



Università  
Ca' Foscari  
Venezia

Scuola Dottorale di Ateneo  
Graduate School

Dottorato di ricerca  
in Diritto, Persona e Mercato  
Ciclo 29°  
Anno di discussione 2017

Titolo

## **I contratti misti**

Settore Scientifico disciplinare di afferenza: IUS/01  
Tesi di dottorato di Anna Maria Russo, matricola 956056

Coordinatore del Dottorato  
Prof.ssa Carmelita Camardi

Tutore del Dottorando  
Prof.ssa Carmelita Camardi

## INDICE

### Introduzione

#### Parte I

Teoria e prassi dei contratti misti di diritto privato.  
La categoria dottrinale e l'uso giurisprudenziale

#### Capitolo I

La categoria dei contratti misti

1. La fattispecie "contratto misto" e i suoi elementi identificativi
2. La "causa" come elemento identificativo della categoria

#### Capitolo II

L'approccio giurisprudenziale al tema

1. La fattispecie della vendita mista a donazione
  - 1.1 L'inquadramento in termini di contratto misto
  - 1.2 Le relative conseguenze applicative
  - 1.3 Le soluzioni giudiziali favorevoli all'inquadramento come negozio indiretto
  - 1.4 Le possibili ulteriori qualificazioni: la teoria dei negozi collegati e delle liberalità atipiche
  - 1.5 La recente riqualificazione in termini di contratto misto
2. La fattispecie di cessione di aree edificabili a fronte della costruzione e cessione di aree abitative
  - 2.1 Le qualificazioni in termini di contratto di permuta
  - 2.2 Le soluzioni giudiziali favorevoli all'inquadramento come contratto misto di vendita e appalto
  - 2.3 Il reale significato della qualifica

#### Capitolo III

La verifica della categoria tradizionale

1. Il significato della categoria alla luce delle recenti applicazioni.

Parte II  
Teoria e prassi dei contratti misti di diritto pubblico  
I contratti misti come categoria legislativa

Capitolo I  
I contratti pubblici misti

1. L'art. 14 del d.lgs 163/2006
- 1.1 La giurisprudenza relativa
- 1.2 La riforma del Codice degli Appalti e le conseguenze connesse
- 1.3 Il senso della categoria nel contesto del Codice degli Appalti

Capitolo II  
Le ipotesi applicative

1. Il contratto con il contraente generale
- 1.1 Il contenuto della prestazione del contraente generale
- 1.2 I compiti del soggetto aggiudicatore
- 1.3 La natura del contratto di affidamento a contraente generale
- 1.4 Osservazioni critiche
  
2. Il contratto di *global service*
- 2.1 La natura della prestazione di manutenzione, e le differenti prestazioni di un contratto di *global service*
- 2.2 La disciplina applicabile per l'affidamento dell'attività di *global service* e l'incidenza della nuova formulazione dei contratti pubblici misti, nei diversi contratti con il contraente generale e di *global service*

Capitolo III  
Considerazioni finali - L'utilità attuale della categoria dei contratti misti

Parte I  
Teoria e prassi dei contratti misti di diritto privato  
La categoria dottrinale e l'uso giurisprudenziale

## Introduzione

Nello studio tradizionale del diritto civile, il tema dei contratti misti è stato oggetto di una duplice indagine: l'una, prospettata dalla dottrina in chiave dommatica, guarda alla possibilità di eleggere tali accordi a nuova categoria contrattuale; l'altra, operata dalla giurisprudenza, muove dall'uso di questa categoria negoziale in una serie di ipotesi applicative che nella prassi hanno avuto una certa affermazione (sono i questi casi del *negotium mixtum cum donatione* e della cessione di area edificabile a fronte della cessione della ivi realizzata unità abitativa; casi che formeranno oggetto di approfondita analisi in questo lavoro).

Le due indagini partono da una realtà valutativa diversa del contratto misto, al punto tale che viene meno una chiara identificazione della categoria in oggetto, e ciò determina che diventi complesso riferirsi a essa come a una realtà autonoma dai contratti tipici e atipici, almeno in ambito civilistico.

L'impiego civilistico di questa formula determina una serie di incertezze in merito all'identità del contratto misto. Tali incertezze sono dovute alla mancanza di una esplicita individuazione del legislatore, e al diverso significato che dottrina e giurisprudenza hanno dato alla categoria.

Nello specifico la dottrina focalizza i requisiti che individuano i contratti misti; e la giurisprudenza usa la definizione *contratti misti* ignorando i requisiti individuati dalla dottrina; in quanto essa ha la necessità di regolare i casi concreti.

Invece in ambito pubblico esiste una chiara definizione dei contratti misti espressa, in passato, nell'art. 14 d.lgs 163/2006; e oggi, nel nuovo testo dell'art. 28 d.lgs n. 50/2016.

Come meglio si rileverà in merito al significato della categoria, l'espressione adoperata in questi testi normativi si allontana dal significato tradizionale civilistico, poiché nel settore pubblico la mistione di prestazioni riguarda il medesimo tipo contrattuale; mentre in ambito civilistico si verifica la fusione di differenti tipi contrattuali.

Inoltre la categoria dei *contratti misti*, in ambito pubblico, ha avuto una funzione ordinante sotto la vigenza della precedente versione del Codice degli Appalti; tale funzione è venuta meno oggi, in seguito alla nuova formulazione del Codice prevista dal d.lgs 50/2016.

In ragione delle differenze sopraesposte, in questa sede, l'analisi dei contratti misti si articolerà in un confronto fra un uso privatistico e un uso pubblicistico della categoria; per dimostrare infine che la categoria *contratto misto*, mancando di chiarezza ordinante, non ha una funzione di utilità per l'interprete.

# I

## La categoria dei contratti misti

### *1. La fattispecie del contratto misto e suoi elementi identificativi*

La riflessione sul contratto misto nasce dall'esigenza di disciplinare le intese private caratterizzate da prestazioni previste in tipi contrattuali differenti ma riformulate sotto nuova veste, e per tale ragione strutturalmente diverse tanto da quelle disciplinate nel Codice (contratti tipici), quanto da quelle del tutto nuove (contratti atipici). L'aggettivo "misto" pertanto richiama la riconducibilità delle prestazioni a diversi negozi tipici.

Il Codice civile non fornisce alcuna disciplina in merito a tali contratti, e la creazione e descrizione del contenuto si deve all'opera di dottrina e giurisprudenza, più volte chiamate nel corso degli anni a confrontarsi con tali situazioni giuridiche.

Posto che l'interesse della dottrina era riconoscere dignità autonoma alla categoria negoziale, la riflessione della stessa ha mirato all'individuazione di veri e propri elementi identificativi dello accordo misto.

A tal proposito il primo requisito individuato è quello dell'unicità<sup>1</sup> del contratto. L'unicità da tenere presente come parametro è quella di natura economica e non quella di natura giuridica o formale.

---

<sup>1</sup> È facile accertare l'unicità di un contratto quando la situazione di fatto preveda l'obbligo di ciascuna parte di adempiere una sola prestazione, poiché una situazione simile è valutata come un normale contratto sinallagmatico in cui all'obbligo di una parte di eseguire una singola prestazione, corrisponde l'obbligo dell'altra di eseguire la propria.

L'operazione è più articolata quando all'interno di un accordo si presentino più prestazioni contrattuali. Il fenomeno si può verificare sia perché solo una delle parti contrattuali è obbligata a più prestazioni nei confronti dell'altra, sia perché entrambe sono vincolate a effettuare più prestazioni vicendevolmente.

In tal caso la difficoltà sta nell'accertare se le diverse prestazioni previste si presentano strettamente legate, quasi interdipendenti, tali da formare cioè un contratto unico, tanto che le singole parti non abbiano autonomia o, diversamente, sono solo accumulate.

L'importanza attribuita dalla dottrina al dato economico scaturisce dalla considerazione che le parti contrattuali stesse giudicano quel dato economico determinante ai fini del loro accordo.

In conformità a questa ricostruzione, al fine di individuare se un contratto sia unico o meno, sarà da valutare se la connessione economica tra i vari elementi di fatto sia così accentuata da determinare l'unità del rapporto, al punto che si verifichi una situazione tale per cui le parti medesime non sceglierebbero le varie prestazioni separatamente l'una dall'altra<sup>2</sup>.

---

Ne deriva la necessità di verificare quando la pluralità di prestazioni non esclude l'unità del contratto, così che sia possibile parlare di contratto unico, sebbene a contenuto complesso; e quando invece a ciascuna delle prestazioni corrisponda un contratto autonomo. Il problema è stato affrontato soprattutto dagli studiosi di diritto bancario, e in generale, si può dire, che la possibilità che una stessa, unica, situazione dia luogo, di fatto, giuridicamente a diverse figure contrattuali è stata accettata solo in un periodo relativamente recente.

La questione rientra fra quelle per la cui soluzione, nei vari casi, non si sono predisposti criteri sicuri, non essendo stati individuati risultati concreti o un criterio di generale utilità, quanto piuttosto concetti di carattere per lo più negativo. Al fine di accertare o meno l'unità del contratto, non è utile riferirsi a criteri formali; perché non si attribuisce importanza dirimente, quanto piuttosto valore di sola presunzione alla unicità del documento nel quale è contenuto il contratto. Al contrario un solo documento può infatti contenere più contratti; così come un solo negozio può essere contenuto in più documenti.

Allo stesso modo della unicità o meno del documento, non è di aiuto indagare la contestualità della sua formazione, poiché non è rilevante verificare se l'accordo contrattuale si sia formato in un momento unico o, piuttosto, in più momenti successivi.

Inoltre non è un criterio decisivo la considerazione del corrispettivo: l'unità del contratto non si desume dall'unicità del corrispettivo stabilito per tutte le prestazioni. Nulla si oppone alla circostanza che le parti determinino globalmente il corrispettivo che l'una dovrà all'altra in conseguenza di due contratti distinti; così come nulla esclude che, nell'ipotesi di un unico contratto per ogni prestazione, sia stato determinato un relativo ammontare.

Neanche la volontà delle parti ha un valore al fine di determinare l'unità o meno del contratto, poiché le parti normalmente non si curano di esternare la loro volontà su questo punto. Ne deriva che a determinare l'unità o meno del contratto non sono utili né gli elementi formali dell'accordo né tantomeno quelli soggettivi. Cfr. sul punto. CATAUDELLA A., *La donazione mista*, Milano, 1970, p. 37-35; SICCHIERO G., *Il contratto con causa mista*; 1995, p. 167-282; DE GENNARO G., *I contratti misti. Delimitazione, classificazione e disciplina. Negotia mixta cum donatione*, Padova, 1934, p. 41- 68.

<sup>2</sup> Rispetto alla ricostruzione che identifica nella volontà legata agli scopi economici un elemento da tenere in considerazione ai fini della unicità del contratto; cfr. ASCARELLI T., *Contratto misto, negozio misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatione*, *Riv. Del dir. Comm.*, 1930 ove si legge che "elemento decisivo è quello del collegamento fra la volontà delle parti e gli scopi da esse perseguiti".

L'unità del contratto non è pertanto un aspetto a esso inerente per ragioni intrinseche e naturali, quanto una qualità che gli si attribuisce dall'esterno; laddove, in assenza di sicuri elementi di ordine giuridico, la connessione economica tra le varie prestazioni assicura l'unità dell'accordo<sup>3</sup> ed esclude, di riflesso, la possibilità di essere di fronte all'affine fenomeno del concorso fra più negozi.

Di conseguenza, ove non si verifichi la presenza dominante di un interesse economico comune fra le prestazioni di più accordi, si avrà la diversa figura dell'unione dei contratti.

Al fine di accertare se un accordo sia misto o meno, la dottrina individua come secondo requisito la presenza all'interno dell'accordo di un concorso di prestazioni, avendo cura di escludere che tale pluralità non richiami l'istituto del negozio indiretto.

Tale istituto sussiste quando le parti adottino un determinato negozio non al fine di perseguire lo scopo cui il negozio è tipicamente rivolto, ma per il raggiungimento di uno scopo ulteriore, distinto da quello<sup>4</sup>.

Le modalità attraverso le quali raggiungere lo scopo indiretto sono varie, ma presentano come caratteristica giuridica comune la contrapposizione tra la causa tipica del negozio adottato e gli scopi ulteriori, che psicologicamente hanno la prevalenza.

La causa del negozio indiretto, formalmente adottato, permane tanto da un punto di vista esterno e obiettivo (poiché essa è incorporata nel negozio stesso e attuata in pieno), quanto da un punto di vista interno

---

<sup>3</sup> A tali fini può risultare utile riferirsi anche al concetto di causa del contratto. La considerazione della causa introduce necessariamente una selezione tra i vari elementi di fatto del contratto. Ai fini della causa infatti non rileva il complesso di prestazioni in esso dedotte, ma quella o quelle che realizzino lo scopo immediato dei contraenti, cioè la parte essenziale del negozio stesso.

Ne conseguirà che attraverso l'analisi della causa sarà possibile compiere una valutazione del rapporto in cui stanno, dal punto di vista economico, le varie prestazioni. Cfr. DE GENNARO G., *op. cit.*, p. 49-57.

<sup>4</sup> L'istituto del negozio indiretto si distingue così dall'istituto della simulazione, in cui le parti fingono l'esistenza di un accordo in realtà non voluto. Il negozio indiretto è voluto dai soggetti, anche se non è stipulato per sé stesso (nella sua funzione diretta), ma per la sua funzione strumentale, di mezzo a scopo, rispetto all'intento ulteriore che ha la prevalenza nella volontà dei contraenti.

e psicologico (poiché le parti vogliono il negozio, desiderano i suoi effetti, anche se non sono stati questi effetti a determinare l'accordo).

Per tale ragione, nel negozio indiretto non si verifica affatto il concorso fra più prestazioni tipiche, né tantomeno la "fusione" di cause contrattuali appartenenti a due negozi distinti (che costituisce, come si vedrà, la caratteristica dei contratti misti). La causa in tali accordi permane unica: quella del negozio indiretto, e l'ulteriore scopo perseguito dalle parti resta nella sfera dei motivi.

È quindi possibile cogliere le differenze fra negozio indiretto e contratto misto nel dato causale<sup>5</sup>; il quale nel negozio indiretto<sup>6</sup> rimane identico a quello di partenza essendo gli ulteriori scopi perseguiti dalle parti motivi estranei al contratto, e perfettamente compatibili con lo scopo tipico del negozio adottato.

Secondo la dottrina le indagini sull'unità del contratto<sup>7</sup> e quelle sull'accertamento della fusione vera e propria delle prestazioni contrattuali disciplinate dal legislatore sono utili ma non determinanti nell'individuare chiaramente un contratto misto; posto

---

<sup>5</sup> Il merito di aver per primo individuato tale caratteristica va a ASCARELLI T., *op.cit.*, p. 12-14.

<sup>6</sup> L'opera di distinzione operata dalla dottrina è necessaria perché il negozio indiretto e il contratto misto non sono due diverse e contrastanti qualificazioni giuridiche. La qualifica di contratto misto è una caratterizzazione giuridica e costituisce, almeno secondo certi autori, una categoria dommatica. Invece la qualifica di negozio indiretto attiene solo alla caratterizzazione economica del negozio, pur implicando delle conseguenze giuridiche riguardo la sua disciplina. Di conseguenza, i due caratteri possono coincidere nello stesso negozio avendo così un contratto misto indiretto. La particolare affinità tra queste due figure deriva dal dato per cui l'altro scopo perseguito indirettamente dalle parti può, in qualche caso, corrispondere allo scopo tipico di una figura contrattuale diversa da quella adottata dalle parti. Quando tale circostanza si verifica, i due contratti si avvicinano notevolmente. Cfr. DE GENNARO G., *op.cit.*, p. 71-99.

<sup>7</sup> La dottrina tedesca ha valutato l'elemento dell'unicità dei contratti, come condizione tanto necessaria, quanto sufficiente per ricostruire il concetto di contratto misto. In verità l'unicità contrattuale è condizione solo necessaria e non sufficiente, perché essa non comporta la fusione di più tipi contrattuali; cfr. SICCHIERO G., *op.cit.*, p.145-158.

che i caratteri, tanto della unicità, quanto della pluralità delle prestazioni<sup>8</sup> sono realtà comuni a più accordi.

L'elemento realmente discriminante è, invece, individuato nella causa, che nei contratti misti racchiude al proprio interno le cause dei contratti singolarmente richiamati, seppur presentandosi come causa del tutto nuova.

Il dato della causa è un elemento sul quale la dottrina medesima si è lungamente confrontata, e l'impossibilità di individuare un significato univoco della nozione, ha consentito la formulazione di diverse tesi in ordine alla sua valenza concettuale<sup>9</sup>.

La problematica nasce dalla mancanza, all'interno del nostro ordinamento, di una definizione dell'elemento causale in considerazione del dato per cui l'unica norma che esplicitamente disciplina il parametro è l'art. 1343 c.c.; ove l'indicazione della illiceità della causa per contrarietà a norme imperative, al buon costume e all'ordine pubblico, non chiarisce cosa per essa intenda il legislatore.

Il problema viene di solito risolto attribuendo a tale requisito contrattuale il significato che a esso si dà nella relazione ministeriale al Codice, in cui la causa è la funzione economico-sociale che il contratto tende a soddisfare.

Tale definizione chiarisce che in sede di codificazione il nostro ordinamento ha accantonato il significato tradizionale (mutuato dall'esperienza della dottrina francese), che intendeva quale causa dei contratti a titolo oneroso la contro obbligazione cui era tenuta

---

<sup>8</sup> In relazione alla proposta di inquadramento del fenomeno dei contratti misti a partire dai due segnalati elementi della unicità del contratto e della fusione di più tipi contrattuali; cfr. DE GENNARO G., *op. cit.*, p.15 e ss.

<sup>9</sup> Alcuni autori hanno indicato la causa come elemento inidoneo ai fini qualificatori di qualunque classificazione; nel senso che se la causa (intesa come funzione economico-sociale) è un elemento essenziale del contratto, non può, nel contempo, essere indicata come valore di conformità del contratto stesso all'ordinamento giuridico, poiché operando in questo senso si confonderebbero elementi del negozio e criteri di valutazione. Cfr. SICCHIERO G., *op.cit.*, p. 167 e ss.

ciascuna delle parti; e quale causa dei contratti a titolo gratuito la intenzione di beneficiare la controparte.

In tale contesto si considerava la causa come momento soggettivo di natura non dissimile dai vari motivi determinanti la contrattazione, distinguendosi da essi poiché i motivi (per natura variabili nello spazio e nel tempo) sono rappresentazioni intellettuali che precedono la volontà contrattuale. La causa è l'ultima di quelle rappresentazioni, quella che determina la reale volontà contrattuale. Inoltre, tale requisito, discendendo direttamente dalla natura del contratto, acquistava a causa di ciò un carattere di immutabilità, tipicità e obiettività<sup>10</sup>.

Tale concezione tradizionale non dava alla causa il suo immediato e completo significato ma ne accoglieva uno differente, poiché riferiva alle singole obbligazioni un elemento che investiva, invece, l'intero contratto e considerava, così, come soggettiva una realtà obiettiva.

Nel corso del tempo, la consapevolezza di questo equivoco ha determinato la formazione e lo sviluppo di una concezione diversa della causa: la cosiddetta concezione obiettiva, che descriveva tale elemento come funzione economico-sociale, e che veniva accolta nella relazione ministeriale al Codice.

La preferenza accordata a tale definizione<sup>11</sup> è correlata all'attenzione che l'ordinamento riconosce, in linea generale e nel campo obbligatorio, all'elemento volontario; tanto da attribuire forza obbligatoria a ogni accordo in cui le volontà delle parti perseguono interessi meritevoli di tutela per l'ordinamento giuridico.

---

<sup>10</sup> Tale concezione è criticata da molti autori, i quali negano la legittimità della considerazione della causa come requisito autonomo dei contratti, poiché così la causa si confonderebbe con i motivi e con il consenso. SICCHIERO G., *op. cit.* p. 167-207; DE GENNARO G., *op. cit.*, p. 25-34; CATAUDELLA A., *op.cit.*, p. 37-45.

<sup>11</sup> Con l'espressione "effetto economico" si fa riferimento alla funzione economica immediata del contratto, quella che è da esso necessariamente adempiuta. La causa si contrappone, così, alle funzioni indirette che il contratto può anche perseguire e che possono avere maggior importanza nella scelta dei contraenti di contrarre o meno.

Dalla definizione ministeriale si evince quindi che la causa di un accordo è l'effetto economico-giuridico che il contratto è destinato a soddisfare; e che all'espressione *causa* si dà un'accezione globale riguardante tutto il contratto e un contenuto pertanto obiettivo<sup>12</sup>.

Nonostante la definizione ministeriale, è rimasta, tuttavia, incertezza sul significato da attribuire alla causa.

Infatti alle autorevoli voci che sostenevano una definizione unica di causa, intesa nella sua funzione economica-sociale<sup>13</sup>; nel corso del tempo si sono alternate altrettante autorevoli voci favorevoli ad attribuire importanza (seppur con accenti e toni diversi) agli interessi

---

<sup>12</sup> Le concezioni oggettiva e soggettiva (la prima accolta nel Codice, e l'altra derivante dalla dottrina francese) non sono due teorie contrapposte ma complementari; poiché mentre la prima si riferisce alla causa del contratto, nel senso integrale prima esplicitato; la seconda si riferisce solo a una causa in senso parziale, quella relativa all'assunzione della singola obbligazione contrattuale. Questa seconda posizione non è però erronea; perché è necessaria, da altro punto di vista, all'applicazione al concetto di causa accolto nel nostro ordinamento.

Infatti l'applicazione del concetto di causa richiede la considerazione della realtà soggettiva tenuta in conto dai singoli contraenti: una considerazione del contratto nel suo insieme esiste solo per astrazione; poiché quando da esso vogliono dedursi conseguenze pratiche non si possono che esaminare le rappresentazioni psicologiche dei singoli contraenti. Ne consegue che l'aspetto parziale della causa (ovverosia lo scopo della singola obbligazione) verrà tenuto sempre in considerazione.

Inoltre affinché la legge attribuisca tutela giuridica al contratto, cioè ne riconosca gli effetti, occorre che in esso si ravvisi una produzione di utilità sociale. Tale funzione deve riguardare non solo l'astrattezza del singolo accordo considerato, cioè, il punto di vista formale, ma anche la concretezza di esso.

Da una parte occorre che il contratto, visto nel suo schema logico, si presenti come rispondente a una funzione economico-sociale (sia cioè come tipo contrattuale astrattamente utile, in quanto realizzi uno scambio fra prestazioni); dall'altra che l'utilità sociale sia presente anche dal punto di vista concreto. Pertanto sarà necessario riscontrare non solo che le parti abbiano posto in essere un contratto dotato astrattamente di una certa causa, ma anche concretamente il rapporto delle volontà delle parti con questa causa. Si considererà così la causa secondo la definizione tradizionale: come il motivo ultimo della assunzione delle due obbligazioni contrattuali. Cfr. DE GENNARO G., *op. cit.* p. 25-34.

<sup>13</sup> La definizione è contenuta nel n. 613 della *Relazione al Codice* (e nel n. 913 della *Relazione del Guardasigilli*) ove si legge che la causa "è la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini, e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata". Tale indicazione va letta assieme al n. 603, per cui il controllo del legislatore è superfluo, allorché le parti adottino un modello tipico di cui attuano in concreto la funzione, purché ovviamente non intendano aggirare la legge usandolo in modo illecito.

delle parti nel perseguimento di un determinato risultato; e quindi alla causa intesa come funzione economico-individuale del contratto<sup>14</sup>.

Il dibattito relativo al significato della causa è oggi ancora presente, e ha ulteriormente modificato il proprio contenuto.

Al dibattito relativo al contenuto oggettivo o soggettivo della causa si è sostituito quello relativo alla necessità di mantenere o meno questo requisito come essenziale del contratto.

Infatti la più recente dottrina<sup>15</sup> ha preso spunto dalla circostanza che nel nostro ordinamento le medesime norme hanno giustificato esiti opposti (la costruzione della causa in termini di funzione economico-sociale e in termini di funzione economico-individuale) e sulla base di tale considerazione, ha proposto la diversa soluzione della sua eliminazione. In modo specifico questa dottrina auspica una eliminazione del contenuto sul presupposto che le esigenze soddisfatte dalla causa sono conseguibili tramite la considerazione dell'oggetto contrattuale, inteso (secondo una accezione più ampia di quella tradizionale) come contenuto complesso del contratto e del regolamento negoziale. La considerazione dell'oggetto in questa ottica garantirebbe la valutazione sulla significatività giuridica delle fattispecie negoziali, e adempirebbe così il principale fine che la causa contrattuale raggiungeva<sup>16</sup>.

Un simile approccio segue le indicazioni sull'evoluzioni del diritto europeo, inteso sia come diritto comune che come somma dei singoli

---

<sup>14</sup> La nozione di causa come funzione economico-individuale (come elemento che esplicita una operazione che esprime esigenze e interessi di uno o più individui) è formulata da FERRI G. B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966 p. 254 e 365 segg. (spec. p. 370-371). A tale visione aderisce tra gli altri GAZZONI F., *Manuale del diritto privato*, Napoli, 2015, p. 762.

<sup>15</sup> Espone e rappresenta questo orientamento, GIROLAMI M. *L'artificius della causa contractus*, in *I quaderni della Rivista di diritto civile*, Cedam, 2012.

<sup>16</sup> L'autrice afferma che "ostinarsi ad incentrare sulla causa il giudizio sulla giuridicità degli atti, sembra rappresentare oggi più un appesantimento dell'opera ermeneutica dell'interprete, che un aiuto alla corretta qualificazione del caso, a motivo proprio della presenza di altri indici che si prestano a condurre la serietà o meno dell'impegno assunto, e la sua conseguente rilevanza o irrilevanza per l'ordinamento" cfr. GIROLAMI M. *op. cit.* p. 230.

ordinamenti nazionali. L'analisi del mercato attuale mostra, infatti, come il riferimento alla causa manchi negli ordinamenti tedesco, britannico, scandinavo e dei Paesi bassi; ed evidenzia come una tale mancanza non determini un diritto meno evoluto e meno efficace.

A ciò si deve aggiungere la scelta radicalmente anticausalista delle recenti codificazioni europee di *soft law*, che esplicitano che è possibile, anzi auspicabile, fare a meno di tale concetto nel contesto economico comune<sup>17</sup>.

Sulla base di tali considerazioni la dottrina citata ritiene che l'eliminazione del requisito causale non è una "formulazione di nuove vie di fuga" ma piuttosto la semplice constatazione di una soluzione promossa dalla realtà dei fatti. Anche la prassi dei Tribunali si muove in tale direzione, e suggerisce, con intensità crescente, una rilettura dell'art. 1325 c.c. che svaluta l'indicazione della causa, e che risolve gli stessi problemi facendo riferimento all'oggetto del contratto. Pertanto non si tratta di forzare il contenuto dell'art. 1325 c.c. ma di farne una lettura conforme ai tempi e alle esigenze della prassi.

All'orientamento appena descritto, se ne contrappone un altro favorevole al mantenimento della causa<sup>18</sup>. Esso propone una lettura della stessa in termini di giustificazione della circolazione della ricchezza. In modo specifico il requisito causale giustificerebbe la connessione fra contratto e razionalità mercantile, istituita dai sistemi giuridici moderni fin dalle loro origine; e pertanto la causa non potrebbe (o dovrebbe) essere eliminata.

---

<sup>17</sup> Dimostra tale tendenza la scelta della Commissione Lando di fare propria l'opzione "no cause" in fase di individuazione dei PECL. A questo proposito si legge chiaramente nel testo che la causa è concetto "confuso, superfluo, fonte di dispute fra i suoi stessi fautori". Cfr. LANDO, *L'avant-projet de réforme du droit des obligations et les principes du droit européen du contrat: analyse de certaines différences*, 2005; p. 171.

<sup>18</sup> Il principale sostenitore è BARCELLONA M. *Della causa. il contratto e la circolazione della ricchezza*, Cedam, 2015.

La razionalità mercantile va intesa come la pretesa degli ordinamenti moderni per cui la circolazione della ricchezza avvenga secondo un paradigma utilitario; secondo cioè quell'ordine che dovrebbe assicurare la migliore allocazione della ricchezza, e che dovrebbe (magari nel lungo termine) portare a una tendenziale convergenza dell'interesse individuale con l'interesse generale.

Quindi secondo tale dottrina l'eliminazione della causa, proposta dall'orientamento prima citato, porterebbe a una circolazione della ricchezza dispensata dal vincolo della logica mercantile. Di conseguenza verrebbe meno la garanzia (su cui è edificato l'ordine moderno) per cui l'appropriazione individuale si risolve, alla fine, nel interesse generale<sup>19</sup>.

Sulla stessa linea<sup>20</sup> (favorevole al mantenimento del requisito causale) si muovono due ulteriori orientamenti dottrinali.

Il primo di questi sottolinea la necessità di affrontare il problema della causa attraverso un costante confronto con la giurisprudenza, poiché esiste accanto all'uso dottrinale, un significativo uso giurisprudenziale della causa.

La dottrina in analisi afferma che nell'ordinamento la causa ha il valore di una clausola generale, e ricopre un ruolo simile a quello del principio di buona fede, con il quale spesso condivide le aree di applicazione. La medesima dottrina risponde all'attuale movimento internazionale anticausalista (il quale afferma che uno studio sulla

---

<sup>19</sup> Sul punto BARCELLONA M. *op.cit.* p. 298 chiaramente: “Dopotutto, se la causa postula un mercato ove non si possa avere appropriazione della ricchezza altrui senza dare in cambio ricchezza propria, l'abbandono della causa nient'altro significa che l'apertura ad una modificazione strutturale del mercato tale per cui si possa avere un'appropriazione di ricchezza altrui senza dare in cambio alcunché; e poiché per dare ricchezza propria bisogna prima produrla, l'abbandono della causa significa, alla fine, che l'appropriazione può non essere più mediata dalla produzione e da quello che essa, in generale (ma anche dal punto di vista dell'interesse generale), comporta in termini di crescita dell'occupazione e del benessere collettivo”.

<sup>20</sup> Il riferimento è a ROLLI R. *Causa in astratto e causa in concreto*, in *Le monografie di contratto e impresa* 2008 e a NAVARRETTA E. *La causa e le prestazioni isolate*, Giuffrè, 2000.

causa potrebbe avere oggi “il sapore quasi retrò di una ricostruzione retrospettiva di scarso valore operativo<sup>21</sup>”) sostenendo che uno studio sul concetto di causa è necessario perché si evince che, a fronte della eliminazione della causa (e del formale accoglimento del nudo patto e del principio *solus consensus obligat*<sup>22</sup>) si sono sviluppate, nel contesto europeo, alcune figure innovative che prendono le mosse proprio da questo requisito del contratto.

Tale ultima circostanza esplicita che il parametro causale non è affatto superfluo, ma al contrario necessario. Alla luce di ciò si propone come opportuna, più che la eliminazione del concetto, una ridefinizione dello stesso che non identifichi la causa con l’una o con l’altra delle definizioni, ma al contrario come clausola generale. La correttezza di questa qualificazione emerge dalla verifica della diversità di accenti con cui la giurisprudenza attuale ricostruisce il concetto di causa, poiché le Corti, sempre più spesso, pur partendo dall’enunciazione formale dell’uso della causa come funzione economico-sociale del contratto, preferiscono fare ricorso, a livello operativo, allo strumento della causa in concreto.

Pertanto l’ elasticità e la duttilità del requisito suggeriscono che questo sia da considerare una “clausola generale”, suscettibile di modi di utilizzo diversi e, per questa ragione, da mantenere all’interno dell’ordinamento.

Il secondo orientamento<sup>23</sup> afferma che al fine di evitare che il tema causale si risolva in una serie di definizioni (che implicano novità solo

---

<sup>21</sup> A questo proposito testualmente si legge: “Negli ambienti colti che hanno messo capo alle moderne codificazioni sia europee, sia metanazionali circola la provocatoria convinzione: “*Absence de nécessité de consideration, absence de nécessité de cause, no need for consideration, no need for cause*” cfr. Commento all’art. 3.2 *Unidroit Principles* 2004, ROLLI R., *op.cit.*, p. XIV.

<sup>22</sup> L’Art. 3.2 *Unidroit Principles* recita infatti che “Un contratto è concluso, modificato o sciolto con il semplice accordo delle parti, senza bisogno di ulteriori requisiti”.

<sup>23</sup> Cfr. NAVARRETTA E. *op.cit.*, passim.

terminologiche) è più utile ordinare le molteplici teorie elaborate nella prospettiva del ruolo che queste attribuiscono alla causa.

Secondo questa dottrina, nel corso del tempo, alla causa sono stati assegnati tre distinti ruoli che incarnano tre differenti ideologie: la causa con funzione suffissante, la causa con funzione economico-sociale, la causa con funzione economico-individuale.

Fra queste definizioni si preferisce la prima ricostruzione (di causa suffissante) poiché essa raggiunge il fine di limitare il potere della volontà: un controllo della autonomia privata che argina il potere del nudo consenso, con l'obiettivo di una tutela di tipo individualistico, e non della realizzazione di interessi generali dell'ordinamento giuridico<sup>24</sup>.

Questa dottrina respinge la definizione di causa come funzione economico-sociale<sup>25</sup>, poiché tale accezione subordina l'atto al perseguimento di istanze generali dell'ordinamento. In particolare, sostiene che la duplice aggettivazione (economico-sociale) conferisce al concetto di funzione non il senso del funzionamento (del controllo cioè sulla capacità di funzionamento dell'atto), ma quello della funzionalizzazione, ossia della subordinazione del contratto ad esigenze ulteriori ad esso.

La medesima dottrina respinge anche la ricostruzione della causa in termini di funzione economico-individuale, poiché afferma che in tal modo la causa ha solo il ruolo di sintesi e di coesione degli elementi del contratto<sup>26</sup>.

Ne deriva la preferenza verso la funzione suffissante della causa, poiché attraverso essa si elimina la considerazione di questo elemento

---

<sup>24</sup> Cfr. SACCO R. *Negozio astratto*, p. 50: "Nullità indotta dall'assenza di causa è posta a protezione dell'interesse individuale".

<sup>25</sup> Fra i primi sostenitori di tale versione, GORLA G. *Il contratto*, p. 119.

<sup>26</sup> Fondamento normativo di tale dimensione individualistica è il criterio di meritevolezza di interessi di cui all'art. 1322, 2° comma, c.c. nel quale non si ravvisano tracce della funzione economico sociale, bensì un richiamo al concetto di interesse evocativo della dimensione individualistica.

come strumento di interferenza di tipo solidaristico, e si esalta, invece, la funzione di verificare che l'atto funzioni secondo il programma dei contraenti. La causa deve assicurare alle parti una sola garanzia: che l'interesse perseguito abbia un minimo di funzionalità, abbia la capacità di realizzarsi, o meglio, la non impossibilità di farlo.

Pertanto il requisito causale offre alle parti la garanzia di iniziale realizzabilità e di possibilità dell'operazione.

In conclusione le differenti ricostruzioni, fin qui enunciate, determinano la difficoltà di individuare quale sia lo stato dell'attuale dibattito sulla causa: se la nuova legislazione ne abbia comportato la crisi o, al contrario, l'abbia votata a nuovi compiti e applicazioni. Non è agevole, cioè, comprendere se le opere di codificazione uniformi, transazionali ed europee, che non menzionano la causa tra gli elementi del contratto, abbiano in verità semplicemente accantonato il problema rimettendolo ai singoli ordinamenti o abbiano creato nuove formulazioni chiamate a risolvere i medesimi problemi. Oppure, ancora, abbiano effettivamente considerato la causa un inutile elemento, superato dalla modernità e dalle sue esigenze di celerità, demandando ad altri strumenti le funzioni tradizionalmente da esse svolte.

L'unico dato che appare evidente è che se si vuole mantenere il concetto di causa è necessario rideterminarlo, con una modifica, se necessario, del disposto legislativo e delle norme che ad essa fanno riferimento.

### 1.1 La "causa" come elemento identificativo della categoria

La dottrina struttura la categoria del contratto misto mettendo in atto le sopracitate direttive che ne riconoscono l'esistenza qualora vi sia un contratto unico con prestazioni plurime, disciplinate sotto distinte tipologie contrattuali, e fuse<sup>27</sup> in un accordo che assolve a una funzione economico-sociale del tutto nuova<sup>28</sup> da quella dei contratti "coinvolti".

---

<sup>27</sup> Il problema principale è quello di accertare quando la riunione di diversi elementi contrattuali porti con sé la fusione di tipi. Perché si realizzi la fusione di tipi non basta l'elemento dell'unione di più prestazioni regolate in sedi diverse; in quanto la presenza di una prestazione non sempre implica che questa sia tipica di un contratto. Infatti è possibile che una determinata obbligazione non sia annoverabile fra quelle da considerare come prestazioni tipiche di un accordo.

È necessario, inoltre, operare una distinzione fra i contratti: alcuni, pur presentando una unione di prestazioni tipiche, non possono essere considerati misti, perché solo apparentemente realizzano la fusione di cause che costituisce l'essenza degli accordi oggetto di studio. In tali contratti è la legge stessa che, descrivendo il tipo, prevede la presenza di distinte prestazioni, richiedendola come essenziale alla struttura e alla concreta presenza del tipo legale medesimo. Ne sono esempi i contratti di società e di transazione.

Nel contratto di società, il conferimento dei soci è costituito da una prestazione tipica di un altro contratto disciplinato dalla legge; e allo stesso modo, nel contratto di transazione, la rinuncia a un credito, per il quale è in corso una lite, è compensata dall'assunzione, da parte del creditore, di una obbligazione tipica di un altro negozio (trasferimento della proprietà o concessione dell'uso di una cosa).

In tali accordi è la conformazione legale a permettere il concorso di prestazioni di natura profondamente diversa, senza che ciò determini una pluralità di cause. Questi contratti hanno una causa che si presenta poco circostanziata, tanto da poter dire che il contratto permanga sempre identico, pur comprendendo prestazioni regolate dal Codice in occasione di un contratto diverso. In casi simili è la struttura del contratto stesso, ampia ed elastica, a escludere che si sia di fronte all'ipotesi di pluralità di prestazioni. Cfr. CATAUDELLA A., *op.cit.* p. 45-49.

<sup>28</sup> Al requisito della fusione deve aggiungersene uno ulteriore. L'art. 1322 c.c. e la sua funzione di filtro dell'ammissibilità di ogni contratto atipico, consente di individuare un'ulteriore caratteristica degli accordi misti. Infatti in ipotesi di contratti atipici, l'art. 1322 c.c. prescrive come necessario il controllo di meritevolezza da parte del legislatore al fine di valutare se gli interessi soddisfatti dall'accordo siano meritevoli di protezione. Superato tale controllo, il contratto atipico subirà un secondo accertamento, identico a quello previsto per i contratti tipici, e volto alla verifica della sussistenza della causa anche in concreto. Invece rispetto ai contratti misti, il controllo di meritevolezza previsto ai sensi dell'art. 1322 c.c. non opera. La circostanza che le prestazioni previste in tali accordi siano quelle già previste dal legislatore in contratti tipici, comporta che il controllo di meritevolezza sia già stato svolto, seppur in relazione ai contratti richiamati.

Si individua, così, la caratteristica propria della causa del contratto misto, che si accompagna alla fusione di prestazioni tipiche: l'essere sottratta al controllo di meritevolezza previsto ai sensi dell'art. 1322 c.c.. Questa circostanza distingue il

Pertanto gli studi sul contratto misto pongono come vero elemento discriminatorio della categoria la causa, e per tale ragione sorprende verificare che le diverse teorie elaborate su tale elemento siano rimaste ben lontane dal raggiungimento di un significato univoco.

Allo stesso modo desta stupore che la medesima dottrina, che ha individuato nella causa mista l'elemento identificativo della categoria *contratto misto*, abbia omesso di approfondire proprio il tema della causa mista. La ragione di una tale mancanza non è da attribuire al difetto di letteratura sull'argomento, né tantomeno alla scarsa propensione degli autori a occuparsi della materia; ma, piuttosto, all'impossibilità di comporre il conflitto tra le diverse nozioni di causa.

La mancanza di chiarezza sul significato della *causa* ha avuto delle ripercussioni anche sul concetto di causa mista giungendo a determinarne due distinte definizioni, a seconda che le diverse cause dei tipi contrattuali originari si fondessero o meno nel nuovo contratto. Di conseguenza le due diverse definizioni di causa mista hanno generato due distinte fattispecie<sup>29</sup> di contratto misto: la prima è utilizzata per descrivere l'ipotesi in cui le cause presenti nel nuovo rapporto<sup>30</sup> siano tanto differenti da permanere distinte anche nel nuovo contratto (ipotesi questa classicamente rappresentata dal *negotium mixtum cum donatione*); la seconda<sup>31</sup> è adoperata per descrivere le ipotesi in cui le cause degli originari contratti si fondono in una causa unitaria che non rende più possibile individuare quelle

---

contratto misto dal contratto atipico, e lo avvicina al contratto tipico. Cfr. DE GENNARO G., *op. cit.*, p. 23 e ss.

<sup>29</sup> Per una chiara distinzione delle forme della categoria, cfr. BIANCA C.M., *Diritto Civile*, III, 2015, p. 451.

<sup>30</sup> Cfr. sul punto l'analisi svolta da GAZZONI F., *op. cit.*, p. 773.

<sup>31</sup> Secondo la dottrina maggioritaria questa tipologia di mistione determina più che la combinazione di più tipi contrattuali, un vero e proprio contratto innominato: quando le cause si fondono in un'unica causa, il contratto è senz'altro un contratto innominato poiché tale unica causa non trova riscontro in un tipo legale. Per un'analisi approfondita della fattispecie contrattuale. Cfr. BIANCA C.M., *op. cit.* p. 479 e CATAUDELLA A., *op.cit.*, p. 76.

originarie (esempio paradigmatico: la fattispecie di cessione di aree edificabili).

A fronte della divisione in merito alla nozione di causa mista, la dottrina si è invece mostrata compatta nell'individuare le norme da applicare all'accordo misto attraverso tre diversi criteri: assorbimento o prevalenza, combinazione e analogia.

Tradizionalmente la dottrina ha adoperato il criterio dell'assorbimento, il quale applica al contratto misto la disciplina dettata per il tipo legale che ha carattere principale o "prevalente"<sup>32</sup> nel contratto.

In via sussidiaria, la stessa, si avvale del principio della combinazione, che applica a ciascun elemento dell'accordo la disciplina prevista per il tipo legale cui lo stesso è riferibile. Quest'ultima tesi merita di essere apprezzata, perché rispetta maggiormente l'autonomia negoziale riconosciuta alle parti dall'art. 1322 c.c., le regole di interpretazione contrattuale di cui agli artt. 1362 c.c. e ss. e il criterio teleologico che deve guidare l'operatore di diritto nell'interpretare la legge, secondo l'art. 12 delle disposizioni preliminari al Codice.

Solo in via residuale, invece, la dottrina ricorre al criterio dell'analogia<sup>33</sup>, che presuppone la valutazione di contratto misto come contratto atipico e non come categoria autonoma di contratto.

A differenza dei criteri precedentemente esposti, quest'ultimo individua la disciplina dell'accordo misto in quella fornita dal legislatore in "casi simili o materie analoghe"<sup>34</sup> e determina

---

<sup>32</sup> Tale valutazione deve essere effettuata considerando il profilo funzionale. Andrà pertanto valutata tanto l'effettiva volontà della parti, quanto la reale finalità dell'accordo. Cfr. sul punto Cass. sez. Un. 12 maggio 2008, n. 11656.

<sup>33</sup> Per un'applicazione recente del criterio ai nuovi contratti informatici; cfr. SAMMARCO P., *I nuovi contratti dell'informatica, sistemi e prassi*, 2006, p. 367.

