamento giurisprudenziale, nonché infine agli studenti del Corso di laurea magistrale in Giurisprudenza. L'estensione ragionevolmente contenuta dell'opera e il metodo dogmatico modernamente coniugato con l'apertura ai valori e l'attenzione alle prassi e alla giurisprudenza candidano il *Trattato* a divenire uno strumento di formazione superiore per i giovani giuristi che affrontano la preparazione in vista dei principali concorsi e dell'abilitazione forense.

PIANO DELL'OPERA

Volume I

INTRODUZIONE AL DIRITTO PRIVATO

Tomo I

LE FONTI IN GENERALE E L'INTERPRETAZIONE

Tomo II

LE DOTTRINE GENERALI E LE FONTI DEL DIRITTO PRIVATO

Tomo III

I SOGGETTI

Volume II

LA FAMIGLIA, LE SUCCESSIONI, LE DONAZIONI

Tomo I

LA FAMIGLIA

Tomo II

LE SUCCESSIONI

Tomo III

LE SUCCESSIONI

Tomo IV

LE DONAZIONI

VIII

I singoli contratti

Volume III
PROPRIETÀ E POSSESSO

Volume IV
LE OBBLIGAZIONI

Volume V
IL CONTRATTO

Tomo I
IL CONTRATTO IN GENERALE

Tomo II
I SINGOLI CONTRATTI

Tomo III
I SINGOLI CONTRATTI

Tomo IV
I SINGOLI CONTRATTI

Volume VI
LE FONTI DELLE OBBLIGAZIONI
DIVERSE DAL CONTRATTO

Tomo I
LA RESPONSABILITÀ CIVILE

Tomo II
LE ALTRE FONTI DELLE OBBLIGAZIONI

Volume VII
L'ATTIVITÀ ECONOMICA

Tomo I

L'IMPRESA, LA CONCORRENZA, LA PROPRIETÀ INTELLETTUALE, LE SOCIETÀ, LA
CRISI DELL'IMPRESA, I TITOLI DI CREDITO

Tomo II

I MERCATI E LA DISCIPLINA PRIVATISTICA DI SETTORE

Tomo III

I MERCATI E LA DISCIPLINA PRIVATISTICA DI SETTORE

Tomo IV

I MERCATI E LA DISCIPLINA PRIVATISTICA DI SETTORE

Volume VIII
LA TUTELA DEI DIRITTI

Tomo I

LA PUBBLICITÀ E IL TEMPO DEI DIRITTI

Tomo II

LA TUTELA GIUDIZIARIA DEI DIRITTI

Tomo III

LA TUTELA GIUDIZIARIA DEI DIRITTI

Tomo IV

LA TUTELA GIUDIZIARIA DEI DIRITTI

ABBREVIAZIONI

al.	Alinea
art.	Articolo
co.	Comma
cpv.	Capoverso
c.a.d.	Codice dell'amministrazione digitale
c.a.m.	Codice antimafia
cod. giust. cont.	Codice della giustizia contabile
c.c.	Codice civile
c.c.p.	Codice dei contratti pubblici
c.p.	Codice penale
c.p.a.	Codice del processo amministrativo
c.p.c.	Codice di procedura civile
c.p.i.	Codice della proprietà industriale
c.p.p.	Codice di procedura penale
CDFUE	Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea
CEDU	Convenzione europea dei diritti dell'uomo
Cedu	Corte europea per i diritti dell'uomo
cod. amb.	Codice dell'ambiente
cod. ass.	Codice delle assicurazioni
cod. cons.	Codice del consumo
cod. ins.	Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza
cod. nav.	Codice della navigazione
cod. priv.	Codice in materia di protezione dei dati personali
cod. tur.	Codice del turismo
COMS	Costituzione dell'Organizzazione mondiale della sanità
Corte giust. Ue	Corte di giustizia dell'Unione europea
Cost.	Costituzione
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i>
d.l.	Decreto-legge
d.lgs.	Decreto legislativo
d.lgs.c.p.s.	Decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato
d.lgs.lgt.	Decreto legislativo luogotenenziale