<sup>34</sup> Per una riflessione generale sulla teoria dell'applicazione analogica, valutata come preferibile a quelle della prevalenza e della combinazione; cfr. SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, 1970, p. 47. In merito è stata proposta una interpretazione secondo la quale i contratti misti sono simili ai contratti innominati, poiché entrambi non previsti all'interno del Codice. Da una tale riflessione consegue che la disciplina

l'applicazione ai contratti misti delle disposizioni dei contratti tipici del Codice civile più simili alle ipotesi di specie.

Indubbiamente in questo caso l'identificazione dei contratti tipici, che confluiscono nella figura unitaria mista, offre un aiuto innegabile (seppure non del tutto decisivo) per l'individuazione dei criteri e delle regole normative da prendere in considerazione<sup>35</sup>.

Nessuno dei citati criteri assurge a regola/principio generale, poiché il criterio dell'assorbimento non è utile ove non sia possibile individuare una prestazione principale all'interno dell'accordo e determina, anche nell'ipotesi in cui ciò fosse possibile, la violazione dell'art. 1322 c.c. mortificando l'autonomia privata, nella misura in cui una parte dell'accordo non viene presa in considerazione ai fini della sua disciplina.

La teoria della combinazione, invece, richiede la verifica della prestazione caratteristica o, ritenuta tale, di un tipo contrattuale al fine di accertare se la prestazione possa sempre operare "oltre il tipo"<sup>36</sup> stesso, così da esser estesa anche al contratto misto. Lo stesso principio è applicato con difficoltà quando vi è conflitto fra le diverse normative richiamate, ipotesi in cui diventa più complesso individuare quale sia la disciplina da adoperare.

Il problema si complica ulteriormente quando le normative previste da ciascuna tipologia di accordo sono inconciliabili con quelle

---

normativa per contratti innominati e atipici, diviene la medesima. Cfr. BRAVO F., *Gli appalti pubblici per la fornitura di beni e servizi nel settore ICT e gli appalti pubblici elettronici alla luce del d. lgs. N. 163 del 2006*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 129.

<sup>35</sup> Cfr. SCOGNAMIGLIO R. *op. cit.*, p. 48. L'autore sottolinea che si deve rifiutare la soluzione secondo cui è da valutare, di volta in volta e a seconda del caso concreto, l'applicabilità alternativa del criterio della prevalenza e della combinazione.

<sup>36</sup> A titolo esemplificativo si consideri che non sempre "il prezzo in denaro" caratterizza il tipo contrattuale. Infatti la circostanza che in un contratto di appalto il corrispettivo non sia in denaro, non muta il dato che si tratti sempre di tale contratto. Come esempio di una prestazione in grado "di andare oltre il tipo", si consideri l'azione del venditore nella disciplina della responsabilità per vizi. Essa è ultrattiva rispetto al tipo della vendita, e si applica tanto alle ipotesi di conferimenti in società, quanto all'appalto misto con vendita di terreni.

dell'altro; ciò si verifica quando la mistione tipica del contratto riguardi un accordo oneroso e uno gratuito. In casi simili la naturale collisione di norme dettate per accordi incompatibili comporta che si debba applicare la disciplina più rigorosa<sup>37</sup>.

Il principio di applicazione analogica impone invece l'individuazione dei "casi simili e materie analoghe" ai fini della estensione della disciplina prevista per un determinato tipo, così come richiesto ex art. 12 disposizioni preliminari al Codice civile.

Pertanto, sebbene la dottrina abbia concordato nell'individuare in questi criteri quelli attraverso cui selezionare la disciplina applicabile al contratto misto; tuttavia anche rispetto a essi non è stata fornita un'indicazione di massima su quando privilegiarne uno piuttosto che un altro.

Da tale riflessione deriva la considerazione dei contratti misti quale categoria voluta da alcuni studiosi, ma non costruita su solide basi; e tale dato trova conferma anche nell'analisi dell'uso della categoria fatto dalla giurisprudenza.

Spesso l'urgenza di disciplinare i casi concreti, e di farlo attraverso una categoria giuridica, ha portato i Giudici a fare uso della categoria del *contratto misto* senza avere cura di verificare puntualmente la presenza dei requisiti individuati dalla dottrina.

Si spiega così la circostanza per cui la categoria del contratto misto è stata adoperata anche rispetto ad accordi suscettibili di qualifica

---

<sup>37</sup> Recentemente è stato proposto un ulteriore criterio di individuazione della disciplina da applicare ai contratti misti: il principio di bilanciamento.

Si tratta di un principio in grado di correggere gli effetti distorsivi normalmente connessi all'uso del principio di combinazione. In ragione di tale "correttivo", qualora il principio di combinazione risulti inefficace a causa della incompatibilità dei regimi normativi richiamati, il conflitto fra norme viene risolto con l'applicazione della disposizione che risulti più adeguata e proporzionata al complessivo assetto di interessi perseguito dai contraenti, e non con l'applicazione della disciplina più rigorosa. Cfr. DEL PRATO E., *Contratti misti: variazioni sul tema* in *Rivista Diritto Civile*, I, 2012.

diversa, poiché l'esigenza di usare una formula giuridica può, in molti casi, essere soddisfatta anche tramite altre categorie giuridiche. Tali considerazioni saranno dimostrate dall'analisi delle fattispecie contrattuali di cessione di un bene a un prezzo notevolmente inferiore a quello di mercato (ipotesi del contratto *negotium mixtum cum donatione*) e di cessione di un'area edificabile in cambio del trasferimento della proprietà da costruire sulla medesima (ipotesi di contratto di vendita misto ad appalto).

## II L'approccio giurisprudenziale al tema

### 1. La fattispecie della vendita mista a donazione

Fra gli accordi valutati come “misti” all'interno del nostro ordinamento giuridico, il più noto nella prassi dei Tribunali è il cosiddetto *negotium mixtum cum donatione*. L'istituto in questione sussiste ogni qualvolta in un contratto sinallagmatico i due contraenti si scambino prestazioni che abbiano un valore sproporzionato tale da determinare un maggiore vantaggio per la parte che riceve l'attribuzione maggiore<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Cfr. sul punto CARNEVALI U., *Le donazioni*, in Tratt. Di dir. Priv., diretto da Rescigno P., vol. 6, Torino 1997, p.571: “Si ha donazione mista quando in un contratto a prestazioni corrispettive viene innestato uno scopo liberale, sì che nella stessa operazione economica concorrono simultaneamente due cause: onerosa e gratuita”.

Oltre a CARNEVALI U., si vedano tra gli altri: TORRENTE A., *La donazione*, in Tratt. Di dir. civ. e comm., diretto da Cicu A. e Messineo F., 1956, p. 43; CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, Milano 1983, 886; CAREDDA V., *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino 1996, p.48; (con riguardo alla sola vendita) RUBINO D., *La compravendita*, in Tratt. di dir. civ. e comm., a cura di Cicu A. e Messineo F., Milano, 1971, p.269; BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, vol. 1, in Tratt. di dir.civ., diretto da Vassalli F.,Torino, 1993, p. 68 e ss.; Id., *Il contratto, Diritto civile*, 3, Milano 2000, p. 480; LUMINOSO A., *I contratti tipici e atipici*, in Tratt. di dir. priv., a cura di Iudica G. e Zatti P., Milano, 1995, p. 9. Dai riferimenti citati si desume che per opinione tradizionale il contratto “base” sul quale si possa innestare il profilo liberale è un contratto a prestazioni corrispettive. L'esempio tipico è fornito dalla vendita, in cui il prezzo sia inferiore o maggiore rispetto al valore del (diritto sul) bene venduto, così da beneficiare il compratore (o il venditore) dell'eccedenza. Si sostiene anche che il contratto sinallagmatico può essere aleatorio, come nel caso della rendita vitalizia in cui la prestazione dovuta dal vitalizante (la rendita) è inferiore o pari ai frutti dei beni alienati come corrispettivo della sua costituzione. Sul punto è da precisare che un siffatto accordo, qualora sostenuto anche dallo spirito liberale, sembra perdere il proprio carattere aleatorio. Infatti se quest'ultimo è caratterizzato dalla presenza dell'*aequalis incertitudo lucri vel damni*, ovvero dall'incertezza su chi, dei contraenti, trarrà vantaggio dall'operazione negoziale posta in essere; tale incertezza non sembra ravvisabile in un negozio in cui, da principio risulti stabilito quale sia la parte (nel caso considerato ad esempio, il vitalizante) che ne tragga vantaggio, e in cui l'unico dubbio riguardi l'ammontare effettivo del “guadagno” (che dipende dalla vita del vitaliziato) e si risolva, pertanto, nel normale rischio contrattuale. Oltre agli esempi ora esposti, la dottrina ravvisa ipotesi di negozi misti a donazione anche in contratti la cui natura sinallagmatica è

L'accordo si articola in una vendita per la porzione di diritto alienata e coperta da corrispettivo, e in una donazione per la parte del diritto non coperta da alcuna prestazione in denaro. Il negozio è caratterizzato da una sproporzione significativa tra le due prestazioni, e dalla consapevolezza della parte alienante dell'insufficienza del corrispettivo percepito rispetto al valore del bene ceduto<sup>39</sup>.

Nello specifico, la sproporzione fra le prestazioni, volta ad arricchire una delle parti, pone il dubbio che l'accordo in questione sia una donazione.

Il problema peraltro non è di sola qualificazione giuridica, quanto piuttosto di individuazione della disciplina da applicare ad accordi di tale natura<sup>40</sup>, in considerazione della diversa forma che il nostro

---

incerta. Così, ad esempio, nel contratto di società (di persone) in cui si stabilisca, a vantaggio di un socio, una partecipazione sociale maggiore di quella che gli competerebbe in base al valore del suo conferimento (o, viceversa, a suo svantaggio, una partecipazione minore) ovvero una partecipazione proporzionale al conferimento che però è sovrastimato (o sottostimato). Oppure nella divisione contrattuale con la quale a uno dei conviventi venga attribuita una porzione maggiore di quella cui avrebbe diritto in base alla quota di sua spettanza. Rispetto allo specifico profilo della compatibilità fra aleatorietà e corrispettività; cfr. TORRENTE A., *op. cit.*, p. 49; LUMINOSO A., *op. cit.* p. 342 e p. 345; CAREDDA V., *op. cit.* 148.; BIANCA C.M., *Il contratto, cit.*, p. 491; e LUMINOSO A., *op. cit.*, p. 345. Si può inoltre ricordare che alcuni autori (ad es., BIANCA C.M., *op. ult. cit.*, p. 493) ammettono la compatibilità tra l'alea e le cause tipiche dei contratti di scambio, mentre altri la escludono (ad es. CAPOZZI G., *Dei singoli contratti*, I, Milano, 1988, p.109). Così, ad esempio, nel caso della cd. *emptio spei* (art. 1472, co. 2, c.c.), per il primo orientamento, il contratto sarebbe riconducibile al tipo "vendita" (BIANCA C.M., *La vendita, op. cit.*, p. 392 e ss.), mentre, per il secondo, configurerebbe un diverso contratto "aleatorio tipico".

<sup>39</sup> Precisa Cass. 29 settembre 2004, n. 19601, in *Foro italiano*, 2005, I, c. 2434, che la "vendita a un prezzo inferiore effettivo non realizza di per sé un *negotium mixtum cum donatione* essendo all'uopo necessario non solo che sussista una sproporzione tra le prestazioni, ma anche che questa sia di entità significativa. Inoltre è necessario che la parte alienante sia stata consapevole dell'insufficienza del corrispettivo percepito rispetto al valore del bene ceduto, e che ciò nonostante abbia voluto il trasferimento della proprietà; e l'abbia voluto allo specifico fine di arricchire la controparte acquirente della differenza fra il detto valore e la minore entità del corrispettivo".

<sup>40</sup> La pratica ha dimostrato che la maggioranza delle controversie relative al *negotium mixtum cum donatione* nasce dal tentativo di un soggetto (ritenuto leso da un contratto di compravendita, proprio o altrui, in cui un diritto è stato ceduto a fronte di un corrispettivo notevolmente basso) di far valere la diversa qualificazione del contratto esistente come donazione, al fine di invocarne la nullità per difetto della forma scritta.

ordinamento richiede ai fini della validità del contratto di donazione<sup>41</sup> e di compravendita.

La qualifica come contratto misto tenta di risolvere proprio il problema della forma attraverso i criteri di assorbimento e combinazione; ma l'alternanza con la quale sono stati adoperati e la mancanza di istruzioni su quando adoperare l'uno piuttosto che l'altro, determina esclusivamente la risoluzione delle singole controversie e non soluzioni generali al problema.

Tale dato mette in dubbio l'effettiva utilità della categoria del contratto misto, adoperata dai giudici più per godere della libertà di disciplina connessa ai criteri di assorbimento e combinazione che per l'esistenza dei presupposti dottrinali della categoria.

---

<sup>41</sup> Nello specifico se anche il contratto in oggetto debba rivestire, ai fini di validità, la forma solenne prescritta dall'art. 782 c.c.; cfr. art. 769 c.c. e ss.

### 1.1 L'inquadramento in termini di contratto misto

La qualifica, come contratti misti, degli accordi che cedono un diritto a fronte di un corrispettivo estremamente basso, si basa sulla considerazione che tale accordo è misto poiché ha una duplice natura: in parte una compravendita (per la porzione del diritto coperta da corrispettivo), e in parte una donazione (per la porzione che risulti attribuita a titolo gratuito)<sup>42</sup>.

Nella maggioranza dei casi il problema della forma è risolto con il principio di assorbimento, poiché si individua qual è (all'interno dell'accordo) la parte preponderante fra quella onerosa e quella gratuita, e si richiede che la forma negoziale dell'atto sia quella della parte del contratto prevalente.

Suscita perplessità la modalità in cui la giurisprudenza applica i criteri caratteristici dei contratti misti (assorbimento e combinazione) a una serie disparata di accordi, al punto che diventa arduo prevedere quando a una categoria di interessi corrisponda l'applicazione di un criterio piuttosto che un altro.

---

<sup>42</sup> La dottrina prevalente rifiuta l'assimilazione del *negotium mixtum cum donatione* ai negozi misti in forza della considerazione che non sarebbe possibile una fusione tra due cause *insanabilmente contrastanti* (quali quella di un contratto oneroso e quella della donazione). Risulta cioè difficile concepire una giustificazione dell'attribuzione che al contempo sia corrispettiva e non corrispettiva: se l'attribuzione è effettuata *per ricevere* in cambio un compenso, quella medesima attribuzione non può essere contemporaneamente attuata per non avere alcun compenso. Cfr. TRABUCCHI A., *op. cit.*, p. 645. Altra dottrina ha invece proposto la riconducibilità della donazione mista alla categoria del negozio misto. La base di questa diversa ricostruzione risiede nell'affermazione che la creazione di una categoria negoziale autonoma (e distinta) presuppone che alla nuova categoria si renda applicabile una disciplina che sia autonoma rispetto a quella cui sono sottoposti i negozi tipici o atipici non rientranti nella categoria suddetta. Cfr. CATAUDELLA A., *op. cit.*, p. 148 e ss.; aderiscono a tale ricostruzione qualificatoria anche CARNEVALI U., *op. cit.*, p. 571; cfr., da ultimo, anche TAVASSI V., *La donazione*, di Iacovino C., Tavassi V., Cassandro T., 1996, p. 83.

A dimostrazione di quanto sopra detto, la Cassazione<sup>43</sup> qualifica come negozio misto un contratto con cui si trasferisce al creditore di una somma di denaro la proprietà di una serie di immobili per un corrispettivo più basso di quello presumibile, anche al fine di retribuirlo per le opere da lui svolte precedentemente a favore del debitore. La Corte, qui, applica il criterio dell'assorbimento, e, in considerazione della prevalenza del fine retributivo rispetto all'*animus donandi*, ritiene esistente un negozio a titolo oneroso per il quale, ai fini del trasferimento, non è necessaria la forma pubblica.

In tal modo la Cassazione tutela le ragioni creditorie di una parte in considerazione dell'attività lavorativa precedentemente svolta<sup>44</sup>.

In un'altra controversia, la Suprema Corte<sup>45</sup> qualifica come misto un accordo relativo a interessi di natura familiare. La disputa relativa all'accordo viene promossa da una sorella, la quale conviene in giudizio i fratelli poiché ritiene che gli accordi di divisione del patrimonio ereditario del padre dissimolino donazioni di quote e di azioni sociali; simulando contratti di vendita disposti dal *de cuius* a favore dei figli maschi. Nello specifico, l'attrice afferma che i contratti realmente attuati siano donazioni, contesta la validità degli accordi

---

<sup>43</sup> Il riferimento è a Cass., Sez. II, sent. 17 marzo 1981, n. 1545, in *Rivista del Notariato*, 1982, parte II, p. 89. Un precedente in questo senso è costituito da Cass. sez II maggio 1976, n. 1789; Cass. 17 ottobre 1961, n. 2179; consultazione da banca *dati Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

<sup>44</sup> La sentenza è parte di un consolidato orientamento giurisprudenziale diretto a riconoscere la presenza di una causa mista anche nella donazione remuneratoria. Diversa invece la posizione di quella dottrina che perorava un generale rifiuto della soluzione giurisprudenziale, e una concorde affermazione della natura gratuita della causa della donazione remuneratoria. Sosteneva la soluzione del problema dell'identificazione del negozio (quando l'elargizione è diretta da parte del donante anche al soddisfacimento di prestazioni da questi ricevute) ravvisando l'esistenza di due negozi collegati: una *datio in solutum* proporzionale al valore normale dei servizi, e una donazione quanto all'eccedenza. Cfr. sul punto Cass. 24 Marzo 1971, n 833, in *Foro it.*, 1971,I,2318; Cass. 10 ottobre 1970, n. 1933, in *Foro padano*, I, 24 con nota di RICOTTA; Cass. 8 ottobre 1969, n. 3229 in *Riv. del Notariato*, 1970, 733-36; Cass 11 novembre 1967 n. 2720, in *Foro it.*, 1968, I, 709 con nota di ROVELLI.

<sup>45</sup> Il riferimento è a Cass. Sez II n. 8446/1990; consultazione da banca *dati Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

poiché non conclusi nella forma solenne richiesta, e ne chiede la dichiarazione di nullità. In questo caso il criterio di selezione della disciplina è il medesimo del caso precedente, ma la categoria di interessi in causa è di natura diversa. Infatti la Corte esplicita che l'atto determinato da ragioni di liberalità ma diretto, altresì, al soddisfacimento di prestazioni ricevute, costituisce un contratto misto nel quale confluisce una causa in parte onerosa e in parte gratuita, la cui disciplina deve essere ricavata in base al criterio della prevalenza.

In conclusione la Corte riconosce che i contratti di compravendita sono stati simulati essendo emerso che gli acquirenti non avevano neanche in parte pagato il relativo prezzo al cedente, e che le attribuzioni patrimoniali effettuate dal *de cuius* avevano lo scopo di compensare l'attività di lavoro svolta dai figli maschi, senza corrispettivo e per oltre un ventennio. Conseguentemente la Corte non riconosce la validità ed efficacia dei contratti dissimulati non stipulati nella forma solenne delle donazioni.

In un altro caso<sup>46</sup>, relativo a controversie para-famigliari, la Suprema Corte tutela l'ambito familiare a fronte di attribuzioni miste, in parte onerose e in parte gratuite, disposte dal donante a favore di un soggetto terzo ed estraneo alla cerchia parentale.

La controversia è instaurata da parenti del donante a seguito di alcune operazioni concluse dal *de cuius*. Questi aveva ceduto alla propria *convivente more uxorio*, e al fratello di lei, un'azienda commerciale e un immobile per importi notevolmente inferiori al valore di mercato. In questo caso la qualifica dei contratti come misti deriva dalla considerazione del concorso di motivi di natura in parte onerosa e in parte gratuita, che avevano determinato l'accordo e,

---

<sup>46</sup> Il riferimento è a Cass. Sez. II. n. 7666/1995, con nota di SICCHIERO G., in *Giur. It.* 1996, I, 1, p. 1120.

ancora una volta, stabilisce che la normativa da applicare deve essere individuata applicando il criterio della prevalenza. Nel caso di specie a tale indicazione segue la dichiarazione di invalidità degli altri atti di trasferimento compiuti: le attribuzioni erano state concluse con prevalenza dell'*animus donandi* su quello oneroso, ed era pertanto necessaria la forma dell'atto di donazione e non quella della semplice compravendita<sup>47</sup>.

Alle citate sentenze va aggiunto il riferimento a una decisione in parte diversa, in cui all'inquadramento del *negotium mixtum cum donatione* come contratto misto, segue l'applicazione di entrambe le tipologie contrattuali (principio di combinazione) e non invece quella della prestazione contrattuale ritenuta prevalente.

Il caso<sup>48</sup> in analisi riguarda un assetto di interessi relativo, questa volta, alla qualificazione di un mandato a vendere, in cui il mandante affida la cosa al mandatario al duplice scopo di mostrarla ad eventuali acquirenti, e di conservarla in attesa di rimetterla agli stessi in caso di vendita.

La differenza di disciplina fra i due diversi accordi, mandato e custodia, determina l'esigenza dei giudici di disciplinare i contratti non tenendo in considerazione esclusivamente il contratto prevalente

---

<sup>47</sup> Si legge nella motivazione della sentenza: "È noto che quando un unico negozio è caratterizzato da un concorso di motivi di natura in parte onerosa e in parte gratuita, la sua regolamentazione obbedisce al criterio della prevalenza; nel senso che ricorre la donazione remuneratoria (che esige la forma solenne richiesta per le donazioni tipiche) quando risulti la prevalenza dell'*animus donandi*, laddove si avrà invece un semplice negozio a titolo oneroso (che non abbisogna della forma solenne) quando l'attribuzione patrimoniale venga effettuata in funzione di corrispettivo o in adempimento di una obbligazione derivante dalla legge o in osservanza di un dovere nascente dalle comuni norme morali e sociali, che si rilevi assorbente rispetto all'*animus donandi*. Perciò se l'attribuzione è realizzata in parte *donandi animo* per speciale remunerazione, e in parte *solvendi causa* a titolo di corrispettivo per prestazioni ricevute, sarà necessario ricercare quale dei due intenti si sia voluto principalmente perseguire; e si dovrà in tal caso regolare l'intero rapporto, unitariamente considerato, in base al criterio della prevalenza. Cfr. sul punto Cass. Civ. Sez II n. 7666/1995; consultazione da banca *dati Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

<sup>48</sup> Il riferimento è a Cass. Sez III, 10 marzo 1979, n. 1494; consultazione da banca *dati Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

nell'accordo misto (teoria dell'assorbimento) ma anche altri elementi dell'accordo, che concretizzano la volontà delle parti, e a cui è necessario dare un peso specifico applicando le norme proprie del contratto cui esse appartengono (in quanto non incompatibili con quelle del contratto prevalente)<sup>49</sup>. Nel caso di specie quindi la Corte opta per l'uso del principio di combinazione e con il suo uso dà legittimazione all'applicazione di diverse discipline previste all'interno del medesimo accordo.

---

<sup>49</sup> A favore dell'uso del principio di combinazione al fine di individuare la disciplina applicabile al contratto misto si pone anche Trib. Napoli 9 settembre 1988; consultazione da banca *dati Pluris on line* – archivio giurisprudenza. In dottrina, a sostegno dell'uso del criterio di combinazione cfr. SICCHIERO G., *Negotium mixtum cum donatione, contratto misto e principio di prevalenza* (nota a Cass. 13 luglio 1995 n. 7666), il quale sostiene che nonostante le formali prese di posizione della giurisprudenza maggioritaria a favore del principio di assorbimento; nulla esclude la rilevanza giuridica degli altri elementi che sono stati voluti dalle parti, e che abbiano concorso a fissare il contenuto e l'ampiezza del vincolo contrattuale da valorizzare attraverso il principio di combinazione.

## 1.2 Le relative conseguenze applicative

La giurisprudenza adopera la categoria del contratto misto<sup>50</sup> al fine di sottolineare l'esistenza, all'interno del medesimo accordo, di due diverse cause, entrambe qualificanti il rapporto: una di scambio e l'altra di liberalità<sup>51</sup>; e ciò mette in luce che la volontà di una parte di beneficiare l'altra è elemento determinante dell'accordo, tanto da essere una delle due cause che lo giustificano<sup>52</sup>.

Il problema della compatibilità di due cause dalla natura così diversa, gratuita e onerosa, è risolto tramite la valutazione del concreto assetto di interessi perseguito dalle parti. Si legge a questo proposito, nel corpo delle sentenze citate, che se dall'analisi del documento contrattuale emerge la presenza di due diverse ragioni giustificatrici dell'atto (rispettivamente una onerosa e una gratuita), la conclusione non può che riconoscere la compatibilità anche formale delle stesse<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> A questa si affiancano alcuni membri della dottrina, i quali si pongono a favore dell'inquadramento del negozio misto con donazione come contratto misto, seppure secondo valutazioni in parte differenti. Alcuni, ritengono che il *negotio mixtum* abbia due cause concorrenti: onerosa e gratuita cfr. BIANCA C.M., *Diritto Civile, op. cit.*, p. 180; SANTORO- PASSARELLI, *Dottrine generali del Diritto Civile*, Napoli 1997, p. 226. Altri invece sostengono che la causa sia unica (atipica) e mista, risultante cioè dalla fusione delle due cause; e ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile, si dovrebbe accertare in concreto quale delle due prevalga sull'altra (secondo la teoria dell'assorbimento o prevalenza) ovvero, qualora risultassero avere lo stesso peso, si dovrebbe procedere alla combinazione delle due discipline (teoria della combinazione). Cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, Milano, 1953, p. 49; GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in Riv. it. Sc. Giur. 1937, p. 319). Altri ancora sostengono che il negozio misto a donazione andrebbe inquadrato come negozio a schema ampio, perché caratterizzato, in ogni caso, dalla coesistenza di entrambe le cause: quella di scambio e quella di liberalità; non potendo nessuna di esse prevalere sull'altra, data la loro sostanziale diversità. Di conseguenza andrebbero sempre applicate in modo combinato entrambe le discipline, in quanto compatibili (cfr. DE GENNARO G., *op. cit.*, p. 209 ss.; CARNEVALI U., *op.cit.*, p. 571.).

<sup>51</sup> Condividono una tale ricostruzione BIANCA C.M., *Diritto Civile, op. cit.*, p. 481; SANTORO PASSARELLI F., *op. cit.*, p. 226; SICCHIERO G., *Il contratto con causa mista, op. cit.*, p.116 e ss.

<sup>52</sup> Così CATAUDELLA A., *op. cit.*, 1970, p. 88.

<sup>53</sup> Cfr. BIANCA C.M., *Il contratto, op. cit.*, p. 481 e 452, in linea con l'orientamento teso a valorizzare il concreto scopo perseguito dalle parti al fine dell'analisi della causa del contratto.

Quindi la qualifica come contratto misto sottolinea che il contratto di vendita misto a donazione include entrambe le cause, e tale qualifica determina che la realizzazione della liberalità è parte del programma prestazionale, poiché perseguito da entrambe le parti. Infatti nel momento in cui le parti sono d'accordo sullo scambio e sulla gratuità di una parte della prestazione contrattuale, il contratto di alienazione di un bene, a un prezzo inferiore al valore di mercato, non realizza più la sola funzione di puro scambio tipica della semplice compravendita, ma due diverse: quella di scambio e quella gratuita<sup>54</sup>. Focalizzare la doppia anima di tali contratti consente di distinguere tali accordi dalle altre ipotesi di liberalità indirette, ove è solitamente da escludere la presenza di una causa onerosa<sup>55</sup>.

Nelle sentenze citate all'accertamento della duplice natura della causa, segue l'applicazione di due diversi principi: assorbimento e combinazione, senza che vi sia un reale *discrimen* su quando adoperare l'uno o l'altro.

Infatti il principio di assorbimento è adoperato per la tutela di interessi determinati ma, al tempo stesso, a tutela dei medesimi interessi viene adoperato anche il principio di combinazione.

Inoltre se si considera il meccanismo di funzionamento di ciascun principio, si evince come la qualifica del *negotium mixtum cum donatione* come contratto misto, ha consentito alla giurisprudenza di muoversi con grande elasticità e discrezionalità.

Il ricorso all'uso del primo, comporta l'applicazione ai *negotia mixta cum donatione* della disciplina della parte del contratto ritenuta prevalente: la disciplina formale prescritta per la donazione, ove sia

---

<sup>54</sup> Cfr. sul punto CARNEVALI U., *op.cit.*, p. 508.

<sup>55</sup> La circostanza che il corrispettivo ridotto sia posto a carico del beneficiario vale a differenziare l'ipotesi in esame dal contratto a favore di terzo, ipotesi in cui non è richiesta al soggetto terzo alcuna prestazione.

stata la causa donativa a essere (o a essere ritenuta) prevalente<sup>56</sup>; e quella prescritta in tema di semplice compravendita, nell'ipotesi di (ritenuta) preponderanza di quella onerosa. L'uso del secondo criterio, invece, determina l'applicazione a ciascuna parte dell'accordo della disciplina propria pur essendo una parte del contratto prevalente rispetto a un'altra<sup>57</sup>.

La libertà connessa all'uso dei vari criteri è evidente, poiché individuare la parte preponderante di un negozio è una valutazione non limitata da alcun vincolo, e consente di pervenire a soluzioni di segno opposto.

Inoltre la qualifica di contratto misto è adoperata per tipologie di casi del tutto differenti, e ciò non consente di individuare se alla tutela specifica di un determinato interesse sia legata l'applicazione di un principio piuttosto che un altro. Infatti l'inquadramento del contratto come misto porta talvolta alla tutela delle ragioni creditorie, altre a quelle familiari, altre ancora a quella della convivente *more uxorio* a scapito dei più stretti parenti. Così si dichiara applicabile alla fattispecie ritenuta di donazione la regola della forma solenne, in base al principio dell'assorbimento, per poter dichiarare la nullità di taluni trasferimenti patrimoniali privi di quella forma; e tutelare così quei soggetti che ne sarebbero lesi (alcuni degli eredi rispetto ad altri, la tutela del credito, ecc.). Invece, al contrario, si dichiara applicabile la regola della forma non solenne per poter ottenere il risultato opposto di mantenere fermo il trasferimento, al fine di tutelare gli interessi dell'acquirente, ritenuti prevalenti.

---

<sup>56</sup> Ove il criterio discriminante al fine della determinazione della disciplina applicabile è rappresentato dal valore della quota venduta rispetto a quella della donata. Così Cass. 8 ottobre 1969, n. 3229; consultazione da banca *dati Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

<sup>57</sup> A favore dell'applicazione di siffatto principio cfr. OSTI C., *voce contratto misto*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1974, p. 499.

In generale è l'inquadramento come contratto misto<sup>58</sup> che pone problematiche rilevanti rispetto alla tutela della libertà contrattuale delle parti; e infatti il panorama giurisprudenziale mostra che il principio di gran lunga applicato, al fine di individuare la disciplina, è quello di assorbimento<sup>59</sup>; il quale consente ampia attività discrezionale all'operatore di diritto, poiché stabilire quale parte di un accordo è superiore all'altra è un'attività che spetta liberamente al singolo<sup>60</sup>.

Una considerazione simile si pone anche nel caso si prediligesse l'applicazione del principio della combinazione, al cui uso è legato il problema della applicabilità alla stessa fattispecie di diverse discipline in concorso tra loro. Tale circostanza può generare concreti problemi operativi allorché una norma propria di un tipo contrattuale disponga in un senso, e una inerente ad altro tipo contrattuale disponga in un altro che, se non del tutto incompatibile, risulti comunque diverso rispetto al primo.

Pertanto, il problema che scaturisce da una simile impostazione è quello della prevedibilità della disciplina concretamente applicabile. Al fine di dirimere simili conflitti, si fa riferimento ai criteri utilizzati

---

<sup>58</sup> Se si ritenesse corretta la riconduzione della donazione mista alla categoria dei negozi misti, per la fattispecie in esame si verificherebbe la disputa esistente in ordine alla disciplina da applicare a tali contratti. Anche rispetto a tale contratto □ la dottrina ha riproposto la possibilità di applicare tutti e tre i criteri classici di individuazione della disciplina, con opinioni discordanti: alcuni ritengono che si debba applicare la normativa del contratto prevalente tra quelli che (*melius*, tra quelli le cui prestazioni) concorrono nel negozio misto (principio dell'assorbimento); altri, invece, propendono per l'applicazione combinata e diretta della disciplina dettata per ciascun contratto (principio della combinazione), altri ancora propongono di adottare entrambi i criteri, e altri, infine, suggeriscono il ricorso all'applicazione analogica. Cfr. CARNEVALI U., *op. cit.*, p. 574 e BIANCA C.M., *op. ult. cit.*, p. 478.

<sup>59</sup> Sostiene invece l'applicazione al *negotium mixtum cum donatione* del diverso principio di combinazione SICCHIERO G., *negotium mixtum cum donatione, contratto misto e principio di prevalenza, op.cit.*, p. 6.

<sup>60</sup> A ciò si aggiunga la frustrazione connessa al problema del principio dell'assorbimento di una componente del contratto. L'applicazione integrale di una normativa, anche a una parte del contratto che appartiene a un tipo diverso, ignora la presenza all'interno dell'accordo di una parte differente, e di una natura diversa della stessa causa contrattuale.

dalla dottrina penalistica<sup>61</sup> in tema di concorso apparente di norme. Tale riferimento, tuttavia, non risolve la questione per la difficoltà, talvolta notevole, di rintracciare in ambito civile la natura cogente o dispositiva di una norma, o quale fra due norme sia speciale rispetto all'altra<sup>62</sup>.

Pertanto, l'inquadramento come contratto misto ha comportato più aspetti negativi che positivi: questi ultimi sono legati al rispetto di ciò che le parti hanno voluto fare emergere con il proprio accordo: la onerosità e gratuità come ragioni entrambe giustificatrici del contratto. Invece i primi sono differenti a seconda del criterio di disciplina che si predilige. Il criterio di assorbimento viola la libertà contrattuale delle parti, poiché ignora l'esistenza di una parte dell'accordo con causa diversa, ed estende la disciplina normativa della parte prevalente dell'accordo a tutto il regolamento contrattuale. Il criterio della combinazione determina la difficoltà di applicazione delle discipline dei diversi accordi richiamati quando queste, come nel caso di specie, appartengono a regimi contrattuali del tutto incompatibili.

Le considerazioni negative esposte determinano che al medesimo *negotium mixtum cum donatione* si diano altre qualificazioni. Queste rimediano, per un verso, ai vizi citati e per l'altro, mostrano che la categoria "contratto misto" rappresenta solo una delle possibili qualificazioni da attribuire al contratto in analisi; valutato, si vedrà,

---

<sup>61</sup> Questa individua i parametri per scegliere la norma prevalente, cioè quella effettivamente applicabile al caso concreto, nei principi di specialità, di gerarchia (tra norme cogenti e norme dispositive), nella norma più severa o in quella che limita maggiormente l'autonomia dei privati. Sulle analogie esistenti fra la tematica dei contratti misti e il diritto penale, cfr. ASCARELLI T., *op. cit.*, passim.

<sup>62</sup> A tali rilievi si può aggiungere l'inopportunità di estendere principi penalistici al campo privatistico, in cui, in generale, si valuta il valore di un atto e non il suo disvalore. Cfr. DAFARRA A., *Il negotium mixtum cum donatione tra autonomia privata e concrete esigenze di qualificazione giuridica*, in *Rivista del Notariato*, 2004, nota 10.

anche come negozio indiretto, insieme di negozi collegati o liberalità atipica.

1.3 Le soluzioni giudiziali favorevoli al diverso inquadramento del contratto  
come negozio indiretto

La mancanza di unicità dell'uso della categoria dei contratti misti è dimostrata dalle diverse qualificazioni che i Tribunali hanno dato al contratto di vendita mista a donazione. La prima di tali qualificazioni è quella di negozio indiretto<sup>63</sup> che ha costituito, e costituisce tutt'oggi, la qualificazione del *negotium mixtum* più avallata dai giudici.

Il diverso inquadramento come negozio indiretto è adoperato dalla giurisprudenza quando si intende porre in luce il fine di arricchimento perseguito dalle parti con l'adozione di uno schema tipico di un contratto a titolo oneroso. Ciò determina una modifica della natura della causa verso la realizzazione di uno scopo di liberalità.

Il negozio indiretto è una situazione giuridica particolare, caratterizzata dal fatto che le parti adottano lo schema tipico di un contratto oneroso con l'ulteriore intento del conseguimento, per una di esse, di un arricchimento a titolo gratuito. In considerazione di tale qualificazione, il problema della forma viene risolto chiedendo che l'accordo abbia quella propria dello schema negoziale adottato, e non quella prescritta per il fine voluto.

A dimostrazione di quanto detto, si può citare il caso in cui la Corte di Cassazione disciplina la vicenda di un erede universale che chiede il riconoscimento della nullità di alcune attribuzioni effettuate dal

---

<sup>63</sup> Individuano una uguale qualificazione Cass. 29 ottobre 1975, n. 3661; Cass. 24 gennaio 1979, n. 526; Cass. 28 novembre 1988, n. 6411; Cass. 21 ottobre 1992, n. 11499; Cass. 10 febbraio 1997, n. 1214; Cass. 21 Gennaio 2000, n. 642; Cass. 29 marzo 2001, n. 4623; Cass. 16 marzo 2004, n. 5333; Cass. 7 giugno 2006, n. 13337; Cass. Sez. Un. 12 giugno 2006, n. 13524; Cass. 30 gennaio 2007, n. 1955; Cass. 2 settembre 2009, n. 19099; Cass. 3 novembre 2009, n. 23297; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

proprio *de cuius*, poiché costituenti donazioni dissimulate prive della forma scritta<sup>64</sup>.

La Corte valuta la questione relativa all'incidenza dello spirito di liberalità sulla struttura del negozio posto in essere dalle parti, dopo aver accertato la natura onerosa di un atto di trasferimento ed escluso in radice la configurabilità di esso come una donazione ex art. 769 c.c. Nel caso di specie, essa sottolinea che la sproporzione esistente fra prestazione e prezzo ha lo scopo di raggiungere, per via indiretta, una finalità diversa e ulteriore (rispetto a quella dello scambio) consistente nell'arricchimento, per puro spirito di liberalità, di quello dei contraenti che riceve la prestazione di maggiore valore.

La circostanza che il negozio adempia il fine per cui è previsto (nella specie l'alienazione del diritto) seppur per un corrispettivo inferiore al valore dello stesso, determina che l'accordo costituisce un negozio indiretto. Inoltre, poiché il negozio indiretto deve rispettare, per la propria validità, la forma richiesta per il tipo contrattuale concretamente posto in essere; anche il *negotium mixtum cum donatione*, qualificato in tal modo, deve rispettare la sola forma dello schema negoziale effettivamente adottato dalle parti<sup>65</sup>. Pertanto la Corte statuisce che, nel caso in esame, gli atti di trasferimento effettuati altro non sono che donazioni indirette, e che, in quanto tali, sono validi se stipulati con la forma del negozio posto realmente in essere; nella specie una compravendita.

La giurisprudenza adopera il medesimo inquadramento, come negozio indiretto, in un ulteriore caso in cui un soggetto vende alla moglie l'unico bene immobile di sua proprietà a un prezzo notevolmente inferiore al valore reale del bene; ciò a nocimento di

---

<sup>64</sup> Il riferimento è a Cass. 3 novembre 2009, n. 23297; consultazione da banca *dati Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

<sup>65</sup> Nello stesso senso Cass. 23 febbraio 1991, n. 1931; Cass. 10 febbraio 1997, n. 1214; Cass. 21 gennaio 2000, n. 642; Cass. 7 giugno 2006, n. 13337; consultazione da banca *dati Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

terzi, creditori di una somma a titolo di risarcimento danni nei confronti del medesimo venditore.

A fronte di tale operazione, i creditori dell'alienante chiedono l'annullamento della vendita perché simulata, e in subordine, la nullità del dissimulato atto di donazione, perché privo delle forme prescritte a pena di nullità dall'art. 782 c.c.

Chiamata a qualificare la natura del contratto, la Corte statuisce che la fattispecie rappresentata dal *negotium mixtum cum donatione* non è riconducibile alla figura del contratto misto quanto, invece, al cosiddetto negozio indiretto. Il *negotium mixtum cum donatione* si qualifica come un contratto mediante il quale le parti stabiliscono volutamente un corrispettivo di gran lunga inferiore a quello che sarebbe dovuto, al fine di arricchire la parte acquirente della parte eccedente il corrispettivo pattuito.

Infine in un recente arresto<sup>66</sup> la Corte ribadisce la qualificazione come negozio indiretto<sup>67</sup> in un caso in cui si richiede di individuare la vera natura di un contratto con cui il *de cuius* aveva ceduto la proprietà di tutti i suoi beni, a un prezzo notevolmente più basso del valore di mercato.

La Corte interviene in merito alla qualificazione del contratto posto in essere e stabilisce che esso è una donazione indiretta, poiché il contratto di compravendita viene adoperato al fine di arricchire il compratore della differenza tra il prezzo pattuito e quello effettivo; per questo stabilendo che è sufficiente la sola forma dello schema negoziale adottato.

La qualifica di negozio indiretto è stata pertanto adoperata con l'intento di risolvere, ancora una volta, il problema della forma;

---

<sup>66</sup> Il riferimento è a Cass. 9 febbraio 2011, n. 13684; consultazione da banca *dati Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

<sup>67</sup> Alla medesima qualificazione perviene anche Cass. 16 giugno 2014, n. 13684, sebbene rispetto a una controversia avente ad oggetto il tema della forma del mandato a donare.

problema risolto individuando l'intento di liberalità come semplice motivo comune a entrambe le parti.<sup>68</sup>

Le sentenze citate non esitano a ritenere validi tutti i negozi stipulati con la sola forma della compravendita, poiché, da un punto di vista formale, l'accordo rimane pur sempre un negozio a titolo oneroso assoggettato alla disciplina giuridica che discende dalla sua causa tipica.

In tema di forma, tale ricostruzione comporta che il contratto concluso debba rispettare la sola forma imposta dal contratto tipico che le parti hanno effettivamente voluto attuare<sup>69</sup>, poiché con la scelta

---

<sup>68</sup> Sul tema della qualificazione da dare a una fattispecie simile, cfr. RUBINO D., *La compravendita*, in Trattato di diritto civile e commerciale diretto da CICU A. E MESSINEO F., Milano 1962, p. 270; A. TORRENTE, *op. cit.*, p. 26 e ss. ; GAZZONI F., *op.cit.*, p. 802 e ss.

<sup>69</sup> La dottrina del negozio indiretto mantenendo ferma la dicotomia causa-motivi, afferma che ai fini della normativa applicabile, la disciplina giuridica del negozio indiretto rimane quella del negozio tipo cui esso appartiene. Si aggiunge però che nell'ordinamento positivo esistono anche disposizioni normative (le c.d. norme materiali) che considerano il risultato del negozio, qualunque sia il negozio utilizzato in concreto, e non l'atto in quanto strumento mediante il quale si raggiunge un determinato risultato. Ciò comporta la conseguenza che al negozio indiretto si debba applicare anche la disciplina sostanziale (e solo quella) dettata per il negozio il cui scopo tipico coincide con quello indirettamente perseguito dalle parti. Di conseguenza la tesi che riconduce il *negotium mixtum cum donatione* alla categoria del negozio indiretto, risolve i problemi di disciplina inerenti la figura in esame col medesimo metodo: la disciplina è quella del negozio oneroso e però, allo stesso tempo, è (in parte e soltanto per la parte liberale) anche quella *esclusivamente materiale* dettata per la donazione. Resta da stabilire quali norme, tra quelle dettate agli artt. 769 e ss. c.c., debbano ritenersi materiali ed estensibili alla fattispecie qui al vaglio; e il compito è tutt'altro che agevole. La *materialità* non si deve rapportare al mero "risultato economico" (l'arricchimento per spirito di liberalità), poiché al riguardo si rileva che "in ultima analisi, tutte o quasi le norme sulla donazione sono collegate alla particolarità del risultato raggiunto", e quindi tutte o quasi le norme sulla donazione si dovrebbero estendere agli atti che raggiungono quel medesimo risultato. La dottrina prevalente individua le norme materiali, ulteriori rispetto a quelle esplicitamente indicate dal legislatore (artt. 737-809 c.c.), sulla base della *ratio* delle norme di volta in volta in questione (e non solo quelle proprie della donazione). Più precisamente in relazione agli interessi che esse mirano a tutelare (e che consistono nell'esigenza di garantire la corretta realizzazione dello spirito di liberalità o nella tutela esclusiva del donante o di terzi o comunque di interessi che trascendono gli interessi individuali del donante). Quel che è certo, e che più preme sottolineare alla dottrina e alla giurisprudenza che aderiscono a tale impostazione, è che al negozio in questione *si applica la forma propria dell'atto oneroso posto in essere e non quella dell'atto pubblico notarile* (con la irrinunciabile presenza dei due testimoni) *propria della donazione*. In primo luogo, l'imposizione di forma costituirebbe una norma eccezionale – rispetto al principio generale della libertà riconosciuta alle parti nella manifestazione della volontà contrattuale – come tale non applicabile in via analogica a ipotesi simili a quella per la quale essa è

di un determinato negozio le parti hanno voluto sottomettersi alle sue forme e alla sua disciplina, senza che i motivi che le hanno determinate a stipularlo abbiano rilievo; tanto che l'intento di liberalità presente all'interno dell'accordo rimane estraneo al suo contenuto.