d.m.	Decreto ministeriale
d.p.c.m.	Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri
d.p.r.	Decreto del Presidente della Repubblica
dir.	Direttiva europea
disp. att.	Disposizioni di attuazione
g.u.r.i.	Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana
g.u.u.e.	Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea
l.	Legge
l.a.	Legge sul diritto d'autore
l. ass.	Legge sull'assegno bancario
l. camb.	Legge cambiaria
l. cost.	Legge costituzionale
l. div.	Legge sullo scioglimento del matrimonio
l. fall.	Legge fallimentare
l. ord.st.civ.	Legge sull'ordinamento dello Stato civile
PDEC	Principi di diritto europeo dei contratti
prel.	Disposizioni sulla legge in generale
prop. dir.	Proposta di direttiva
prop. reg.	Proposta di regolamento
prot.	Protocollo
r.d.	Regio decreto
r.d.l.	Regio decreto-legge
racc.	Raccomandazione
reg.	Regolamento
reg.att.t.u.imm.	Regolamento di attuazione del t.u. imm.
st. lav.	Statuto dei Lavoratori
t.u.	Testo unico
t.u.b.	Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia
t.u. edil.	Testo unico in materia di edilizia
t.u. espr.	Testo unico sulle espropriazioni
t.u.f.	Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria
t.u. imm.	Testo unico immigrazione
t.u.l.p.s.	Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza
t.u.p.i.	Testo unico sull'impiego pubblico
t.u.s.p.	Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica
TFUE	Trattato sul funzionamento dell'Unione europea
TUE	Trattato sull'Unione europea

PARTE I
IL CONTRATTO DI APPALTO
Massimo Confortini

CAPITOLO I

APPALTO E TALUNE FIGURE AFFINI

SOMMARIO: 1. Nozione. La disarticolazione dell'istituto della *locatio* e l'autonomia tipologica dell'appalto. Appalto, lavoro subordinato e contratto d'opera. – 2. L'appalto di servizi e il contratto di trasporto. – 3. Appalto e compravendita. – 4. Appalto di servizi e contratto di somministrazione.

1. *Nozione. La disarticolazione dell'istituto della locatio e l'autonomia tipologica dell'appalto. Appalto, lavoro subordinato e contratto d'opera*

Il codice del 1942 – superando lo schema romanistico accolto anche dalla codificazione francese e da quella italiana previgente – ha disarticolato l'istituto della *locatio*¹ e assegnato autonomia tipologica al contratto d'appalto definendolo, all'art. 1655 c.c., 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».

A determinare l'abbandono della categoria unitaria della locazione – oramai incentrata, nel sistema delineato dal codice del 1942, sull'elemento statico del godimento – l'idea della irriducibilità del lavoro, che costituisce «una delle maggiori estrinsecazioni della personalità umana»², al genere del-

¹Per tutti: A. MASI, *Locazione (storia)* in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 907. L'identificazione dell'appalto con la locazione si deve al diritto romano, sebbene, solo nel diritto moderno si sia diffusa la tripartizione tra *locatio operarum*, *locatio operis*, e *locatio rei*, al punto da essere accolta, in forma bipartita (locazione di cose e locazione di opere) anche nella codificazione francese (art. 1708) e in quella italiana del 1865 (art. 1568). Secondo questa ripartizione, si avrebbe locazione di opere nell'ipotesi in cui la parte assuma di fornire una data quantità di lavoro, indipendentemente dal risultato che da esso possa conseguire; locazione d'opera, nell'ipotesi in cui la parte assuma l'obbligo di realizzazione di un'opera o di un servizio considerati nel loro risultato.

²D. RUBINO, *L'appalto*, Torino, 1954, 4.

le cose che possono formare oggetto di diritti (art. 810 c.c.). Ed è intorno al rilievo che la prestazione lavorativa di volta in volta assume nell'economia dello scambio e nella relazione tra le parti del rapporto contrattuale³, che la dottrina, da un lato, ha ordinato le classi del *contratto di lavoro autonomo e di lavoro subordinato* e, dall'altro, differenziato quest'ultimo dall'appalto⁴.