In tutti gli accordi qualificati come *negotium mixtum cum donatione* il negozio realizzato dalle parti è comunque una vendita, poiché rispetto alla causa tipica dello scambio di cosa contro prezzo, non ha rilievo l'irrisorietà del prezzo o la prevalenza dell'intento di donare su quello dello scambio.

Ad un'analisi concreta e sostanziale del negozio, l'accordo potrà rivelarsi come parzialmente gratuito e parzialmente oneroso, ma non per questo il negozio cessa di appartenere al suo tipo contrattuale.

Solo nell'ipotesi in cui il prezzo non solo sia vile, ma manchi del tutto, si dovrà abbandonare la considerazione di essere di fronte a un atto di vendita, poiché in tal caso mancherebbe un requisito essenziale dell'accordo.

Analizzando tale inquadramento da un punto di vista funzionale, si riesce a individuare una regola sempre certa per la forma che tali negozi debbano possedere; ma a fronte di tale sicurezza, si pone l'onere di non considerare la reale volontà delle parti.

La sensazione che si ricava è che l'ordinamento, per risolvere il complesso problema della forma, non abbia trovato altra soluzione che ignorare come la volontà di arricchire la controparte sia ragione

---

espressamente dettata. Inoltre l'applicazione analogica della norma sulla forma sarebbe esclusa anche in considerazione della circostanza che se il donante ha fatto ricorso, per compiere una liberalità, a un negozio diverso dalla donazione, con ciò ha anche inteso sottrarsi alla relativa disciplina. Ciò comporta che non potranno essere applicate quelle norme poste a sua esclusiva tutela e, tra esse, quella sulla forma. Cfr. CACCAVALE M., *La donazione mista: profili ricostruttivi e rilevanza normativa*, in Notariato n. 6/2000 p. 514.

giustificatrice dell'accordo, quindi causa del contratto, e non semplice motivo a esso esterno.

Risiede in questo il più grosso limite della qualificazione come negozio indiretto, poiché la mancata considerazione della presenza dell'intento di liberalità, già all'interno del regolamento contrattuale, preclude una corretta lettura dell'intento delle parti.

#### 1.4 Le possibili ulteriori qualificazioni: la teoria dei negozi collegati e delle liberalità atipiche

Due ulteriori qualificazioni date al *negozio misto cum donatione* dimostrano la mancanza di una chiara identità strutturale.

Un orientamento dottrinale datato, ma oggi nuovamente riproposto, propone una interpretazione del *negotium mixtum* come insieme di negozi collegati. Secondo questa ricostruzione un contratto che dispone di un diritto per un corrispettivo notevolmente più basso, è una fattispecie scindibile in due alienazioni contestuali ma distinte: la prima a titolo oneroso, relativa alla quota del bene per cui è stato pattuito un corrispettivo; la seconda a titolo gratuito, per la parte del bene eccedente tale “copertura”, e volta ad arricchire parzialmente l’acquirente-donatario <sup>70</sup>.

Secondo tale opinione alla componente della donazione si applica: l’obbligo della collazione, la riduzione per lesione della legittima e la revoca per ingratitudine e per sopravvenienza dei figli; quanto a quella della vendita: l’azione di rescissione (qualora l’alienazione sia avvenuta per spirito di liberalità a un prezzo inferiore di almeno la metà del reale valore del bene) e la responsabilità dell’alienante per evizione in caso di dolo.

Rispetto al tema della forma del contratto, la corrente citata sostiene la necessità dell’atto pubblico, poiché con una stipulazione priva di

---

<sup>70</sup> Il principale sostenitore della teoria è DEIANA G., *La natura giuridica del negotium mixtum cum donatione*, in *Dir. Prat. Comm.*, 1938, I, p. 223 ss., il quale qualifica il rapporto come interdipendenza bilaterale.

Tale impostazione è stata oggetto di convincenti critiche da parte di CATAUDELLA A., *op.cit.*, p. 26 e ss. il quale ha rilevato che nella figura in esame non vi sono due attribuzioni da parte del disponente (potendosi, al più) individuare solo parti ideali della singola attribuzione, laddove la duplicità negoziale postulerebbe, in primo luogo, la duplicità delle attribuzioni.

forma verrebbero meno le garanzie che il legislatore prevede a tutela della volontà del soggetto donante.

Tale corrente di pensiero non è stata diffusamente condivisa; in primo luogo poiché il *negotium mixtum cum donatione* non si compone di due atti così come la categoria dei contratti collegati richiede; il disponente non esegue distinte prestazioni, l'una a titolo oneroso e l'altra a titolo gratuito, ma piuttosto attribuisce all'acquirente donatario, a diverso titolo, parti ideali di una prestazione che resta unica. In secondo luogo, tale teoria attribuisce agli stipulanti qualcosa che questi volontariamente non hanno dichiarato, e incide così la loro libertà contrattuale. Nello specifico tale teoria finisce per suddividere non solo le prestazioni presenti all'interno dell'accordo, ma anche il prezzo pagato.

Se i contraenti, in fase di redazione del contratto, nulla hanno disposto rispetto a quella parte del diritto trasferito che non trova giustificazione nel corrispettivo; all'interprete non è concesso dedurre, in via pressoché autonoma, che essa sia stata attribuita a titolo gratuito. Da un punto di vista teorico, infatti, ogni porzione di diritto potrebbe esser coperta da un minimo ammontare di denaro.

La citata teoria riesce, però, a cogliere il dato per cui nella vendita finalizzata al raggiungimento di uno scopo ulteriore, la liberalità è un evento voluto dalle parti, poiché queste fissano un prezzo particolarmente basso con lo specifico intento di avvantaggiare la parte acquirente del residuo<sup>71</sup>.

Una dottrina minoritaria ha invece proposto il diverso inquadramento del *negotium mixtum cum donatione* come liberalità

---

<sup>71</sup> Tale intesa è un vero e proprio accordo deformalizzato con il quale le parti, *a latere* dell'atto pubblico, consentono che un contratto avente di per sé causa di scambio, raggiunga uno scopo liberale. Si noti che in questo caso l'accordo volto a rendere parzialmente liberale il contratto sarebbe esterno, e non interno all'accordo; a differenza di quanto affermavano i sostenitori della teoria dei contratti misti. Cfr. MARTINO F. *op. cit.* p. 4.

atipica sottolineando come la liberalità non sia effetto indiretto dell'atto, come sostenuto dalla giurisprudenza maggioritaria, quanto causa che sta alla base dello stesso<sup>72</sup>.

Come già per coloro i quali sostenevano l'inquadramento del negozio come contratto misto, anche per i sostenitori di tale teoria, nel particolare negozio misto a donazione, il profilo oneroso e quello liberale sono compresenti e irriducibili l'uno rispetto all'altro<sup>73</sup>. Peraltro la liberalità costituita si configura come atipica, perché risulta da un atto diverso dal contratto di donazione, e da ciò deriva

---

<sup>72</sup> La qualificazione della donazione mista, come *atto atipico dal quale risulta una liberalità*, inserisce a pieno titolo il negozio in esame tra quelli considerati dagli artt. 809-737 c.c.. Riguardo l'applicazione degli istituti considerati dalle norme, sorgono alcuni dubbi su cosa debba costituire oggetto di riduzione e di collazione; se il valore della liberalità (come appare preferibile) o una parte del bene corrispondente a quel valore (come potrebbe ritenersi in base a un'interpretazione letterale delle relative norme). In merito alla restante disciplina – esclusa una *diretta* applicazione (all'intero negozio o soltanto a una parte di esso) delle norme della donazione, così come di quelle del contratto oneroso – occorre indagare la *ratio* delle norme in gioco facendo emergere gli interessi tutelati, ed estendere poi alla fattispecie in esame le norme più idonee a tutelare gli interessi che sottendono questo particolarissimo contratto. Rispetto alle ipotesi delle donazioni indirette, tuttavia, il compito dell'operatore giuridico è più arduo in quanto, con la liberalità concorre lo scambio (con la relativa disciplina) di cui non può non tenersi conto; si profilano, pertanto ipotesi di conflitto, oltretutto di concorso, di norme. In primo luogo emergono i problemi relativi all'affidamento del contraente che riceve l'attribuzione maggiore: quest'ultimo è sì beneficiario della liberalità ma sopporta anche un sacrificio. Rispetto a quest'ultimo aspetto sembra condivisibile l'opinione che assoggetta la donazione mista, in via di principio, al sistema dei rimedi contrattuali e degli affidamenti, elaborato per i contratti a prestazioni corrispettive. Ciò si può argomentare anche dall'art. 797, n. 3, c.c.: "Se la garanzia (per evizione) è dovuta sempre in caso di donazione modale o remuneratoria, *a fortiori* essa lo sarà nel *negotium mixtum cum donatione* che si avvicina tanto allo schema della compravendita". Rispetto al problema della forma, si deve sottolineare che, nella prospettiva qui accolta, un'applicazione *diretta* dell'art. 782 c.c. è da escludere; così come è da escludere l'assoggettamento in via analogica (sempre che ciò sia per principio ammissibile) della figura in esame all'atto pubblico notarile, poiché non ricorrono gli estremi (*l'eadem ratio*) per poterlo fare. Per una completa disamina del principio generale, cfr. SACCO R., *op. cit.*, p. 568 e ss. Contrario a un'estensione per analogia delle norme che prescrivono la forma *ad substantiam*, in quanto norme eccezionali. BIANCA C.M., *Il contratto, op.cit.*, p. 276.

<sup>73</sup> Cfr. sul punto BIONDI B., *Le donazioni*, in Tratt. Dir.civ.it, diretto da Vassalli vol. XII, Torino, 1961, p. 950, " Il *negotium mixtum*, ai sensi dell'art. 809, non è altro che negozio a titolo oneroso, da cui risulta la liberalità. Né l'atto né il risultato sono entità capaci di assorbimento dell'uno verso l'altro. Pertanto l'atto è soggetto alla disciplina del contratto a titolo oneroso, in armonia con l'intento delle parti; salvo l'applicazione alla liberalità, che ne risulta, di quei principi che la legge estende alle liberalità atipiche". La liberalità è concepita in termini di risultato poiché "La liberalità è voluta non in un modo autonomo o inerente all'atto, ma risulta da esso".

che il negozio, in quanto donazione atipica, è sottoposto al relativo regime (artt. 809-737 c.c.), poiché idoneo a determinare un parziale arricchimento di una delle parti per spirito di liberalità.

Merito di tale approccio è quello di riconoscere rilevanza tanto al profilo oneroso, in nome del rispetto dell'autonomia delle parti, quanto al profilo liberale, da non relegarsi nella sfera dei motivi individuali. Per tale ragione questo approccio costituisce una valida alternativa alla tesi per cui siano da applicare contestualmente sia le norme della vendita, sia quelle sulla donazione; specie con riguardo alla forma negoziale.

La problematica della forma viene risolta alla luce del diverso criterio di applicazione della disciplina del negozio in concreto adottato dalle parti, desumibile dall'art. 809 c.c.. Tale norma individua quali disposizioni (cosiddette materiali) sulle donazioni si applichino agli atti di liberalità diversi dalla donazione tipica di cui all'art. 769 c.c., esclude l'art. 782 c.c. (che prescrive la forma solenne dell'atto pubblico) e determina che la forma non dovrà essere rispettata dagli atti di liberalità diversi.

Inoltre, poiché l'indicazione contenuta nell'art. 809 c.c. di "atti diversi da quelli previsti dall'art. 769 c.c." è finalizzata a sottrarre tali atti dalle prescrizioni di forma previste per la donazione tipica, si deve ritenere preclusa l'estensione della disciplina della donazione tipica alla donazione indiretta, a meno che il legislatore non lo disponga espressamente<sup>74</sup>.

Va considerato, inoltre, che la finalità dell'art. 782 c.c. è la tutela del donante<sup>75</sup>, per cui la norma non può essere estesa a quei negozi, come il negozio misto con donazione, in cui non sia possibile individuare

---

<sup>74</sup> Ne è esempio l'art. 737 c.c. in cui anche le donazioni indirette vengono soggette a collazione.

<sup>75</sup> Esplicitano il contenuto della norma Cass. 10 febbraio 1997, n. 1214; Cass. 3 novembre 2009, n. 23297; consultazione da banca *dati Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

un soggetto “tipicamente donante” poiché, quello stesso si presenta in parte in veste di venditore. La prescrizione di una forma solenne<sup>76</sup>, anche in questi casi, si tradurrebbe in un sacrificio eccessivo dell'autonomia privata, la quale si troverebbe imbrigliata rispetto a schemi di tutela più snelli.

La giurisprudenza ha preso evidentemente in considerazione tali ordini di problemi, e ha operato in funzione di tutela degli interessi degli uni e degli altri usando o meno la categoria del negozio indiretto.

---

<sup>76</sup> In verità la soluzione di non estendere la forma richiesta per la donazione basandosi sul contenuto dell'art. 809 c.c. non è del tutto convincente. L'art. 809 c.c. si riferisce a “Atti diversi da quelli previsti dall'art. 769 c.c.”, e dunque fa riferimento ad atti chiaramente diversi, strutturalmente e sostanzialmente, dal contratto di donazione. Se si interpreta così tale articolo, esso non si dovrebbe ritenere applicabile al negozio misto a donazione; infatti anche esso, al pari della donazione tipica, si compone di una attribuzione gratuita (condivisa da entrambi i contraenti) che non costituisce un mero effetto indiretto dell'attività negoziale, ma piuttosto una delle ragioni giustificative del negozio, tanto da essere parte del negozio. Ne consegue che (qualora si considerasse solo tale norma) non ci sono ragioni per negare che la forma pubblica, prescritta a tutela del donante, debba essere adottata con riguardo al *negotium mixtum cum donatione*.

### 1.5 La recente riqualificazione in termini di contratto misto

Le considerazioni effettuate sull'utilità della categoria contratto misto sono confermate dal recente ritorno alla qualifica del *negotium mixtum cum donatione* come contratto misto.

L'opzione è legata all'uso della qualifica dei contratti misti con l'aggiunta di un correttivo rappresentato da un diverso criterio di individuazione delle norme applicabili: il criterio di bilanciamento. Il bilanciamento è un aspetto del criterio di ragionevolezza, e il suo uso si è rivelato estremamente utile per risolvere il conflitto tra due norme <sup>77</sup> che prevedano regimi giuridici incompatibili. La giurisprudenza comunitaria ha fatto ampia e datata applicazione di ragionevolezza e bilanciamento, e ciò ha determinato che anche dottrina e giurisprudenza vi facessero ricorso ogni qualvolta fosse necessario risolvere un conflitto fra norme di pari grado<sup>78</sup>.

La giurisprudenza ordinaria ha adoperato questo criterio per individuare quale diritto dovesse prevalere su un altro, secondo una valutazione che tenesse conto degli interessi realmente perseguiti dalle parti.

Dalle sentenze<sup>79</sup> che hanno fatto ricorso a tale criterio, è possibile desumere che il primo elemento da rilevare, per applicare tale

---

<sup>77</sup> Sull'opportunità di fare ricorso al principio di bilanciamento cfr. DEL PRATO E. *op. cit.*, p. 87 e ss. e DEL PRATO E. *Ragionevolezza e bilanciamento in Rivista di diritto civile*, 2010, I, p. 23 ss.

<sup>78</sup> Tra i criteri relativi al conflitto fra norme, la ragionevolezza appare il più sfuggente e, secondo alcuni autori, il più arbitrario. A favore del suo impiego militano però diverse considerazioni. Da un lato, i classici principi logico-sistematici non sempre risultano soddisfacenti sul piano della giustizia sostanziale; dall'altro la circostanza che il bilanciamento si pone come criterio finale determina che esso serva per risolvere i conflitti tra principi costituzionali; cioè fra disposizioni pariordinate, rispetto alle quali il principio gerarchico non può operare.

<sup>79</sup> Cfr. Trib. Roma 19 febbraio 2010 (sul tema v. anche Cass. 17 aprile 2001, n. 5609) e Trib. Roma 20 Ottobre 2010 (ord. ex art. 702 *bis* c.p.c). Le citate sentenze non sono esplicitamente riferite a questioni attinenti al *negotium mixtum cum*

principio, è quello della valutazione corretta degli interessi contrattuali. A partire da essi è possibile individuare lo scopo che le parti vogliono ottenere, e selezionare le norme idonee a raggiungerlo in accordo ai valori dell'ordinamento.

Da questa indicazione si desume la necessità di garantire la preminenza dell'autonomia privata (annoverabile fra i diritti costituzionalmente protetti ex art. 41 Costituzione, se individuata nella iniziativa economica privata; ed ex art. 42 Costituzione, se valutata come implicazione della proprietà privata) attraverso una considerazione minore della forma dei modelli contrattuali impiegati. Questa considerazione, oltre a estendere l'ambito e il peso dell'iniziativa privata, indica anche un criterio di soluzione del conflitto tra norme che emerge dalla combinazione di più schemi contrattuali: in prima battuta si deve individuare preventivamente la funzione delle norme in conflitto; e in seconda, dare prevalenza alla norma che meglio tuteli l'interesse privato.

In questa prospettiva, la stessa inderogabilità di una norma può essere messa in discussione, perché la sua portata deve essere analizzata e ricostruita alla luce delle situazioni soggettive che presidia, e a quelle compromesse dalla sua applicazione.

L'assetto di interessi perseguito dalle parti ha prevalenza assoluta, e costituisce il cuore dell'indagine a cui è tenuto l'interprete nel relazionarsi al contratto. Gli esiti ai quali può condurre tale applicazione sono differenti, perché possono anche portare alla disapplicazione delle norme dei singoli tipi contrattuali, di cui pure ricorrano in concreto gli elementi, ciò a vantaggio del regime generale

---

*donatione*, ma sono comunque estremamente utili al fine di desumerne criteri positivi.

del contratto (qualora quei regimi risultino inadeguati a quell'assetto di interessi)<sup>80</sup>.

In relazione al *negotium mixtum cum donatione*, il ricorso al principio di bilanciamento è stato determinato dalla circostanza che esso costituisce un efficace correttivo alle problematiche connesse all'inquadramento come contratto misto, in grado di neutralizzare gli aspetti negativi legati ai principi di assorbimento da un canto, e di combinazione dall'altro.

Il suo uso ha consentito di dare giusto peso alla libera determinazione delle parti, grazie alla considerazione che a determinare un contratto misto con donazione concorrono, tanto una causa onerosa quanto una gratuita; in ciò superando il principio di assorbimento. Dall'altro, il bilanciamento fra le normative previste dalle due tipologie contrattuali, risolve lo stallo della collisione di norme pariorordinate e incompatibili.

---

<sup>80</sup> Vengono citati a titolo di esempio i casi relativi a Trib. Roma 19 febbraio 2010 e a Trib. Roma 20 ottobre 2010. La prima controversia riguarda il cd. contratto di gestione globale (*global service*), e richiede di stabilire se la contestazione relativa all'inadempimento da parte del gestore soggiaccia al regime decadenziale e prescrizione dei vizi dell'opera dell'appalto (art. 1667, co. 2-3, c.c.). Il Tribunale ha escluso che il cd. *global service* fosse un appalto tipico di opere o di servizi, e lo ha ritenuto caratterizzato dalla combinazione di elementi dell'appalto e di elementi del mandato; entrambi finalizzati a realizzare un unico scopo, quello di consentire all'ente pubblico una gestione globale del patrimonio immobiliare. Da qui la conclusione che si tratti di un contratto misto. Il giudice richiamato l'orientamento dominante in Giurisprudenza (assorbimento) ne rileva gli inconvenienti, ma al contempo coglie le controindicazioni dell'applicazione combinata delle norme dell'appalto e del mandato, e si chiede quale sarebbe la differenza tra un contratto "globale" e una pluralità di contratti "singoli", se il committente dovesse rispettare gli oneri di ogni singola prestazione. Per tale ragione, adopera il criterio di bilanciamento e focalizza l'accertamento degli interessi di ciascuna parte contrattuale. Ciò ha comportato nel caso di specie, l'applicazione del regime generale del contratto e la disapplicazione delle norme dei singoli contratti.

In Trib. Roma 20 ottobre 2010 la controversia riguarda un programma di gestione del risparmio. Si dibatte, in particolare, se essendo qualificato dal predisponente come contratto di assicurazione sulla vita, si debba applicare il termine prescrizione breve sancito dall'art. 2952, co. 2, c.c. Anche in questo caso il Giudice ha superato gli schemi formali per capire quale sia l'assetto di interessi voluto, mediante una decisione che scorpora diversi interessi del contratto. Ciò esclude l'integrale assoggettamento alla disciplina speciale dell'assicurazione, ma non porta a rinnegare radicalmente l'efficacia del ricorso a un modello contrattuale assicurativo. Sul punto, si veda DEL PRATO, *op. cit.*, passim.

La difficoltà di rintracciare la normativa, concretamente applicabile al negozio, è stata pertanto risolta non attraverso criteri preimpostati, ma con l'interpretazione dell'assetto contrattuale che le parti hanno voluto porre in essere. In relazione a esso si è isolata quella, fra le disposizioni in contrasto, che consentisse di realizzare in modo più immediato la volontà delle parti.

A differenza dei classici criteri di gerarchia o di specialità, il parametro del bilanciamento è stato, così, in grado di risolvere i contrasti fra norme pariordinate<sup>81</sup>.

In tema di forma, poi, il risultato cui è andato incontro è stato anch'esso flessibile consentendo di applicare tanto la disciplina sulla donazione, quanto quella relativa alla vendita; quanto ancora, secondo la prospettiva di alcuni autori, quella di una normativa sulla donazione diversa da quella ordinaria<sup>82</sup>.

Il criterio del bilanciamento ha consentito, in definitiva, di risolvere con estrema flessibilità il problema della normativa concretamente applicabile, senza restare impigliati nella costrizione, normalmente correlata alla qualifica di contratti misti, di applicare la sola normativa del contratto ritenuto prevalente; ovvero necessariamente, quella di entrambe le tipologie contrattuali. Sarà al contrario possibile, ricorrere a ciascuna delle due soluzioni possibili, così come del resto,

---

<sup>81</sup> La capacità di risoluzione di tali contrasti si deve alla circostanza che tale principio è stato ideato al fine di individuare quale fra due principi costituzionali deve prevalere in caso di conflitto. Per ulteriori riferimenti PIRAINO F., *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Europa e diritto privato*, 2010, p. 1117 e ss.

<sup>82</sup> Il riferimento è alla soluzione proposta da DEL PRATO E., *Contratti misti: variazioni sul tema*, *op. cit.*, ove l'Autore afferma che "Il rigore formale della donazione porta alla nullità dell'atto pubblico fatto senza la presenza dei due testimoni. Poiché il senso della forma della donazione sta nel rendere edotto il donante di ciò che compie, non sarei alieno dall'affermare la validità di una donazione mista fatta per atto notarile, sebbene in assenza dei testimoni. Qui l'interesse che si intende presidiare mediante il formalismo è comunque realizzato sia pure con modalità attenuate. Questa conclusione gradua la prescrizione formale sull'assetto di interessi: la minore intensità della forma così ricostruita appare una soluzione proporzionata allo scopo".

rinunciare all'applicazione di entrambe optando, invece, per la scelta della normativa della parte generale del contratto.

Tale teoria ha consentito, inoltre, di tutelare la volontà di disporre gratuitamente di parte della prestazione come interna al contratto, e non come motivo esterno agli interessi dell'accordo, come sostenuto dai fautori della teoria del negozio indiretto. Allo stesso modo, la forma del contratto è stata individuata alla luce del concreto assetto di interessi voluto dalle parti: in relazione a esso si è resa applicabile tanto la disciplina di entrambi i contratti, quanto rinunciare alla stessa per applicare quella della parte generale del contratto.

Il criterio del bilanciamento ha rappresentato, quindi, un correttivo che ha determinato il recupero della qualifica come misto dei *negotia mixta cum donatione*. Questi di recente sono stati per tale via qualificati come accordi misti, frutto della contemporanea presenza di due distinte cause: la prima a titolo oneroso, relativa alla porzione di diritto ceduta a fronte del corrispettivo, la seconda a titolo gratuito relativa a quella porzione di attribuzione fatta a scopo di liberalità.

Secondo tale teoria, la disciplina a essi applicabile si individua attraverso il principio di combinazione e i conflitti fra norme pariordinate si risolvono con il principio di bilanciamento.

Nonostante il recente ritorno alla qualifica come contratto misto, i dubbi sulla sua utilità restano validi: il *negotium mixtum cum donatione* è un negozio dalla non chiara identità, alla cui ricostruzione la giurisprudenza ha accostato anche la qualifica come contratto misto, più per l'esigenza di trovare una formula che giustificasse soluzioni antitetiche, che per la consapevolezza e volontà di applicare una determinata categoria giuridica. Considerazioni simili non sono peraltro esclusive della fattispecie analizzata potendo operare anche rispetto alla diversa fattispecie di cessioni di aree edificabili,

anch'essa frequentemente qualificata dai Tribunali come contratto misto.

2. *La fattispecie di cessione di aree edificabili a fronte della costruzione e cessione di unità abitative*

Spesso la giurisprudenza qualifica come contratto misto la fattispecie contrattuale in cui una parte cede un proprio appezzamento di terreno a fronte dell'impegno di controparte di edificarvi delle unità immobiliari.

Tale schema contrattuale soddisfa diverse tipologie di interessi<sup>83</sup>: lo scambio di un bene con un altro (la proprietà del terreno e l'immobile costruito)<sup>84</sup> o la sola costruzione di un determinato fabbricato (immobile costruito). A ciascuno di tali interessi corrisponde una diversa qualificazione da parte della giurisprudenza, che dà a questo negozio la veste giuridica tanto di contratto misto, quanto di permuta di cosa presente contro cosa futura<sup>85</sup>.

A causa della duplice qualificazione giuridica, il contratto di cessione di aree edificabili è un esempio idoneo a confermare che la categoria di contratto misto è adoperata dai Tribunali solo come una delle possibili qualifiche da attribuire a un contratto. Ciò a dimostrazione che a tale categoria la giurisprudenza ricorre più al fine di adoperare i criteri di selezione della disciplina (assorbimento e combinazione), che per la convinzione della sua esistenza.

---

<sup>83</sup> È stato correttamente rilevato che il contratto in esame coinvolge anche interessi propri dell'intera collettività, interessi legati all'ambiente, all'urbanizzazione, al sistema fiscale, e alla capacità contributiva dei cittadini. Cfr. sul punto MAZZÙ V., *Vendita immobiliare e controllo sociale delle attività economiche*, in *Strumenti negoziali di edilizia privata: l'esperienza del notariato tra tradizione e nuove soluzioni*, Atti del Convegno, Messina 18 ottobre 2008, Milano, 2009.

<sup>84</sup> Gli interessi sollecitati in detto scambio si presentano tra loro spesso confliggenti: da una parte si pongono quelli di alcuni creditori dell'impresa, come lavoratori, fornitori e finanziatori; dall'altra quelli degli acquirenti del prodotto finito, spesso creditori del bene casa. Cfr. sul punto VALENTINO D., *Dei singoli contratti in Commentario del Codice Civile*, diretto da Gabrielli E., Utet, 2011, p. 70 e ss.

<sup>85</sup> Da segnalare che gli interessi soddisfatti dal contratto di cessione di area fabbricabile sono perseguiti anche con lo strumento giuridico della vendita con contestuale costituzione di un diritto di superficie in favore del venditore.

## 2.1 La qualificazione in termini di contratto di permuta

La giurisprudenza qualifica il contratto di cessione di area edificabile come permuta quando l'intento negoziale, tanto del costruttore quanto del proprietario del suolo, è il trasferimento delle proprietà; e quando l'impegno di una parte di costruire o realizzare l'opera ha valore secondario.

Quanto detto trova conferma a partire da una decisione della Corte di Cassazione datata<sup>86</sup>, nella quale i Giudici risolvono la vicenda in cui più proprietari commissionano a una società edile la costruzione di un edificio sul suolo di loro proprietà promettendo di cedere a controparte, quale corrispettivo, la proprietà di altri loro suoli edificatori.

La Cassazione afferma che il contratto che ha per oggetto il trasferimento (attuale e futuro) di un'area edificabile in cambio di una costruzione da realizzare in loco, integra la definizione di permuta di un bene esistente con un bene futuro, fornita dall'articolo 1553 c.c.. Ciò perché il nucleo essenziale dell'accordo negoziale è il trasferimento della proprietà attuale in cambio della cosa futura, mentre l'obbligazione di erigere il fabbricato resta su un piano accessorio e secondario.

In un'ulteriore vicenda<sup>87</sup> relativa alla cessione di un'area edificabile, la Cassazione adopera la medesima qualifica di permuta. Il caso riguarda un soggetto che vende ad alcuni appaltatori parte di un suolo di sua proprietà chiedendo agli stessi appaltatori di realizzare un appartamento sulla porzione rimasta di sua proprietà.

---

<sup>86</sup> Il riferimento è a Cass. 12.06.1987, n. 5147; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

<sup>87</sup> Il riferimento è a Cass. 10.01.1990, n. 13. Nello stesso senso, cfr. Cass. 14.07.1972, n. 2425 e Cass. 16.10.1972, n. 3095; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

Anche in tale occasione la Corte statuisce che il contratto con cui il proprietario di un'area fabbricabile trasferisce questa a un costruttore (in cambio di parti dell'edificio che il medesimo si impegna a realizzare sull'area) è permuta di cosa presente con cosa futura; poiché l'obbligazione principale è il trasferimento della proprietà attuale in cambio della cosa futura. Precisa inoltre che questa resta l'obbligazione principale anche prevedendo il pagamento di un conguaglio, poiché una clausola simile non modifica la causa tipica dell'accordo.

Nello stesso senso delle citate sentenze, la Suprema Corte si esprime in un caso<sup>88</sup> relativo, ancora una volta, alla qualificazione di un accordo con cui una parte aveva ceduto un terreno ad altri due soggetti ricevendo l'impegno di quest'ultimi a trasferirgli la proprietà degli appartamenti, che si impegnavano a costruire sul terreno ricevuto.

La Corte ribadisce che il contratto integra un contratto di permuta di bene esistente con bene futuro poiché il sinallagma negoziale consiste nel trasferimento reciproco della proprietà attuale con la cosa futura e l'obbligo di erigere l'edificio resta su un piano accessorio e strumentale.

Infine, la Corte perviene a un'identica qualificazione<sup>89</sup> del contratto anche in un recentissimo intervento relativo alla cessione di un appezzamento di terreno, effettuata da una parte in favore dell'altra, contro il trasferimento, in favore della parte cedente, di due appartamenti che la società acquirente avrebbe edificato sul terreno. Anche in tale occasione la Corte riconosce che il contratto integra gli estremi della permuta di cosa presente con una cosa futura, e

---

<sup>88</sup> Il riferimento è a Cass. 24.01.1992, n. 811, con nota di DE CHIARA in *Giust. Civ.* 1993, I, p. 1305 e con nota di DE TILLA in *Giust. Civ.* 1993, I, p. 239.

<sup>89</sup> Il riferimento è a Cass. 25/10/2013, n. 24172; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

sottolinea che ciò si verifica tutte le volte in cui a essere assunto come oggetto del contratto sia il risultato traslativo, consistente nell'attribuzione di una determinata opera; mentre l'obbligo di erigere il fabbricato resta collocato su un piano accessorio e strumentale. Alla base della qualifica del contratto come permuta si pone l'interesse delle parti al trasferimento delle proprietà di cose future<sup>90</sup>, e non invece la costruzione di una opera; che si verifica non appena la cosa venga a esistenza<sup>91</sup> senza necessità di altre dichiarazioni di volontà, ai sensi dell'art 1472 c.c. co. 1<sup>92</sup>.

Quando la cosa futura è rappresentata dall'edificio che il permutante costruttore si impegna a realizzare, la venuta ad esistenza del bene perfeziona il processo edificatorio nelle sue componenti essenziali, ed è sufficiente al trasferimento di proprietà.

La qualifica della giurisprudenza come permuta comporta conseguenze diverse per le parti coinvolte nel contratto, perché per una parte si produce l'effetto del trasferimento immediato della proprietà dell'area, mentre per l'altra si determina la sola costituzione di un diritto alla consegna della cosa in costruzione.

Tale evento, al momento del suo verificarsi, sarà da solo sufficiente a determinare l'acquisto della proprietà a suo favore, senza necessità di

---

<sup>90</sup> Lo schema dello scambio tra la proprietà dell'area fabbricabile (cosa presente) e una porzione della proprietà della erigenda costruzione (cosa futura), dove il sinallagma contrattuale si realizza tra due prestazioni di dare, ricorre anche quando le parti abbiano previsto che gli appartamenti da costruire insistano non solo sull'area fabbricabile trasferita dal cedente, ma anche su un terreno che i terzi abbiano acquistato dallo stesso permutante costruttore; poiché tale clausola non incide sulla causa tipica del negozio di permuta.

<sup>91</sup> Il principio è esplicitato chiaramente da Cass. 20 luglio 1991, n. 8118, ove si precisa che non si richiede che il bene sia perfetto in ogni suo aspetto, ma è sufficiente che sia realizzato nelle sue strutture fondamentali, poiché è irrilevante che manchi di alcune rifiniture o di qualche accessorio. Esplicita per prima il concetto Cass. 20 luglio 1980, n. 2508 in Foro it. 1992, p. 783; che ritiene che poiché si tratta di bene immobile, la costruzione è ultimata quando siano state eseguite le opere murarie, e non al momento in cui sono eseguite le opere di rifinitura.

<sup>92</sup> La disposizione è ritenuta compatibile con la permuta in quanto fondata genericamente sulla funzione di scambio del contratto. Cfr. sul punto Cass. 30.11.2011, n. 25603; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

altre dichiarazioni di volontà<sup>93</sup>. Inoltre dalla qualifica come permuta discende la diversità dei regimi giuridici astrattamente applicabili al contratto <sup>94</sup> : quello specifico del tipo permuta, quello della compravendita e la disciplina generale dei contratti <sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> Tale effetto rappresenta una caratteristica generale del contratto di permuta: anche tale accordo, al pari della vendita, non deve necessariamente avere effetti reali potendo semplicemente avere efficacia obbligatoria. Chiarisce il concetto Cass. 17 aprile 1980, n. 2508; in *Giust. Civ. Mass.*, 1980.

Alla medesima conclusione si può giungere operando una considerazione autonoma dell'oggetto dell'atto e dell'oggetto del rapporto. Adoperando tale punto di vista si potrà affermare che la permuta di cosa presente con cosa futura non pone alcun problema di perfezione della fattispecie; poiché la venuta a esistenza della cosa ha un rilievo esclusivamente ai fini della realizzazione del rapporto, non della perfezione dell'atto. Inoltre anche rispetto alla permuta, tale ipotesi si verifica quando l'effetto traslativo non è immediato e conseguente al semplice consenso delle parti, ma è differito al verificarsi di ulteriori eventi (come appunto la venuta a esistenza della cosa medesima). Ha importanza pratica stabilire il momento in cui la cosa futura viene a esistenza, quando il permutante obbligato sia andato in fallimento. La questione è da risolvere in base ai principi generali, nel senso che l'acquisto dell'edificio avverrà solo quando sia stato costruito e individuato; se l'individuazione non vi è stata prima (ad es. vendita in pianta). Il rischio della venuta a esistenza della cosa si verifica in modo diverso a seconda della tipologia di permuta. Il permutante di cosa presente con cosa futura corre il rischio della quantità in cui quest'ultima viene a esistenza, se la seconda è una *res sperata*. Diversamente il permutante di un'area edificabile con un edificio da costruire, non correrà questo rischio, poiché la controparte della permuta non potrà mai eccepire che la cosa è venuta a esistenza in quantità minore del previsto, senza incorrere nella sanzione dell'inadempimento.

<sup>94</sup> Si ritiene che la differenza fra vendita e permuta si ponga negli elementi oggetto di scambio: così nella compravendita, lo scambio intercorre fra il bene-diritto e il denaro; nella permuta, invece fra due beni o diritti. Lo schema della permuta riguarda, cioè, solo quei fenomeni di scambio in cui si prescinde dal denaro, come mezzo di scambio. Un ulteriore profilo di differenziazione è quello relativo alla natura degli obblighi delle parti: nella permuta lo scambio ha luogo fra due oggetti considerati nel loro valore reale, e gli obblighi delle parti sono considerati debiti di valore. Nella vendita invece, l'obbligo del compratore di pagare il prezzo corrisponde a un debito di valuta. La differenza si coglie soprattutto rispetto agli obblighi restitutori conseguenti alla declaratoria di nullità o alla risoluzione del contratto. Cfr. sul punto FERRI G. E NERVI A. *Il contratto di permuta* in "I Contratti" in *Diritto Civile*, diretto da Lipari N. e Rescigno P, 2009, p. 79 e ss.

<sup>95</sup> A ciò si aggiunge il dibattito dottrinale circa l'inquadramento da dare al contratto. Parte della dottrina ha considerato la permuta di bene presente con bene futuro un contratto perfetto, sia pure sottoposto a *condicio iuris*. Altra parte lo ha qualificato contratto in corso di formazione a consenso anticipato; altra ancora come un negozio da classificare diversamente, a seconda che l'esistenza della cosa dipenda da un processo naturale che sfugga almeno in parte all'opera dell'uomo (incerto nel se e nel quando) o da un processo produttivo che l'altro soggetto si è impegnato a porre in essere.

Dalla maggioranza degli autori il contratto è ritenuto perfetto *ab initio*, ricorrendo in esso tutti gli elementi essenziali, seppure sottoposto alla *condicio iuris* della venuta ad esistenza della cosa. Non è stata, invece, condivisa la tesi secondo cui il contratto è in corso di formazione a consenso anticipato. Se infatti, il consenso si è legittimamente manifestato non si può parlare di contratto in corso di formazione,

Nello specifico al contratto di permuta si possono estendere tutte le disposizioni in materia di vendita, che pur facendo riferimento al prezzo, non si riferiscono al suo carattere pecuniario ma alla sua funzione di scambio, solo come corrispettivo della prestazione.

Ciò ai sensi dell'art. 1555 c.c., per cui al contratto di permuta si ritengono applicabili le norme del contratto di compravendita, purché compatibili con il contratto in oggetto<sup>96</sup>.

La compatibilità, fra la disciplina della permuta e della vendita, trova conferma nel dato per cui lo stesso legislatore detta per il primo contratto due sole norme specifiche: l'art. 1553 c.c. in materia di evizione, e l'art. 1554 c.c. in materia di spese.

Solo riguardo alla disciplina dell'evizione le differenze tra i due contratti sono significative, in quanto la tutela riconosciuta al permutante è più ampia di quella del compratore. Infatti ai sensi degli artt. 1479 c.c. e 1483 c.c. il compratore può ottenere unicamente la restituzione del prezzo, fermo restando il diritto al risarcimento del danno. Invece, in caso di qualificazione come permuta, il permutante può ottenere, a sua scelta, o la restituzione della cosa da lui consegnata all'altro permutante o il suo controvalore o, ancora, il valore della cosa evitta; ferma restando la possibilità di richiedere il risarcimento del danno subito, in caso di evizione.

Dalla regola appena citata si desume, *a contrario*, che le uniche norme della vendita insuscettibili di applicazione alla permuta saranno

---

quanto semmai di contratto in corso di esecuzione. La dottrina che ha sostenuto tale orientamento ha avuto il merito di sottolineare la possibilità che si verificano due fattispecie diverse; ma non ha dato rilievo al fatto che l'esistenza della cosa sia il centro dell'obbligazione, mentre resta su un piano accessorio che l'evento dipenda o meno dalla volontà umana.

<sup>96</sup> Il riferimento è ad esempio agli artt. 1474-1492 c.c.. Così si ritengono applicabili le disposizioni che stabiliscono divieti di acquisto e le norme in materia di determinazione del corrispettivo affidata a un terzo (cfr. art. 1473 c.c.). Allo stesso modo si ritengono compatibili con tale contratto le ipotesi in cui oggetto dell'accordo sia una cosa futura. Infatti la permuta non presenta differenze strutturali così profonde, rispetto alla vendita, tali da impedire che possa essere oggetto della contrattazione una cosa non ancora presente; poiché è sufficiente, come prescritto in materia di vendita, che il bene futuro sia determinato o determinabile.

quelle in cui il denaro<sup>97</sup> è considerato nel suo carattere pecuniario. Sulla base di tale indicazione, alcuni autori escludono la possibilità di applicazione delle norme degli artt. 1514 e ss., in caso di inadempimento del permutante, e in particolare, quelle previste agli artt. 1515 c.c. e 1516 c.c.; allo stesso modo si esclude l'applicazione in materia di permuta immobiliare delle norme in materia di vendita a corpo o a misura, ex artt. 1537 c.c. e 1538 c.c. .

In verità tanto per il primo esempio, quanto per il secondo sono riscontrabili opinioni divergenti circa la possibile applicazione; se ne deduce una chiarezza più formale che sostanziale sulla disciplina da applicare al contratto qualificato come permuta.

Pertanto l'interpretazione del contratto di cessione di aree edificabili come permuta, comporta una prima problematica relativa alla corretta individuazione di quali norme, tipiche della vendita, siano estensibili analogicamente. Una seconda si coglie rispetto alla sicurezza delle posizioni contrattuali dei contraenti, poiché l'effetto del trasferimento della proprietà del terreno in favore del permutante costruttore sarà immediato. Per il proprietario dell'area, invece, l'operazione contrattuale si rivela particolarmente rischiosa, poiché

---

<sup>97</sup> Nel contratto di permuta nel caso in cui il corrispettivo per l'acquisto di un bene sia rappresentato in parte da una somma di denaro e in parte da un altro bene, si pone il problema di verificare il ruolo avuto dal denaro. Una prima soluzione consiste nel verificare quale delle due componenti del corrispettivo (il contante o il bene usato) prevalga sull'altro in termini di valore. Seguendo questo criterio si avrà permuta se, posto 100 il valore del corrispettivo del bene, la somma versata in contanti sia inferiore a 50; si avrà invece vendita nel caso in cui la somma in contanti sia superiore a 50. Questo criterio "oggettivo" trovava un esplicito riferimento nel Codice del 1865 (art. 1554) ed è tuttora seguito dalla giurisprudenza. Cfr. App. Roma, 23 Gennaio 1996, in *Arch. Civ.* 1996, p. 1289.