La «realizzazione dell'opera o del servizio»⁵, che costituisce la prestazione contrattuale dell'appaltatore, deve compiersi – nella formulazione della legge – con «organizzazione dei mezzi necessari» e «gestione a proprio rischio». Questi due requisiti della fattispecie descritta dall'art. 1655 c.c. tratteggiano, con sintesi efficace, poteri e doveri dell'appaltatore e lasciano emergere il tratto fisionomico del tipo, consistente nell'*autonomia* di cui gode l'appaltatore⁶ nel rapporto con il committente. Autonomia che frontalmente si contrappone al vincolo di subordinazione che astringe il lavoratore al datore di lavoro nel contratto di lavoro subordinato⁷.

L'organizzazione dei mezzi necessari e la gestione a proprio rischio evidenziano, altresì, una marcata commistione tra le caratteristiche del soggetto che assume l'obbligazione e la prestazione che ne forma oggetto, la quale ha indotto la dottrina prevalente a configurare l'appalto come (un tipico) con-

³ La centralità del lavoro nel contesto dell'appalto è rimarcata da A.M. BENEDETTI, *L'appalto: marcatori causali e caratteristiche strutturali*, in *L'appalto privato e pubblico*, a cura di V. DI GREGORIO, Torino, 2013, 5.

⁴ La contrapposizione tra appalto e contratto di lavoro subordinato riposa sulla tendenziale prevalenza (nell'appalto) del risultato rispetto al lavoro e nell'autonomia dell'appaltatore dal committente, cui corrisponde il vincolo di subordinazione quale elemento caratterizzante del secondo. *Ex multis*, L.V. MOSCARINI, *Il contratto di appalto e le figure affini*, in *I contratti di appalto privato*, a cura di V. CUFFARO, *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Torino, 2011, 4; Cass. n. 4797/2010.

⁵ La distinzione tra appalto di opere e appalto di servizi si fonda – tradizionalmente – sul contenuto della prestazione che in concreto è affidata all'appaltatore. Sicché si parla di appalto di opera quando l'appaltatore svolge una attività di rielaborazione della materia volta alla produzione di un nuovo bene o, comunque, all'apporto di sostanziali modifiche a un bene già esistente; di appalto di servizi quando l'appaltatore – senza elaborazione e trasformazione di materia – con il proprio *facere* apporta al committente una utilità suscettibile di valutazione economica. Cfr. D. RUBINO-G. IUDICA, *Appalto*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2007, 123; M.C. CERVALE, *Struttura dell'appalto e responsabilità dell'appaltatore*, Milano, 2016, 27 s. Nello stesso senso è la giurisprudenza: *ex multis*, Cass. n. 5609/2001.

⁶ L'autonomia dell'appaltatore – come si vedrà – costituisce il tratto fisionomico del contratto di appalto e non è esclusa dagli ampi poteri che la legge accorda al committente, né dalla importanza dei compiti che solitamente sono assegnati dal committente a propri ausiliari, quali il progettista, il direttore dei lavori o il coordinatore della sicurezza.

⁷ Opinione largamente condivisa da dottrina e giurisprudenza. D. RUBINO-G. IUDICA, *Appalto*, cit., 36; M. DELLACASA, *Appalto: Lineamenti del tipo e disciplina applicabile*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. ROPPO, Milano, 2014, 37.

tratto d'impresa, nonostante l'avvertita consapevolezza che l'organizzazione dei mezzi necessari per il compimento dell'opera o del servizio ben potrebbe essere *non professionale*, ma del tutto *occasionale*⁸.

Su questa premessa e per lungo tempo il tratto distintivo tra appalto e contratto d'opera professionale è stato ravvisato nel carattere imprenditoriale dell'attività svolta dall'appaltatore in contrapposizione a quello personale del prestatore d'opera (solitamente assimilato al piccolo imprenditore)⁹.