Parte della dottrina propone di ricorrere a un criterio interpretativo di tipo soggettivo; in tale prospettiva si tratta di verificare se la reale intenzione dei contraenti sia quella di realizzare uno scambio tra beni (utilizzando il denaro solo come elemento di conguaglio per appianare differenze di valore) o se la reale intenzione dei contraenti sia volta a consentire l'acquisto di un determinato bene a fronte di un corrispettivo composito: in parte denaro e in parte beni in natura. Secondo questa impostazione, quindi, si può sostenere l'esistenza di una permuta anche nel caso in cui la somma di denaro sia superiore al valore del bene permutato, se la volontà dei contraenti è rivolta principalmente a realizzare lo scambio di beni.

l'acquisto della proprietà delle unità immobiliari avviene solo quando le stesse vengono ad esistenza, ossia non appena ultimate<sup>98</sup>. Tale contraente, all'atto della conclusione del contratto, perde la proprietà del suolo (in favore del costruttore) senza però acquistare nulla in contropartita. Da ciò consegue che in caso di inadempimento del costruttore, l'eventuale risoluzione del contratto lascia fermi i diritti acquistati *medio tempore* dai terzi, sull'area o sulle costruzioni in essa edificate. A ciò si deve aggiungere che, in caso di fallimento del costruttore, il diritto dell'altro permutante si converte in un semplice credito al valore delle *costruende* unità immobiliari da inserire nel passivo fallimentare<sup>99</sup>, ai sensi dell'art. 59 l. fallimentare. È possibile pertanto ritenere che le incoerenze, legate alla qualificazione dell'accordo di cessione di aree edificabili come permuta, siano state la ragione del ricorso alla diversa qualifica come contratto misto.

---

<sup>98</sup> Cfr. sulle problematiche connesse al contratto di permuta cfr. RICCA L., *Contratto e rapporto nella permuta atipica*, Milano, 1974.

<sup>99</sup> Allo scopo di superare il descritto squilibrio tra i rischi assunti dalle parti, si sono progressivamente affermate, nella pratica degli affari, forme contrattuali più progredite, tese ad assicurare maggiore tutela al proprietario dell'area. Si spiega così il favore di molti operatori verso contratti innominati con i quali il proprietario aliena l'area, si riserva un diritto di superficie in corrispondenza di uno o più futuri appartamenti da costruire sull'area stessa, e affida all'acquirente l'incarico di eseguire le relative opere (oppure trasferisce una parte dell'area al costruttore il quale si obbliga a realizzare unità immobiliari in altra parte dell'area che il primo trattiene per sé). Ragioni di carattere tributario inducono spesso gli interessati a compiere l'operazione in esame, in sé unitaria sotto il profilo economico, attraverso due o più distinti contratti costituiti: con una vendita dell'area per un dato prezzo e con un appalto per un prezzo identico, con compensazione tra due prezzi. Oppure con vendita di una quota pro-indiviso dell'area, con la divisione preventiva del futuro edificio, e con l'affidamento in appalto della costruzione degli appartamenti corrispondenti alle "scatole d'aria" (assegnate all'originario proprietario in sede di precostituzione). In queste ultime ipotesi il venditore del suolo acquisterà a titolo originario, per accessione, la proprietà degli appartamenti a mano a mano che verranno costruiti dall'appaltatore. Cfr. sul punto RICCA L., *op. cit.*

2.2 *Le soluzioni giudiziali favorevoli all'inquadramento come contratto misto di vendita e appalto*

Le criticità legate alla descrizione come permuta hanno indotto la giurisprudenza a qualificare la medesima fattispecie di cessione di area fabbricabile come contratto misto di vendita e appalto. La Cassazione fornisce utili elementi per giustificare tale qualificazione in un caso<sup>100</sup> in cui una parte affida l'appalto della costruzione di unità abitative su un appezzamento di terreno, e promette a controparte, come corrispettivo, la cessione di un'altra porzione di terreno<sup>101</sup>.

La Corte esclude l'esistenza di una permuta di un bene futuro contro un bene presente, poiché l'obiettivo perseguito dai contraenti è la costruzione del fabbricato, e non invece, lo scambio della proprietà attuale con quella del bene futuro. Inoltre precisa che il fulcro della contrattazione è la costruzione del fabbricato, e che il trasferimento del terreno ha solo funzione strumentale al perseguimento del primo obiettivo.

Il rilievo attribuito dalle parti all'obbligazione di *facere* assume significato decisivo nel qualificare il contratto: se essa si pone come elemento principale della contrattazione si avrà un contratto misto di vendita e appalto.

Al fine poi di individuare il ruolo dato dalle parti alla obbligazione di *facere*, assumono rilievo alcuni elementi come il collegamento temporale stabilito fra le reciproche prestazioni, la particolare attenzione al risultato dell'attività costruttiva (mediante l'espressa

---

<sup>100</sup> Il riferimento è a Cass. 12.04.2001, n. 5494; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

<sup>101</sup> La Corte ha avuto ulteriormente cura di precisare che tale accordo è annoverabile fra quelli del genere *do ut facias*, ai quali appartiene anche il contratto di appalto. Da quest'ultimo il contratto di cessione di area edificabile differirebbe, però, per la mancanza di un corrispettivo in denaro.

previsione della esecuzione a regola d'arte) e la successiva fissazione di un termine essenziale. Essi esplicitano che la costruzione, e quindi il fare, costituiscono l'elemento essenziale dell'obbligazione.

In un ulteriore caso<sup>102</sup> la Corte qualifica il contratto, avente ad oggetto la cessione di area edificabile, come negozio misto caratterizzato da elementi propri della vendita e dell'appalto.

Il caso riguarda la promessa di vendita di una parte all'altra di due distinte porzioni di fabbricato, con l'impegno di parte acquirente di ristrutturare i beni in modo da renderli idonei al godimento, in cambio di un appartamento sito nel fabbricato.

L'orientamento esplicita che si ha un contratto misto di vendita e di appalto quando la costruzione del fabbricato assume rilievo centrale all'interno della convenzione negoziale; e la cessione dell'area, invece, rappresenta solo lo strumento prodromico onde conseguire tale obiettivo.

In un successiva controversia<sup>103</sup> la Cassazione ribadisce il medesimo orientamento rispetto a un caso in cui un privato lamenta la interruzione delle trattative intercorse con la P.A.<sup>104</sup>, in merito alla

---

<sup>102</sup> Il riferimento è a Cass. 9.11.2005, n. 21173; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

<sup>103</sup> Il riferimento è a Cass. Sez. Unite 12.05.2008, n. 11656; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

<sup>104</sup> La società privata era proprietaria di un terreno su cui aveva diritto, in forza di convenzione con il Comune, di realizzare un complesso edilizio composto da diversi alloggi. La regione Calabria con propria delibera, pubblicava sulla G.U. un avviso al fine di esperire una ricerca di mercato finalizzata alla locazione con eventuale opzione di acquisto, ovvero all'acquisto anche per cosa futura e/o mediante *leasing* di un complesso immobiliare esistente o da realizzare.

La Giunta regionale indicava l'offerta presentata dalla società privata come la più idonea, e approvava pertanto la stipulazione di un contratto di compravendita del complesso immobiliare da costruire, al quale la società dichiarava di aderire. Successivamente la Regione ritirava la precedente deliberazione e manifestava la propria intenzione di procedere all'acquisto dell'area realizzando successivamente il complesso immobiliare con la procedura di finanza di progetto. La società cedeva l'area in vista della possibilità di esperire una procedura di finanza di progetto entro un dato termine. Decorso tale termine, si vedeva costretta ad adire il Tribunale per il risarcimento del danno da responsabilità contrattuale provocato dalla Regione, ex art. 1337 c.c.; per avere quest'ultima ingiustificatamente rifiutato di stipulare il contratto di cosa futura, nonostante avesse generato in essa società un affidamento di conclusione del contratto. Cfr. nello stesso senso della sentenza citata Cass.

cessione di una area fabbricabile, e alla costituzione sulla stessa di una realtà abitativa. Pronunciandosi a Sezioni Unite, la Corte afferma che il contratto con oggetto il trasferimento della proprietà di un'area edificabile, integra un contratto misto di vendita e appalto, qualora la costruzione del fabbricato sia stata al centro della volontà delle parti. In base alle indicazioni della Corte si ha un contratto misto quando nel sinallagma contrattuale assume rilievo centrale il trasferimento della proprietà attuale, e l'attività realizzatrice dell'opera, da parte del cedente, rimane in un piano secondario. Inoltre la previsione di elementi ulteriori quali il pagamento di un acconto sul prezzo finale, la previsione di un termine di ultimazione dei lavori, e la previsione dell'obbligo dell'alienante di realizzare l'opera "a perfetta regola d'arte", non ostacola la qualificazione in termini di contratto misto<sup>105</sup>.

---

16.04.2007, n. 9088; Cass. 22.11.2001, n. 14779; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

<sup>105</sup> Le Sezioni Unite concludono sottolineando che l'indagine sul reale contenuto delle volontà espresse nell'accordo deve ovviamente prescindere dal *nome iuris* dato dalle parti allo schema contrattuale in questione, poiché ciò che va accertato è l'intento empirico di tale manifestazione di volontà. Dovrà perciò in questo senso valere l'interpretazione delle clausole contrattuali. Va rilevato così che l'interprete, così come prescritto ai sensi dell'art. 1362 c.c., per cui si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti, deve adoperare come primo strumento di interpretazione le parole ed espressioni del contratto e come non sia concesso, qualora queste siano chiare e dimostrino una intima *ratio*, ricercare un'interpretazione diversa, venendo così a contrapporre la propria soggettiva opinione all'effettiva volontà dei contraenti.

### 2.3 Il reale significato della qualifica

L'interpretazione dell'accordo come contratto misto si basa sulla corretta ricostruzione della volontà contrattuale delle parti: individuare che essa è orientata alla costruzione del fabbricato elimina la possibilità di qualificare il contratto come permuta, e suggerisce l'inquadramento come contratto misto. Inoltre le fattispecie analizzate nelle sentenze sono accomunate da prestazioni che non corrispondono a quelle tipiche della vendita o dell'appalto. Della vendita manca il corrispettivo rappresentato da un *dare*, dell'appalto la collaborazione del venditore con la produzione del bene<sup>106</sup>.

È possibile allora ipotizzare che la qualifica come contratti misti ha una propria motivazione anche nella difficoltà di individuare con chiarezza, rispetto a alcune ipotesi concrete, se queste costituiscano contratti di appalto ovvero di vendita.

In linea teorica la distinzione tra vendita e appalto<sup>107</sup> non presenta particolari difficoltà, poiché si ritiene che la vendita ha efficacia

---

<sup>106</sup> L'alienante potrebbe obbligarsi anche a prestazioni accessorie relative alla consegna della cosa, consistenti comunque in un *facere* non essendo queste incompatibili con lo schema della vendita. Si permarrà all'interno dello schema della vendita, anche qualora la cosa, pur non essendo ancora stata costruita al momento della ordinazione, non sia comunque specifica, poiché appartiene a un *genus* tipicamente prodotto dal fornitore, e rispetto al quale non viene pattuita alcuna modifica nel singolo caso concreto. Cfr. RUBINO D., *Appalto privato*, in *Noviss. Dig. It.*, 1974, p. 688.

<sup>107</sup> Il problema della qualificazione del contratto come appalto o come vendita si pone in maniera più evidente tutte le volte in cui oggetto del contratto sia tanto una obbligazione di dare, quanto una obbligazione di fare. L'esame dei casi concreti rileva che, mentre l'individuazione in concreto dell'una o dell'altra figura negoziale risulta agevole nei casi in cui oggetto del contratto sia una obbligazione consistente in un mero fare o solo in un dare (poiché non sorge alcuna difficoltà nell'inquadramento della prima ipotesi negoziale nello schema dell'appalto, e della seconda in quello della vendita); la qualificazione negoziale diventa ardua nei casi in cui l'obbligazione di fare, tipica dell'appalto, e l'obbligazione di dare, propria della vendita, coesistano. Ciò si verificerebbe quando uno stesso contraente si obbliga al tempo stesso a fornire i materiali e la propria opera, e assuma entrambe le obbligazioni. Cfr. RUBINO-IUDICA, *Commentario del Codice Civile, Appalto*;

traslativa di diritti e si caratterizza per un *dare* (consistente nello scambio tra *res* e *pretium*); e che l'appalto ha una efficacia obbligatoria poiché consiste in una obbligazione di *facere* con oggetto il compimento di un'opera o di un servizio. Allo stesso modo si distinguono le funzioni economico-sociali svolte dai due accordi, perché la vendita consente all'alienante di trasferire qualcosa a fronte del pagamento di un prezzo, mentre l'appalto offre un servizio o il *facere* un qualcosa. Invece, si individuano gli elementi in comune fra le due fattispecie contrattuali nella presenza di una obbligazione pecuniaria come controprestazione (definita prezzo nel caso della vendita, e corrispettivo nel caso dell'appalto) e nel trasferimento della proprietà e di alcune obbligazioni di fare; elementi non esclusivi di ciascun tipo negoziale.

In verità solo formalmente le due tipologie contrattuali appaiono chiaramente distinte, poiché comportano, in alcuni casi concreti, problemi di individuazione. Questo a causa della estrema elasticità strutturale dei due tipi negoziali.

La vendita è la tipologia contrattuale che designa tutte le operazioni di scambio di *res* e *pretium* e tollera, senza snaturarsi, articolate determinazioni della autonomia privata. Allo stesso modo, l'appalto possiede uno schema legale molto ampio comprendendo il compimento di un'opera o di un servizio (con fornitura della materia da parte del committente o dell'appaltatore) e prevede come possibile

---

Zanichelli, 2007. A ciò si aggiunga che la Cassazione ha più volte disposto che la distinzione tra appalto e vendita è necessaria nei casi in cui la prestazione di una parte consista sia in un *dare*, sia in un *fare*. Cfr. Cass. 9.6.1992, n. 7073, in *Giust. It.*, 1994, I, 1, 1418.

Inoltre la necessità di distinguere fra le due tipologie si complica ulteriormente qualora oggetto dell'accordo delle parti sia la compravendita di cosa futura, ai sensi dell'art. 1472 c.c., ovvero sia di un bene non ancora esistente. In modo specifico, allorché si tratti di un prodotto d'opera non ancora realizzato e per l'esistenza del quale occorre l'attività strumentale positiva dell'alienante. Cfr. sul punto Cass. n. 6851/2001; Cass. n. 8118/1991; Cass. n. 3854/1989; Cass. 11656/2008; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

risultato del contratto, l'acquisto della proprietà da parte del committente.

Il problema della corretta qualificazione riveste una notevole rilevanza pratica, in quanto dalla qualificazione del tipo concreto deriva l'applicazione di un differente regime normativo. In tema di perdita della cosa, la vendita prevede che il rischio sia a carico del compratore (a partire dalla conclusione del contratto); l'appalto, invece prevede che il rischio sia sopportato dall'appaltatore (fino all'accettazione dell'opera da parte del committente).

Nello stesso senso, mentre l'appalto prevede la facoltà di recesso unilaterale da parte del committente, questa non è presente nella disciplina della vendita. Allo stesso modo l'appalto prevede una peculiare disciplina sulla responsabilità del costruttore in caso di rovina di edifici (entro dieci anni dal compimento dell'opera) non presente in alcun modo nella normativa della vendita.

A tali problemi di distinzione tra i due tipi contrattuali la Cassazione ha tentato di rimediare attraverso due diversi criteri, l'uno *oggettivo* e l'altro *soggettivo*.

Il primo propone di distinguere i due contratti in base alla prevalenza quantitativa dell'elemento lavoro sull'elemento materia<sup>108</sup> tenendo conto che nella vendita prevale la seconda (cioè la materia) mentre nell'appalto prevale il primo.

Alcune sentenze aderiscono a questa impostazione, e fanno riferimento alla preminenza nel contratto dell'organizzazione dei mezzi necessari per la realizzazione dell'opera. Così affermano che si avrà contratto di appalto e non di vendita, quando all'obbligazione di dare si aggiunga un'obbligazione di fare che, in una valutazione

---

<sup>108</sup> Tale principio ha trovato applicazione soprattutto in materia tributaria. Il criterio è esplicitato dal D.P.R. n. 633 del 1972, e dall'art. 1 l. 19.07.1941, n. 771, che ha statuito: "Agli effetti dell'imposta di registro, il contratto è considerato appalto ove il prezzo il valore della materia, merci o prodotti costituisca la parte prevalente del prezzo o del valore globale" (cfr. sul punto Cass. Sez.V n. 9320/2006).

comparativa, prevale sulla prima<sup>109</sup>. Ancora più specificamente alcune decisioni fanno riferimento alle caratteristiche del bene<sup>110</sup> oggetto del contratto, rispetto alla normale attività produttiva di una parte.

All'uso del criterio oggettivo si obietta che è la considerazione che le parti danno al lavoro<sup>111</sup> ciò che ha valore decisivo nella qualificazione di un contratto, e non la prevalenza quantitativa del lavoro sulla materia dovendo così qualificarsi un accordo in un senso o in altro, a seconda di come la volontà delle parti si sia espressa nel contratto<sup>112</sup>.

In conseguenza di ciò si perviene al secondo criterio definito *soggettivo*. In base a esso si ha un contratto di appalto qualora, la

---

<sup>109</sup> Cfr. sul punto Cass. 6.8.1983, n. 5280; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

<sup>110</sup> Si avrà così contratto di appalto e non di vendita, quando la prestazione della materia costituisce un semplice mezzo per la produzione dell'opera, e il lavoro è lo scopo essenziale del negozio; in modo che le modifiche da apportare a cose, pur rientranti nella normale attività produttiva dell'imprenditore che si obbliga a fornirle ad altri, sono tali da dar luogo a un "*opus perfectum*" (inteso come effettivo risultato della prestazione e configurato in modo che la prestazione d'opera assuma, non tanto per l'aspetto quantitativo, quanto per quello qualitativo, valore determinante al fine del risultato da fornire alla controparte) e non consistono in accorgimenti marginali e secondari diretti ad adattarle alle specifiche esigenze del destinatario della prestazione. Cfr. sul punto Cass. 21.5.2001, n. 6925; e Cass. 29.4.1993, n. 5074; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

<sup>111</sup> Ci sono casi in cui non è dubbia la prevalenza di esso sulla materia e pur tuttavia il negozio si deve considerare come compravendita; così come ci sono casi in cui è evidente la prevalenza quantitativa della materia sul lavoro, e pur non di meno il negozio va considerato come appalto o locazione di opera in genere.

<sup>112</sup> Al criterio soggettivo vanno ricondotte quelle sentenze che fanno dipendere l'identificazione di un appalto o di una vendita dalla volontà (o intenzione) delle parti. Significativa a questo proposito la seguente massima: "Per stabilire la natura giuridica di un negozio complesso, del quale siano commisti e combinati elementi dell'appalto e altri della vendita, occorre seguire il criterio della prevalenza tra le prestazioni pattuite. Il negozio deve essere assoggettato alla disciplina unitaria dell'uno o dell'altro contratto sulla base della prevalenza degli elementi che concorrono a costituirlo. Il fattore decisivo per stabilire tale prevalenza è l'interesse dei contraenti, e si ha una vendita se esse abbiano avuto fondamentalmente interesse a scambiarsi un bene in natura contro una somma di denaro (e solo per ragioni contingenti il venditore si sia adattato a ricevere una parte del corrispettivo sotto forma del compimento di un *opus*). Si avrà un appalto se l'interesse originario e fondamentale delle parti sia stato quello di compiere e ricevere un'opera; anche se il corrispettivo sia stato integrato con un bene in natura. Cfr. Cass. 9.1.1997, n. 99; e cfr. nello stesso senso Cass. 19.4.1997, n. 3395; Cass. 30.3.1995, n. 3807, e Cass. 9.06.1992, n. 7073; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

somministrazione della materia sia un semplice mezzo per la produzione dell'opera, e il lavoro è lo scopo del negozio.

Al contrario, si ha vendita quando il lavoro è il mezzo per la trasformazione della materia e il conseguimento della proprietà della cosa<sup>113</sup> è il vero obiettivo dell'accordo.

Da notare come il criterio soggettivo non è in grado di classificare il singolo contratto come appalto, pur in presenza di una preponderanza dell'elemento quantitativo su quello lavorativo<sup>114</sup>.

I criteri forniti dalla giurisprudenza lasciano un margine di incertezza, e la fattispecie di cessione di area edificabile rimane una delle fattispecie ove la qualifica corretta delle prestazioni presenti risulta complessa. In considerazione di ciò la qualifica dell'accordo come misto appare, con ogni probabilità, funzionale al superamento delle difficoltà di distinzione. La giurisprudenza dà alla fattispecie in analisi la qualifica di contratto misto quando ha particolare difficoltà nel delineare correttamente se le prestazioni lì contenute richiamino il contratto di appalto ovvero quello di vendita.

A tale valutazione si può aggiungere che i casi citati sono caratterizzati dalla presenza di una controparte contrattuale più

---

<sup>113</sup> Secondo tale criterio di distinzione ciò che si deve valutare è se le parti abbiano voluto l'opera in se stessa o, invece, in quanto prodotto necessario di un'attività; pertanto risulta fondamentale valutare se la volontà delle parti abbia avuto a oggetto un *dare* o un *facere*.

<sup>114</sup> L'indicazione è contenuta in Cass. 30.06.1982, n. 3944, in *Giur. It.*, 1984, I, p. 78. A fronte di tali critiche basate sulla contestazione di un'eccessiva elasticità del criterio soggettivo, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che per volontà delle parti non si deve intendere l'opinione che esse abbiano avuto della natura del rapporto; ma l'intento che emerge dal complesso delle clausole negoziali del regolamento. Si sottolinea che il privato non è padrone delle conseguenze giuridiche dei negozi che compie, le quali si producono in forza della volontà della legge, e non in forza della volontà delle parti. La cosiddetta libertà contrattuale dei privati inizia e termina indipendente dalla rappresentazione che se ne faccia l'agente, il quale non potrà esercitare su di esso nessuna diretta influenza. Chiariscono esplicitamente l'importanza di una valutazione complessiva dell'assetto contrattuale Cass. 06.05.1988, n. 3375; Cass. 25.06.1992, n. 5074; riprese da Cass. 08.09.1994, n. 7697, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1995, I, p. 999; Cass. 29.11.1968, n. 3849, in *Riv. Giur. Edil.*, 1969, I, p. 752; Cass. 20.10.1997, n. 10256; Cass. 19.11.2002, n. 16319; Cass. 2.8.2002, n. 11602. Cass. Sez. Un. Civili, 12 maggio 2008, n. 11656; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

debole (solitamente rappresentata dall'alienante del fondo e acquirente dell'immobile) e dall'esistenza di vizi nell'immobile costruito. Tale circostanza ha determinato che l'interrogativo in merito alla disciplina da applicare si mutasse in quello di individuare quale disciplina consentisse maggiore tutela alla parte acquirente.

Dal raffronto delle due discipline previste, dall'appalto e dalla vendita, emerge che l'applicazione delle norme previste in tema di vendita avrebbe comportato l'applicazione, ai casi citati, dei termini e delle condizioni per l'azione previsti dall'articolo 1495 c.c.. Ciò avrebbe imposto al contraente più debole la denuncia dei vizi dell'immobile entro 8 giorni dalla scoperta, pena la decadenza dal diritto e la prescrizione dello stesso in un anno dalla consegna.

Invece l'applicazione della normativa dell'appalto avrebbe comportato la denuncia dei vizi da parte del committente (consumatore) entro il più lungo termine di 60 giorni dalla scoperta, e la prescrizione dell'azione nel più lungo termine di 2 anni dalla consegna dell'opera.

Pertanto applicare i criteri segnalati di distinzione fra appalto e vendita avrebbe comportato la necessità di dover adoperare integralmente l'una o l'altra disciplina, laddove invece la qualifica come contratti misti ha consentito di poter coniugare gli aspetti positivi di entrambe le discipline. Cioè ha consentito, da una parte di sottolineare l'importanza del trasferimento di un *quid* (permettendo di qualificare correttamente la parte dell'operazione compiuta consistente nel dare); e dall'altra ha garantito il compratore consentendogli di invocare a suo vantaggio la più favorevole disciplina dell'appalto.

Pertanto la qualifica come contratto misto del contratto di cessione di aree fabbricabili è utilizzata dalla giurisprudenza al fine di tutelare la posizione ritenuta contrattualmente più debole, e di evitare le sottili

distinzioni fra vendita e appalto applicando le normative di entrambe le tipologie contrattuali. Ciò nondimeno la qualifica di contratto misto impone di affrontare, anche rispetto alla fattispecie di cessione di aree edificabili, le problematiche generalmente legate alla categoria contratto misto, e connesse alla corretta individuazione della disciplina concretamente applicabile agli accordi.

Le sentenze citate non forniscono alcuna indicazione in relazione alla disciplina applicabile alle varie fattispecie contrattuali, laddove l'attenzione è proiettata sulla qualifica degli accordi di volta in volta in analisi. Si valuta, nello specifico, se essi rappresentano una permuta di cosa presente con cosa futura, piuttosto che una vendita mista ad appalto.

Rispetto ai contratti misti l'individuazione della disciplina da applicare al contratto si ricava attraverso i criteri dell'assorbimento, della combinazione o dell'analogia; e i citati criteri incontrano un limite nel caso in cui le discipline dei contratti richiamati sono incompatibili; poiché non riescono nello specifico ad individuare con certezza la disciplina da applicare a un contratto.

Il medesimo problema si pone rispetto alla fattispecie in esame, e tale incertezza rischia di diventare uno strumento di arbitrio nelle mani della giurisprudenza; libera di considerare una prestazione tipica della vendita o dell'appalto, a seconda della necessità legata agli interessi in causa. Tale dato, se da un canto costituisce un elemento positivo per l'elasticità e la vicinanza agli interessi delle parti, dall'altro rappresenta una indubbia problematica per la certezza del diritto.

### III La verifica della categoria tradizionale

#### 1. Il significato della categoria alla luce recenti applicazioni normative.

L'analisi dei contratti misti tradizionalmente riconosciuti dalla giurisprudenza, *negotium mixtum cum donatione* e vendita mista ad appalto, mostra come l'uso di tale accordi è adoperato al fine di disciplinare rapporti economici non inquadrabili all'interno di uno specifico tipo contrattuale, ma al contrario suscettibili di rientrare in diverse categorie contrattuali. Infatti nelle fattispecie analizzate, all'uso del contratto misto si è sovente alternato l'inquadramento come negozio indiretto, come liberalità atipica o come permuta.

Ne deriva che l'applicazione fatta dalla giurisprudenza della categoria dell'"accordo misto" restituisce l'uso di un'etichetta priva del contenuto individuato dalla dottrina, e adoperata più per l'urgenza di risoluzione dei casi concreti che per la reale convinzione della esistenza e della dignità della categoria.

Il dato si coglie con evidenza se si considera che l'attenzione della dottrina al profilo della causa non ha avuto corrispondenza nelle riflessioni giurisprudenziali; e lo stesso si può affermare per i parametri della unità del contratto e della pluralità delle prestazioni.

Probabilmente il diverso approccio di dottrina e giurisprudenza deriva dalla diversità di prospettive con le quali ciascuna si è relazionata al "tema" dei contratti misti. La prima ha tentato di costruire una autonoma categoria di contratto da porre fra quelli tipici e atipici; la seconda ha inteso regolare casi concreti scegliendo di adoperare la formula "contratti misti" a seconda degli interessi che, di volta in volta, ritenesse meritevoli di tutela, senza il rispetto delle indicazioni della letteratura.

Gli interessi tutelati con la formula del contratto misto sono stati diversissimi, e si sono alternati fra quelli relativi alla circolazione dei patrimoni familiari (prima e indipendentemente dalle disposizioni successorie) e quelli legati alla circolazione dei terreni edificabili; tanto che non è possibile abbinare a determinati interessi l'uso dei criteri di combinazione e assorbimento.

Ciononostante l'analisi condotta permette di affermare che il "concetto" del contratto a causa mista è servito, nell'esperienza del Codice civile, allo scopo di amministrare nella maniera più flessibile e adeguata i conflitti di interessi privati (in una dimensione prettamente microeconomica). Più in generale si può affermare che tale formula è legata ai rapporti fra soggetti che intervengono in posizioni pariordinate.

Tale dato comune, però, non è sufficiente a giustificare il tentativo di valutare i contratti misti come una nuova categoria di Diritto civile. Infatti questi non soddisfano alcuna funzione ordinante o di indirizzo per l'interprete, lasciando che una parte fondamentale legata alla loro formulazione (quella dei criteri di individuazione della disciplina) sia priva di chiare indicazioni circa l'applicazione.

La riflessione potrebbe essere smentita, ove si consideri che la medesima espressione "contratti misti" viene adoperata nel differente contesto degli appalti pubblici: contesto economico di notevole importanza, poiché rappresenta il 15% del prodotto interno lordo degli Stati Europei e poiché è caratterizzata da contratti conclusi fra soggetti dotati di un differente potere contrattuale, quali privati e pubblica amministrazione.

In questo settore l'interprete si confronta con dati differenti, già a partire da una definizione positiva dei contratti misti fornita dal legislatore, e dalle indicazioni (almeno in relazione alla versione del

Codice degli appalti ormai trascorsa) relative al come e quando adoperare i criteri di disciplina.

Pertanto, in questo settore l'interesse dell'interprete diventa verificare se la categoria dei contratti misti abbia il medesimo significato che ha in ambito civile; e se, in ambito pubblico, i contratti misti abbiano una utile funzione di categoria.

Parte II  
Teorie e prassi dei contratti misti di diritto pubblico  
I contratti misti come categoria legislativa

## Capitolo I I contratti pubblici

### 1. L'art. 14 del d.lgs 163/2006

Il settore pubblico dedica oggi ai contratti misti l'art. 28<sup>115</sup> del Codice degli appalti, e in ciò si discosta dalla tradizione civilistica in cui le ipotesi di accordi misti sono frutto della creazione giurisprudenziale, prive di un proprio riferimento normativo. Prima di tale norma, al medesimo tema dei contratti misti era dedicato l'art. 14 della precedente versione del Codice degli appalti. È utile soffermarsi sul suo contenuto, poiché la riflessione svolta in relazione a esso è in larga parte applicabile alla nuova versione contenuta nell'art. 28 del d. lgs 50/2016, e per verificare se la funzione svolta dalla categoria dei contratti misti, nel vigore della precedente normativa, possa ancora definirsi esistente.

L'art. 14 del d.lgs 163/2006 definiva al co. 1 la nozione<sup>116</sup> di contratto di appalto misto, per tale intendendo quello avente “per oggetto:

---

<sup>115</sup> L'articolo fornisce la prima nozione di diritto positivo di tali accordi a fronte di una tradizione dommatica alla quale il legislatore civile non ha mai dato riscontro. La definizione si pone in continuità sia con i precedenti atti normativi, che avevano disciplinato i contratti pubblici, sia con i principi e le disposizioni del diritto europeo, che nel settore specifico degli appalti pubblici è il responsabile dei mutamenti normativi degli ultimi decenni. Il riferimento è alla l. Merloni, nonché alle direttive del 2004/17-18, poi recepite nel Codice dei contratti pubblici n. 163/2006 e alla più recente direttiva (e alla conseguente nuova versione dei Contratti pubblici) 2016/54.

<sup>116</sup> La disposizione presentava un riferimento generico a prestazioni di lavori, servizi e forniture; e ciò determinava una possibile duplice lettura: una prima in base alla quale con i termini lavori, servizi, e forniture si intendevano richiamare i contratti di lavori, servizi, e forniture; intesi nel senso di accordi.

Una seconda in base alla quale i termini lavori, servizi, e forniture andavano ricostruiti alla stregua delle singole attività tecniche facenti parte di un contratto. Il significato che si sceglieva di attribuire alla disposizione comportava una diversa ricostruzione del contratto misto: nella prima ipotesi, l'appalto misto emergeva ogni qual volta si trattava di appaltare contestualmente contratti di differente tipologia (si pensi al *global service*, contratto nel quale confluiscono più contratti di differente tipologia). Nella seconda invece, l'appalto misto aveva un ambito di applicazione ben più consistente, atteso che erano da considerare rientranti in tale fattispecie tutti quei contratti aventi al proprio interno prestazioni tecnicamente differenti, anche se non suscettibili di separazione in termini negoziali (si pensi al caso di appalti di

lavori e forniture, lavori e servizi; lavori, servizi e forniture; servizi e forniture” e disponeva al co. 2 che:

a) È considerato un “appalto pubblico di forniture” un contratto pubblico avente per oggetto la fornitura di prodotti, e, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione.

b) È considerato un “appalto pubblico di servizi” un contratto pubblico avente per oggetto prodotti e servizi di cui all’Allegato II<sup>117</sup>, quando il valore dei servizi superi quello dei prodotti oggetto dell’appalto.

c) È considerato un “appalto pubblico di servizi” un contratto pubblico avente per oggetto dei servizi di cui all’Allegato II, e che preveda attività, ai sensi dell’allegato I, solo a titolo accessorio rispetto all’oggetto principale del contratto.

Merita attenzione il dato per cui la norma, dopo una concisa definizione di appalto misto, si soffermava sulla scelta del criterio attraverso il quale risolvere la mistione prediligendo un parametro qualitativo di risoluzione della mistione, dotato di un’eccezione<sup>118</sup>.

---

lavori nell’ambito dei quali rientrano attività in termini di forniture o servizi). La soluzione ermeneutica da prediligere a questo proposito era la prima, intendendo così per contratti di appalto misti quegli accordi che hanno al proprio interno contratti di lavoro, forniture, e servizi; diversamente combinati fra loro.

<sup>117</sup> Il riferimento è all’elenco dei servizi di cui agli artt. 20-21 del d.lgs 163/2000.

<sup>118</sup> Per individuare la natura del contratto, la normativa precedente adoperava un criterio quantitativo. L’art. 2, co. 1, ultimo periodo l. n. 109/1994 (come modificato dalla legge 18 aprile 2005, n. 62) stabiliva: “*Nei contratti misti di lavori, forniture, servizi e nei contratti di fornitura o di servizi, quando comprendono lavori, si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo superiore al 50 per cento. Quest’ultima disposizione non si applica ove i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto all’oggetto principale dedotto in contratto*”. Il criterio usato era fondato sulla prevalenza economica della prestazione, salvi i casi in cui la parte di contratto avente a oggetto la prestazione di opera, rivesta natura accessoria rispetto alla (pur economicamente minoritaria) residua parte, afferente la prestazione di dare o fare.

In questo contesto veniva introdotto l’art. 14, al fine di risolvere i problemi di compatibilità comunitaria generati dalla circostanza che il criterio della prevalenza quantitativa, prima esistente, contrastava con i principi contenuti nella direttiva servizi 1992/50. Ciò determinò la Commissione Europea ad aprire la Procedura di Infrazione n. 2182/2001, ai sensi dell’art. 226 Trattato CE. Era qui contestata la compatibilità del nostro Diritto interno, poiché utilizzava (per gli appalti misti di lavori) a esclusivo parametro d’individuazione quello quantitativo economico, in luogo di quello della concreta funzionalità. Secondo i Giudici di Lussemburgo

La scelta derivava dalla consapevolezza che il parametro qualitativo “puro”(in virtù del quale l'appalto misto doveva essere qualificato come appalto di servizi, forniture, o lavori, a seconda di quale fosse l'oggetto principale del contratto, a prescindere dal valore economico delle componenti) era stato fonte di incertezze applicative in relazione al procedimento da seguire per l'individuazione della prestazione prevalente.

Per tale ragione veniva proposta la prevalenza economica come “criterio di ausilio” volto a individuare quale fosse l'oggetto principale del contratto. In particolare, l'art. 14, co. 3 stabiliva che ai fini dell'applicazione del co. 2, “l'oggetto principale del contratto è costituito dai lavori, se l'importo assume rilievo superiore al cinquanta per cento; salvo che, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscono l'oggetto principale del contratto”.

---

nell'individuazione dell'oggetto principale di un appalto misto non era utilizzabile il solo metro oggettivo della prevalenza economica, ma occorreva anche avere riguardo per l'oggetto principale (sia pure inferiore sotto l'aspetto economico) del contratto di appalto misto. In punto, si veda soprattutto C. Giust. CE 18 novembre 1999, C-107/98 riguardante il caso *Teckal*.

La soluzione presentata nell'ultima versione della l. Merloni era frutto di una modifica introdotta con la l. n. 62/2005 (c.d. legge comunitaria) mediante la quale il legislatore ha inteso definire il procedimento di infrazione ponendo, accanto a quello della prevalenza economica, il “criterio della prevalenza funzionale”. Si è così rispettata la previsione della direttiva n. 1992/50, la quale al XVI Considerando disponeva per gli appalti misti lavori/servizi l'impossibilità di applicazione del mero criterio della preponderanza economica, se i lavori avessero assunto funzione strumentale rispetto al servizio da prestare. È da segnalare come la giurisprudenza abbia riconosciuto alla legge n. 62/2005 una valenza antecedente rispetto alla sua entrata in vigore, ritenendone il contenuto applicabile a tutti i contratti successivi alla procedura d'infrazione n. 2001/2182 (avviata il 15 ottobre 2003) e alla circolare ministeriale 18 dicembre 2003: ciò sulla base della considerazione che la legge avesse un contenuto innovativo, solo formalmente.

Pertanto già prima dell'attuale Codice, mediante la direttiva 1992/50, il diritto comunitario aveva condotto il legislatore interno a ridurre gradatamente l'operatività del criterio della prevalenza economica, a favore di quello della prevalenza funzionale, ai fini della individuazione della disciplina applicabile ai contratti di appalto misti. Cfr. *Codice dei contratti pubblici*, a cura di CARINGELLA F. M., pp. 140-141.

In ragione di tale regola i “lavori” costituivano l’oggetto principale del contratto al verificarsi di una duplice condizione: a) l’importo dei lavori non superava la metà del prezzo del contratto; b) secondo le caratteristiche specifiche dell’appalto, i lavori avevano carattere prevalente rispetto ai servizi e alle forniture oggetto del contratto.

Si trattava di una presunzione relativa (posta dal legislatore) sulla natura funzionale di prevalenza della componente lavori, economicamente preponderante, per cui il parametro patrimoniale recedeva a fronte di quello funzionale<sup>119</sup>.

---

<sup>119</sup>In passato la giurisprudenza configurava il criterio della principalità/accessorietà in chiave soggettiva, e lo riferiva alla volontà negoziale della stazione appaltante ancorandolo all’intenzione dichiarata o comunque espressa da quest’ultima.

Da questo punto di vista, la giurisprudenza guardava con una certa diffidenza al criterio qualitativo, proprio per i margini di soggettività che si assumevano correlati ai *desiderata* delle stazioni appaltanti, e contrapponeva a esso la nuda oggettività del criterio quantitativo. Tale indirizzo è ricostruibile attraverso recenti tendenze. Secondo Tar Puglia Bari sez. I 19.2.2007, n. 475, che a sua volta richiama C. Stato sez. VI 10.7.2002, n. 3847, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), il criterio della principalità/accessorietà sarebbe da intendere in una accezione funzionale soggettiva; mentre il criterio quantitativo sarebbe di tipo economico-oggettivo. In questa prospettiva si deve sottolineare il dato che alcune sentenze abbiano attribuito rilievo persino all’autoqualificazione dell’appalto misto operata dalla stazione appaltante. Cfr. Tar Lazio Roma sez. III 5.1.2006, n. 120, in [www.giustiziamministrativa.it](http://www.giustiziamministrativa.it). Anche la dottrina aveva espresso il timore che il criterio della principalità/accessorietà finisse per implicare opinabili valutazioni soggettive dell’amministrazione committente o dell’interprete, il che non pareva ammissibile. Cfr. sul punto GRECO, *contratti misti e appalti comunitari*, RIDPC, 1994; p. 1266, nota 9.

L’ordinamento comunitario, tuttavia, esclude la lettura in chiave soggettiva del criterio qualitativo e impone, al contrario, di privilegiare un’accezione oggettiva del medesimo.

Già rispetto al problema dell’*an* del contratto misto, ossia circa la scelta di fondo della stazione appaltante di accorpate gli affidamenti, anziché scinderli in contratti distinti, la Corte di Giustizia ha negato cittadinanza a impostazioni soggettivistiche e imposto un approccio nettamente oggettivistico. “L’intenzione espressa o presunta delle parti contraenti di considerare i vari elementi costitutivi di un contratto misto come inseparabili non è sufficiente, ma deve poggiare su elementi oggettivi atti a giustificarla e a fondare la necessità di concludere un unico contratto”. Cfr. sentenza CGCE 22.12.2010, n. 215/09. MEHILÄINEN OY, in <http://curia.europa.eu>. La sentenza della CGCE 21. 2. 2008 n. 412/04 (commissione c. Italia, 48-49) in <http://curia.europa.eu> ha poi stabilito che “L’oggetto principale del contratto deve essere determinato nell’ambito di un esame obiettivo dell’insieme dell’appalto cui si riferisce tale contratto. Questa determinazione deve avvenire tenendo conto degli obblighi essenziali che prevalgono e che, in quanto tali, caratterizzano tale appalto. In opposizione a quelli che rivestono solo un carattere accessorio o complementare, e sono imposti dall’oggetto stesso del contratto. Il valore rispettivo delle varie prestazioni presenti costituisce, a tal riguardo, solo un criterio tra altri da prendere in considerazione ai fini della determinazione dell’oggetto principale del contratto”. Conforme a ciò anche la CGUE 26. 5. 2011, n. 91 in <http://curia.europa.eu>.

Tale presunzione semplice poteva essere superata nell'ipotesi in cui la prestazione di servizi o forniture, inferiore sotto l'aspetto economico, fosse funzionalmente preponderante nell'economia generale del rapporto; ma anche, per converso, nell'ipotesi in cui la componente lavori, ancorché economicamente non preminente, potesse rappresentare l'oggetto principale del contratto misto<sup>120</sup>.

Viceversa, il parametro patrimoniale poteva essere ritenuto recessivo solo a fronte di una manifesta subvalenza funzionale della componente più consistente sul piano economico, desunta dall'analisi delle caratteristiche specifiche dell'appalto. Pertanto si comprendeva perché il Codice dei contratti pubblici, con la regola di cui all'art. 14, co. 3, stabilisse che il parametro della preponderanza economica della prestazione lavoro non condizionasse la valutazione di tipo funzionale. Peraltro ciò non escludeva che la presunzione relativa<sup>121</sup> posta dall'art. 14, co. 3, potesse essere superata allorché emergesse che la prestazione servizi o forniture, pure economicamente subvalente fosse, tuttavia, funzionalmente preponderante<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> L'indicazione si deve intendere come un suggerimento alla stazione appaltante di verificare i profili funzionali dell'appalto misto, senza dimenticare al contempo i rapporti di tipo economico intercorrenti tra le diverse tipologie di prestazioni dedotte in contratto. Cfr. *Codice dei contratti pubblici*, op. cit. pp. 142-143, GAROFOLI G. *Contratti Misti* in TRATTATO SUI CONTRATTI PUBBLICI, I, *le tipologie contrattuali*, diretto da Sandulli M.A., De Nictolis R., Garofoli R., Milano, 2011, p. 225.

<sup>121</sup> Secondo una dottrina non si può condividere l'orientamento per cui il co. 3 dell'art. 14 codificherebbe una presunzione "relativa" in favore del criterio quantitativo. Ossia una presunzione che: a) Imporrebbe all'interprete, qualora intenda smentirla, di impegnarsi nella dimostrazione di motivi per cui la prestazione economicamente prevalente debba considerarsi funzionalmente subvalente. b) Prevarrebbe nel caso di mancata o insufficiente prova contraria, senza bisogno di prove positive a proprio favore. Tale impostazione ha evidenziato come l'ordinamento comunitario, nel caso di appalti misti con presenza di lavori, configuri il criterio quantitativo come uno degli indici sintomatici possibili per applicare il criterio qualitativo, e lo colloca su un piano di parità con tutti gli altri argomenti interpretativi. Per tale ragione attribuire al valore economico lo *status* di argomento interpretativo predominante, attraverso riflessioni quali la presunzione relativa, rischia di restituire alla meccanicità del criterio quantitativo quel ruolo decisivo che aveva deresponsabilizzato l'interprete, in senso opposto alla *ratio* della normativa comunitaria. Cfr. *Art. 14 CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI*, a cura di PERFETTI R., 2013, p. 243.

<sup>122</sup> A ben vedere, la formulazione della disposizione chiarisce come il criterio della prevalenza economica sia uno degli indici che contribuiscono all'individuazione

Così il co. 3, dell'art. 14, recepiva il criterio "funzionalistico" della prestazione, proprio del Diritto comunitario, che poi integrava nel successivo co. 4 dell'art. 14 con i principi (di rilievo comunitario) della tutela della concorrenza e della non discriminazione sull'affidamento dei contratti misti.

La comprensione del co. 4 imponeva una riflessione sul dato per cui l'ordinamento comunitario, in ordine a tutte le varie tipologie di contratti misti, riservava attenzione all'ipotesi patologica del contratto misto manifestatamente artificioso, e preordinato al perseguimento di finalità elusive della concorrenza. Nello specifico il legislatore europeo voleva impedire alle stazioni appaltanti di raggruppare (artificiosamente) in un medesimo contratto oggetti privi di una qualunque connessione, derivante da uno scopo o da un'operazione comune, al solo fine di eludere la applicazione delle disposizioni pro-concorrenziali dettate dalla direttiva<sup>123</sup>.

La previsione del co. 4, dell'art. 14<sup>124</sup> del Codice recepiva il monito comunitario e disponeva che "l'affidamento di un contratto misto [...] non deve avere come conseguenza di limitare o escludere l'applicazione delle pertinenti norme comunitarie relative all'aggiudicazione di lavori, servizi o forniture, anche se non

---

dell'oggetto principale. Sul punto è stato però rilevato che se il criterio della prevalenza economica non è che uno degli indici che contribuiscono all'individuazione dell'oggetto principale, non si comprende la ragione per cui debba assumere una siffatta visibilità nel contesto della norma. Ciò rischia di rappresentare la base per un generale convincimento che l'individuazione della prestazione, con valore economico maggiore, costituisce un fattore di individuazione privilegiato per individuare la normativa da applicare a un contratto misto.

<sup>123</sup> In simili casi, la supremazia del principio di tutela della concorrenza imponeva di "abdicare" al contratto misto, e di optare per la scissione degli affidamenti in due o più contratti distinti, al fine di scongiurare ogni rischio di manipolazione. Si consideri che il *vulnus* alla concorrenza può essere intenzionale o meno: a emergere non è il dato volontaristico, ma piuttosto la dimensione oggettiva della lesione, in sé considerata, inferta alla concorrenza. Cfr. sul punto *art. 14 Codice dei contratti pubblici*, a cura di PERFETTI R., *op. cit.* p. 244.

<sup>124</sup> Le previsioni dell'art. 14 riproducono le disposizioni già contenute nelle singole direttive servizi e forniture in tema di c.d. appalti misti, e poi confluite nella direttiva n. 2004/18/CE. L'ultima parte della previsione sembrava sovrabbondante, tenuto conto dei principi generali desumibili dall'art. 2 Codice degli appalti. Cfr. art. 14 *Codice dei contratti pubblici*, a cura di PERFETTI R., *op. cit.* pp.142-143.

costituiscono l'oggetto principale del contratto, ovvero di limitare o violare la concorrenza"<sup>125</sup>.

Pertanto l'art. 14 descriveva un'ipotesi di contratto misto che presentava una sovrapposizione solo apparente di tipi contrattuali: le prestazioni descritte erano tutte riconducibili a un unico tipo contrattuale, l'appalto, e si differenziavano solo per l'oggetto della prestazione della quale era creditore il committente<sup>126</sup>.

Meritava particolare attenzione la circostanza che nei contratti misti di diritto pubblico la problematica maggiore non era rappresentata (come in ambito civile) dalla pluralità di prestazioni, che veniva

---

<sup>125</sup>In relazione al co. 4 si deve ritenere che né il criterio quantitativo né quello qualitativo, esplicitati dalla norma, possono operare quando è in gioco la fattispecie estrema del contratto misto anti-concorrenziale: caso in cui sarà necessario procedere alla scissione dell'accordo in luogo dell'accorpamento. Per il principio si veda la AVCP *deliberazione* 6 ottobre 2004, n. 152: "Il ricorso all'istituto dell'appalto misto e, quindi, l'individuazione di un unico soggetto realizzatore, contrasta con le previsioni dell'art. 2, co.1, l. 11 febbraio 1994, n. 109 quando nell'appalto si possono agevolmente identificare due distinti oggetti contrattuali, i quali non evidenziano particolari interrelazioni e caratteristiche di interdipendenza funzionale e/o accessorietà.

Al riguardo pare opportuno richiamare anche le indicazioni del Garante della Concorrenza e del Mercato, atto di segnalazione dell'anno 1999, che ha posto in evidenza i rischi connessi all'accorpamento in un unico contratto di oggetti contrattuali diversificati, rilevando come l'allargamento dell'oggetto della gara, qualora non adeguatamente giustificato, può precludere l'accesso alla stessa a determinate categorie di operatori, "In particolare per quelle che potrebbero con profitto realizzare solo una singola prestazione, ma sono impedito, anche eventualmente dalla regolamentazione vigente, a svolgere l'intero insieme delle prestazioni richieste". Dalle considerazioni che precedono consegue, quindi, la necessità per la stazione appaltante di effettuare due distinte gare di appalto, ai sensi delle normative di riferimento.

Quanto alla giurisprudenza amministrativa, viene ritenuto "illegittimo l'accorpamento in un'unica gara di servizi tra loro eterogenei, poiché debbono ritenersi illegittimi quei bandi di gara onnicomprensivi, che richiedono una svariata e eterogenea fornitura di prodotti o servizi, quando vi sia la concreta impossibilità per le imprese di formulare offerte consapevoli. Ciò a cagione della eccessiva diversità, della assoluta eterogeneità delle prestazioni, dell'oggettiva indeterminatezza dell'oggetto del contratto". Cfr. sul punto Tar Piemonte sez. I 21 dicembre 2011, n. 1336; Tar Lazio Roma sez. III quater 8 maggio 2009, n. 4924; cfr. altresì Tar Campania Napoli 20 marzo 2008, n. 1458; Tar Lombardia Milano sez. III 14 ottobre 2005, n. 3793; Tar Lazio Latina 19 maggio 2000, n. 361, consultabili in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>126</sup> Si tratta di un principio affermato in Giurisprudenza già nel sistema previgente alla trattazione unitaria operata dal Codice dei contratti pubblici. Cfr. Tar. Lombardia, Sez. III, Milano, 14 Febbraio 2002, n. 571, che conferma la natura apparente della sovrapposizione tra le norme in materia di appalto di lavori (l. n. 109/1994) e di servizi (d.lgs 17 marzo 1995, n. 1579); consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

riconosciuta dalla norma e risolta attraverso il principio di assorbimento; quanto piuttosto dall'individuazione della prestazione principale, la quale in un secondo momento diventasse assorbente rispetto all'altra.

Per questa ragione a tali ordini di problemi era dedicato il comma centrale dell'articolo, il secondo<sup>127</sup>, che individuava come criterio di distinzione fra le varie tipologie di appalto il criterio qualitativo, fatta eccezione per gli appalti misti di servizi e forniture, in relazione ai quali era l'aspetto economico a costituire il criterio di individuazione della normativa da applicare<sup>128</sup>. L'interesse della disposizione a distinguere fra applicazione di un criterio identificativo e l'altro, non aveva una funzione meramente interpretativa, ma comportava inevitabili conseguenze pratiche<sup>129</sup>.

Infatti il criterio della sola rilevanza economica avrebbe determinato la creazione di una zona grigia per cui un contratto misto che avesse raggiunto, per le forniture e per i servizi ivi indicati, i valori quantitativi previsti per la procedura di evidenza pubblica; sarebbe stato esonerato dalla stessa solo perché la prestazione lavorativa fosse

---

<sup>127</sup> Pur astrattamente riferibile a ogni fattispecie di contratto misto (appalto o concessione; lavori, servizi, e forniture) l'art. 14 si preoccupava al co. 2, di disciplinare le fattispecie in cui la promiscuità inerisce a un rapporto contrattuale di appalto. Ciò si giustifica sulla base del dato per cui le ipotesi di contratto misto di appalto di lavori/concessioni erano oggetto di specifica disciplina in una parte del codice (artt. 142 e ss.), così come la concessione di servizi (art. 30); e non sulla base del fatto che queste sono le ipotesi di maggior ricorrenza. In questo senso è da sottolineare la ontologica distinzione tra un contratto misto (astrattamente comprensivo di elementi di appalto così come di concessione) e di "appalto misto" (nel quale le prestazioni sono tutte riconducibili alla figura della *locatio operis*).

<sup>128</sup> In definitiva si mantiene fermo il criterio oggettivo della prevalenza economica, lasciando però che conviva, e nel caso soccomba, con l'alternativo parametro della accessibilità maggiormente aderente alla effettiva volontà delle parti, ma temuto dal legislatore interno perché foriero di possibili elusioni circa la disciplina concretamente applicabile. Cfr. *Aut. Vigilanza LL. PP., determinazioni 28 dicembre 1999 n. 13 e 13 gennaio 2001 n. 5*.

<sup>129</sup> Il dato è stato sottolineato dal parere della Commissione europea, 15 ottobre 2003: "[...] Le disposizioni in esame hanno l'effetto di consentire l'attribuzione, senza il rispetto delle procedure di messa in concorrenza a livello comunitario previste dalle direttive 92/50 CEE e 93/36/ CEE, degli appalti misti il cui importo sia superiore alle soglie di applicazione di queste ultime, ma inferiore a quelle relative agli appalti di lavori di cui alla direttiva 93/37/CEE."

stata economicamente superiore al 50%, pur non essendo la prestazione di lavori principale<sup>130</sup> rispetto alle altre prestazioni dedotte in contratto.

Pertanto il contratto misto delineato in ambito pubblicistico esprimeva la preferenza verso l'applicazione del solo principio dell'assorbimento, e sulla base di ciò forniva all'interprete strumenti<sup>131</sup>, quali il parametro qualitativo e quantitativo, volti ad agevolare l'individuazione della disciplina prevalente.

---

<sup>130</sup> In via esemplificativa si consideri quanto previsto dall'art. 7 della Direttiva n.18/2004, pubblicata in G.U. 30 aprile 2004, n. 134 la quale disponeva (innovando la disciplina normativa comunitaria relativa agli appalti pubblici) per gli appalti pubblici di lavori una soglia pari a euro 6.242.000,00; e per gli appalti di servizi e forniture una soglia pari a euro 249.000,00. In tal caso applicando il criterio quantitativo non si sarebbe rispettata la procedura di evidenza pubblica per tutti quei contratti misti, in cui prestazioni di servizi e/o forniture fossero superiori a euro 249.000,00, ma accessorie rispetto alla prestazione lavorativa avente un rilievo economico (rispetto alle altre prestazioni contrattuali) superiore al 50%, ma inferiore alla quota di euro 6.242.000,00.

<sup>131</sup> La verifica circa la natura accessoria della componenti lavori doveva essere condotta sulla base di una serie di indici, dedotti dai principi giurisprudenziali, maturati in relazione al quadro normativo antecedente all'introduzione del criterio della prevalenza economica. In particolare sulla scorta di tali principi occorreva indagare la natura dell'opera, le sue finalità, il valore relativo del manufatto e della manodopera, le modalità costruttive, la sua completezza, gli stessi usi consolidati e infine le comodità di disciplina; ciò al fine di appurare quale fosse la prestazione principale. In tal senso il giudizio di prevalenza del costo tra il materiale e l'installazione avrebbe rappresentato un criterio residuale da utilizzare solo laddove la qualificazione dell'opera fosse dubbia; ossia quando non fosse risultato possibile qualificare l'appalto sulla base di un giudizio di carattere "funzionale-soggettivo" indagando sulla effettiva volontà perseguita dalla stazione appaltante. Cfr. sul punto Tar Friuli 25 Luglio 1996, n. 857; e cfr. DE NICTOLIS R., *Il nuovo codice degli appalti pubblici. Le principali novità recate dal Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, d. lgs 12 Aprile 2006, n. 163, 2007.*

### 1.1 La giurisprudenza relativa

La formulazione letterale dell'art. 14 metteva in dubbio che il Codice dei contratti pubblici avesse effettivamente accolto i suggerimenti di disciplina degli appalti misti delle direttive comunitarie. Infatti, queste individuavano il criterio qualitativo come unico criterio di selezione della prestazione principale; ove invece il Codice ricorreva ai due diversi criteri della prestazione qualitativamente preponderante, e di quella economicamente di maggior rilievo<sup>132</sup>.

Ciò nonostante nella disciplina dettata dal Codice dei contratti pubblici, il criterio fondato sul raffronto del peso economico continuava a costituire un decisivo parametro di individuazione della disciplina da osservare, dal quale "era consentito discostarsi nei soli casi in cui, eccezionalmente, era dato riscontrare una manifesta prevalenza funzionale della prestazione economicamente subvalente"<sup>133</sup>. Tale circostanza determinava che la *ratio* della normativa comunitaria non fosse stata effettivamente e utilmente trasposta nell'ordinamento interno. L'applicazione del criterio qualitativo richiedeva una valutazione obbiettiva e neutrale del carattere accessorio dei lavori (rispetto all'oggetto principale del

---

<sup>132</sup> A conferma che la formulazione non recepisce integralmente il criterio indicato a livello comunitario, si rileva che, con riferimento all'art. 2, l. 109/1994, così come modificato dalla legge 62/2005, la giurisprudenza ha recentemente affermato che con tale modifica "si è optato per un criterio complesso" che richiede la previa individuazione della prestazione oggettivamente prevalente, caratterizzante l'appalto, e la successiva valutazione del rapporto in cui con questa si trovano i lavori, anche se d'importo superiore al 50% di quello dell'intero contratto. Per giungere a escludere l'applicabilità della normativa in materia di lavori pubblici soltanto quando, ancorché d'importo superiore al limite indicato, la componente lavori si connota per la sua mera accessorialità; ossia abbia funzione di solo strumento per la corretta esecuzione della prestazione principale". Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V. 27 gennaio 2006, n. 241; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

<sup>133</sup> Cfr. sul Punto GAROFOLI R., *I contratti misti*, op. cit., p. 224-225.

contratto) non condizionata da altri parametri normativi introdotti dai legislatori degli Stati membri.

A tali ordini di considerazioni la giurisprudenza offriva il proprio contributo sul piano interpretativo e applicativo<sup>134</sup>. In questa prospettiva si segnala la decisione Cons. St. sez. V 30 maggio 2007, n. 2765 nella quale per dirimere il dubbio circa il criterio selettivo effettivamente accolto nel Codice, è stato decisivo quanto previsto dal successivo co. 4, dell'art. 14 del Codice in commento.

Il Consiglio di Stato affermava a questo proposito che “sia pure proseguendo nell'applicare il criterio aritmetico della prevalenza del rilievo economico dei lavori nelle attività oggetto della gara, il Codice dei contratti ha tuttavia recepito il criterio *sostanzialistico* della prestazione, proprio del diritto comunitario, che ha poi integrato nel successivo co. 4, dell'art. 14, con i principi (di rilievo comunitario) della tutela della concorrenza e della non discriminazione sull'affidamento dei contratti misti”.

---

<sup>134</sup> Avendo presente l'impostazione oggettivistica dell'ordinamento comunitario, la giurisprudenza amministrativa nazionale ha seguito soluzioni conformi a tale impostazione anche rispetto all'applicazione del criterio qualitativo. Una formula frequentemente utilizzata nelle sentenze, anche recenti, è quella secondo cui il criterio qualitativo dovrebbe leggersi come “criterio sostanzialistico della funzione obiettiva del contratto, in relazione alle finalità dell'amministrazione che ha indetto la gara”. Cfr. sul punto Tar Puglia Bari sez. I 10.3.2011, n. 417; Tar Campania Napoli sez. I 6.5. 2008, n. 3379; Cons. stato sez. V 30.5. 2007, n. 2765, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). È condivisibile anche l'affermazione secondo cui “è proprio negli atti di gara che va ricercato l'oggetto principale dell'appalto, onde stabilire in concreto se vi sia o meno una relazione di accessorietà dei lavori rispetto ai servizi”. (Tar Puglia Bari sez. I 10. 03. 2011, n. 417, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato sez. V 15.1.2008, n. 36, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)). Altre pronunce sottolineano opportunamente che l'oggetto complessivo dell'appalto è uno strumento per la sua qualificazione, in conformità a quanto da tempo stabilito dalla giurisprudenza comunitaria, per la quale occorre tenere conto degli obblighi essenziali che prevalgono e che, in quanto tali, caratterizzano l'appalto; in opposizione a quelli che rivestono solo un carattere accessorio o complementare, e che sono imposti dall'oggetto stesso del contratto. Allo stesso modo, è condivisibile l'affermazione secondo cui, in materia di contratti misti, “l'elemento soggettivo della volontà delle parti ai fini dell'individuazione delle prestazioni rilevanti ha minor rilievo di quanto possa averne in ambito privato, quale diretta conseguenza dell'indisponibilità della procedura di evidenza pubblica, nonché dei suoi presupposti identificativi”. Cfr. Consiglio Stato Sez. V 30.10.2003, n. 6768, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

La decisione sopracitata proseguiva nel dire che la disposizione in questione ribaltava la posizione del criterio aritmetico della prevalenza del rilievo economico dei lavori nell'individuazione dell'oggetto del contratto (affermato nel primo inciso del comma precedente). La prevalenza della funzione obbiettiva del contratto sul maggiore importo dei lavori (rispetto ai sevizi) comportava la svalutazione della rilevanza economica delle prestazioni rispetto all'individuazione dell'affidatario, poiché si considerava determinante l'attività che egli è chiamato a svolgere<sup>135</sup>.

Successivamente tale principio è stato confermato dal Tar Napoli nella sentenza della sez. I, 6 maggio 2008, n. 3379, ove si osservava che, già nel previgente regime normativo, il criterio da seguire per l'individuazione della normativa applicabile fosse quello sostanzialistico della funzione obbiettiva del contratto in relazione alle finalità dell'amministrazione che aveva indetto la gara; il quale prevaleva e ribaltava il criterio aritmetico della prevalenza del rilievo economico dei lavori.

D'altra parte, in questo senso una notevole influenza era stata esercitata anche dalla decisione della Corte Giust. Com. eu., sez II, 21 febbraio 2008, che aveva definitivamente stabilito che la Repubblica Italiana, con l'adozione dell'art. 2 co. 1, l. 11 febbraio 1994, n. 109, fosse venuta meno agli obblighi incombenti in forza della direttiva del Consiglio 92/50/CEE, e della direttiva 93/37/CEE; il che evidentemente, doveva costituire una guida nella maniera con la quale interpretare i contenuti della norma.

---

<sup>135</sup> La fattispecie era relativa all'impugnazione di un bando di gara per l'assegnazione di servizi per la manutenzione ordinaria dei cimiteri cittadini. I Giudici amministrativi, in entrambi i gradi di giudizio, hanno ritenuto che correttamente il bando non avesse richiesto il possesso della qualificazione S.O.A. per le concorrenti, nonostante il valore economico prevalente delle attività relative a lavori di scavo e apertura dei loculi. Ciò poiché l'oggetto principale del contratto è finalizzato "ad assicurare la gestione dell'intero complesso cimiteriale" a soddisfacimento di un servizio collettivo, e in esso la componente relativa alle opere è sicuramente accessoria, e prescinde da ogni dato quantitativo.

Da allora sempre più di frequente la giurisprudenza aveva ritenuto che il criterio qualitativo dovesse essere interpretato come “criterio sostanzialistico della funzione obiettiva del contratto, in relazione alle finalità dell’amministrazione che ha indetto la gara”<sup>136</sup>.

Dunque l’oggetto dell’appalto diveniva lo strumento per la qualificazione; per cui occorreva, come detto, tenere conto degli obblighi che caratterizzano l’appalto; in opposizione a quelli che rivestono, invece, solo un carattere accessorio o complementare, e che erano imposti dall’oggetto stesso del contratto.

In tale prospettiva il valore rispettivo delle varie prestazioni costituiva solo uno dei criteri da prendere in considerazione ai fini della determinazione dell’oggetto principale del contratto<sup>137</sup>.

Infine il principio era stato da ultimo confermato da Tar Umbria 7 febbraio 2013, n. 74 in cui si affermava che nelle gare pubbliche, in presenza di contratti misti, al fine di stabilire a quale tipologia di appalti questi fossero riconducibili, al criterio aritmetico (fondato sulla prevalenza del valore economico della prestazione, e contemplato dall’art. 14, co. 3, prima parte, d.lgs n. 163 del 2006) si contrapponeva, con carattere preferenziale dichiarato dallo stesso comma, quello di matrice comunitaria basato sull’oggetto principale del contratto<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup> Cfr. sul punto Tar Bari, Sez. I, 10 marzo 2011, n. 417. La giurisprudenza ha contestualmente osservato come l’oggetto principale dell’appalto vada ricercato negli atti di gara, onde stabilire in concreto se vi sia o meno una relazione di accessorialità dei lavori rispetto ai servizi. In questo senso, oltre la sentenza citata in precedenza, cfr. Cons. St. sez. III, 15 maggio 2012, n. 2805; e TAR Milano, sez. I, 12 settembre 2011, n. 2204; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

<sup>137</sup> Cfr. la già citata pronuncia della Corte giust. com. eu., sez. II, 21 febbraio 2008, in C- 412/04 e Trib. Trento 9 febbraio 2010, n. 50; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza

<sup>138</sup> Un particolare impegno è stato richiesto alla Giurisprudenza con riferimento specifico agli appalti il cui carattere misto deriva, in particolare, dalla presenza di attività di manutenzione nel novero delle prestazioni oggetto del contratto. La manutenzione identifica, più che un forma ben determinata di attività, un obiettivo che, relativo all’opera o all’impianto sul quale occorre intervenire, è astrattamente suscettibile di essere perseguito attraverso interventi tipologicamente differenti,

Pertanto l'atteggiamento della giurisprudenza accoglieva la necessità della selezione della disciplina da applicare in ragione dell'oggetto del contratto, piuttosto che del valore economicamente maggioritario<sup>139</sup>.

In definitiva, secondo un'interpretazione orientata al rispetto della normativa comunitaria, il Codice dei contratti pubblici recepiva il criterio "sostanzialistico" della prestazione, e lo integrava al co. 4 dell'art. 14 con i principi (anch'essi di rilievo comunitario) della tutela della concorrenza e della non discriminazione sull'affidamento dei contratti in oggetto<sup>140</sup>.

---

ascrivibili di volta in volta ai lavori, ai servizi o alle forniture, se non in parte all'una e in parte all'altra delle suddette attività. Né una soluzione univoca, sul punto, è mai provenuta dalle disposizioni legislative espresse; poiché se è vero che la l. n.109/1994, ricomprendeva anche le attività di manutenzione nel novero di quelle qualificabili come contratti pubblici; è pur vero che la direttiva 92/50/CE qualificava (una parte di) tali attività tra i servizi e li assoggettava alla relativa normativa. Sicché la giurisprudenza amministrativa ha dovuto adottare, di volta in volta, le proprie decisioni. Essa da tempo è pervenuta all'affermazione del principio per il quale le attività di manutenzione rientrano nel genere dei lavori, e sono assoggettate alla relativa disciplina ogni volta che: "L'attività dell'appaltatore comporti un'attività essenziale di modificazione della realtà fisica con l'utilizzazione, la manipolazione e l'installazione di materiali aggiuntivi, e sostitutivi non inconsistenti sul piano strutturale e funzionale. Cfr. *determinazione* AVCP 19 ottobre 2006, n. 76; che richiama sul punto la conforme giurisprudenza del Consiglio di Stato, espressa, tra le altre, nelle decisioni Cons. St. sez V, 31 gennaio 2006, n. 348; Cons. St. sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 537; Cons. Stato V, 4 maggio 2001, n. 2518; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

<sup>139</sup> Nel fare propria tale circostanza si è peraltro sempre sottolineato come questa costituisse un riflesso e una omologazione nell'interpretazione della giurisprudenza comunitaria. Cfr. sul punto Tar Campania Napoli Sez. V., Sent. 21 dicembre 2015, n. 5835. Il Tribunale amministrativo campano deduce la propria riflessione dalla sentenza Corte Giustizia, Ue sez. II, 21 febbraio 2008, n. 412.

Le conseguenze di tale orientamento sono state messe in luce dalla giurisprudenza interna la quale ha affermato che l'eventuale contrasto fra la normativa comunitaria, "in tale parte recante previsione di dettaglio e perciò autoapplicativa" (Cons. St., sez. VI, 16 dicembre 1998, n. 1680), e quella interna imporrebbe la disapplicazione di quest'ultima (cfr. Cons. di St., sez. V, 26 settembre 2013, n. 4756)".Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 21.01.2015, n. 222; Consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

<sup>140</sup> I principi sono stati esplicitati da Cons. St., sez. V, 30.05.2007, n. 2765; nello stesso senso, anche 28 febbraio 2012, n. 1153; Tar Piemonte, Torino, sez. I. 9 novembre 2012, n. 1185. Da ultimo fanno applicazione dei citati principi: Tar Umbria, Perugia, sez. I, 7 febbraio 2013, n. 74; e Tar Lazio, Roma, sez. II, 4.11.2013, n. 9373; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

All'interno del Codice degli appalti il criterio della prevalenza non operava in maniera esclusiva, poiché la preferenza verso il principio di assorbimento (che ispirava l'art. 14) trovava un parziale contemperamento nell'articolo successivo.

L'art. 15<sup>141</sup> del d.lgs 163/2006 consentiva il recupero del regime giuridico proprio degli oggetti presenti nell'accordo che non avessero

---

<sup>141</sup> L'antecedente storico dell'art. 15, era l'art. 8, co. 11 septies, l. n. 109/1994, introdotto dalla l. n. 166/2002, il quale era formulato nei seguenti termini: "Nel caso di forniture e servizi, i lavori, ancorché accessori e di rilievo economico inferiore al 50%, devono essere eseguiti esclusivamente da soggetti qualificati ai sensi del presente articolo". Rispetto al testo dell'art. 15 del Codice emergevano due profili differenziali: in primo luogo, l'art. 8, co. 11 septies, della l. n. 109/1994 imponeva la qualificazione obbligatoria solo per l'ipotesi di lavori subvalenti in seno all'appalto misto. Non disciplinava, invece, l'ipotesi reciproca e speculare, ossia quella di servizi/forniture subvalenti rispetto ai lavori. L'art. 15 del Codice ha totalmente equiparato le due fattispecie, stabilendo l'obbligo del possesso, da parte dei concorrenti, dei requisiti di qualificazione propri di tutte le componenti subvalenti dell'appalto misto, indipendentemente dal fatto che si tratti di lavori, servizi o forniture. In secondo luogo, l'art. 8, co. 11 septies, l. n. 109/1994, alimentando talvolta alcuni equivoci in giurisprudenza, faceva riferimento alla qualificazione ai fini dell'esecuzione dell'appalto ("devono essere eseguiti"). Il testo dell'art. 15 del Codice ha opportunamente dissipato ogni possibilità di fraintendimento, in quanto fa espresso riferimento alla fase di partecipazione alla gara ("L'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto").

Seppur relative alla precedente disposizione di cui all'art. 8, co. 11 septies, l. n. 109/1994, si possono ritenere ancora attuali le osservazioni contenute nella AVLP determinazione 6.4.2005 n. 3, in G.U. 22.6. 2005, n. 143.

Secondo l'Autorità "Le previsioni comunitarie in materia di appalti misti [...] si devono coniugare con il regime di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici previsto nella legge quadro. Al riguardo, sembra opportuno richiamare l'art 8, co. 1, l. n. 109/1994 il quale prevedeva che i lavori, ancorché accessori e di rilievo economico inferiore al 50 %, "*devono essere eseguiti esclusivamente da soggetti qualificati*".

Occorre anche sottolineare che la giurisprudenza del Consiglio di Stato sembrava aver preso atto, nelle pronunce più recenti, della formulazione imperativa dell'art. 15 del Codice orientando la propria interpretazione nel senso di un recepimento pieno della regola fissata in sede legislativa.

In passato, invece, si erano talora registrate pronunce dall'approccio discutibile, nel segno di una tendenziale svalutazione della perentorietà prescrittiva della disposizione, se non di una vera e propria *interpretatio abrogans*. In particolare, (C. stato sez. V 30.0.2007 n. 2765, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)) aveva sostenuto la tesi secondo cui "l'obbligo di qualificazione cade quando dall'esame del carattere prevalente o accessorio delle varie prestazioni si possa ragionevolmente desumere che la garanzia delle attestazioni SOA non rappresenta una condizione indispensabile ai fini del corretto svolgimento del servizio, cosicché il percorso logico seguito per stabilire quale prestazione sia accessoria, individua anche i requisiti necessari per partecipare alla gara negli appalti misti. La scelta fra l'uno o l'altro dei sistemi di qualificazione è pertanto condizionata dal nucleo principale dell'attività dell'appalto, la cui esecuzione deve essere sorretta da adeguate garanzie di affidabilità.

natura prevalente, limitatamente all'ambito di individuazione dei requisiti di partecipazione di ciascun concorrente alla gara d'appalto.

La norma precisava che l'operatore economico che concorresse alla procedura di affidamento di un contratto misto, dovesse in ogni caso "possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal Codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto". In relazione agli appalti misti, e in sede di bandi di gara, ciò imponeva che le stazioni appaltanti fossero tenute a individuare i requisiti di partecipazione sulla base di tutte le componenti (lavori, servizi e forniture) facenti parte dell'appalto misto.

A differenza del regime precedente, in base al quale era possibile partecipare alle procedure di affidamento mediante il possesso dei requisiti richiesti dalla sola tipologia di appalto (qualificato come prevalente), l'art. 15 sanciva eccezionalmente l'applicazione del principio di combinazione ogni qualvolta un appalto avesse al proprio interno componenti essenziali riconducibili a contratti di servizi o fornitura. In tale caso il concorrente sarebbe stato chiamato in fase di gara a comprovare il possesso dei requisiti afferenti anche a dette prestazioni.

L'introduzione di tale disciplina rispondeva a una esigenza sentita in modo specifico in ordine a nuove tipologie contrattuali<sup>142</sup>, nelle quali la complessiva riconduzione del contratto all'ambito normativo applicabile alla prestazione principale, sottraeva i requisiti (effettivamente occorrenti per l'esecuzione dell'intero corpo delle prestazioni) a una corretta valutazione<sup>143</sup>.

---

Lo stato della giurisprudenza è ormai mutato rispetto a tale isolato precedente. Si cfr. da ultimo C. Stato sez. V 28.2.2012, n. 1153, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it).

<sup>142</sup> Il riferimento è al contratto di *global service*.

<sup>143</sup> L'autorità amministrativa con la deliberazione n. 251, 21 giugno 2001, ha esaminato un bando di gara della *Consip* per la fornitura di servizi di *global service* immobiliare, e ha ritenuto le clausole del relativo bando di gara compatibili solo con la prestazione di servizi; e non anche con l'esecuzione di lavori pubblici. Non è lì previsto, *ex ante*, quale requisito di partecipazione alla gara il possesso della

Quindi per quanto un contratto misto fosse ricondotto (nella fase di individuazione della normativa e tramite il principio di assorbimento) in una delle tre categorie di accordi pubblici; nella successiva fase di scelta del contante, si applicava il principio di combinazione per individuare il soggetto che potesse partecipare alla gara.

Dalle indicazioni date si desume che negli artt. 14-15 (norme chiamate a disciplinare l'appalto misto nel settore del contratto pubblico) si applicavano due diversi principi che la riflessione sul contratto misto aveva tradizionalmente, invece, posto come alternativi fra loro. L'individuazione della tipologia di contratto di appalto era affidata al principio di assorbimento; l'individuazione dei requisiti che ciascun partecipante alla gara dovesse possedere, a quello di combinazione.

La giurisprudenza applicava il criterio enunciato con coerenza affermando esplicitamente che la prescrizione fosse "chiara, di portata generale e di significato precettivo inequivocabile, cogente". A questo proposito si può citare il parere di precontenzioso espresso dall'AVCP nel novembre 2012<sup>144</sup>, con cui l'autorità sottolineava che l'operatore economico, che concorresse alla procedura di affidamento di un appalto misto, dovesse possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture dedotta in contratto.

Il quesito all'esame dell'Autorità riguardava l'esclusione di una società nell'ambito della gara indetta da un Comune, per l'affidamento della gestione, supervisione, e direzione del processo di conduzione degli impianti di discarica cittadini. L'Autorità

---

qualificazione, ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, necessario invece per l'esecuzione di lavori.

<sup>144</sup> Il riferimento è AVCP, parere di precontenzioso del novembre 2012, n. 188; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

qualificava l'appalto in contestazione come appalto misto, benché fosse definito nominalmente nel bando di gara "servizio per la gestione, supervisione e direzione del processo di conduzione di discarica", e assoggettato, come tale, alla disciplina in materia di appalti di servizi (inclusa quella sulla dimostrazione della capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, di cui agli artt. 41-42 del Codice dei contratti pubblici).

La valutazione derivava dalla circostanza che l'accordo aveva nel proprio oggetto principale anche lavori di manutenzione, ordinaria e straordinaria, degli impianti di depurazione della discarica comunale. Pertanto sulla base dell' art. 15 all'appaltatore veniva richiesta una duplice professionalità, in primo luogo per lo svolgimento dei servizi di conduzione e ispezione degli impianti, e in secondo, per l'effettuazione di veri e propri lavori di manutenzione; ciò anche se, dal punto di vista quantitativo, i primi fossero destinati a prevalere nell'economia complessiva dell'appalto<sup>145</sup>.

Le indicazioni fornite dagli artt. 14-15 mostrano due previsioni chiare e una applicazione giurisprudenziale univoca. Le norme definivano l'accordo misto in ambito pubblico, indicavano il criterio da adoperare in linea preferenziale (quello dell'assorbimento), ed esplicitavano con chiarezza le ipotesi che sarebbero state regolate dal principio di combinazione. Pertanto, quando tali norme erano in vigore, la categoria contratto misto aveva una sua funzione ordinante e di indirizzo per l'interprete.

---

<sup>145</sup> In giurisprudenza per la qualificazione come appalto misto di analoghi servizi di conduzione, manutenzione a guasto affidati da una società; si veda Tar Puglia, Bari, sez. I, 21 novembre 2007, n. 2767. Cfr. sul punto Voce: art. 15, *Appalti e Contratti*, a cura di MASSARI A. e CUTAJAR O., 2014, p. 216.

## 1.2 La riforma del Codice degli appalti e le conseguenze connesse

Le riflessioni condotte in merito agli artt. 14-15 sono oggi valide solo parzialmente, poiché a seguito della emanazione dell'ultima direttiva 2014/24 in materia di appalti pubblici, la regolamentazione dei contratti misti è in parte diversa, e in grado di alterare gli esiti applicativi determinati dai precedenti artt. 14-15 .

La direttiva 23/2014<sup>146</sup> detta una nuova regolamentazione degli appalti misti ispirandosi alla *ratio fundamentalis* di individuare nuove disposizioni in materia di diritto ambientale, sociale, e del lavoro<sup>147</sup>, al fine di facilitare la partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici e, parallelamente, di permettere alle amministrazioni di conseguire obiettivi "a valenza sociale". Nello specifico, la normativa analizza il tema relativo ai requisiti generali che gli operatori economici devono possedere per poter partecipare legittimamente a una gara ad evidenza pubblica intendendo assicurare la certezza del diritto, e incorporando a tal fine alcuni principi derivati della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia<sup>148</sup>.

Il tema degli appalti misti è esplicitamente disciplinato all'art. 3, il quale predispone una diversa disciplina degli appalti a seconda che le prestazioni previste all'interno degli accordi siano o meno separabili. L'articolo viene compreso più agevolmente se letto in

---

<sup>146</sup> Per una analisi approfondita del contenuto della direttiva, cfr. Relazione tenuta al Convegno I.G.I. dal titolo *Contratti pubblici: inizia il viaggio all'interno delle direttive*, Roma, 6 maggio 2014.

<sup>147</sup> Disposizioni che devono essere rispettate anche da parte del subappaltatore, così come indicato rispettivamente nel Considerando n. 105, Direttiva n. 24; e nel Considerando n. 72, della Direttiva n. 23.

<sup>148</sup> I principi di ispirazione della direttiva derivano dai principi enucleabili dalle sentenze della Corte europea di Giustizia, C-226/04 e C- 228/04.

correlazione alle indicazioni relative alla divisibilità o meno delle prestazioni fornite dal considerando n. 11<sup>149</sup>.

Il contenuto della direttiva citata è stato trasposto nel nostro ordinamento all'art. 28 del nuovo Codice degli appalti, il cui primo comma ripropone quanto già predisposto nel vigore della versione precedente del Codice. Esso prescrive, in relazione ai contratti misti di lavori, e servizi, o forniture l'uso del principio di prevalenza della funzione assoluta dal contratto, in base al quale la disciplina da applicare all'accordo sarà quella del contratto cui appartiene la prestazione ritenuta tale.

Analogamente alla versione individuata dall'art. 14, nel diverso caso di appalto misto di servizi e forniture, il principio adoperato al fine di individuare la disciplina è quello della prevalenza economica fra le prestazioni in oggetto.

Il contenuto della prescrizione dell'art. 28 muta, invece, non appena si passi a considerare il co. 2, ove si pone una distinzione fra appalti il cui oggetto sia separabile, e appalti il cui oggetto non lo sia. Rispetto a questi ultimi, la norma prescrive che dovrà essere adoperato il criterio della prevalenza, per cui si estenderà all'intero contratto la disciplina della prestazione prevalente.

Con riguardo ai primi (contratti il cui oggetto sia separabile) invece, le amministrazioni giudicatrici possono decidere di aggiudicare un unico appalto (e in tal caso a esso si applicherà il regime normativo unico individuato dalla prestazione prevalente) ovvero aggiudicare tanti appalti, quanti quelli in cui è suscettibile di essere diviso l'oggetto contrattuale (e in tal caso si applicherà a ciascun contratto la normativa di riferimento, secondo una sorta di principio di

---

<sup>149</sup> Il cui contenuto dispone che la determinazione deve essere effettuata caso per caso, al fine di individuare la separabilità o meno delle prestazioni. Ciò poiché non sono sufficienti le intenzioni esplicitate delle amministrazioni, ma occorrono piuttosto prove oggettive atte a giustificare e motivare l'esigenza di concludere un appalto unico.

combinazione). La normativa prevede pertanto una parziale modifica del rapporto in cui i criteri di combinazione e prevalenza si ponevano fra loro.

A norma dell'art. 14, d.lgs 163/2006 il favore del legislatore era per l'applicazione del principio dell'assorbimento, poiché stabiliva che il principio di combinazione avrebbe trovato applicazione solo nelle ipotesi residuali di cui all'art. 15. Nella nuova previsione l'uso di un criterio o dell'altro è decisamente più equilibrato dipendendo esso dalla separabilità, o meno delle prestazioni.

Si coglie in ciò un mutato atteggiamento del legislatore europeo, e di riflesso di quello nazionale; poiché nell'aver ridisegnato la direttiva in materia di appalti ha mostrato maggiore sensibilità alla particolarità di ogni settore; tanto da stabilire che ogni prestazione mantenesse la disciplina che gli fosse propria.

Rispetto al contenuto e all'interpretazione degli articoli, restano utili e valide le riflessioni esplicitate con riguardo agli artt. 14-15, d.lgs 163/2006. Ne deriva che considerando tanto le precedenti, quanto le attuali disposizioni dedicate al contratto misto in ambito pubblico, è possibile formulare alcune riflessioni di carattere generale sul ruolo che il contratto misto possiede nel diverso settore del Codice degli appalti.

### 1.3 Il senso della categoria “contratti misti” nel Codice degli Appalti

Dall’analisi delle tipologie di contratti misti, presenti in ambito civile, si evince che accordo misto è quell’intesa caratterizzata dalla combinazione, in un unico schema negoziale, di elementi riconducibili a differenti fattispecie contrattuali tipiche (cioè espressamente contemplate dal legislatore). Esso è uno strumento deliberatamente creato dai privati allo scopo di amministrare nella maniera più flessibile e adeguata i propri interessi, e per questo ontologicamente collegato all’assenza di una disciplina positiva (tanto da poter dire che un contratto misto è sempre un contratto innominato).

Invece la definizione di contratto misto che si desume dal Codice degli appalti è differente, poiché quello un tempo disciplinato dall’art. 14, d.lgs n. 163/2006, e oggi dall’art. 28 d.lgs n. 50/2016, non è una “combinazione di schemi legali diversi” né tantomeno un accordo “atipico” innominato.

Infatti in questo settore l’atipicità si declina in modo differente in quanto l’aggettivo “misto” indica varie prestazioni (riconducibili ai diversi ambiti di servizi, forniture e lavori) non tipiche di più contratti ma peculiari del solo tipo dell’appalto<sup>150</sup>; del quale entrambe le versioni del Codice degli appalti forniscono una chiara definizione<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> Nonostante la ridotta capacità della pubblica amministrazione di poter creare fattispecie atipiche (a causa della presenza di norme imperative e di un numero chiuso di tipologie contrattuali) nel campo che resta libero da quelle norme imperative, la giurisprudenza considera legittimo l’inserimento di elementi ulteriori rispetto a quelli del tipo contrattuale. Tale azione non rientra nelle violazioni del principio di legalità dell’azione amministrativa, ma rappresenta espressione dello stesso merito amministrativo.

<sup>151</sup> La trattazione della materia fornita dall’articolo non è completa, ma contiene comunque una definizione del fenomeno “appalto misto”, e stabilisce criteri per l’individuazione della matrice dominante e dell’oggetto principale del contratto;

La diversità delle due definizioni viene confermata anche laddove si consideri l'aspetto relativo ai parametri di individuazione del regime giuridico<sup>152</sup>; i quali in ambito civile sono spesso ricostruiti sulla base della valenza soggettiva delle parti dando conseguente rilievo alla prestazione che le stesse hanno realmente inteso come prevalente.

La questione assume un contenuto differente rispetto agli appalti pubblici, ove per definizione non vi è una volontà delle parti che possa essere ricostruita, quanto il rispetto di un interesse superiore, quale quello pubblico.

La mancanza di autonomia contrattuale in tale settore influenza l'individuazione e la concreta applicazione dei criteri di scelta del regime giuridico, poiché nell'appalto pubblico le discipline legate a ciascun settore costituiscono un ambito entro il quale non è di norma concessa autonomia contrattuale alle parti. Ne deriva l'impossibilità, per la stessa amministrazione, di scegliere il regime pubblicistico da osservare.

Infatti se è certo che l'autonomia contrattuale delle parti e della pubblica amministrazione ricomprenda la possibilità di aggiudicare appalti aventi a oggetto prestazioni tipologicamente differenti; non è possibile ritenere che la stessa possa estendersi fino a implicare la titolarità del potere di disporre dei profili pubblicistici della disciplina (quali quelli relativi alle procedure da seguire, o i

---

infine pone una clausola di salvaguardia in ordine all'applicazione dei generali principi comunitari.

<sup>152</sup> Nel dettaglio, non è possibile trascurare la diversità di regimi giuridici che, anche con riguardo a profili squisitamente pubblicistici, sono delineati dalla normativa comunitaria e nazionale per ciascuno dei settori sopra indicati.

Si è verificata invece una sostanziale omogeneizzazione di regime giuridico per quel che attiene alle controversie in tema di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione ad opera dell'art. 4, l. n. 205/2000, che, nell'introdurre l'art. 23-bis nel corpo della l. n. 1034/1971, ha individuato un regime processuale improntato a canoni di particolare celerità e semplificazione. Cfr. sul punto GAROFOLI R., *I contratti misti*, *op. cit.*, p. 192.

parametri di qualificazione delle imprese legittimate a prendere parte alla procedura di evidenza pubblica)<sup>153</sup>.