Più di recente, l'idea che il criterio soggettivo – sfornito di fondamento positivo e affatto estrinseco rispetto alla natura, l'oggetto e il contenuto delle prestazioni (pressoché identiche nei due contratti) – fosse adeguato a segnare la differenza tra i due tipi è stata posta in discussione sul rilievo che, ai fini della configurazione di un appalto, l'art. 1655 c.c. si limita a richiedere che l'appaltatore sia dotato di un'organizzazione di mezzi adeguati al compimento della *specificata opera* o del *particolare servizio* assunti. Ben potendo bastare, a questo fine, anche strumenti e lavoro personali di chi assumea quell'impegno¹⁰.

⁸In questo senso, tra molti: RUBINO-IUDICA, *Appalto*, cit., 14 s., i quali, pur affermando che «... è unanimemente ammesso che con l'espressione "organizzazione dei mezzi necessari" ci si intende riferire a un'organizzazione dei mezzi produttivi a struttura imprenditoriale», precisano, però, che «... l'impresa, come nota distintiva dell'appalto, va (...) intesa come organizzazione e gestione dei mezzi necessari alla produzione *del singolo risultato*» (p. 16, corsivo nostro), prescindendo, per così dire, dal requisito della professionalità, che l'art. 2082 c.c. annovera tra quelli indefettibili dell'imprenditore; F. MARINELLI, *Il tipo e l'appalto*, Padova, 1996, 23-24; 34; MOSCARINI, *Il contratto di appalto*, cit., 10.

⁹Per RUBINO, *L'appalto*, cit., 11, la caratteristica principale del contratto d'opera professionale è «la mancanza di un'organizzazione ad impresa (sempre nel presupposto che non sia vera impresa la cosiddetta piccola impresa)», mentre presupposto del contratto d'appalto è l'esistenza di «un'impresa (o almeno di una grande o di una media impresa)»; G. MUSOLINO, *sub art. 1655*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, 6 s. In giurisprudenza, cfr. Cass. n. 12519/2010, secondo cui nell'appalto «l'esecuzione avviene mediante un'organizzazione di media o grande impresa cui l'obbligato è preposto» mentre nel contratto d'opera, mediante «il lavoro prevalentemente proprio del preposto seppure con l'aiuto di familiari e di qualche dipendente, secondo il modulo organizzativo della piccola impresa». Con formula più sfumata: Cass. n. 9237/1997, secondo la quale: «ciò che distingue l'una dall'altra figura giuridica è che l'appaltatore si avvale prevalentemente di lavoro subordinato altrui, mentre nel contratto d'opera l'esecutore, normalmente un artigiano, si avvale del lavoro proprio, di quello dei membri della propria famiglia o di pochi dipendenti, senza vincolo di subordinazione verso il committente e senza disporre di una organizzazione dei mezzi produttivi». Critico MARINELLI, *Il tipo e l'appalto*, cit., 9, a giudizio del quale: «la distinzione tra imprenditore e non, limitandosi a considerare l'aspetto soggettivo del rapporto, non appare sufficiente a distinguere i due contratti; più utilmente potrebbe affermarsi che l'art. 2222 c.c., pur titolando nella rubrica "Contratto d'opera" non ha tanto lo scopo di individuare un contratto tipico, quanto quello di enucleare un particolare settore del lavoro autonomo»; altresì, MOSCARINI, *Il contratto*, cit., 15-16.

¹⁰A.M. BENEDETTI, *L'appalto: nozione, caratteristiche e figure affini*, in *L'appalto privato e*

Del resto, se la spiccata analogia tra le prestazioni contrattuali ha suggerito l'adozione di un criterio distintivo consistente nella presenza (anche solo potenziale) di un'organizzazione imprenditoriale, non mancano opinioni che differenziano i due contratti proprio in ragione delle caratteristiche oggettive della prestazione e del rapporto intercorrente tra le parti¹¹: se la prestazione è di quelle che, per la complessità che la connota, sulla base di una valutazione tipica non può essere eseguita con il lavoro personale dell'appaltatore, si avrà un appalto, a prescindere dal fatto che, in concreto, l'appaltatore disponga di tale organizzazione o se ne avvalga.