Il problema dell'individuazione della disciplina applicabile alle procedure pubblicistiche di aggiudicazione del contratto, deve trovare soluzione nell'applicazione di un'unica normativa, individuata sulla base di criteri che tengano conto del rilievo effettivo assunto dalle singole prestazioni nel regolamento contrattuale. Non sarà necessario, invece, che si tengano in considerazione i profili a base negoziale che avrebbero una loro giustificazione nella possibilità di disporre della normativa giuridica applicabile al rapporto.

Sotto il profilo applicativo la conseguenza più importante di tale riflessione è costituita dalla sostanziale impraticabilità del criterio della combinazione<sup>154</sup> utilizzato dalla giurisprudenza civilistica. Il ricorso a esso finirebbe per imporre l'applicazione, alla medesima e unica procedura concorsuale, dei differenti regimi giuridici<sup>155</sup>

---

<sup>153</sup> La scelta di osservare rigorosamente le discipline previste nel settore pubblicistico esula dal campo entro cui si può legittimamente esplicare l'autonomia contrattuale delle parti, inclusa la Pubblica amministrazione, alla quale si deve ritenere del tutto sottratta la possibilità di scegliere il regime pubblicistico da applicare. GAROFOLI R. , *Disciplina degli appalti pubblici misti dopo la Merloni Ter e il d.lgs 65/2000, op.cit*, p. 37.

<sup>154</sup> In questa prospettiva non è condivisibile la scelta più datata della giurisprudenza di applicare il criterio della combinazione ad appalti pubblici caratterizzati dal carattere misto. In particolare il criterio della combinazione ha trovato applicazione in una controversia in cui alcune prestazioni di un contratto di manutenzione venivano modificate in nome dell'istituto della revisione prezzi: "Il c.d. contratto di manutenzione di beni pubblici non è un contratto tipico, ma misto giacché ha per oggetto prestazioni proprie di più contratti tipici che, seppure unificati dal fine della manutenzione, soggiacciono singolarmente a discipline giuridiche diverse. Pertanto l'istituto della revisione prezzi può trovare applicazione solo relativamente a quelle attività che, anche se comprese nei contratti di manutenzione, si possono fare rientrare nell'ambito concettuale dell'appalto di opere pubbliche. Cfr. Cons. Stato sez. V, 12 10. 1984, n. 723. Del tutto analoga la soluzione data nel 1992 a una controversia avente a oggetto sempre l'applicabilità della revisione prezzi a un analogo contratto di manutenzione. Ove si stabilisce che, per individuare il regime giuridico applicabile alle singole prestazioni dedotte in contratto, deve trovare applicazione il criterio della combinazione. Cfr. Cons. Stato sez. V, 19.11.1992, n. 1327; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

<sup>155</sup> La diversità di regime giuridico, tra le diverse tipologie di appalti pubblici, determina una netta differenziazione della disciplina applicabile al contratto. Inoltre non è da trascurare l'importanza che può assumere, sulla tematica dei contratti misti, la previsione di soglie comunitarie di diverso importo. Quindi l'individuazione dell'oggetto del contratto diventa rilevante per invocare la disciplina normativa di

contemplati rispettivamente per l'aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi, e forniture.

Invece si preferisce optare tendenzialmente (sebbene oggi sia possibile attuare anche il principio di combinazione) per l'applicazione del solo criterio dell'assorbimento individuando così un'unica disciplina per l'intero accordo e divenendo irrilevanti a livello normativo le restanti discipline<sup>156</sup>.

Le differenze fra contratti misti (civilisticamente intesi) e appalti misti (pubblicisticamente considerati) si colgono anche rispetto alla diversa nozione di appalto che questi presuppongono; poiché pare, a un'attenta analisi, di ravvisare uno scollamento della definizione di appalto pubblico dalla tradizionale qualificazione giusprivatistica.

Nella definizione contenuta nell'art. 3 co. 6, d.lgs n. 163/2006, il contratto di appalto pubblico è inteso come quel "contratto a titolo oneroso, stipulato per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi definiti nel presente Codice". Tale definizione presenta delle differenze rispetto a quella contenuta nell'art. 1655 c.c., ove l'appalto è definito 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 denaro"<sup>157</sup>.

---

riferimento, giacché da essa consegue l'applicazione di particolari istituti, quali la partecipazione delle imprese in forma associata, e l'eliminazione delle offerte anomale. Cfr. BASSANI, *op. cit.* 1997, pag. 782 e ZIROLDI *op. cit.*, 2000, p. 18.

<sup>156</sup> Tale scelta è utile in termini pratici in considerazione dell'effetto di semplificazione che deriva dall'adozione di un simile criterio. Questa soluzione solleva l'interprete dalla necessità di comporre problematiche complesse, in quanto l'individuazione della normativa di riferimento potrebbe muovere da un'agile indagine sulla prevalenza. Cfr. DI GIOIA, *op.cit.*, 1999, p. 476.

<sup>157</sup> Nell'ambito della macrocategoria dell'appalto di cui all'art. 1655 c.c. è possibile individuare da una parte il contratto di appalto d'opera e dall'altro quello dell'appalto di servizi. I contratti sono sottoposti a norme particolari differenti, che valgono a delineare una diversa disciplina specifica, la quale non elimina quella comune del

Nella definizione pubblicistica si nota la rispondenza da una parte tra esecuzione di lavori e contratto di opera; e dall'altra tra prestazione di servizi e appalto di servizi. La fornitura dei prodotti invece ha una qualificazione più articolata; in quanto concretamente può riferirsi tanto allo schema della compravendita, quanto a quello dell'appalto (qualora si sottolinei il *facere* necessario alla produzione del bene).

Se si analizza la definizione di appalti pubblici di forniture contenuta nell'art. 3, co. 9, d.lgs 163/2006, si nota la natura diversa rispetto agli appalti di lavori e servizi. I primi hanno "per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti".

Si esplicita così l'uso disinvolto delle categorie giuridiche da parte del legislatore europeo e di riflesso da parte di quello nazionale. Entrambi non esitano a stravolgere il tipo e la causa dell'appalto individuando un nuovo sotto-tipo che comprende, nel suo insieme, le operazioni economiche che abbiano per oggetto l'acquisto di prodotti, la locazione finanziaria, la locazione di prodotti, con o senza l'opzione di acquisto. Questi schemi causali nulla hanno a che fare con l'appalto e sono, piuttosto, assoggettabili a norme tra loro completamente differenti<sup>158</sup>.

---

macro-tipo dell'appalto. La qualificazione di una data fattispecie contrattuale, come appalto di opere o come appalto di servizi, è essenziale al fine di stabilire la disciplina applicabile, poiché non tutte le regole dettate dal Codice civile, in tema di appalto di opere, sono applicabili anche all'appalto di servizi. Cfr. RUBINO D., IUDICA G., *Commentario del codice civile, Voce Appalto*, art. 1655-1677. p. 101, 2007.

<sup>158</sup> Ulteriore difficoltà, generata dal sistema normativo introdotto con il Codice dei contratti pubblici, riguarda il regime applicabile ai singoli contratti; dato che, nel propendere in via generale per il criterio della prevalenza, l'art. 14 d.lgs n. 163/2006 insinuava il rischio di applicazione delle norme dell'appalto di cui agli artt. 1655 e ss. c.c., (così come quelle della somministrazione richiamate ex art. 1677 c.c.), anche a operazioni economiche di vendite di beni, ovvero di *leasing* o di locazione o di acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto. Per tale ragione le conseguenze che ne derivavano in termini di responsabilità, recesso e garanzie, non erano uniformi.

Pertanto anche il concetto di contratto di appalto evoca, come già quello di contratti misti, una realtà contrattuale del tutto diversa da quella di matrice civilistica.

Tale problematica ha un'importanza notevole laddove si consideri che le scelte lessicali e i criteri per la concreta applicazione della disciplina giuridica delineati nell'art. 28 d.lgs 50/2016 non sembrano porre in dubbio gli ordinari criteri interpretativi privatistici in ordine alla gestione delle dinamiche contrattuali successive alla aggiudicazione e alla stipulazione del contratto.

La formulazione dell'art. 28 è tale da individuare i due principi, di prevalenza e di combinazione, esclusivamente ai fini di disciplina di cui al medesimo d.lgs. 50/2016, con particolare riferimento alle fasi che conducono alla scelta del contraente e all'individuazione della migliore offerta. Lasciano per lo più al di fuori del proprio ambito di normazione la disciplina del rapporto contrattuale, che è destinato a rimanere assoggettato alle norme civilcodicistiche, tra le quali assumono rilievo quelle di cui agli artt. 1321-1469 c.c., dedicate al contratto in generale.

L'art. 2, co. 4, Codice dei contratti pubblici testualmente statuisce infatti che "per quanto non espressamente previsto nel presente Codice, l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'art. 1 si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite nel Codice civile. La disposizione può essere letta in combinato disposto con l'art. 1323 c.c. per il quale tutti i contratti, e dunque anche i contratti pubblici, ancorché non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generalmente contenute in questo titolo.

Ne risulta che l'uso della definizione dei contratti misti e i principi di applicazione della disciplina (con riferimento alla ripartizione tra il criterio della prevalenza e quello dell'assorbimento) contenuti nell'art.

28 del d.lgs 50/2016, possono essere ritenuti applicabili limitatamente alla gestione dei procedimenti amministrativi fino alla conclusione del contratto<sup>159</sup>. Non invece per la regolamentazione del rapporto contrattuale, per il quale si potrà ricorrere alle scelte dottrinali e giurisprudenziali che la materia privatistica ha elaborato finora<sup>160</sup>.

In questa prospettiva sarebbero applicabili almeno in parte, e nei limiti di compatibilità con la normativa speciale, anche le norme del Codice civile che regolamentano invece esclusivamente l'appalto privato. Tale circostanza potrebbe comportare che la differente ampiezza delle categorie determini non pochi problemi al momento della applicazione della categoria di matrice pubblicistica, secondo le indicazioni fornite dal Codice civile.

La giustificazione delle differenze individuate fra le due diverse categorie di contratti misti risiede nella diversa finalità che questi accordi sono chiamati a soddisfare. L'ordinamento comunitario, nel disciplinare gli appalti misti, persegue gli obiettivi della certezza del regime giuridico da applicare alla fase di gara, e della tutela della concorrenza<sup>161</sup>. La disciplina è volta alla tutela di interessi meta-individuali, e per tale ragione non detta prescrizioni legate all'intento soggettivo perseguito o eventualmente proclamato dalla singola stazione appaltante. Gli interessi a base della normazione sono indisponibili, e il legislatore comunitario, privando di spazio la libertà negoziale, individua come unico parametro di selezione della normativa quello dello assorbimento<sup>162</sup>.

---

<sup>159</sup> Il riferimento è alla procedura di affidamento e alla qualificazione dei concorrenti.

<sup>160</sup> È stato commentato sul punto che “la dottrina prevalente ritiene che l'appalto pubblico non perde la sua natura di contratto di diritto privato, presentando solo la particolarità di essere un contratto che ha come presupposto atti amministrativi”. Cfr. GAZZONI F., *op.cit.*, p.1081

<sup>161</sup> L'Unione Europea impone all'operatore pubblico di operare con criteri concorrenziali perché, diversamente dall'operatore privato, questi non si muove spontaneamente secondo una logica pro-concorrenziale.

<sup>162</sup> Inoltre l'ordinamento comunitario stabilisce quando l'accorpamento di schemi e oggetti nel contratto misto è legittimo, e quando, invece, è obbligatoria la scissione,

Inoltre Ue e legislatore nazionale configurano la fisionomia dei contratti pubblici in modo tale da ridurre al minimo l'impatto della spesa pubblica causata dai contratti sul deficit pubblico. Poiché ciascuno Stato membro deve rispettare specifiche indicazioni per ottemperare al patto di stabilità interno, ne deriva che il diritto dei contratti pubblici si pone come strumento di servizio a garanzia anche della posizione complessiva dello Stato rispetto agli obiettivi di politica economica e finanziaria dell'Unione (quali definiti dall'obiettivo di stabilità del pareggio di bilancio, imposto dal nuovo trattato di stabilità, e dal nuovo testo dell'art. 81 Costituzione).

Pertanto il contratto pubblico, e con esso anche il contratto pubblico misto, diventa uno strumento della politica economica dell'efficienza e del rigore della spesa pubblica, che deve essere ricostruito alla luce di parametri differenti.

La "provenienza europea" del contratto misto, delineato in ambito pubblicistico, spiega così, la diversa natura mista di tali accordi e l'irriducibilità dei contratti misti disciplinati dal diritto comunitario alla categoria "domestica" dei contratti misti di diritto privato. Irriducibilità che va intesa nel senso che i contratti misti pubblici non costituiscono una *species* della categoria rappresentata da quelli di diritto privato, bensì un *genus* distinto e autonomo<sup>163</sup>, e come tale da valutare sulla base di esigenze e obiettivi differenti<sup>164</sup>.

---

con il conseguente divieto per le amministrazioni di accedere all'istituto del contratto misto. Stabilisce anche quando deve essere applicato il criterio quantitativo e quando invece quello qualitativo; e infine quali criteri di chiusura debbano essere utilizzati in caso di "fallimento" del criterio qualitativo. Pertanto l'ordinamento comunitario mantiene una vigilanza stretta e permanente su eventuali situazioni patologiche, che facciano emergere tentativi surrettizi di elusione della concorrenza da parte della pp.aa., attuati attraverso il confezionamento artificioso di contratti misti in cui vengano inseriti oggetti incompatibili.

<sup>163</sup> Al contrario di quanto ritiene la maggioranza della dottrina che, pur evidenziando le numerose peculiarità dei contratti misti pubblicistici, non si spinge fino a negare, sul piano dogmatico, la riconducibilità dei medesimi alla categoria generale di matrice civilistica.

<sup>164</sup> Autorevole conferma, sul punto, si trae da GAROFOLI R., secondo il quale: "[...]Se certo l'illustrata nozione civilistica di contratto misto può risultare utile a inquadrare la

A tale riflessione segue quella relativa all'utilità conseguita nel settore pubblico tramite la categoria dei contratti misti.

Rispetto a tale dato si deve operare un *discrimen* fra la regolamentazione predisposta dal legislatore con il d.lgs 163/2006 e quella attualmente in vigore.

La disciplina della prima versione del Codice dei contratti pubblici forniva utili elementi di indirizzo per l'interprete, poiché possedeva al suo interno, oltre la definizione di contratto misto, una chiara indicazione dell'uso da fare dei criteri di assorbimento e combinazione. Ne derivava una funzione ordinante della categoria "mista".

Invece la versione del Codice degli appalti, introdotta ex d.lgs 50/2016, determina l'effetto di una mancanza di certezza della disciplina cui andrà incontro oggi un contratto pubblico definito misto. In essa l'ampia libertà di determinazione lasciata alla p.a. (di considerare o meno scindibile l'oggetto contrattuale) e la possibilità concessa dalla norma che a essa segua alternativamente uno dei diversi principi di individuazione della normativa (assorbimento o combinazione) privano di chiare indicazioni l'interprete.

Tale considerazione non può che riflettersi anche sulla valutazione dell'utilità, nel settore pubblico, della categoria dei contratti misti. Essa rischia in tale settore (come già in quello civile) di venire meno a seguito della citata riforma.

Inoltre la riformulazione della norma determina delle problematiche di un certo rilievo rispetto alle figure contrattuali più frequentemente qualificate come appalti pubblici misti: il contratto di affidamento al contraente generale e il contratto di *global service*. Infatti a causa della

---

figura dell'appalto pubblico cd. misto, nondimeno non può essere obliterata la necessità di rimarcare le profonde differenze che distinguono quest'ultima fattispecie dalla categoria puramente privatistica" *Disciplina degli appalti pubblici misti dopo la Merloni-Ter e il d.lgs 65/2000, op.cit.,passim.*

modifica legislativa esse risentono di una positiva funzione di indirizzo per coloro che vi ricorrono.

## II Le ipotesi applicative

### 1. *Il contratto con il contraente generale*

La necessità di sanare il *deficit* strutturale, in cui il nostro Paese si è venuto a trovare rispetto agli altri partner europei, è alla base dell'avvio dell'*iter* parlamentare che ha condotto all'approvazione della legge delega 21 dicembre 2001, n. 443, la cosiddetta "Legge obiettivo". A essa si deve, unitamente al decreto attuativo 20 agosto 2002, n. 190, l'introduzione nel nostro ordinamento della figura del "contraente generale".

Il contratto con contraente generale consente alla Pubblica Amministrazione di affidare la realizzazione di grandi opere (che richiedono la soluzione di complessi problemi tecnici, di natura spesso estremamente specialistica) a un'unica impresa in grado di gestire e coordinare, con una visione unitaria, l'intero *iter* realizzativo dell'intervento.

La figura nasce al fine di risolvere le principali problematiche legate all'auspicato sviluppo infrastrutturale, le quali consistevano nella scarsità delle risorse finanziarie da destinare, e nella rigidità dei meccanismi relativi alle fasi di programmazione, autorizzazione, realizzazione delle opere pubbliche. In particolare si richiedeva un intervento in grado di favorire la realizzazione di infrastrutture strategiche in un settore, quale quello dei lavori pubblici, dotato di una sua autonomia e specificità<sup>165</sup>, la cui complessità tecnica ed economica richiedeva un significativo coordinamento delle attività di operatori professionalmente differenziati.

---

<sup>165</sup> Cfr. sul punto SALVATORE P., *La nuova figura del "General Contractor"* in *Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2002, fasc. 12, pp. 1244-1254.

Inoltre la previsione della nuova figura deriva dalla consapevolezza ormai acquisita che le due modalità tradizionali di realizzazione di opere pubbliche del sistema italiano non si prestavano a favorire la realizzazione di opere caratterizzate dalla complessità dei processi di organizzazione dei lavori, e di realizzazione dell'opera. L'appalto di sola esecuzione (in cui si giunge alla realizzazione dell'opera a fronte di un progetto esecutivo elaborato da altri) e l'appalto di progettazione ed esecuzione o cosiddetto appalto integrato (in cui la realizzazione dell'opera è compiuta dallo stesso soggetto che ha redatto il progetto esecutivo) non si mostravano figure idonee.

Analoghe considerazioni valevano per la tipologia di contratti consegnateci dalla tradizione (l'appalto di servizi, di lavori, il cosiddetto appalto di forniture, la concessione) contratti, che complessivamente intesi, si sono dimostrati inadeguati a soddisfare le diverse esigenze sul tappeto.

Il contratto con il contraente generale si poneva come una soluzione positiva, poiché rappresentava una formula che consentiva sia il coinvolgimento del capitale privato che l'utilizzazione di schemi procedurali derogatori rispetto alla normativa disciplinante la materia.

Tale esigenza è stata tradotta in principi normativi attraverso l'art. 194 del Codice degli appalti, e costituisce la positivizzazione in Italia di schemi contrattuali in uso negli appalti internazionali<sup>166</sup>.

---

<sup>166</sup> La figura del *General Contractor* è stata mutuata dall'ordinamento britannico. Tuttavia si colgono profonde differenze fra la originaria forma del contratto e la conseguente trasposizione in Italia.

Il contesto britannico ha ideato un processo fortemente modellato sugli obiettivi da conseguire e attento alla definizione di strategie coerenti rispetto alle richieste del Committente. In tale contesto, l'attività di *procurement* si caratterizza per una approfondita analisi preliminare delle esigenze del Committente, e per un atteggiamento aperto rispetto a tutti i metodi disponibili.

Nello specifico, per assistere i Committenti nella scelta del modello di processo più adeguato alle specifiche condizioni, il quadro delle possibili opzioni conseguibili attraverso un contratto di *general contractor* appariva il seguente:

- 
1. Metodo a ruoli separati o convenzionali (*Separated procurement system or conventional systems*): è presente quando la responsabilità dei principali elementi del processo da attuare, tipicamente progettazione e costruzione, sono attribuite a soggetti distinti e separati, come progettisti e costruttori. Con questo assetto, il Committente tratta con i diversi attori del processo, ed è responsabile del reperimento delle risorse finanziarie ed eventualmente del manufatto realizzato”.
  2. Metodo a ruoli integrati (*Integrated procurement systems*): si verifica quando un’organizzazione – solitamente ma non tassativamente un esecutore – assume la responsabilità della progettazione e della costruzione dell’opera; e il committente, almeno in linea di principio, stabilisce relazioni solo con questa programmazione. I principali modelli appartenenti a questa famiglia sono gli appalti di progettazione e costruzioni, sia tradizionali che modificati (*design and build e novated design and build*), quelli di promozione e costruzione (*develop and construct*) e i contratti “chiavi in mano” (*turnkey approach*). In quest’ultimo caso, il committente può fornire il finanziamento o reperirlo da terzi, ed è responsabile della successiva fase di esercizio dell’opera”.
  3. Modello a orientamento manageriale (*managment-orientated procurement systems; management contracting, construction management e design and manage*): si verifica quando la gestione del processo è assicurata da un’organizzazione che opera con i progettisti e altri consulenti per definire il progetto, e gestisce le attività necessarie alla produzione fisica del manufatto, la cui realizzazione è assegnata per pacchetti (*packages*) o per fasi (*works*) ai diversi esecutori. Metodi di questo tipo presuppongono che il committente sia coinvolto nel montaggio del processo in misura maggiore di quanto invece richiesto dai metodi appartenenti ai due gruppi precedenti.
  4. Modello a sistemi discrezionali (*Discretionary systems*): si ha quando il committente progetta l’intero assetto gestionale del processo, e dispone del potere discrezionale di applicare i metodi che ritiene più efficaci fra quelli classificati nelle tre precedenti categorie”.

Rispetto al quadro indicato, la figura del contraente generale può essere avvicinata al secondo modello. L’appalto di progettazione e costruzione (*design and build*) è infatti un dispositivo contrattuale secondo il quale l’organizzazione contraente assume nei confronti del committente la responsabilità congiunta di progettazione e costruzione dell’opera per il pagamento di un prezzo forfettario prefissato. In verità il modello di “*design and manage*” non è perfettamente corrispondente, poiché combacia con la figura del *General Contractor* presente nel nostro ordinamento, solo in apparenza.

Questo metodo presuppone che una singola organizzazione sia incaricata contemporaneamente e congiuntamente della progettazione e della gestione del processo di costruzione. Esso affida l’esecuzione delle lavorazioni tramite contratti separati, organizzati a pacchetti e con un’attività di sorveglianza sugli aspetti finanziari, affidata a un soggetto terzo.

La circostanza che tale attività non sia prevista dalla regolamentazione italiana sul contraente generale (laddove invece è usuale e generalmente ritenuta indispensabile nei modelli internazionali di riferimento) determina che fra il modello preso a riferimento dal legislatore italiano, e la trasposizione fattane in Italia, vi siano divergenze tali da non poter dire che il modello sia completamente corrispondente.

In termini generali, il successo di tale modello contrattuale nel paese di origine, prosegue tutt’oggi, tanto che in esso si riscontra un’ulteriore formulazione della struttura dell’accordo noto come *jct pre-construction services agreement*. Tale tipologia contrattuale rappresenta l’ultima applicazione del contratto, e si caratterizza per l’attenzione, rispetto alla originaria formula, alle eventuali sopravvenienze intercorrenti fra conclusione del contratto base e sua esecuzione. *The JCT Pre-Construction Services Agreement (General Contractor) (PCSA) 2008 is a*

Il contratto con il contraente generale è stato infatti formulato prendendo a riferimento i cosiddetti contratti chiavi in mano o “*turn key*”, nati nel settore dell’impiantistica e caratterizzati dalla presenza di un unico contraente che si impegna a svolgere la generalità delle attività connesse alla realizzazione dell’opera<sup>167</sup>.

Dopo diversi anni di contrasto in ordine all’ammissibilità della stessa<sup>168</sup>, la figura viene reintrodotta nel nostro ordinamento con la

---

*venture into a particularly difficult area of two-stage tendering. All too often contractors are encouraged, or feel obliged, to carry out work in the period between submission of their initial tender and their second-stage tender with no established mechanism for payment. The PCSA Agreement aims to provide that mechanism. It has the potential to be a very useful document indeed. In outward appearance it is similar to the 2005 documents but because so much of what it refers to is peculiar to the particular project for which it is to be used it necessarily leaves a great deal to be set out in Annexes A and B of which more will be said later. Cfr. Construction Law (Journal)/2009/Issue 4, May/Articles/New agreement full of potential - (2009) 20 4 Cons.Law 12.*

Cfr. sul punto FRESHFILEDS BRUCKHAUS DERINGER, Ppp in Europe: an Overview, London 2005, il quale fornisce una panoramica della controversa evoluzione di questo complesso dispositivo contrattuale. Mastemann J.W.E *Introduction to Building Procurement systems*, Spon press, London, 2002. Perry, J:C, *The Development of Contract strategies for construction project*, UNiversity of Manchester, 1985. Dearle and Henderson, *Management Contracting- a practice Manual*, Spon Press, London, 1988.

<sup>167</sup> Sono così incluse attività di progettazione, assistenza tecnica e gestionale, e di finanziamento; fino alla vera e propria realizzazione dell’opera. Spesso, nell’esperienza internazionale, l’affidatario si impegna anche a effettuare altri servizi a monte della realizzazione dell’opera (quali lo studio di fattibilità dell’intervento) oppure a valle della realizzazione dell’opera. Si tratta di una nuova metodologia di lavoro, fortemente interdisciplinare, definita *project management* che è in grado di affrontare tutti gli aspetti della realizzazione di opere complesse, quali le opere pubbliche di rilevanti dimensioni.

<sup>168</sup> L’introduzione del contratto di affidamento a contraente generale risale alla direttiva europea 89/440/CE, che prevede la possibilità di stipulare un contratto di appalto di lavori pubblici con oggetto l’esecuzione di un’opera rispondente ai bisogni dell’amministrazione aggiudicatrice. L’ordinamento comunitario ha poi previsto la figura anche nell’art. 1 della direttiva 37/1993/CE, nella direttiva 38/1993/CE e, oggi, nella direttiva 18/2004/CE. La fattispecie è stata introdotta nel nostro ordinamento con l’art. 4 del d.lgs 19 dicembre 1991, n. 406 secondo il quale “[...] si considerano appalti di lavori pubblici l’esecuzione e la progettazione di lavori pubblici oppure l’esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un’opera pubblica che sia dotata di autonomia funzionale propria, e che risponda a esigenze stabilite specificamente dall’amministrazione aggiudicatrice”. L’uso più noto di tale strumento contrattuale, all’interno del nostro ordinamento, è legato ai contratti dell’alta velocità ferroviaria stipulati da T.A.V. s.p.a. con alcuni consorzi di imprese facenti capo a FIAT, IRI e ENI che avevano assunto, in qualità di *general contractors*, la piena ed esclusiva responsabilità della progettazione esecutiva e della costruzione delle opere. Sul punto cfr. Autorità di vigilanza contratti pubblici, *deliberazione 15 luglio 2008, n. 26*; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

previsione all'interno del Codice degli appalti, a seguito del condiviso riconoscimento della idoneità di tale accordo a instaurare un rapporto di collaborazione pubblico-privato in grado di semplificare l'attività amministrativa, e di conformare il nostro Paese agli incombenti vincoli comunitari in materia di costituzione di grandi opere.

---

Tale esperienza normativa fu però stroncata sul nascere con l'approvazione della l. 109/94, la quale si ispirava a criteri della netta separazione tra progettazione e realizzazione delle opere, dal divieto di subappalto e dal divieto delle c.d. concessioni di committenza. Tali divieti rendevano estraneo al sistema un modulo procedimentale, quale quello del contraente generale, nel quale un solo soggetto cumulava le funzioni di progettista, esecutore, appaltatore e committente. Per tale ragione l'affidamento a contraente generale non fu inserito nella legge quadro. Sotto altro punto di vista, era la filosofia della legge quadro, ispirata a esigenze di controllo pubblico del mercato degli appalti (dopo il periodo c.d. di tangentopoli) a essere in contrasto con la figura del contraente generale, perché favoriva una normativa rigida che parcellizzava le competenze e definiva con puntiglio le responsabilità. Così la figura del contraente generale veniva abrogata con il regolamento attuativo, contenuto nel d.p.r. 554/99, art. 254.

Secondo una parte della dottrina, però, la figura non scomparve del tutto. Di essa si trovano tracce nell'art. 29 co. 3, l. 18 febbraio 1999, n. 28, il quale dispone che "le risorse occorrenti per la realizzazione del programma di cui al co. 1, sono reperite attraverso la stipula di apposite convenzioni con una o più banche che dispongano di idonee strutture operanti da almeno un quinquennio nel settore immobiliare; con particolare riguardo alle esperienze nella valorizzazione del patrimonio immobiliare, nella conservazione e manutenzione degli immobili e nell'amministrazione del patrimonio, alle quali verrà affidata l'esecuzione del progetto".

Per la riapparizione definitiva del contraente generale nell'ambito dei settori ordinari (nell'ambito dei settori esclusi il contraente generale era stato previsto dall'art. 7 d.lgs 158/1995) occorrerà aspettare la l. 443/2001 che, all'art. 2, co. 2 lett. f), ha delegato il Governo ad emanare norme che prevedano l'affidamento a contraente generale. Il contraente generale è stato quindi reintrodotta nell'ordinamento con l'art. 9, d.lgs 190/2002, e successivamente integrato nella sua disciplina con l'art. 2, d.lgs 189/2005, con la previsione della società di progetto, e il rafforzamento dei controlli antimafia.

Inoltre il d.lgs 163/2006 ha recepito tale assetto normativo ma ha subito alcune varianti: in primo luogo l'art. 2, d.lgs 31 luglio 2007, n. 113, nell'introdurre con l'art. 160-bis del Codice la locazione finanziaria, ha esteso anche a questa figura l'ambito di operatività del contraente generale; e l'art. 3, ha rafforzato i compiti del soggetto aggiudicatore nei controlli di legalità contro il lavoro nero negli appalti.

A sua volta l'art. 1, d.lgs 11 settembre 2008, n. 152 ha disposto l'integrazione del co. 6, art.176, d.lgs 163/2006, nella parte in cui individua le disposizioni applicabili al contraente generale (che sia esso stesso amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore), guardando alla Parte I del Codice.

### 1.1 Il contenuto delle prestazione del contraente generale

Il legislatore definisce il contratto con affidamento a contraente generale all'art. 194 Codice degli appalti, qualificandolo come l'accordo (di cui all'art. 1) con il quale viene attribuita ad un unico soggetto aggiudicatore la progettazione e realizzazione "con qualsiasi mezzo" di una infrastruttura rispondente alle esigenze specificate.

Il co. 2 dell'articolo stabilisce che il medesimo soggetto aggiudicatore provvede ad altre attività quali: a) lo sviluppo del progetto definitivo e le attività tecnico-amministrative occorrenti al soggetto aggiudicatore per pervenire all'approvazione del contratto<sup>169</sup>; b) la acquisizione delle aree sulle quali dovrà essere realizzata l'opera pubblica; c) la progettazione esecutiva; d) l'esecuzione con qualsiasi mezzo dei lavori e alla loro direzione; e) il prefinanziamento in tutto o in parte dell'opera da realizzare<sup>170</sup>; f) l'individuazione delle modalità gestionali dell'opera e di selezione dei soggetti gestori; g) l'indicazione, al soggetto aggiudicatore, del piano degli affidamenti, delle espropriazioni, delle forniture di materiale e di tutti gli altri elementi utili a prevenire le infiltrazioni della criminalità, secondo le forme stabilite dagli organi competenti in materia.

Tra le attività segnalate, la prima che contraddistingue l'opera del *general contractor* è la progettazione delle opere. In virtù di essa il

---

<sup>169</sup> Pertanto il contraente generale assume, nei confronti del soggetto dal quale riceve committenza, un'obbligazione di risultato globale con il relativo rischio. Ciò a fronte della libertà di forma di cui gode per la realizzazione dell'opera. Rispetto ad una simile ricostruzione cfr. SALVATORE P., *op. cit.*, p. 1246.

<sup>170</sup> A differenza delle altre esperienze internazionali di *general contractor*, non rientra fra le competenze della figura la gestione dell'opera eseguita. Ciò permette di chiarire la differenza fra questa figura e il concessionario di opere pubbliche. Inoltre la figura si differenzia dall'appalto integrato, in quanto le prestazioni del contraente generale sono più ampie della sola progettazione ed esecuzione, estendendosi anche alle procedure amministrative di approvazione dei progetti o di espropriazione delle aree, al finanziamento dell'operazione e al rischio economico dell'operazione. Cfr. art. 176, *Codice dei contratti pubblici*, a cura di CARINGELLA F. E PROTTO M., art. 176, 2012, p. 1186.

contraente generale è chiamato a redigere il progetto definitivo dell'opera, qualora esso non sia già stato predisposto, e in ogni caso, il progetto esecutivo. L'attività richiesta non si limita alla mera redazione dei documenti tecnici su indicazione dell'amministrazione, ma al contrario richiede una collaborazione attiva nel procedimento di redazione<sup>171</sup>. Si tratta per tale ragione di un'attività più ampia di quella di regola svolta dall'appaltatore di servizi di progettazione, poiché la funzione di supporto tecnico-amministrativo assume espresso rilievo; e a fronte di essa la pubblica amministrazione si limita a fare propria, in tutto o in parte, la progettazione svolta dal privato provvedendo in linea diretta solo alla restante attività amministrativa<sup>172</sup>.

Un'ulteriore attività che compete al contraente generale è l'acquisizione delle aree sulle quali dovrà essere realizzata l'opera

---

<sup>171</sup> Il co. 2, art.194 stabilisce che il contraente generale provvede allo sviluppo del progetto definitivo e alle attività tecnico-amministrative occorrenti al soggetto aggiudicatore per pervenire alla approvazione dello stesso da parte del CIPE.

<sup>172</sup> Si discute in dottrina se l'attività propriamente amministrativa, svolta dal contraente generale, rientri nel semplice ausilio dell'amministrazione o costituisca una vera e propria delega di funzioni. In primo luogo occorre chiarire che la norma sembra definire una duplicità di funzioni distinguendo quelle in capo al contraente generale, al quale spetta lo sviluppo del progetto definitivo; e quelle in capo al soggetto aggiudicatore, al quale competono le attività necessarie all'approvazione del progetto (art. 194, co. 3, lett. a). Si tratta quindi di chiarire la natura dell'attività svolta da parte del contraente generale nell'ambito del progetto definitivo. Una parte della dottrina evidenzia che l'art. 194, co. 3 attribuisce al contraente generale il potere di iniziativa nell'ambito del procedimento di approvazione del progetto definito. Il soggetto privato sarebbe in sostanza equiparato all'amministrazione, così come previsto anche al co. 5 del medesimo articolo; ove è previsto che gli Enti locali provvedono all'adeguamento definitivo degli elaborati urbanistici di competenza, e hanno facoltà di chiedere al soggetto aggiudicatore o al concessionario o contraente generale di porre a disposizione gli elaborati a tal fine necessari (giustificando così la qualificazione del contraente generale come privato che esercita pubbliche funzioni). In sostanza l'esigenza di rapidità o l'approvazione delle opere comporta, in questo caso, che le funzioni svolte dalle parti private e quelle pubbliche siano sostanzialmente fungibili; in attuazione di quell'obbligo di cooperazione dello svolgimento di un'attività comune che può condurre anche alla sostanziale equiparazione del contraente generale e del soggetto aggiudicatore, in alcuni ambiti di attività. Altra tesi, invece, ritiene che tali disposizioni non scalfiscano i ruoli effettivi svolti dai soggetti interessati. Tocca infatti al committente di interloquire con il CIPE, laddove la funzione del contraente generale è di carattere meramente tecnico. Resta invece di competenza esclusiva del contraente generale la redazione del progetto esecutivo, che dev'essere poi assoggettato all'approvazione del soggetto aggiudicatore che vi provvede ai sensi del co. 3 della medesima norma.

pubblica, e la possibilità di potervi fare fronte avvalendosi del potere espropriativo pubblico. A tale fine l'art. 6, co. 8, d.p.r. 32/2001, stabilisce che se "l'opera pubblica o di pubblica utilità va realizzata da un concessionario o contraente generale, l'amministrazione titolare del potere espropriativo può delegare, in tutto o in parte, l'esercizio dei propri poteri espropriativi determinando chiaramente l'ambito della delega nella concessione o nell'atto di affidamento<sup>173</sup>.

Ulteriore attività dai contorni pubblicistici è quella volta a combattere il fenomeno dell'infiltrazione da parte della criminalità organizzata: a tal fine il contraente generale è tenuto all'indicazione al soggetto aggiudicatore del piano degli affidamenti, delle espropriazioni, delle forniture di materiale, e di tutti gli altri elementi utili a prevenire le infiltrazioni della criminalità; secondo le forme stabilite tra quest'ultimo e gli organi competenti in materia<sup>174</sup>.

Focalizzando invece le prestazioni affidate al *general contractor* che più caratterizzano la figura, è utile sottolineare l'impegno del soggetto al prefinanziamento dell'opera. Il contenuto della attività richiesta si desume dall'art. 194; co. 2, lett. d); secondo il quale il contraente generale è tenuto al prefinanziamento, in tutto o in parte, dell'opera da realizzare, e dal co. 12 secondo cui il bando determina

---

<sup>173</sup> A questo scopo i soggetti privati cui sono attribuiti, per legge o per delega, poteri espropriativi, possono avvalersi di società controllata. Nel caso del contraente generale si deve ritenere che al delegato è trasferito ogni potere di realizzazione dell'opera; in tal caso il concessionario diviene organo indiretto dell'amministrazione, pur agendo in nome proprio e pur non essendo il destinatario dell'opera pubblica. Il contraente generale e il concessionario sono inoltre legittimati passivi in quanto soggetti attivi del rapporto espropriativo, e unici titolari delle obbligazioni che a esso si ricollegano (sebbene rimanga un potere di supremazia, ingerenza e controllo dell'amministrazione). Il contraente potrà poi valersi anche di società privata ai fini, però, della realizzazione delle attività preparatorie. Cfr. art. 176, *Codice dei contratti pubblici*, CARINGELLA F. E PROTTO M. (a cura di), *op. cit.* p. 1187 e ss.

<sup>174</sup> Tale attività costituisce un'ulteriore tassello di quella stretta collaborazione tra soggetto pubblico e privato, che nel contratto in questione giunge a forme nuove e numericamente e qualitativamente frequenti.

la quota di valore dell'opera che deve essere realizzata dal contraente generale con anticipazione di risorse proprie <sup>175</sup>.

La dottrina ha evidenziato che il riferimento al termine "prefinanziamento" è improprio perché non rientra nello schema dell'operazione la stipula di alcun contratto di mutuo o di finanziamento tra il contraente generale e il soggetto aggiudicatore. Più propriamente si tratta del pagamento dei costi dell'attività contrattuale conseguente al fatto che la legge vieta le forme di anticipazione del corrispettivo da parte della pubblica amministrazione; e ciò determina che i pagamenti a favore del *general contractor* avverranno solo con la liquidazione degli stati di avanzamento lavori o a seguito del collaudo. Inoltre l'anticipazione dei capitali necessari per l'operazione non costituisce un elemento accidentale della figura, ma una caratteristica essenziale che rientra nella causa stessa dell'accordo e che avvicina l'operazione a una forma di finanza di progetto<sup>176</sup>.

Nella nuova formulazione della norma che disciplina l'affidamento a contraente generale la circostanza che la nuova versione del Codice degli appalti abbia abrogato la disposizione, precedentemente contenuta nell'art. 162, lett. g) del Codice, rappresenta un elemento di interesse. Secondo la stessa si qualificava come obbligazione di risultato la totalità delle prestazioni che incombevano sul soggetto

---

<sup>175</sup> Per il finanziamento è prevista la possibilità che il contraente generale o la società di progetto, all'uopo costituita, emettano obbligazioni, previa autorizzazione degli organi di vigilanza, anche in deroga ai limiti dell'art. 2412 c.c. (il riferimento all'art. 2412 è stato inserito dall'art. 2 del d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113; il testo precedentemente in vigore era l'art. 2410 c.c.).

<sup>176</sup> La presenza di profili di finanza di progetto si riscontra anche nella previsione della costituzione di apposite società di progetto per la realizzazione dell'opera, ai sensi dell'art. 194 co. 10-11. Tali profili avvicinano l'affidamento al contraente generale al *project financing*. Nonostante queste analogie le due figure restano assolutamente diverse, come si desume dalla circostanza che il compito del *general contractor* si esaurisce con l'esecuzione dell'opera, mentre il promotore provvede anche alla gestione della stessa. Sono quindi diverse le fonti di finanziamento dell'opera. Cfr. sul punto art. 176, *Codice dei contratti pubblici*, CARINGELLA F., PROTTO M., *op. cit.* p. 1188.

aggiudicatore; e tale circostanza pone l'interrogativo di valutare se la esplicita abrogazione da parte dell'art. 217 del Codice degli appalti abbia del tutto eliminato quel contenuto o se, invece, questo sia ancora esistente (in considerazione del fatto che è rimasta immutata l'obbligazione del *general contractor* di consegnare l'opera chiavi in mano).

La peculiarità della previsione derivava dalla circostanza per cui la natura di obbligazione di risultato si estendeva a tutte le prestazioni che rientrassero nel contratto, anche qualora alcune di esse fossero per natura prestazioni di mezzi. Era il caso della direzione lavori che, pur essendo di regola considerata una obbligazione di mezzi (in quanto il direttore doveva controllare l'operato dell'appaltatore utilizzando la dirigenza professionale *quam suis*, non rispondendo per attività che eccedessero i limiti della sua condotta) perdeva la sua natura, per assumere quella di obbligazioni di risultato<sup>177</sup>.

In linea ancor più generale l'obbligazione di risultato del contraente generale si estendeva a tutte le attività, anche atipiche e innominate, che fossero necessarie per consegnare l'opera "chiavi in mano" al committente. Si qualificava così il contenuto dell'impegno del contraente generale con caratteristiche molto diverse da quelle del mero appaltatore.

Questo modello si differenziava dai sistemi tradizionali di affidamento delle opere pubbliche, i quali erano caratterizzati dal trasferimento di bassissime dosi di rischio in capo al contraente. La circostanza che, nell'attuale versione del Codice degli appalti, una simile indicazione sia venuta meno lascia più di una perplessità considerando che il contraente generale stipula un contratto che

---

<sup>177</sup> Lo stesso ordine di considerazioni vale per le prestazioni di raccolta dei finanziamenti (necessari per la realizzazione del progetto) la cui mancanza dev'essere imputata al contraente generale indipendentemente dall'impegno da lui profuso nella raccolta.

comporta la fornitura chiavi in mano dell'opera a un prezzo preordinato, e con tempi di esecuzione definiti assumendo tecnicamente tutti i relativi rischi.

Infine, un ultimo profilo di particolare interesse per la ricostruzione della figura è quello relativo ai rapporti del contraente generale con i realizzatori dell'opera e gli altri soggetti coinvolti nell'operazione in fase di esecuzione. In materia assume rilievo centrale la disposizione dell'art. 194, co. 6 secondo cui il contraente generale provvede alla esecuzione unitaria delle attività di cui al co. 2 direttamente ovvero, se costituito da più soggetti, a mezzo della società di progetto di cui al co. 10.

La prima riflessione da fare riguarda la libertà di scelta riconosciuta al contraente in merito all'esecuzione diretta delle opere o all'affidamento della stessa a terzi: la scelta fra queste due modalità è libera<sup>178</sup>, in quanto l'affidamento a contraente generale si caratterizza specificamente per la possibilità di realizzare le opere "con qualsiasi mezzo". Il contraente generale diventa committente della prestazione qualora affidi la realizzazione delle prestazioni dedotte in contratto a terzi. In questo caso il rapporto sarà disciplinato dalle ordinarie regole di diritto civile; il co. 6, dell'art. 194 chiarisce in questo senso che esse sono sottratte alle regole dell'evidenza pubblica e possono quindi essere affidate anche in via diretta, laddove in ogni caso la procedura di scelta, eventualmente utilizzata dal contraente, non può considerarsi di natura pubblicistica.