2. L'appalto di servizi e il contratto di trasporto

Ancorché sia un tipo a struttura unitaria e la prestazione dell'appaltatore possa consistere nel compimento di un'ampia varietà di opere o servizi, in qualche caso le caratteristiche della prestazione contrattuale dell'appaltatore hanno assunto rilievo tale da indurre il legislatore a forgiare un nuovo tipo: è il caso del *contratto di trasporto*, che si distingue dall'appalto proprio per la specificità dell'*opus*, consistente nell'obbligazione assunta dal vettore di «trasferire persone o cose da un luogo a un altro» (art. 1678 c.c.).

La circostanza che la prestazione del vettore debba compiersi in un luogo diverso da quello in cui si trova il creditore spiega perché il mittente, a differenza del committente, non disponga di poteri di sorveglianza sull'attività da questi svolta¹². E, anzi, che sia il vettore a dover prontamente informare il mittente del verificarsi di eventuali impedimenti o ritardi nell'esecuzione del trasporto e nella riconsegna (art. 1686 c.c.). Sulla medesima *ratio* riposa anche la previsione che accorda al vettore piena autonomia nell'affidare (in tutto o in parte) l'esecuzione del contratto a un sub-vettore; possibilità che, invece, nel contratto di appalto, è subordinata all'autorizzazione del committente.

L'opinione secondo cui il contratto che abbia per oggetto la prestazione di una serie continuativa di trasporti va ricondotto al modello dell'appalto di servizi¹³ sembra sorretta piuttosto da ragioni pratiche che

pubblico, cit., 15, sostiene che, affinché possa parlarsi di appalto è sufficiente che «l'appaltatore (i) abbia comunque un'organizzazione, di qualunque dimensione essa sia; (ii) che essa possa essere considerata idonea a conseguire il risultato (l'opera o il servizio) che l'appalto è destinato a realizzare».

¹¹ M. DELLACASA, *Appalto*, in *Tratt. contr.*, III, *Opere e servizi-1*, a cura di V. ROPPO, Milano, 2014, 21.

¹² DELLACASA, *Appalto*, cit., 105.

¹³ Ricorre così l'ipotesi dell'"appalto di servizi di trasporti", la quale, secondo la giuri-

giuridiche¹⁴: per un verso, infatti, la qualificazione come appalto sottrae il diritto al compenso del vettore al breve termine di prescrizione previsto dall'art. 2951 c.c.; dall'altro, essa ridonda anche a vantaggio del mittente, in quanto esclude l'applicazione dei limiti al risarcimento del danno da perdita o danneggiamento del carico.

3. Appalto e compravendita

Distinguere l'appalto da altri contratti, pure dotati di consolidata autonomia tipologica, non sempre è agevole.

È emblematico il caso della compravendita che, peraltro, presenta numerose e notevoli differenze di disciplina rispetto all'appalto: la prima ha per oggetto il trasferimento della proprietà verso un prezzo; il secondo obbliga l'appaltatore – a fronte di un corrispettivo in denaro – al compimento di un'opera o di un servizio; solo nella disciplina dell'appalto si rinvencono norme che traggono fondamento razionale nel fatto che la prestazione contrattuale dell'appaltatore comporti costi rilevanti¹⁵: si pensi, a esempio, alle norme sulla onerosità o difficoltà dell'esecuzione (art. 1664 c.c.) o a quelle che regolano il recesso del committente dal contratto (art. 1671). Inoltre, la specificità dell'interesse del committente, che non può essere soddisfatto tramite l'acquisto di beni già offerti sul mercato, spiega i poteri d'ingerenza che la legge gli accorda (art. 1662 c.c.), in uno con la possibilità di ordinare variazioni al progetto e di risolvere il contratto, in presenza di violazioni rilevanti (art. 1662 c.c.); di autorizzare l'appaltatore a ricorrere al subappalto (art. 1656 c.c.).

Anche l'apparato dei rimedi è variamente differenziato¹⁶: diverso è il contenuto della garanzia (solo nell'appalto è attribuita al committente la tutela

sprudenza, si ha quando le singole prestazioni di trasporto non hanno una loro autonomia, ma si inquadrano in un più complesso servizio che il vettore si obbliga a conseguire, desumibile dalla ricorrenza di una serie di fattori, quali la durata complessiva del rapporto, l'obbligo assunto dal vettore di mettere a disposizione del committente i veicoli necessari ad effettuare tutti i trasporti richiesti da quest'ultimo, la pattuizione di un compenso; cfr. Cass. n. 3581/1986. In dottrina, RUBINO-IUDICA, *Appalto*, cit., 64; C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, Milano, 1967, 36 s.