Anche in tal caso la libertà di scelta dei terzi contraenti non può giungere a derogare alle procedure di scelta del contraente previste in

---

<sup>178</sup> La realizzazione *in house* delle opere non è completamente libera in quanto l'esecuzione delle prestazioni, riconducibili all'ambito dei lavori pubblici, è subordinata al possesso dei requisiti necessari per l'esecuzione delle medesime. Sul punto l'art. 40 del d.lgs 163/2006 stabiliva al co. 2 che il regolamento disciplinava il sistema di qualificazione, unico per tutti gli esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici, di importo superiore a 150.000 euro, articolato in rapporto alle tipologie e all'importo dei lavori stessi.

sede comunitaria. Per tale ragione la norma stabilisce che al contraente generale si applicano le disposizioni di cui alla parte I, che costituiscono attuazione della direttiva 2014/24, e quelle di cui alla Parte III<sup>179</sup>.

---

<sup>179</sup> Si tratta di una semplificazione notevole delle procedure, in quanto il contraente generale rispetta solo le disposizioni comunitarie, nelle forme recepite nel nostro ordinamento con il Codice degli appalti. In particolare ciò comporterà, l'esclusione dell'obbligo di gara per tutti i lavori, servizi e forniture di valore inferiore alla soglia comunitaria. In merito all'ambito della normativa applicabile ai contratti con il contraente generale, occorre ricordare che il co. 6 dell'art. 176 disponeva che "al contraente generale, sia esso stesso amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, si applicano le sole disposizioni di cui alla parte II, che costituiscono attuazione della direttiva 2004/18/CE, ovvero di cui alla parte III". La Commissione Europea aveva, a tal proposito, contestato il mancato riferimento alla parte I del Codice "che prevede le disposizioni comuni (per esempio, quella che definisce gli appalti misti)". L'art 1, d.lgs 11 settembre 2008, n. 152 ha seguito *de plano* i rilievi europei, attraverso un intervento integrativo sul comma che adesso rinvia alle "disposizioni di cui alla parte I e alla parte II, che costituiscono attuazione della direttiva 2004/18/CE, ovvero di cui alla parte III".

Il ritorno al diritto civile per gli affidamenti dei contraenti generali ha sollevato diverse critiche nell'ambito della dottrina da parte di chi ha ritenuto che tale sistema si esponga a rischi di prevalenza di interessi privati. La critica è stata però respinta da coloro che sostengono che tale libertà, oltre a essere temperata dalla necessità dei requisiti tecnici per l'esecuzione dei lavori e ai controlli antimafia, non è una semplice deroga alla definizione di regole chiare e trasparenti per l'individuazione degli operatori; ma si giustifica nella logica della responsabilità diretta ed esclusiva del contraente generale per l'esecuzione dell'opera e di raggiungimento dei risultati previsti in sede di programmazione e di approvazione della progettazione preliminare e definitiva. Infine, a loro volta, gli affidatari possono subaffidare a terzi l'esecuzione dei lavori pubblici, ai sensi del co. 7. In tal caso si applica l'art. 118 relativo ai subappalti. Il soggetto aggiudicatore richiede al contraente generale di individuare e indicare, in sede di offerta, le imprese esecutrici di una quota inferiore al 30% degli eventuali lavori che il contraente generale prevede di eseguire mediante affidamento a terzi. Si verifica quindi un sostanziale scivolamento verso il basso del subappalto, che si applica non agli affidamenti dati dal contraente generale ma a quelli decisi dai suoi affidatari. Cfr. *Codice dei contratti pubblici*, CARINGELLA F.. E PROTTO M., *op. cit.* p. 1192.

## *1.2 I compiti del soggetto aggiudicatore*

Coerentemente con la natura giuridica che si riconosce alla figura del contraente generale, restano in capo al soggetto aggiudicatore attribuzioni residuali, quali quelle di coordinamento e di controllo. Tali compiti attengono a quelle mansioni che non possono essere demandate a un soggetto diverso dal soggetto aggiudicatore essendo peculiari della sua natura.

Un primo gruppo di attribuzioni attiene alla progettazione e all'approvazione delle varianti in corso d'opera, nonché alle operazioni di collaudo. In particolare il soggetto aggiudicatore provvede: alle attività necessarie alla approvazione del progetto definitivo (ove detto progetto non sia già stato posto a bando di gara ex art. 194, co. 3, lett. a); all'approvazione del progetto esecutivo predisposto dal contraente generale e delle eventuali varianti in corso d'opera (art. 194, co. 3, lett. b), al controllo delle operazioni di collaudo delle opere (art. 194, co. 3, lett. d).

In secondo luogo, spetta all'amministrazione la stipula di accordi con gli organi competenti in materia di sicurezza, nonché di prevenzione e repressione della criminalità; accordi finalizzati alla verifica preventiva del programma di esecuzione dei lavori, e in vista del successivo monitoraggio di tutte le fasi di esecuzione delle opere e dei soggetti che le realizzano (art. 194, co. 3, lett. d).

Infine, a fronte della libertà di forme e di azione riconosciuta al contraente generale, è bene sottolineare che il soggetto aggiudicatore mantiene comunque l'alta sorveglianza sulla realizzazione delle opere stesse (art. 194, co. 3, lett. b), poiché è fatto salvo in capo all'amministrazione un potere di controllo sull'opera da realizzare.

È possibile ritenere che il legislatore abbia voluto limitare tale potere di controllo (e quindi di ingerenza) del soggetto aggiudicatore, poiché ha ristretto il controllo ai casi di inadempienza più gravi, tali da mettere in pericolo il buon esito dell'opera. Ciò si desume dall'indicazione "alta sorveglianza", laddove l'aggettivo "alta" è evidentemente limitativo del possibile controllo. La definizione "alta sorveglianza" è di natura ambigua e per essere meglio compresa richiede di individuare quale dei due soggetti assuma il rischio economico dell'operazione. Infatti il potere di controllo di un soggetto è di norma legato al rischio che questo si assume, poiché si stabilisce che il diritto di controllo è riconosciuto a chi patisce eventualmente il danno economico della mancata realizzazione. Ciò comporta che nel caso di specie, poiché il rischio della operazione è totalmente a carico del soggetto contraente generale; il potere di controllo riconosciuto alla pubblica amministrazione dovrà essere limitato, superficiale e di sola supervisione.

In definitiva se il rischio è proprio del contraente generale, e se a questo rischio conseguono effettive ricadute economiche (fino all'estrema conseguenza del fallimento del progetto), non potranno essere tollerate ingerenze nel merito delle scelte da parte del soggetto aggiudicatore. Pertanto in un'ottica di bilanciamento di interessi, il potere di controllo potrà essere esercitato solo qualora il rischio per l'interesse della collettività (che coincide con la mancata realizzazione dell'opera) possa concretizzarsi a causa dell'operato del soggetto realizzatore, risultando preminente sull'interesse particolare dello stesso<sup>180</sup>.

---

<sup>180</sup> Il testo della norma lascia aperti numerosi problemi interpretativi sul rapporto tra il soggetto aggiudicatore e il contraente generale, che potranno tradursi in motivi di contenzioso sulla sfera di competenze tra i due soggetti. Dalla norma non si evince quali siano gli strumenti in capo all'amministrazione per poter esercitare tale "alta sorveglianza", e come essi possano e debbano essere utilizzati, nel caso siano riscontrate violazioni degne di essere censurate. A tal proposito, sarebbe forse

Infine un'altra prescrizione conferisce al soggetto aggiudicatore un ulteriore potere di vigilanza (posto a tutela degli affidatari) nei confronti del contraente generale. In particolare "il soggetto aggiudicatore verifica periodicamente il regolare adempimento degli obblighi contrattuali del contraente generale verso i propri affidatari". Se da tali verifiche risulti l'inadempienza del contraente generale, il soggetto aggiudicatore ha "facoltà di applicare una detrazione sui successivi pagamenti e procedere al pagamento diretto all'affidatario, nonché di applicare le eventuali diverse sanzioni previste in contratto" ex art. 194, co. 9. Evidentemente il conferimento di tale ulteriore potere di controllo è teso a disciplinare la fase esecutiva del rapporto garantendo l'adempimento degli obblighi contrattuali del contraente generale, e non a limitare la libertà di contrattazione tra il contraente generale e gli affidatari.

È da notare come si sia voluta dotare l'amministrazione di un potere istruttorio per verificare gli eventuali inadempimenti del contraente generale; e anche di una sorta di potere decisionale al fine di riscontrare l'inadempimento medesimo, sulla base del quale adottare la sanzione prevista per legge o quelle eventualmente previste dal contratto.

Tuttavia, nel concreto sarà difficile adattare tale prescrizione alla complessità di rapporti che regolano le relazioni tra le parti interessate. Appare equivoca l'attribuzione di una mera facoltà di intervento da parte dell'amministrazione a fronte della verifica di un inadempimento contrattuale, quando non è specificato secondo quali criteri deve essere orientata la relativa discrezionalità.

---

opportuno un nuovo intervento chiarificatore del Legislatore. Cfr. sul punto *Codice dei contratti pubblici*, commentato a cura di PERFETTI L.R., 2013, p. 1941.

Infine un altro momento di criticità è rappresentato dall'eventuale ingerenza del soggetto aggiudicatore attraverso la previsione del pagamento diretto, nei rapporti tra contraente generale e affidatario<sup>181</sup>.

---

<sup>181</sup> Cfr. *Codice dei contratti pubblici*, commentato a cura di PERFETTI R., *op.cit.*, p. 1943.

### 1.3 La natura del contratto di affidamento a contraente generale

I requisiti delineati della figura del *general contractor* evidenziano che questa si caratterizza per l'obbligo di una prestazione estremamente variegata al proprio interno<sup>182</sup>, la cui natura giuridica controversa<sup>183</sup>

---

<sup>182</sup> Il contraente generale opera a proprio nome, e ha l'onere di reperire i fondi per il prefinanziamento dell'esecuzione: egli può realizzare direttamente l'opera, oppure può costituire una *società di progetto*, che preveda la possibile partecipazione di istituzioni finanziarie e assicurative. È possibile avvicinare il contraente generale alla figura del concessionario per prestazioni integrate, con la differenza, però, che il primo assume su di sé l'onere del perfezionamento dell'opera e il rischio imprenditoriale relativo alla realizzazione dell'opera.

L'assunzione del rischio, tuttavia, concede al contraente generale la piena autonomia per la realizzazione dell'opera, ed evita l'assoggettamento ai vincoli ai quali devono sottostare i soggetti pubblici.

Infine si deve segnalare come il ricorso al *general contractor* possa avere effetti distorsivi sul mercato di riferimento, come nel caso in cui, ad esempio, si accorpino lavori o lo si utilizzi delegando funzioni che potrebbe svolgere il soggetto aggiudicatore. Si pensi all'affidamento a *general contractor* disposto da Società Grandi Stazioni s.p.a. per la ristrutturazione di 14 stazioni ferroviarie. Questo è stato oggetto di un noto contenzioso sollevato dall'ANCE, che lamentava l'incongruo accorpamento in un unico lotto di lavori e prestazioni differenti.

In proposito, la giurisprudenza ha osservato che affinché possa esser consentito l'affidamento della realizzazione delle grandi opere ex l. n. 443/2001 a *general contractor*, è necessaria la contemporanea sussistenza delle caratteristiche dell'unica logica realizzativa e gestionale, e dell'estrema complessità tecnico-organizzativa. (La controversia è stata decisa da Tar Lazio, Roma sez. III, n. 2375/04, che ha annullato il bando di gara osservando come il carattere unitario degli interventi non determinasse la doverosità dell'accorpamento in un unico lotto. La sentenza è stata riformata da Cons. Stato sez. VI, n. 2281/04, che però non è intervenuto sul merito della vicenda, risolvendo la questione con l'eccezione del difetto di legittimazione attiva in capo all'associazione di categoria ricorrente).

<sup>183</sup> La complessità delle prestazioni cui risulta tenuto il contraente generale (esecuzione dell'infrastruttura con qualsiasi mezzo, progettazione, acquisizione aree, perfezionamento, individuazione modalità gestionali, collaborazione con soggetto aggiudicatore) unita alla diversità delle competenze richieste, rispetto al "comune" appaltatore, ha reso inadeguato il primo sistema di qualificazione specifico per il contraente generale, basato su requisiti particolarmente articolati e significativi. Già l'art. 15 d.lgs, n. 190/2002 aveva previsto l'emanazione di uno o più appositi regolamenti per "l'istituzione di un sistema di qualificazione dei contraenti generali [...] anche in deroga alle previsioni [...] della legge quadro e assicurando il rispetto delle normative comunitarie applicabili" LAMBERTI A., in Nuove leggi civ. 2003, p. 1084.

Con il d.lgs n. 9/2005 "Integrazioni al d. lgs 20 agosto 2002, n. 190, per l'istituzione del sistema di qualificazione dei contraenti generali delle opere strategiche e di preminente interesse nazionale, a norma della l. 21 dicembre 2001, n. 443" si è introdotto il Capo II bis (art. 20-bis e ss). Tale articolo è stato sostanzialmente trasfuso nella Sez. III del Capo IV in esame, agli artt. 186-193; la materia è stata poi ulteriormente disciplinata dagli artt. 97-104, d.p.r. n. 207/2010. Si deve evidenziare

ha determinato, fra diverse ipotesi, l'inquadramento come contratto misto di appalto. Il motivo della diversità delle prestazioni deriva dalla circostanza che nelle varie prestazioni che il *general contractor* è tenuto a eseguire, ricorrono gli elementi caratteristici del contratto di appalto. Così come ricorrono elementi che richiamano il contratto di committenza<sup>184</sup> nelle prestazioni rispetto alle quali lo stesso ha assunto l'obbligo di fare eseguire da terzi. Inoltre la gamma di rapporti configurabili per l'attività di provvista di risorse finanziarie è varia, poiché il contraente generale può provvedervi direttamente o tramite istituti creditizi e assicurativi.

Pertanto, le tesi che si sono contese il campo in merito alla qualificazione giuridica dell'intera attività giuridica del contraente generale sono diverse.

Secondo una prima interpretazione<sup>185</sup> il contratto con contraente generale è qualificabile come contratto di mandato senza rappresentanza. Ciò in linea con l'obiettivo del legislatore di ottenere da un soggetto di provvedere, in nome proprio, al compimento di una serie di atti giuridici i cui risultati andranno trasferiti all'amministrazione committente<sup>186</sup>. Secondo questa tesi il contraente svolge principalmente attività giuridica volta alla conclusione di contratti di compravendita e appalti in nome proprio, al fine di realizzare l'opera. Le spese per il compimento di questa attività gravano sul contraente generale al quale l'amministrazione deve poi fornire la provvista. Da ultimo il contraente generale deve trasferire

---

che anche tale sistema di qualificazione prevede requisiti di ordine generale e di ordine speciale.

<sup>184</sup> In virtù del contratto di committenza il *general contractor* pone in essere, con le imprese terze, veri e propri contratti di appalto (sottratti come tali alla normativa comunitaria relativa alle procedure di affidamento) e non di subappalto.

<sup>185</sup> Cfr. PROTTO M., *La legge obbiettivo: arriva il generale contractor e dilaga la super Dia*, in *Urbanistica e appalti*, 2002, 11

<sup>186</sup> Contrario a questo orientamento SALVATORE, P. *op. cit.*, in *Tar*, 2002,1; il quale identifica il compimento dell'opera pattuita come frutto di un'attività svolta in nome proprio e per conto proprio con assoluta estraneità di rapporti rispetto al committente.

gli acquisti e le opere realizzate a proprio nome nella sfera giuridica del soggetto aggiudicatore, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1706, co. 2 c.c.

Questo inquadramento trova sostegno nel potere del contraente generale di sostituirsi alla pubblica amministrazione. Quest'ultimo, infatti, può utilizzare tutti i poteri amministrativi spettanti al soggetto aggiudicatore<sup>187</sup>.

Invece comportano maggiore difficoltà di inquadramento, all'interno della figura del mandato, in primo luogo, il compimento delle opere direttamente da parte del contraente generale; in quanto qui perde peso il requisito dello svolgimento di sole attività giuridiche trattandosi dell'esercizio di attività economica con carattere imprenditoriale.

In secondo luogo, a differenza dello schema ordinario del mandato senza rappresentanza, vi è in tale accordo l'obbligo di prefinanziamento dell'opera, in considerazione del fatto che nel mandato le spese sono anticipate dal mandante, salvo patto contrario. Infine è stato evidenziato che nel caso di contraente generale non è possibile che si verifichi la revoca o la rinuncia al mandato, in quanto nel primo caso sussiste un vero e proprio obbligo di svolgere l'attività prevista, e non sussiste alcun poter di ingerenza dell'amministrazione aggiudicatrice nei confronti dell'attività del contraente generale, che

---

<sup>187</sup> La qualificazione in termini di mandato trova poi il proprio antecedente giurisprudenziale nella pronuncia del Cons. St. Ad. Gen., n. 1504, 6 dicembre 2002 che, in relazione all'art. 29 l. 18 febbraio 1999, ha ritenuto legittima e non elusiva della disciplina dei lavori, l'operazione di acquisti immobiliari programmata dall'amministrazione mediante il ricorso a schema tipici e misti. Il parere è relativo alla realizzazione di alcune Caserme della Guardia di Finanza, commissionate a una impresa bancaria, finanziatrice di programmi di acquisto degli immobili. Per l'operazione si è fatto ricorso a un contratto misto di mutuo e di mandato ad acquistare e alla procedura di gara disciplinata dal d.lgs n. 157/1995 relativa agli appalti di servizi. Cfr. sul punto *Codice dei Contratti pubblici, op. cit.* p. 1192 e CINTIOLI F., *Profili ricostruttivi del general contractor* a cura di Morbidelli, in *La Finanza di Progetto*, Torino, 2004.

possa condurre all'assunzione della decisione di revocare l'affidamento.

A tale inquadramento se ne contrappone un altro<sup>188</sup>, che tende a valorizzare le funzioni che il contraente generale svolge al posto della stazione appaltante (quali la direzione lavori, la raccolta di finanziamenti, l'acquisizione delle aree, l'individuazione degli esecutori) definendo tale contratto come concessione<sup>189</sup>.

Contro tale qualificazione si evidenzia che il contraente generale non si sostituisce soltanto all'amministrazione, ma è responsabile della realizzazione delle opere rispetto alle quali non assume soltanto la posizione di promotore, ma di vero e proprio realizzatore (laddove invece la concessione di committenza è considerata dalla giurisprudenza un'obbligazione di mezzi).

Contro tale qualificazione emerge il dato normativo che contrappone il contraente generale al concessionario, e la mancanza nell'oggetto del contratto della gestione: ciò comporta una distribuzione dei rischi economici dell'operazione e dei contenuti del contratto ben diversi nelle due fattispecie; laddove nel primo caso il rischio sarà presente per un periodo lungo tanto quanto quello della gestione; mentre nel secondo sarà limitato sino alla consegna dell'opera.

---

<sup>188</sup> Cfr. sul punto CIANFLONE A. E GIOVANNINI G., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, p.1443.

<sup>189</sup> Tale valorizzazione è stata proposta al fine di costringere il contraente generale alle regole dell'evidenza pubblica nella selezione delle imprese terze affidatarie e incaricate, in tutto o in parte, delle attività *strictu sensu* realizzative. Tuttavia a questa opzione ermeneutica si contrapponeva l'incontrovertibile dato normativo costituito dall'ultimo periodo dell'art. 162, lett. g), secondo cui i contraenti generali non sono soggetti aggiudicatari ai sensi del presente capo. Nonché soprattutto, dell'art. 176, co. 6, in forza del quale i rapporti fra contraente generale con i terzi sono rapporti di diritto privato a cui non si applicava Codice degli appalti, salvo quanto previsto nel presente capo.

La particolarità della figura del contraente generale ha poi condotto la dottrina<sup>190</sup> a cercare risposte anche nell'ambito dell'atipicità contrattuale<sup>191</sup>.

Tale orientamento propende per la riconduzione del rapporto fra contraente generale e soggetto aggiudicatore alla categoria dei contratti atipici, e sottolinea la compresenza di un legame teleologico fra i vari negozi e la sostanziale atipicità del modello di volta in volta prescelto in concreto dall'esecutore dell'opera. L'alterità del modello e/o la non integrale riconducibilità della figura a quella dell'appaltatore di opera pubblica sarebbe comprovata dalla

---

<sup>190</sup> La tesi è espressa da CINTIOLI F., *op.cit.*, p. 66 e ss.; e sia pure con prospettazioni in parte differenti TOMEI R., *la disciplina dei contratti pubblici*, Baldi (a cura di), *op. cit.* p. 1423 e ss.

<sup>191</sup> Parte della dottrina ha qualificato la figura come un'ipotesi di collegamento negoziale o di contratto a causa variabile. La teoria del collegamento negoziale è stata criticata in quanto non tiene in considerazione la coesione della fattispecie con la previsione di una pluralità di cause. La previsione di una responsabilità di risultato per tutta l'operazione negoziale, l'unità teleologica di tutta l'operazione, e la previsione di garanzie specifiche (che si estendono a tutta l'attività) sono indici che suggeriscono la configurazione dell'affidamento a contraente generale come contratto unico, stipulato al fine di permettere all'amministrazione di valersi di una pluralità di competenze diverse, ma unificate dal raggiungimento del medesimo scopo e a da una sola controparte. Cfr. sul punto SALVATORE P. *op. cit.*; il quale sottolinea la oggettiva complessità dell'operazione economica sottesa alla fornitura chiavi in mano dell'infrastruttura strategica commissionata, e rileva l'insufficienza metodologica dello sforzo di individuare un unico schema negoziale nel quale sussumere la fattispecie in oggetto. Appare più congeniale la riconduzione delle varie prestazioni pattuite (fra contraente generale e soggetto aggiudicatore) al fenomeno del *collegamento negoziale*. Cfr. SCOGNAMIGLIO R., *Collegamento negoziale*, (voce) in *Enc. Diritto*, VII, Milano, p. 375 e ss.

La tesi del contratto a struttura variabile, intende fotografare la peculiarità dell'operazione negoziale che, vista in un'ottica dinamica, assume contorni diversi a seconda della sua configurazione concreta, tanto che può avere anche struttura trilaterale, invece che bilaterale, ogni volta che si inserisca nel rapporto anche la società di progetto.

La complicata qualificazione di questa figura è stata aggravata dal Legislatore che con l'art. 3, co. 15 del d.lgs 163/2006 ha valorizzato la funzione di raccolta di fondi e ha inserito l'affidamento a contraente generale tra i "contratti di partenariato pubblico e privato". Questi sono intesi come contratti aventi ad oggetto una o più prestazioni, quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità oppure la fornitura di un servizio. Viene compreso, in ogni caso, il finanziamento di tali prestazioni, a carico totale o parziale dei privati, con allocazioni di rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti; a condizione che il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. Cfr. sul punto FARINA V., *l'affidamento a contraente generale*, Napoli, 2007, p. 154.

circostanza che il contraente generale, prima ancora che un esecutore dell'opera, in senso classico, ben può essere un protagonista dei mercati finanziari e dei sistemi di progettazione ingegneristica.

In questa logica viene anche evidenziato<sup>192</sup> il disallineamento fra i fenomeni concessori in materia di opere pubbliche (conosciuti dall'ordinamento italiano e che presentano qualche analogia con la figura di contraente generale<sup>193</sup>) e l'ampia nozione di appalto di lavori pubblici fatta propria dal legislatore comunitario, tale da non consentire la loro incondizionata sussunzione in quest'ultima categoria.

Nelle varie argomentazioni addotte a sostegno di questa soluzione interpretativa, merita di essere segnalata quella che ritiene che le obbligazioni gravanti sul *general contractor* (quali quella di prefinanziare, in tutto o in parte l'opera) non sono in grado di alterare la struttura sostanziale del sinallagma. Questa consiste nella realizzazione dell'opera infrastrutturale secondo modalità esecutive non rigidamente predeterminate a fronte del pagamento di un prezzo. L'accordo con contraente generale costituirebbe un esempio di contratto atipico, seppur previsto espressamente per legge<sup>194</sup>, da accettare di per sé superando "la paura dell'atipico che per lungo tempo ha colpito la giurisprudenza amministrativa"<sup>195</sup>.

Secondo questa impostazione è da escludere l'identificazione *tout court* dell'affidamento a contraente generale con il contratto di appalto di opere pubbliche, perché l'argomento testuale risulta eccessivamente debole, e perché il legislatore non fa mistero di quale diversa veste possa avere in concreto la prestazione generica del

---

<sup>192</sup> Cfr. TOMEIR., *op. cit.*, p. 1426 e ss.

<sup>193</sup> Si faccia riferimento alla titolarità in capo al contraente generale di funzioni pubblicistiche come quelle di direzioni lavori o di autorità espropriante.

<sup>194</sup> CINTIOLI F., *op. cit.* utilizza al fine di esplicitare tale "anomalia" la definizione di atipicità in senso sostanziale, che ricorre quando, a fronte di un inquadramento formale delle discipline, manchi una effettiva disciplina da parte del legislatore.

<sup>195</sup> Cfr. sul punto CINTIOLI F., *op. cit.*, passim.

*general contractor*: questi può bene essere prima ancora un protagonista dei mercati finanziari o dei sistemi di progettazione lavori<sup>196</sup>.

Sulla stessa scia di tale interpretazione si è mossa anche la Giurisprudenza<sup>197</sup> che, in materia degli affidamenti relativi alla TAV, ha affermato che si tratta di contratti innominati<sup>198</sup> di servizi e di prestazioni, validi ex art. 1322 c.c.

L'atipicità rispetto all'appalto risiede nel fatto che il contraente generale si sostituisce all'amministrazione garantendo a essa il risultato, e non operando sotto la direzione della medesima, ma in piena autonomia. Per tale ragione il *general contractor* svolge anche le funzioni di direzione lavori che nell'appalto spettano soltanto alla stazione appaltante<sup>199</sup>.

In verità oggi il riconoscimento normativo giuridico della figura del contraente generale non consente di qualificare ancora il contratto in oggetto come innominato o atipico; in quanto il legislatore ha definito gli elementi costitutivi e i caratteri della figura.

---

<sup>196</sup> Al fine di riconoscere la distanza dalla comune nozione di appalto, è stato definito il *general contractor* come un super appaltatore, al quale la legge attribuisce ulteriori compiti al fine di consentire il certo e celere raggiungimento del risultato della realizzazione dell'opera. Secondo la relazione al d.lgs n. 190/2002, il contraente generale "È un costruttore di opere, civilisticamente un appaltatore, che a differenza dell'appaltatore di lavori pubblici regolato dalle leggi attuali, può realizzare l'opera, con qualsiasi mezzo ma anche sub affidandola in tutto o in parte a terzi". Cfr. *Codice dei contratti pubblici commentato* (a cura di) PERFETTI R., *op.cit.*, p. 1928.

<sup>197</sup> Cfr. Cass.7 marzo 2005, n. 4896; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

<sup>198</sup> Così si esprime il Consiglio di Stato nel parere 19 giugno 1991, n. 570; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

<sup>199</sup> Da ultimo la giurisprudenza ha affermato che il *general contractor* è un modello negoziale che vale a realizzare grandi opere pubbliche, per le quali non si può prescindere da una visione unitaria del quadro degli interventi. Ciò a causa di fattori quali: i tempi e i modi di realizzazione degli interventi medesimi, le dimensioni e le difficoltà esecutive degli stessi, la necessità di far fronte a cospicui, e i relativi fabbisogni finanziari. Cfr. Cons. Stato II. 16 marzo 2005, n. 7470; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

Le considerazioni alla base della qualificazione come atipico possono essere superate aderendo all'orientamento <sup>200</sup> che opta per la riconduzione della figura in oggetto alla nozione comunitaria di appalto di lavori pubblici. Questa tesi<sup>201</sup> valorizza il dettato delle direttive comunitarie e, da ultimo, dell'art. 1 della Direttiva 2004/18 secondo il quale gli "appalti pubblici di lavori" sono appalti pubblici aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato I o di un'opera; oppure l'esecuzione con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice.

Tale qualificazione ha il pregio di trovare un'espressa conferma normativa e individua la principale obbligazione del contraente nella realizzazione delle opere a esso affidate. Inoltre a favore della natura di appaltatore del contraente generale militava l'art. 162, lett. g), d.lgs n. 163/2006, che era inequivoca nel ricondurre l'istituto a una delle

---

<sup>200</sup> Cfr. sul punto MONTEDORO G E DIPACE R., *Gli appalti di opere*, 2003, p. 191 e ss.; GALLI, in De Nictolis, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, 2007, p. 349 e ss.; SANTI G., in AA. VV, *Codice dei contratti pubblici, Le nuove leggi amministrative*, 2007, p. 1530 e ss., nonché STUMPO G., *La figura del general contractor come delineata dalla l. n. 443/2001 e dal recente regolamento attuativo di cui al dl n. 190 del 2002*, in *Riv. Trim. app.*; 2002, 837 e ss.; contributi che optano decisamente per la riconduzione della figura alla nozione comunitaria di appalto di lavori pubblici.

<sup>201</sup> Meritano di essere segnalate due ulteriori prospettazioni: una individua con efficacia la diversità della figura in esame rispetto ai frequenti fenomeni di partenariato pubblico-privato, evidenziando che quest'ultima complessa vicenda è caratterizzata dal coinvolgimento del privato nell'esercizio della funzione o di servizi amministrativi con assunzione *pro quota* del rischio di gestione (mentre il contraente generale non assume su di sé né attività di gestione né rischio in ordine alla esecuzione che non sia quello derivante dall'ovvia necessità di effettuare un'attenta analisi dei costi e di condurre sollecitamente l'attività propria e dei soggetti dei quali si avvale) Cfr. sul punto GALLO. In A.A.VV, *Trattato sui contratti pubblici*, op. cit. p. 2799. L'altra è più sensibile alla sostanza economica della figura (che alla sua suscumbilità all'interno di categorie giuridiche precostituite) e tende a sottolineare la differenza rispetto alla figura del concessionario. Quest'ultimo realizza ma non costruisce l'infrastruttura, perché la sua vocazione è gestirla. Invece il contraente generale è il soggetto che progetta e costruisce l'opera, secondo le esigenze specificate dal soggetto aggiudicatore, contro il pagamento del corrispettivo, che però verrà pagato in tutto o in parte dopo l'ultimazione dei lavori. In questo sta ciò che caratterizza la figura del contraente generale: l'obbligazione di risultato e l'assunzione di tutti i rischi legati alla realizzazione.

figure di appalto pubblico di lavori, allorché riconosceva che l'affidamento a contraente generale è il contratto “di cui all’art. 3, co. 7 della legge”, e cioè un appalto di lavori.

Per quanto dogmaticamente non del tutto soddisfacente<sup>202</sup>, la nozione di “esecuzione dell’opera con qualunque mezzo” (presente nella descrizione della fattispecie descrittiva del contraente generale) testimonia una vocazione alla descrizione essenziale degli elementi costitutivi di un fenomeno giuridico con la semplicità propria delle formule utilizzate dal legislatore comunitario. A partire da essa il legislatore nazionale ha potuto costruire compiutamente la figura giuridica del contraente generale, con tutte le specificità ritenute necessarie per il suo più efficace funzionamento sul piano della concreta operatività.

Tale qualificazione dal punto di vista terminologico si scontra con la genericità della formula utilizzata dal legislatore comunitario, che non persegue scopi sistematici, quanto finalità di equiparare fattispecie diverse a fini di uniformità di disciplina<sup>203</sup>. Pertanto appare evidente la ragione per la quale si ritiene che la qualificazione più rispondente alla natura del *general contractor* sia quella di contratto pubblico misto.

---

<sup>202</sup> Cfr. in termini CIANFLONE A. E GIOVANNI G, *op.cit.*, p. 710.

<sup>203</sup> Risulta atipica rispetto a questo schema soprattutto l’obbligazione di raccolta dei fondi e lo svolgimento di funzioni proprie della stazione appaltante. Cfr. sul punto *Codice dei contratti pubblici* a cura di CARINGELLA F. E PROTTO M., *op. cit.*, p. 1193.

#### 1.4 Osservazioni critiche

L'avvenuta riforma del Codice degli appalti e la nuova formulazione dell'articolo dedicato agli appalti pubblici misti esplicita i propri effetti anche rispetto alla figura del contraente generale. La circostanza evidenziata per cui tale accordo viene oggi qualificato come misto comporta che la nuova formulazione della norma dedicata ai contratti pubblici misti abbia degli effetti anche rispetto a esso.

Non si può negare che la mancanza di una indicazione univoca sull'uso dei criteri di assorbimento e combinazione, riscontrabile nell'art. 28, d.lgs 54/2016, non produca conseguenze in termini di mancanza di chiarezza anche rispetto alla figura del *general contractor*. Inoltre sulla valutazione della figura in commento, e sulla sua idoneità ad assolvere allo scopo per il quale il legislatore l'ha ideata, incide un aspetto di particolare rilievo. Posto che la disciplina sul contraente generale è stata pensata come eccezionale; oggi si verifica una sua applicazione generalizzata alla realizzazione di opere di piccole dimensioni. Tale tendenza rischia di far diventare ordinaria una disciplina pensata come "straordinaria".

Tale circostanza tradirebbe la funzione originaria della legge obiettivo, cioè quella di creare un regime speciale derogatorio alla normale disciplina, che si giustificava sia per la necessità e l'urgenza di realizzazione delle stesse infrastrutture, sia per la complessità della realizzazione e per la insufficienza dei fondi pubblici disponibili.

A tale proposito si deve anche considerare la concreta capacità organizzativa della maggior parte del tessuto imprenditoriale italiano, il quale è costituito da imprese di dimensioni medie, che non sarebbero in grado di assumere il ruolo di contraente generale, proprio perché di dimensioni troppo modeste. Quindi l'applicazione

del metodo in questione ad un ampio numero di opere avrebbe l'effetto di escludere la maggior parte delle imprese nazionali dalle gare per l'affidamento, con danni notevoli per l'intero settore<sup>204</sup>.

Bisogna aggiungere inoltre che il giudizio sull'utilità in termini generali sulla nuova figura, non va parametrato in considerazione dei contenimenti dei costi da sopportare per la realizzazione dell'opera.

Se lo Stato ricorre al *General contractor*, al quale richiede di prefinanziare il progetto<sup>205</sup>, mira alla riduzione dell'impatto della spesa stessa sui bilanci pubblici correnti (raggiunta tramite pagamenti differiti nel tempo e diluiti in un certo numero di anni) e non a una limitazione delle uscite. In un contesto simile è certo che il costo del finanziamento, a prescindere dalle modalità di finanziamento adoperate, sarà con ogni probabilità maggiore dovendo includere i rischi economici legati alla dilazione nel tempo, presumibilmente non breve, dei pagamenti.

Inoltre il ricorso alla nuova figura non implica necessariamente la conclusione del progetto nei tempi e nei modi previsti, attesa la concreta possibilità di imprevisti e varianti in corso d'esecuzione che determina una diligenza nella cura dei particolari, sia a livello di revisioni particolari che di tetti di spesa<sup>206</sup>.

---

<sup>204</sup> Cfr. sul punto Tar Lazio sez III ter Roma 11.3.2004, n. 2375; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

<sup>205</sup> La capacità finanziaria che si richiede al *general contractor* presenta due profili che devono essere tenuti distinti: la capacità finanziaria, intesa come capacità di far fronte agli oneri di gestione corrente della commessa (anticipazione, garanzie e acconti ai fornitori, ecc.) e che lo accomuna al concessionario; e quella occorrente per la realizzazione del progetto, la cui valutazione dovrà essere perspicuamente calibrata sulle caratteristiche dell'opera (nella quale possono assumere maggior rilievo profili tecnici ovvero finanziari) e che lo differenzia dal concessionario. Cfr. sul punto SALVATORE P., *op. cit.*, p. 1254.

<sup>206</sup> Elemento fondante della nuova figura è la prestazione dei *performance bond*, cioè la garanzia che il progetto verrà completato nei termini e con i costi contrattualmente previsti. Garanzia la cui adeguatezza ha una duplice valenza: perché idonea a discriminare i *contractors* e, quindi a supportare la relativa selezione; e perché in grado di costituire il dato di base per impostare qualsiasi forma di finanziamento (pubblico o privato). Cfr. sul punto SALVATORE P., *op. cit.*, p. 1254.

Pertanto l'interesse per il nuovo istituto del contraente generale, sconta la scarsa propensione fino a oggi presente del sistema imprenditoriale privato ad assumere rischi nella realizzazione di opere pubbliche, atteso che le concessioni di grandi infrastrutture sono state fin qui consentite solo a società appartenenti al sistema delle partecipazioni statali. Di qui la previsione di un nuovo modello di realizzazione di opere pubbliche che, in virtù dei meccanismi agevolativi e semplificativi, dovrebbe stimolare in maniera nuova la propensione all'impiego di capitali privati nei settori strategici per lo sviluppo del Paese. La struttura del nuovo accordo<sup>207</sup> muove il fulcro dell'operazione dalla realizzazione di un'opera pubblica all'attività di impresa, che si presenta con una esecuzione complessa ma legata a un obiettivo di remunerazione; che per un verso costituisce stimolo per l'investimento dei privati, e per altro garanzia della limitazione di un intervento pubblico.

Nonostante tali rilievi la valutazione complessiva sulla figura in commento non può che essere positiva.

Essa consente al nostro Paese di importare prassi già consolidate in altri paesi industrializzati; quali quella di coinvolgere finanziamenti privati, e di risolvere positivamente il problema della realizzazione di grandi opere (tramite soggetti dotati di importanti capacità tecnico-organizzativa, anch'essi di grandi dimensioni).

---

<sup>207</sup> La possibilità che la figura del *general contractor* possa concorrere a ovviare, o quanto meno a ridurre, alcune disfunzioni del nostro sistema è subordinata a una serie di condizioni tra le quali ha un ruolo determinante l'utilizzo di strumenti giuridici idonei a convogliare le risorse private. La validità dell'uso di tali strumenti dipenderà dalla previsione di una disciplina nella quale dovranno trovare adeguata collocazione una gamma di figure soggettive complesse. Ciò a causa della compresenza di imprese di costruzione istituzioni finanziarie, compagnie finanziarie, di tutti quei soggetti direttamente coinvolti, all'interno del capitale di rischio dell'operazione (nella sua realizzazione prima e nella sua eventuale gestione).

In definitiva la possibilità che il nuovo modulo possa avere concreto successo postula un diverso approccio culturale, nell'ambito del quale i vari protagonisti siano chiamati a svolgere ruoli e funzioni decisamente innovativi. Un modello in cui la pubblica amministrazione conservi la propria capacità programmatica, di controllo, e in cui mantenga, al contempo, il coinvolgimento del privato nella fase progettuale, realizzativa e finanziaria. Cfr. SALVATORE P., *op. cit.* p. 1245.

Al fine di attrarre tali soggetti, non solo costruttori ma anche finanziatori, operanti a livello internazionale e talvolta stranieri, occorrono procedure semplici e libertà di azione, in linea con le direttive Europee e senza ulteriori restrizioni.

## 2. Il contratto di global service

Un ulteriore contratto di natura pubblica, qualificato come appalto misto, è il *global service*, figura contrattuale nata nel settore privatistico e mutuata nei primi anni 90 dal settore pubblico. Con essa si affida a un unico soggetto la totalità delle operazioni di gestione e di manutenzione di rilevanti patrimoni immobiliari.

Il ricorso a tale istituto è divenuto negli anni sempre più frequente in quanto ritenuto strumento positivo per attuare una gestione programmata della manutenzione del patrimonio immobiliare pubblico<sup>208</sup>, condotta tramite interventi di controllo prestabilito (e

---

<sup>208</sup> Il *global service* immobiliare rappresenta, nell'universo in continua evoluzione dei contratti della pubblica amministrazione, un settore di formazione relativamente recente e non del tutto consolidato. Non è raro, quindi, riscontrare difficoltà interpretative e distorsioni nell'adozione di tale figura contrattuale da parte delle amministrazioni committenti, specialmente per quel che riguarda la progettazione e la gestione delle procedure di gara.

Nell'ambito dell'attività istituzionale di vigilanza, l'Autorità ha individuato alcune criticità ricorrenti, che hanno determinato un intervento di regolazione, mediante l'emanazione di apposito bando-tipo, ai sensi dell'art. 64, co. 4-bis, d.lgs 163/2006. Tramite il sito dell'Autorità è stata avviata una pubblica consultazione volta ad acquisire osservazioni e proposte in materia, secondo le modalità definite nella determinazione n. 4, 10.10.2012 e nel documento di invito alla consultazione stessa (*Call for proposals – Bandi-tipo per l'affidamento dei contratti pubblici di servizi e forniture*, ancora accessibile in rete).

Peraltro, le problematiche dei servizi per la gestione del patrimonio immobiliare della pubblica amministrazione sono già state oggetto di ampia riflessione e dibattito nell'ambito del progetto *Patrimoni PA net*, che rappresenta il punto di riferimento della ricerca diretta a innovare e standardizzare i processi di esternalizzazione di questa categoria di servizi. L'Autorità ha sostenuto il progetto sin dalla sua presentazione nell'aprile 2010 e, al suo interno, ha coordinato i tavoli di lavoro attivati con i principali attori di questo settore di mercato, individuati tra organismi della pubblica amministrazione, rappresentanze delle imprese e centri di studi e formazione.

Nell'ambito di questa importante occasione di confronto, è stato sollevato da più parti il problema dell'inadeguatezza del precedente quadro normativo (Codice dei contratti pubblici – d.lgs 163/2006 e relativo Regolamento di attuazione – d.p.r. 207/2010) nel far fronte alle peculiarità del settore dei servizi, al patrimonio immobiliare, e alle effettive esigenze di governo e sviluppo del comparto, oggi soggetto ad una notevole espansione.

Nel complesso si lamentava, a fronte di un eccesso di regolamentazione sugli aspetti formali e burocratici del processo di approvvigionamento, la carenza di strumenti operativi a disposizione degli operatori per orientarsi sui casi pratici. Era avvertita, e lo è tuttora, l'esigenza di integrare la normativa di riferimento con una regolamentazione di livello operativo che consenta la semplificazione, tipizzazione e

dunque non solo in caso di guasto) con verifiche periodiche e pianificate<sup>209</sup>.

Tale accordo persegue da un lato l'efficienza del servizio di manutenzione e il risparmio nei costi della gestione del patrimonio immobiliare, previo monitoraggio dello stato degli immobili e con interventi immediati e di qualità; dall'altro una gestione del patrimonio immobiliare volta al soddisfacimento del cittadino/utente, con chiari vantaggi in termini di certezza nella previsione di spesa e di rapidità delle risposte alle esigenze manutentive<sup>210</sup>.

Il modello contrattuale in analisi è stato mutuato dalla pubblica amministrazione, poiché è emerso che il trasferimento all'esterno di tutte le funzioni gestionali e manutentive su di un unico assunto

---

standardizzazione dei processi di gara, pur nel rispetto delle peculiarità di ciascun affidamento.

In questo contesto è stata salutata con particolare interesse l'iniziativa dell'Autorità di vigilanza di emanare un bando-tipo specifico, che detti le linee guida per la standardizzazione degli aspetti critici di questa particolare tipologia di appalti.

<sup>209</sup> La struttura dell'accordo prevede che il committente affidi a un terzo (denominato assunto) la manutenzione di un bene, per un periodo predefinito; l'Assuntore dovrà mantenere il bene nello stato di conservazione richiesto (generalmente migliorativo rispetto a quello in cui si trova al momento della sottoscrizione del contratto) ed espletare il servizio/ servizi correlati.

Le parti hanno pertanto un reciproco interesse alla stipulazione dell'accordo: da una parte il committente affida a un imprenditore, per un certo periodo di tempo definito, la manutenzione di un bene al fine di garantirne lo stato di conservazione concordato, ottenerne la disponibilità a produrre o svolgere il servizio richiesto, nonché a ricevere proposte di migliorie per ridurre il costo del servizio e migliorare le caratteristiche tecniche del bene. Dall'altra parte l'imprenditore è responsabile delle scelte di progetto, di pianificazione, di direzione e di esercizio delle attività manutentive. Inoltre è tenuto a fornire al committente tutta la documentazione necessaria per consentire a quest'ultimo di continuare ad avere la conoscenza storica e tecnico-economica del bene; e di verificare se l'imprenditore ha operato nel rispetto del contratto e quindi del capitolato.