¹⁴ Così DELLACASA, *Appalto*, cit., 106 s.

¹⁵ DELLACASA, *Appalto*, cit., 77 s.

¹⁶ Naturalmente la differenza si attenua rispetto alla vendita di beni di consumo, la cui disciplina di derivazione europea prevede un sistema di rimedi fortemente gerarchizzato, che si articola su due piani: il primo, occupato dai rimedi in forma specifica, volti al conseguimento del ripristino della conformità del bene e consistenti nella riparazione o nella sostituzione del bene difforme; il secondo occupato dalle tradizionali azioni di risoluzione e di riduzione del prezzo. Cfr., per tutti, S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2020, 467 s.

in natura); diversi sono i termini di prescrizione per esercitare le azioni che a essa si legano.

L'ipotesi che marca l'esigenza di distinguere i due tipi, assunta come normale dallo stesso legislatore, è quella dell'appalto di costruzione da realizzarsi con materiali di proprietà dell'appaltatore¹⁷. Per poco che si rifletta, infatti, non può sfuggire la sicura riconducibilità al modello dell'appalto, sia del contratto con il quale la parte assuma l'obbligo di edificare un immobile sul suolo di proprietà del committente (o del quale il committente sia superficiario), sia di quello che la obblighi a realizzare un bene mobile facendo impiego di materiali forniti dal committente. Nel primo come nel secondo caso il contratto non produce, neppure indirettamente, il trasferimento della proprietà dall'appaltatore al committente, ma solo obbliga l'appaltatore a compiere l'opera¹⁸.

Nell'ipotesi, invece, in cui i materiali (o il suolo) siano di proprietà dell'appaltatore, occorrerà distinguere: se il processo produttivo dell'opera non forma oggetto di un vincolo giuridico col cliente, giacché l'opera è già stata realizzata prima dell'ordine, si tratterà certamente di una compravendita¹⁹. Ugualmente nel caso di cosa generica, non ancora prodotta al momento dell'ordine, ma periodicamente e professionalmente prodotta dal fornitore (ad es., l'ordine a una casa costruttrice di autovetture di un'automobile di serie, non ancora prodotta)²⁰, atteso che quel bene sarebbe stato comunque pro-

¹⁷ RUBINO, *L'appalto*, cit., 20 s.; RUBINO-IUDICA, *Appalto*, cit., 48 s.

¹⁸ RUBINO-IUDICA, *ibidem*, 48.

¹⁹ RUBINO, *ibidem*, 22.

²⁰ RUBINO-IUDICA, *ibidem*, 49; P. RESCIGNO, *Appalto*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1988, 2. Cfr., in giurisprudenza, Cass. n. 6925/2001, secondo la quale «si ha appalto quando la prestazione della materia costituisce un semplice mezzo per la produzione dell'opera ed il lavoro è lo scopo essenziale del negozio (Cass. n. 3806/78), in modo che le modifiche da apportare a cose, pur rientranti nella normale attività produttiva dell'imprenditore che si obbliga a fornirle ad altri, consistono non già in accorgimenti marginali e secondari diretti ad adattare alle specifiche esigenze del destinatario della prestazione, ma sono tali da dar luogo ad un "opus perfectum", inteso come effettivo e voluto risultato della prestazione e configurato in modo che la prestazione d'opera assuma, non tanto per l'aspetto quantitativo, quanto piuttosto sul piano qualitativo e sotto il profilo teleologico, valore determinante al fine del risultato da fornire alla controparte (si vedano per riferimenti, le sent. n. 545/74, n. 4097/80, n. 1196/83; Cass. s.u. n. 4020/83, n. 4540/84, n. 3375/88, n. 7073/92; Cass. s.u. n. 5074/93, n. 7697/94, n. 3807/95)»; Cass. n. 7697/1994 secondo la quale, «il contratto con cui un imprenditore si obbliga a fornire ad un altro soggetto manufatti che rientrano nella propria normale attività produttiva, apportando ad essi le modifiche di forma, misura e qualità richieste specificamente dalla controparte, costituisce vendita di cosa futura se dette modifiche non snaturano le caratteristiche essenziali del prodotto, ma consistono in accorgimenti marginali e secondari diretti ad adattarlo alle specifiche esigenze dell'acquirente, mentre è da qualificarsi contratto di appalto allorché le modifiche siano tali da dar luogo ad un prodotto

dotto, a prescindere dall'ordinazione del cliente. Anche in questo caso il ciclo produttivo risulta sciolto da qualsiasi rapporto giuridico tra cliente e fornitore.

Diversa è l'ipotesi in cui il bene venga prodotto su indicazione specifica del cliente con materiali o sul suolo fornito dall'appaltatore. Al fine di distinguere l'appalto dalla vendita, assume allora rilievo determinante la prevalenza – non tanto in senso oggettivo, quanto nella comune intenzione delle parti – del lavoro sulla materia; il criterio della prevalenza (in termini economici) del lavoro sulla materia va, cioè, combinato con quello della *causa concreta* del contratto: se «la somministrazione della materia è un semplice mezzo per la produzione dell'opera, e il lavoro costituisce lo scopo del contratto», si avrà appalto; per contro, «se il lavoro è semplicemente un mezzo per attuare la trasformazione della materia», si avrà compravendita²¹.

Quando il contratto abbia a oggetto la cessione di un fabbricato ancora da costruire, con l'obbligo per il cedente (proprietario del terreno sul quale l'opera insiste) di eseguire i lavori e di completare il bene per poi trasferirne la proprietà, la fattispecie sarà astrattamente qualificabile come vendita di cosa futura (verificandosi allora l'effetto traslativo nel momento in cui il bene viene ad esistenza nella sua completezza) ovvero come contratto misto di vendita e appalto²².

diverso, nella sua essenza, da quello realizzato normalmente dal fornitore e richiedente altresì un cambiamento dei mezzi di produzione predisposti per la lavorazione di serie».

²¹ GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., 26 s.; RUBINO-IUDICA, *Appalto*, cit., 47 s., sebbene particolare attenzione sia riservata anche al criterio dell'*ordinaria produzione*, alla stregua del quale «si ha vendita allorché la cosa da costruire rientri nell'ordinaria produzione del fornitore, senza che la creazione del prodotto comporti, per la sua sostanza e per i mezzi con i quali è ottenuta, quella speciale attività del produttore che, unitamente all'elemento del rischio, venga ad integrare la figura dell'appalto»; MUSOLINO, *sub art. 1655*, cit., 10-11; DEL-LACASA, *Appalto*, cit., 84, reputa che ricorra l'appalto «quando il costruttore del bene intraprende il processo produttivo e sostiene i relativi costi per effetto della conclusione del contratto; quest'ultimo determina, dunque, l'avvio di un'attività che si conclude con la produzione di un bene altrimenti non destinato a realizzarsi». Sul criterio dell'*ordinaria produzione*, cfr. Cass. n. 872/2014; Cass. n. 9320/2006 (con commento di U. CARNEVALI, in *Contr.*, 2007, 21 s.) considera *criterio distintivo fondamentale* dell'appalto rispetto alla vendita (di cosa futura) quello della prevalenza del lavoro rispetto alla fornitura della materia e al criterio della comune intenzione delle parti assegna funzione meramente suppletiva; sembra, invece, valorizzare quest'ultimo criterio Cass. n. 20391/2008.

²² Configura una vendita di cosa futura quel contratto avente a oggetto la cessione di un fabbricato non ancora compiutamente realizzato con previsione dell'obbligo del cedente – imprenditore edile – di eseguire i lavori necessari a renderlo idoneo al godimento, in quanto l'obbligo di completamento del lavoro assume nel sinallagma contrattuale un rilievo accessorio e strumentale rispetto al trasferimento della proprietà: Cass. n. 23110/2021; nello stesso senso è Cass. n. 17931/2020.