Cfr. sul punto CARTA S.; *Gli appalti misti di lavori, servizi e forniture, anche con riferimento alla figura de global service*, in Riv. Trim. App., 2004, 3, p. 535; PONTI A., *il global service quale strumento di gestione del patrimonio immobiliare*, in Nuova rassegna di legislazione e giurisprudenza, 2003, 16, p. 1854; MASSARI A., *il Global service per la manutenzione e gestione del patrimonio immobiliare: profili del contratto e dell'affidamento*, in Comuni d'Italia, 2002, p. 161; PERFETTI L. R., *Gli appalti misti tra vincoli comunitari e fraintendimenti del Consiglio di Stato*, in Urbanistica e Appalti, 2000, 1, p. 64; DI GIOIA V., *LA disciplina dei contratti misti nella Merloni -ter*, in Urbanistica e appalti, 1999, 5, p. 475; ZAGLIARDICH C., *I contratti misti di lavori e servizi dopo la Merloni -ter*, in Urbanistica e Appalti, 1999, 7, p. 781.

<sup>210</sup> Cfr. DE NICTOLIS R., *I contratti misti*, in AA.VV., *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, p. 103 e ss.

(cd. *outsourcing strategico*) consente di soddisfare meglio esigenze di contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica. Ciò tanto rispetto a una gestione interna (in amministrazione diretta) delle stesse funzioni, quanto rispetto ai costi diretti e indiretti, connessi all'affidamento e alla gestione del medesimo patrimonio immobiliare attraverso una pluralità di contratti (cd. *outsourcing tattico*).

In confronto ad altre forme di gestione, con tale formula contrattuale si raggiunge una efficienza gestionale e una superiore qualità complessiva dei servizi, poiché il soggetto assuntore privato viene selezionato sulla base delle possedute competenze specialistiche e di coordinamento. Nel complesso, il passaggio dalla logica "dell'emergenza" (cioè dalla gestione diretta di una pluralità di micro interventi manutentivi "a guasto", attuata tramite una pluralità di contratti di appalto frammentati) all'ottica della gestione programmata della manutenzione del patrimonio immobiliare (basata su strategie preventive e sull'esecuzione di operazioni periodiche e pianificate<sup>211</sup>) consente all'amministrazione pubblica di razionalizzare gli interventi medesimi e i relativi costi<sup>212</sup>.

---

<sup>211</sup> CARTA S., *Gli appalti misti di lavori, servizi e forniture, anche con riferimento alla figura del global service*, in *Riv. Trim. Appalti*, 2004, III, p. 535.

<sup>212</sup> Guardando oltre i confini del contratto di gestione immobiliare, si rileva che il paradigma della manutenzione programmata permea trasversalmente la recente produzione legislativa in materia di lavori pubblici, che ne prevede l'applicazione sin dalla fase di concezione dell'opera. Secondo l'impostazione introdotta dal regolamento d'attuazione della legge n. 109/94, e confermata da quello del Codice dei contratti; la progettazione dei lavori deve essere orientata all'obiettivo della "massima manutenibilità" dell'opera da realizzare, e la sua qualità si misura nel rapporto tra i benefici e costi di costruzione, manutenzione e gestione, previamente identificata. Per questo, il progetto esecutivo da mettere a base d'asta deve essere corredato del piano di manutenzione, in rapporto alle caratteristiche funzionali e tecnologiche dell'opera o di sue parti. Questo deve contenere a sua volta il programma di manutenzione con la previsione degli interventi manutentivi e dei controlli sui livelli di prestazione. Inoltre, se nella procedura di scelta del contraente per l'affidamento dei lavori la valutazione delle offerte, stando all'art. 83 del Codice, deve tener conto di non meglio precisati costi di manutenzione, detti costi non possono che riferirsi agli interventi manutentivi individuati e preventivati nell'ambito del piano di manutenzione. Ma soprattutto, solo se è programmata, e non diretta a inseguire le emergenze, la manutenzione può essere inserita nel programma triennale e nell'elenco annuale dei lavori pubblici, in conformità al dettato dell'art.

## 2.1 La natura della prestazione di manutenzione, e le differenti prestazioni di un contratto di global service

La definizione del *global service* è contenuta nella norma Uni 10685/1998<sup>213</sup>, che descrive tale contratto come “l’accordo, basato sui risultati, che comprende una pluralità di servizi sostitutivi delle normali attività di manutenzione, con piena responsabilità dei risultati da parte dell’Assuntore”<sup>214</sup>.

La prestazione cardine dell’accordo è l’attività di manutenzione definita (dalla norma Uni 9910) come la “combinazione di tutte le azioni tecniche e amministrative, incluse le azioni di supervisione, volte a mantenere o a riportare una entità in uno stato in cui non possa eseguire la funzione richiesta”.

La norma adopera il termine “manutenzione”<sup>215</sup> per identificare l’insieme di tutte quelle attività dirette a garantire il mantenimento dell’efficienza di opere o impianti, senza alterarne la destinazione e le

---

128, d. lgs 163/2006, e recepita negli strumenti di programmazione economica dell’ente.

Si instaura così una piena consonanza tra le strategie dell’azione pubblica nella costruzione e nella gestione dei beni immobili, fondate entrambe sul momento previsionale, e i meccanismi di governo della spesa dello Stato e degli enti locali, incentrati sulla programmazione finanziaria annuale e pluriennale.

<sup>213</sup> Norma tecnica adottata da un organismo di normazione, riconosciuta per applicazione ripetuta o continua, e alla quale non è obbligatorio conformarsi.

<sup>214</sup> Tramite tale modello contrattuale la pubblica amministrazione esternalizza alcuni propri compiti istituzionali, demandandone lo svolgimento a un unico soggetto terzo (singolo o raggruppato); ribalta, in tal modo, sul medesimo il relativo onere di efficienza nell’esecuzione delle prestazioni.

Si crea tra la pubblica amministrazione e l’assuntore del servizio una collaborazione, in cui, da un lato la capacità decisionale riguardo alle politiche e alle scelte gestionali rimane in capo all’ente appaltante; dall’altro, si demanda la gestione dei servizi all’assuntore che assume al riguardo un vero e proprio obbligo di risultato nei confronti dell’amministrazione committente.

<sup>215</sup> Si suole distinguere a questo proposito tra manutenzione ordinaria e straordinaria: la prima comprende gli interventi diretti a riparare o a rinnovare opere già esistenti e ad assicurare la funzionalità degli impianti. La seconda, indica quelle attività che, senza alterare la destinazione o le caratteristiche strutturali, incidono su opere o su impianti esistenti provvedendo alla loro sostituzione o rinnovazione. Per tale ragione si ritiene che la manutenzione abbia natura polivalente, con ciò intendendo sottolineare che in tale nozione possa essere inclusa ogni forma di attività diretta a mantenere in esistenza o in efficienza un’opera o un impianto. Cfr. GAROFOLI, *I contratti misti, op.cit.*, passim.

caratteristiche strutturali. Pertanto tale attività, singolarmente intesa, comprende più prestazioni, tutte volte alla realizzazione del risultato finale della gestione efficiente di un bene o di una attività propria del committente; e pone per tale ragione problematiche relative alla qualificazione della natura giuridica<sup>216</sup>.

In particolare la difficoltà di individuare la natura di tale prestazione deriva dalla idoneità della prestazione in oggetto a ricomprendere tanto “lavori pubblici” quanto “servizi pubblici”, e dalla idoneità a essere disciplinata tanto dalla normativa sui primi, tanto da quella sui secondi.

In passato il tema della disciplina applicabile al *global service manutentivo* è stato ampiamente controverso, atteso il talora evanescente discrimine tra le due categorie di appalti<sup>217</sup>. In modo specifico, mentre nel d.lgs. n. 157/1995 l'attività di manutenzione era compresa tra gli appalti sottoposti alla disciplina degli appalti di servizi, la l. n. 109/1994 la collocava nell'ambito dei lavori pubblici.

Già anteriormente all'entrata in vigore della l. 109/1994, e del recepimento della direttiva servizi, varie decisioni dei Tar<sup>218</sup> avevano qualificato la manutenzione degli immobili di un ente pubblico come appalto di servizi. Le incertezze applicative aumentavano ulteriormente in concomitanza con l'emanazione dell'Allegato I al d.lgs 157/1995, il quale sembrava ricollegare l'attività di manutenzione solo a quei beni inseriti nella classificazione C.P.C. (*Central product Classification*). Ciò con la conseguenza per la quale si

---

<sup>216</sup> In tale ottica il ricorso a questa tipologia di affidamento “globale” può essere contrapposto idealmente alla scelta della p.a. di suddividere in più lotti un medesimo appalto. L'eterogeneità delle prestazioni caratterizzante il *global service* risponde a criteri di semplicità, razionalità e di efficienza che, il più delle volte, risulterebbero pregiudicati nel caso di suddivisione in lotti delle prestazioni in ragione della rispettiva omogeneità.

<sup>217</sup> Cfr. PERFETTI L. R., *op. cit.* p. 67.

<sup>218</sup> Cfr. Tar Lazio, sez I, 4 giugno 1990, n. 550; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

poneva il problema di quale dovesse essere in concreto la natura giuridica e la relativa disciplina pubblicistica applicabile per i beni non compresi in quell'allegato.

In particolare la nomenclatura C.P.C. definiva come servizi di manutenzione i servizi identificati con i nn. 6112, 6122, 633, 886, ovvero i servizi di manutenzione e riparazione dei soli veicoli a motore, motocicli, gatto delle nevi, di articoli personali e domestici, di prodotti metallici, di macchinari e attrezzature.

Per tale ragione, per lungo tempo, si è ritenuto che se l'attività manutentiva prevista nel contratto di appalto coincidesse con una delle attività elencate nel C.P.C., il contratto dovesse essere senz'altro qualificato come appalto di servizi; laddove invece, ove si trattasse di interventi di manutenzione di opere e di impianti, ovvero di attività manutentive diverse da quelle indicate espressamente nella nomenclatura C.P.C., si sarebbe avuto un appalto di lavori<sup>219</sup>.

Inoltre il medesimo richiamo ai servizi di "manutenzione e riparazione" era inteso da dottrina e da giurisprudenza in due modi diversi: una prima interpretazione affermava che ci si riferisse alla sola manutenzione di macchine e attrezzature lì espresse, con la conseguenza che a tutti gli altri appalti di manutenzione si applicassero le norme riguardanti l'affidamento di lavori pubblici. Una seconda interpretava l'espressione come riferibile non soltanto a macchine e attrezzature lì indicate, ma anche ad altri impianti e servizi, con la conseguente applicazione estensiva delle norme (desumendolo anche dalla specifica previsione, nel successivo

---

<sup>219</sup> Cfr. CLARIZIA A., *op cit.* p.110 il quale pure esclude che la manutenzione di opere e di impianti si possa ritenere ricompresa nell'ultima generica voce "altri servizi". In senso contrario cfr. GRECO G., *Ambito oggettivo della legge quadro*, in *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2001, p.107. Sulla natura della prestazione di manutenzione, cfr. Cons. Stato 21 febbraio, 2005, n. 537, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2005 p. 897 e ss. con nota di MARZARI F.; e Tar Veneto, Sez. I, 15 Aprile 1998, n. 461, in *I Tar*, 1998, I, p. 1858.

allegato II della espressione “altri servizi” senza l’ espresso richiamo di alcun C.P.C)<sup>220</sup>.

Con il passare del tempo l’attenzione verso la classificazione C.P.C. ha perso rilievo avendo la giurisprudenza amministrativa ridotto la natura vincolante di tale classificazione<sup>221</sup>, e chiarito di preferire, come elemento di qualificazione dell’attività di manutenzione, il fine principale che le medesime attività manutentive intendessero assolvere.

In modo specifico, qualora tale finalità sia rappresentata dalla conservazione delle funzionalità di opere già esistenti, si configurerebbe un appalto di servizi; laddove invece la finalità sia quella della realizzazione di un’opera, si tratterebbe di un appalto di lavori<sup>222</sup>”.

---

<sup>220</sup> Cfr. Cons. Stato, sez VI, 16 dicembre 1998 n. 1680, in *Urbanistica e appalti*, 1999 p.781, con nota di ZGAGLIARDICH C., *op. cit.*; e Tar Veneto; Sez. I, 17 febbraio 1998, n. 233, in *I Tar.*, 1998, I; p. 1375. Entrambe le sentenze escludono la natura tassativa dell’elencazione contenuta negli allegati al d.lgs n.157/1995: “L’elencazione contenuta negli allegati non assume carattere tassativo, e pertanto devono ritenersi rientranti nella nozione di servizio anche attività di manutenzione che non rientrano nei nn. 6112, 6122, 633 e 866 della C.P.C.”. A conclusioni opposte, tuttavia, è pervenuto lo stesso Tar, sez. I, 15 aprile 1998, n. 461, che ha statuito che “Dall’allegato al d.lgs 157/1995, che contempla la specifica voce servizi di manutenzione e riparazione, si evince che possono considerarsi manutenzioni rientranti tra gli appalti di servizi, soltanto quelle relative agli impianti di cui ai numeri sopra indicati. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 1999, n.630, in *Urbanistica e appalti*, 2000, fasc. 1, p. 64 con nota critica di PERFETTI L. R., *op. cit.*, p. 66.

<sup>221</sup> In questo periodo storico la Giurisprudenza ha cercato delle soluzioni che “armonizzassero” la norma sui lavori pubblici e quella sui servizi. Così il Tar Piemonte (sez II, 3 febbraio 1996, n. 79) ha ritenuto che la manutenzione di aree verdi (consistenti nella potatura di alberi e rasatura di tappeti erbosi) costituisse un servizio poiché non era un’opera materialmente ed economicamente autonoma tale da costituire un *quid novi*.

Invece il Tar Veneto (Sez. I, 11 febbraio 1997, n. 363) e il Tar Lombardia (ord. n. 442 del 22 maggio 1998), in un’ipotesi di affidamento di gestione del patrimonio immobiliare (*global service*), hanno valutato la manutenzione come appalto di lavori.

<sup>222</sup> Cfr. GRECO G., *Ambito oggettivo della legge quadro*, in *L’appalto di opere pubbliche*, 2001, p. 107; e in termini sostanzialmente analoghi, CAMMELLI M., *Gli appalti pubblici di servizi e le società a partecipazione pubblica*, in *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, a cura di Mastragostino F., 1998, p. 45. Quest’ultimo a proposito delle incertezze legate alla individuazione della normativa applicativa al *global service*, scrive che i problemi appena accennati si pongono in particolare nel settore della gestione del patrimonio immobiliare degli enti pubblici, ove la difficoltà riguarda la qualificabilità giuridica delle relative attività di manutenzione; posto che le altre forme di attività della stessa (manutenzione

Inoltre il Consiglio di Stato<sup>223</sup> ha specificato che l'elemento di distinzione fra appalto di opera e appalto di servizio consiste nella circostanza che, nell'appalto di opera, vi è una attività di rielaborazione e trasformazione di un bene materiale, laddove invece nell'appalto di servizio si verifica la produzione di un'utilità senza elaborazione o trasformazione della materia (cioè comporta un *facere* che non consiste in un bene materiale, anche laddove per il suo adempimento sia eventualmente necessaria una speciale attrezzatura tecnica)<sup>224</sup>.

La conclusione di tale riflessione è che la manutenzione si deve qualificare come appalto di lavori di immobili poiché comporta di frequente interventi radicali di trasformazione sull'immobile<sup>225</sup>.

Pertanto la possibilità di qualificare l'attività manutentiva come appalti di servizi è oggi limitata ai soli interventi che corrispondano alle voci tassative della C.P.C., corrispondenti ai n. 6112, 6122, 633, 886<sup>226</sup>. Nelle restanti ipotesi, il concetto di manutenzione va fatto rientrare nell'ambito dei lavori, qualora l'attività dell'appaltatore comporti un'attività prevalente ed essenziale di modificazione della realtà fisica (con l'utilizzazione, la manipolazione e l'installazione di

---

impianti idraulici, elettrici, termici) sono già esplicitamente qualificate in termini di servizio.

<sup>223</sup> Cfr. Sez V, 4 ottobre 1994, n. 1102; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

<sup>224</sup> Applicano tali principi Tar Sardegna (n.1591/1995) e Tar Lazio (sent. II, 15 marzo 1995, n. 445). Il primo ha escluso che il contratto avente a oggetto interventi di manutenzione (volti ad assicurare l'efficienza degli impianti idrico, fognario, elettrico) rientri fra i lavori pubblici, poiché ha ritenuto che tali interventi fossero razionalmente riconducibili alle prestazioni di servizi. Il secondo ha ritenuto che costituisca appalto di servizi, e non di opere, il contratto per l'esercizio e la manutenzione degli impianti di riscaldamento e produzione di acqua, nel quale le opere si pongono in funzione strumentale.

<sup>225</sup> A questo proposito, il Consiglio di Stato (Cfr. sentenza 21 febbraio 2005, n. 537) ha ribadito che il contratto di “*global service* di manutenzione”, quando sia caratterizzato da una prevalenza economica e funzionale dei lavori rispetto alle prestazioni di segno diverso, ha natura di appalto di lavori pubblici, ai sensi della l. n. 109/1994. Cfr. CLARIZIA A., *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, 2004, p. 119.

<sup>226</sup> Cfr. Cons. St. VI, 6 luglio 2006, n. 4292; Tar Lazio, III quater, 2 marzo 2009, n. 2130; consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

materiali aggiuntivi e sostitutivi non inconsistenti sul piano strutturale e funzionale; cosiddetto *quid novi*)<sup>227</sup>.

A questa considerazione, relativa alla sola componente di manutenzione, si aggiunge la riflessione per cui ai fini della individuazione della normativa concretamente applicabile al contratto in oggetto si dovrà valutare, in prima istanza, quale sia la tipologia di manutenzione prevalente, e in seconda, quale sia la prestazione prevalente fra manutenzione e altre prestazioni. Ciò poiché nel contratto di *global service*, la funzione di manutenzione è spesso accompagnata da altre prestazioni (che determinano che la natura di tale accordo sia mista).

---

<sup>227</sup> Il principio è stato riconosciuto e applicato anche dalla Autorità di Vigilanza in materia di Contratti pubblici; cfr. AVCP, Determinazione n. 22/2003; AVCP, Determinazione n. 76/2006. In quest'ultima occasione (in cui si richiedeva quale fosse la disciplina applicabile agli appalti aventi a oggetto la segnaletica stradale) l'Autorità ha esplicitato che il parametro in base al quale la manutenzione deve essere ricondotta alla qualifica di lavori si individua nel compimento di un'attività di modificazione della realtà fisica. Consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

2.2 *La disciplina applicabile per l'affidamento dell'attività di global service e l'incidenza della nuova formulazione dei contratti pubblici misti, nei diversi contratti con il contraente generale e di global service*

All'interno di un contratto di *global service* accanto alle attività manutentive coesistono prestazioni di differente natura, quali :

- a) L'effettuazione di indagini anagrafiche qualitative e quantitative del patrimonio immobiliare.
- b) Il monitoraggio costante dello stato fisico e prestazionale degli immobili gestiti.
- c) La gestione di banche dati su supporto informatico.
- d) La predisposizione di report statistici sia di tipo operativo che amministrativo.

Tali prestazioni sono eterogenee, e corrispondono tanto alla figura del contratto d'appalto di lavori (manutenzione ordinaria e straordinaria di opere e impianti), quanto a quello di servizi (realizzazione sistema informatico, pulizia dei locali e manutenzione del verde) quanto ancora a quella dei contratti di fornitura (combustibile per gli impianti termici).

La presenza di diverse prestazioni implica il problema dell'individuazione della disciplina giuridica applicabile a tale accordo. In ragione della compresenza di prestazioni proprie dei settori eterogenei assoggettati, in quanto tali, a differenti discipline (lavori, servizi, forniture)<sup>228</sup>.

Al fine di individuare quale sia la procedura che la pubblica amministrazione deve rispettare nella selezione dell'Assuntore, deve

---

<sup>228</sup> Cfr. MARZARI F., *Global service manutentivo: palazzo spada conferma la natura di appalto di lavori*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2005, p. 897.

essere preliminarmente individuata la natura del contratto in questione. Si tratta di stabilire se il contratto di *global service* sia un appalto di lavori, di servizi o piuttosto di forniture.

In precedenza la questione era risolta facendo riferimento alle disposizioni esplicitate dalla legge Merloni-ter; mentre prima della approvazione della nuova versione del Codice degli appalti facendo applicazione dei principi generali posti dall'art. 14, d.lgs 12 aprile 2006, n. 163<sup>229</sup>, in tema di appalti misti. Oggi è invece regolata dall'art. 28, d.lgs 50/2016.

A causa della varietà di prestazioni riscontrabili nel contratto di *global service*, questo viene qualificato come contratto pubblico misto; e in ragione della disciplina, lì contenuta, potrà essere qualificato come appalto pubblico di servizi, lavori o forniture. Poiché il co. 1 dell'art. 28 dispone che si avrà un appalto di lavori pubblici qualora l'oggetto del contratto sia sostanzialmente un lavoro pubblico; la generale prevalenza in un contratto di *global service* delle obbligazioni di lavori determina che il contratto sia qualificabile appalto pubblico di lavori. E l'eventuale presenza di obbligazioni di servizi o forniture, anche di valore economico prevalente<sup>230</sup>, non modifica l'oggetto del contratto, poiché non muta la funzione meramente strumentale di tali obbligazioni rispetto all'intero contenuto dell'accordo<sup>231</sup>.

---

<sup>229</sup> Questa norma ha sostituito le disposizioni precedentemente in vigore: l'art. 2, co. 1, l. 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.i. (in materia di appalti pubblici di lavori) e l'art. 3, co. 4, d. lgs. 17 marzo 1995, n. 157 e s.m.i. (di attuazione della direttiva n. 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi). Nessuna previsione era, invece, prevista per gli appalti pubblici di forniture (d.lgs 24 luglio 1992, n. 358 e s.m.i).

<sup>230</sup> Ciò si verifica, ad esempio, in tutti i casi in cui sia configurabile un'attività prevista nell'allegato A, d.p.r n. 34/00. In tale caso è pacificamente riconosciuto, come ribadito dall'Autorità, nell'atto di regolazione n. 5/2001 che "La funzione caratterizzante da riconoscere al contratto è da individuare nella realizzazione dell'opera o del lavoro, che costituiscono l'oggetto principale del contratto (anche se le disposizioni fanno riferimento a forniture e pose in opera)".

<sup>231</sup> Il X considerando della direttiva n. 18/04 chiarisce che si è in presenza di "lavori accessori" rispetto all'oggetto principale del contratto qualora detti lavori "costituiscono solo la conseguenza eventuale o un completamento del servizio".

In relazione alla specifica questione qui trattata la giurisprudenza (per stabilire quando una prestazione si debba considerare prevalente rispetto alle altre, e come

Pertanto il contratto di *global service*, considerato come appalto misto, viene regolato dalle disposizioni già analizzate e individuate ex art. 28 Codice dell'Appalto, e a esso si applicherà la disciplina del contratto individuato come prevalente, secondo le disposizioni lì contenute.

Sulla scorta di quanto detto, cioè sulla base della predominanza della prestazione di manutenzione sulle restanti, quest'ultima sarà quella da considerare prevalente all'interno del contratto di *global service*, e dalla quale desumere la disciplina che verrà applicata all'intero accordo.

Peraltro dalla qualificazione come contratto misto del contratto di *global service* discenderà anche l'applicazione del contenuto del co. 2 dell'art. 28 d.lgs n. 50/2015. Ne deriverà che, anche qualora un contratto di *global service* sia caratterizzato dalla prevalenza funzionale delle forniture e/o servizi rispetto ai lavori (e di conseguenza qualificato come appalto di servizi o di forniture), ciò non esimerà la stazione appaltante dal richiedere che i lavori medesimi, anche se accessori e di rilievo economico inferiore al 50% dell'importo dell'appalto, debbano essere eseguiti da soggetti muniti della relativa qualificazione ai sensi del d. p. r. 25 gennaio 2000, n. 34. Infatti ai sensi dell'art. 28 "l'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto, deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente Codice per

---

tale idonea a determinare la disciplina giuridica applicabile all'appalto in *global service*) ha affermato che:

1. Qualora l'attività di trasformazione e rielaborazione della materia determini una concreta e visibile modificazione dei luoghi (producendo, in altri termini, un *quid novi* dotato di autonoma funzione economica) l'attività in questione è da qualificare come appalto di lavori.
2. Diversamente se l'attività è diretta a fornire solo un'utilità, senza elaborare o trasformare la materia, si applicherà la normativa sui servizi o forniture. Così applicando il criterio della prevalenza funzionale, un appalto di manutenzione di impianti d'allarme va qualificato come appalto di servizi e non di lavori; dal momento che le attività manutentive non sono atte a incidere sulla realtà strutturale degli impianti, e quindi, non comportano la modificazione della realtà fisica.

ciascuna prestazione di lavori, servizi o forniture". Ne consegue che nei bandi di gara relativi all'affidamento di un *global service*, devono essere precisati i requisiti che, secondo quanto disposto dal d.p.r n. 34/2000, deve possedere l'assuntore del predetto servizio globale al fine di eseguire i lavori ivi contemplati<sup>232</sup>.

Pertanto la qualificazione come contratto pubblico misto e l'applicazione della nuova normativa lì prevista, determina che, anche rispetto a tale accordo, valga quanto affermato per l'ipotesi di contratto con il contraente generale; ovvero che la loro qualifica come contratti misti (e la riformulazione dei criteri di combinazione e assorbimento) renda legittimi i dubbi sulla utilità del riferimento ai contratti misti come a una categoria.

Infatti la qualificazione come contratti misti di entrambi gli accordi di *general contractor* e *global service* risente inevitabilmente della nuova disciplina dettata in materia di appalti pubblici misti, e pertanto la nuova formulazione dei contratti misti, lì contenuta, potrebbe influire sulle modalità attraverso cui sono regolati, oggi, i contratti con il contraente generale e di *global service*. Nello specifico tale circostanza comporta che adoperando il nuovo regime previsto dalla direttiva, la p.a. potrebbe bandire bandi di gara aventi oggetto separato.

Quindi la nuova formulazione della norma, nata al fine di consentire maggiore autonomia alla p.a. in tema di formulazione degli accordi,

---

<sup>232</sup> In proposito sembra utile rilevare che quando si affida all'assuntore il compito di selezionare, a sua volta, l'esecutore dei predetti interventi, sarebbe illegittimo non richiedere al medesimo la qualificazione in relazione alla componente lavori. In tal caso, infatti, la p.a. delegherebbe le funzioni di stazione appaltante in palese violazione dell'art. 33, co. 3, d.lgs n. 163/2006 ai sensi del quale "Le amministrazioni aggiudicatrici e i soggetti di cui all'art. 32, co.1, lett. b), c), f), non possono affidare a soggetti pubblici o privati l'espletamento delle funzioni e delle attività di stazione appaltante di lavori pubblici. Tuttavia le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare le funzioni di stazione appaltante di lavori pubblici ai servizi integrati infrastrutture e trasporti (SIIT) o alle amministrazioni provinciali, sulla base di apposito disciplinare che prevede altresì il rimborso dei costi sostenuti dagli stessi per le attività espletate".

In tal senso, sebbene con riferimento al previgente art. 19, co. 3, l. n. 109/94, si è espressa la Corte dei Conti Lombardia, con sent. 23 dicembre 2005, n. 804; Consultazione da banca dati *Pluris on line* – archivio giurisprudenza.

rischia di trasformarsi, proprio a causa della discrezionalità lì concessa, in uno strumento che privi di chiarezza la realtà normativa della quale devono usufruire i privati che stipulano accordi con la p.a. Il nuovo assetto legislativo, ampliando in maniera determinante la scelta discrezionale della p.a. (di valutare o meno la scindibilità delle prestazioni), compromette potenzialmente l'uniformità della disciplina applicabile a tali accordi, ed è in grado di incidere in radice la positività di entrambe le fattispecie contrattuali. Entrambe sono state applicate con successo perché riconoscevano alla p.a. di contrattare con un unico soggetto, e garantivano che i vari accordi fossero disciplinati in modo uniforme (con conseguente semplificazione della gestione legale).

Oggi invece la possibilità di poter vedere scissi gli appalti, e la possibilità di applicazione a ciascuno del proprio regime giuridico (principio di combinazione) potrebbe avere come effetto quello di neutralizzare tali elementi positivi.

Infatti, se il principio di combinazione è uno strumento di positiva regolazione in un contesto (quale quello civilistico) in cui la volontà delle parti è determinante dell'accordo; esso non è funzionale rispetto agli accordi dove intervenga la p.a., in cui l'attenzione alla volontà privata è assente, poiché l'interesse prevalente è quello della efficiente amministrazione e di un quadro normativo il più possibile semplice. La nuova formulazione della norma sui contratti misti vanifica la positività del ricorso alla categoria del contratto misto, poiché rende discrezionale l'uso del criterio della combinazione, e determina un identico effetto anche rispetto alla totalità degli accordi qualificabili in tal senso ingigantendo i dubbi sulla utilità della categoria contratto misto.

### III

#### Considerazioni finali

##### 1. *L'utilità attuale della categoria dei contratti misti*

L'analisi fin qui condotta, ha mostrato come la categoria dei contratti misti sia stata adoperata dalla giurisprudenza nazionale civilistica al fine di individuare la corretta disciplina di alcuni contratti atipici; contratti nati dalla volontà dei privati di fondere assieme prestazioni appartenenti a più tipi contrattuali.

Nel contesto nazionale la formula è stata utilizzata per la risoluzione di controversie che attenevano a conflitti fra privati e, in relazione ad essi, è stata impiegata per raggiungere obiettivi di più equa e razionale circolazione della ricchezza.

Così, con riferimento al *negotium mixtum cum donatione*, la qualifica di negozio misto è stata strumentale alla tutela della posizione dei discendenti legittimari, ovvero dei creditori i quali, ove non si fosse operato in tal senso, sarebbero stati lesi nell'interesse alla soddisfazione del loro credito.

In relazione al contratto misto di vendita e appalto, invece, la categoria è stata adoperata per risolvere le problematiche di distinzione fra vendita e appalto, e per estendere la maggiore tutela prevista dalla normativa in materia di appalto rispetto al problema dei vizi dell'immobile; un problema che assumeva sempre maggior peso sociale nella diffusione dei rapporti tra imprese e "consumatori", in ragione del processo di trasformazione del mercato degli immobili da mercato avente ad oggetto beni già esistenti (fra privati), a mercato avente ad oggetto beni da "costruire" (fra costruttori e privati).

A fronte di un simile uso, la categoria delineata dalla dottrina classica ha perso via via la sua connotazione, poiché le sentenze analizzate non hanno fatto alcun riferimento agli elementi posti alla base di una

simile ricostruzione, adoperando la qualifica “misto” solo al fine di godere della libertà di addivenire a soluzioni diverse, tramite l’uso dei criteri di bilanciamento e combinazione. Posta la mancanza di identità fra formulazione teorica e applicazione pratica, quello che ne deriva è un dubbio sull’utilità di una simile categoria.

Invece nel contesto degli appalti pubblici la definizione “contratti misti” è stata adoperata per contratti non atipici, ma che diversamente posseggono una loro disciplina per opera del legislatore. Inoltre è stata adoperata per perseguire la finalità della efficienza della p.a. e del rispetto dei principi della trasparenza e della concorrenza, e non per la risoluzione dei conflitti fra privati.

Pertanto il settore pubblico si distingue per un uso nuovo della categoria dommatica, e per certi versi improprio, poiché utilizza i criteri di individuazione della normativa lì contemplati non in modo esclusivo ma combinato.

Nello specifico, nel vigore del precedente Codice degli appalti, la categoria dei contratti misti era adoperata poiché a essa era legato il criterio di individuazione della normativa dell’assorbimento. Questo è in grado di selezionare una sola normativa da applicare al contratto, e idoneo per tale ragione tanto a consentire una rapida gestione delle procedure amministrative, quanto a costituire un incentivo allo investimento dei privati, allettati dal confronto con un panorama legislativo chiaro.

A fronte della preferenza per il criterio di assorbimento, il legislatore consentiva alle parti di avvalersi anche del principio di combinazione, la cui applicazione era limitata alla sola fase successiva alla selezione dell’appaltatore.

Rispetto a tale indicazione la categoria dei contratti misti aveva come caratteristica di maggior rilievo il possesso di un contenuto differente da quello richiesto dalla realtà civilistica. Tale dato derivava dalla

circostanza per cui il Codice trasponeva il contenuto delle direttive europee in materia di appalti e scontava, per tale ragione, le problematiche generalmente connesse al modo di legiferare europeo; modo carente di una propria cultura giuridica, e costretto ad adoperare, al fine di perseguire i propri obiettivi, categorie e soluzioni degli ordinamenti nazionali, ignorandone la relativa identità.

A fronte di una diversità di contenuto si manteneva comunque un'utilità della categoria, poiché l'indicazione contenuta negli artt. 14-15 era tale da indicare chiaramente quando dovesse passare l'applicazione del criterio dell'assorbimento, e quando invece quello della combinazione. Pertanto la categoria del contratto misto, anche se da ricostruire secondo contenuti differenti, soddisfaceva una funzione di utilità, di ordine e di indirizzo per l'interprete.

La modifica del Codice degli appalti ha comportato che venisse meno la chiara indicazione del legislatore circa il rapporto fra i due criteri (assorbimento e di combinazione) a favore della libera scelta della pubblica amministrazione di valutare se un appalto fosse unico o scindibile, e (quindi) di determinare se la normativa da applicare fosse quella di un settore o quella di più settori.

Oggi la pubblica amministrazione gode della possibilità di applicare liberamente il criterio della combinazione, che in base al riformulato art. 28, d.lgs 50/2016, è criterio pariordinato e non più criterio subordinato a quello di assorbimento. Tale cambiamento ha comportato che anche nel settore dei contratti pubblici la categoria dei contratti misti sconti una certa perdita di utilità, che si trasmette, di riflesso, a tutte le categorie di contratti misti qualificati in tal senso: *global service* e *affidamento a contraente generale*. Ne deriva, oggi, una possibile considerazione finale relativa alla necessità e attualità di mantenere tale concetto all'interno del nostro stesso ordinamento.

Al concetto di “contratto misto” si è fatto ricorso al fine di individuare la disciplina di contratti non del tutto atipici né del tutto tipici, ciò nel contesto della generale tendenza della cultura giuridica, soprattutto passata, di ricercare un criterio che consentisse di distinguere un tipo di contratto dall’altro<sup>233</sup>. L’ambizione era quella di individuare un elemento, fra quelli essenziali dell’accordo, che consentisse di distinguere tra i vari tipi di contratto; e di selezionare, per ciascuno, una opportuna disciplina (anche in relazione a quegli accordi che si discostassero da quelli tipici). Pertanto si proponeva di individuare nella causa l’elemento distintivo tra i tipi, e per tale via si presentavano gli accordi misti come categoria caratterizzata dalla fusione o dalla concomitanza, a seconda dei casi, delle cause di due accordi diversi. Tuttavia questo tentativo<sup>234</sup> non serviva ai fini promessi, poiché il parametro della causa forniva informazioni generiche sul contratto e non riusciva a distinguere un contratto dall’altro. Ciò a prescindere dal fatto che della stessa si adottasse una definizione come funzione economico-sociale o come funzione economico-individuale. Nel corso degli anni la stessa identità del concetto di causa si era persa, tanto che la categoria veniva affidata a modalità ricostruttive del tutto diverse<sup>235</sup>. A ciò si deve aggiungere la circostanza per cui non vi era più alcuna simmetria tra il modo in cui venivano tradizionalmente indirizzate le riflessioni sull’argomento, quale che fosse l’esito ricostruttivo, e le sue odierne riesumazioni nel contesto del diritto di fonte europea. In tale contesto il concetto viene

---

<sup>233</sup> Cfr. DE NOVA G., *Il Contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, 2011.

<sup>234</sup> Un secondo tentativo è stato quello di far leva sulle norme cogenti; norme che indicano i caratteri essenziali di un contratto, ne consentono l’individuazione e conseguentemente la distinzione da tutti gli altri. La circostanza che il termine “norma cogente” possa essere usato in due sensi (come norma che, se derogata, implica la nullità della deroga stessa; e come norma che, se derogata, implica il cambiamento di genere del contratto) ha determinato che tale criterio fosse troppo fragile per fondarvi la individuazione di un criterio distintivo generale fra i vari tipi contrattuali cfr. DE NOVA G., *op. cit.* p. 31.

<sup>235</sup> Cfr. sul punto, da ultimi, GIROLAMI M., *op. cit.*, passim; e BARCELLONA M., *op.cit.*, passim.

sostituito da una generica analisi del contenuto contrattuale<sup>236</sup>, e i requisiti del contratto vengono individuati prescindendo del tutto dal profilo causale<sup>237</sup>.

Nello specifico l'esperienza europea ha inizialmente mostrato che si dovesse abbandonare l'idea della causa come funzione economico-sociale del contratto, in quanto strumento di controllo dell'autonomia negoziale<sup>238</sup>; per poi comunque tendere a sfumare anche la tesi che intendeva la causa come funzione economico-individuale. Nel contesto transnazionale, pertanto, il contratto assume rilevanza prendendo in considerazione la posizione soggettiva dei contraenti e il contenuto dell'accordo, restando invece privo di importanza lo schema causale del singolo contratto. Se cioè la disciplina (attenta alla qualità soggettiva dei contraenti) non attribuisce rilievo alla rilevanza sociale dell'atto e alla sua liceità (guardando semmai a regole di comportamento degli operatori sul mercato) appare palese che sfuma anche l'incidenza della causa<sup>239</sup>.

Rispetto alle modalità di legislazione europea si è così pervenuti alla conclusione per cui il controllo sull'atto, pur sempre rimesso a un momento successivo all'esercizio dell'autonomia<sup>240</sup>, non è più legato

---

<sup>236</sup> Cfr. Principi dei contratti commerciali internazionali elaborati da *Unidroit ai Principles of European Contract Law*, formulati a cura della Commissione Lando.

<sup>237</sup> Cfr. BRECCIA U., *Il contratto in generale*, III, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone M., XIII, Torino, 1999, p. 86 il quale parla di "morte" del requisito, sebbene poi accenni a una sua resurrezione.

<sup>238</sup> Cfr. NAVARRETTA E., *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, p. 981 e ss.

<sup>239</sup> L'impossibilità per il professionista di far valere la disciplina codicistica in tema di nullità parziale (quando vi sia nullità di una clausola sfavorevole al consumatore) è un esempio di disciplina di fonte comunitaria che contraddice le tradizionali impostazioni in chiave di causa. Cfr. ROPPO V., *Il contratto del 2000*, Torino, 2011, p. 35. La stessa affermazione, consegnata dall'art. 2, co. 2, lett. c), Cod. Cons., di un "diritto all'equità nei rapporti contrattuali concernenti beni o servizi" sposta l'attenzione dell'operatore su di un territorio diverso rispetto a quello della causa, per proiettarlo nella prospettiva o degli obblighi condotta (imposti prevalente a uno dei contraenti) o di norme imperative destinate a sovrapporsi alle determinazioni volitive delle parti. Cfr. LIPARI N. *op. cit.*, p. 169.

<sup>240</sup> Cfr. NAVARRETTA E., *op. cit.*, p. 985.

al parametro della causa.<sup>241</sup>

Riprova di quanto affermato si può avere dall'analisi dei *Principles Unidroit* i quali hanno abbandonato ogni riferimento alla causa, riconoscendone implicitamente la superfluità<sup>242</sup>.

Si potrebbe sostenere che l'assoluta<sup>243</sup> varietà di accenti con la quale veniva ricostruita la categoria era il presupposto di quello che sarebbe accaduto successivamente<sup>244</sup>.

Pertanto la circostanza per cui la categoria del contratto misto sia di fatto ormai svuotata e priva di significato, si inserisce in quel più ampio e generale contesto di svuotamento delle categorie.

In relazione a tale dato, schemi concettuali che un tempo operavano da elementi utili alla classificazione, al fine di individuare soluzioni applicative o selezionare discipline, oggi continuano a essere richiamati come vuoti contenitori lessicali, all'interno di ciascuno dei quali possono convivere modelli diversi, e quindi diversi esiti operativi.

---

<sup>241</sup> Questa prospettiva ricostruttiva toglie peso ad alcuni parametri codicistici. Non è più decisivo il riferimento all'elencazione di cui all'art. 1325 c.c., da sempre ritenuta un mero indice delle sezioni successive del Codice. Non sono significativi nemmeno i criteri che valutano l'illiceità del contratto ai sensi dell'art. 1343 c.c. .

<sup>242</sup> Peraltro proprio all'interno dei principi si registra una singolare contraddizione: da un lato formalmente si riconosce la validità del nudo patto, dall'altro si elaborano figure nuove (si pensi a quella emblematica della *gross disparity*) che implicano un criterio valutativo dell'equilibrio degli interessi riconducibile al vecchio modello della causa. In questo variegato quadro, e nel tentativo di conservare il riferimento concettuale pur assegnandogli un diverso significato, è stato sostenuto che la causa, nata come elemento caratterizzante della struttura negoziale nel suo complesso, (ovvero come indice caratterizzante del rapporto tra volontà privata e ordinamento giuridico) finisce per assumere il ruolo di clausola generale, assimilabile a quella di buona fede; in quanto tale affidata alla sensibilità operativa del giudice. Cfr. ROLLI R., *op.cit.*, p. 253.

<sup>243</sup> Così in tema di atti di liberalità la causa è stata usata come schema idoneo a qualificare una pluralità di atti negoziali, spesso sovrapponendo profili oggettivi a diversi modi di intendere un profilo strettamente soggettivo (si pensi all'*animus donandi* nella vendita mista a donazione). D'altra parte, la necessità di affrontare le questioni relative ad atti di liberalità ha portato a sovrapporre il profilo della causa con quello dell'effetto. In tal modo il concetto si è trasformato in una tautologia. Cfr. LIPARINI., *Le categorie del diritto civile*, 2013, p. 171.

<sup>244</sup> Per esempio la stessa alternativa fra collegamento negoziale e schema atipico complesso è solo in apparenza risolta e giustificata in base ad un criterio causale. In realtà il Giudice valuta, al di là di ogni qualificazione astratta, la possibilità o meno di realizzare in via autonoma taluni effetti, in relazione alla molteplicità di soluzioni riscontrabili.

Anche per la categoria del contratto misto vale, quindi, quanto generalmente indicato per categorie consolidatissime, quali quelle di contratto, di diritto soggettivo o della stessa causa. Come queste categorie anche quella di contratto misto non è più in grado, ammesso che lo sia mai stata, di evocare alla mente dell'operatore un sicuro punto di riferimento concettuale, poiché è intesa secondo una serie eccessivamente variegata di significati.

Più in generale è il richiamo al concetto di categoria che non è più in grado di canalizzare l'indagine entro una disciplina univoca, quantomeno nei suoi connotati essenziali, perché si riduce a contenere una serie di richiami differenti, ciascuno dei quali esige specificazioni particolari<sup>245</sup>.

L'impatto con il diritto di fonte comunitaria ha aggravato questa realtà: il convergere di tradizioni culturali non sempre omogenee ha reso ancora più labili taluni riferimenti lessicali, che si era abituati ad assumere come presupposto, e che invece possono, al più, essere utilizzati al termine del procedimento interpretativo.

Di questa stessa difficoltà risente la categoria "contratto misto", posto che essa non possiede una identità univoca già nell'ambito della sua creazione (quello civile) e che l'identità è ulteriormente diminuita con l'ultima legislazione europea e la relativa trasposizione nell'art. 28, del d.lgs 50/2016.

A ridosso di tali considerazioni si delineano due alternative: abbandonare l'idea che esista la categoria del contratto misto all'interno del nostro ordinamento, e considerare l'accordo misto come una *species* del generale contratto atipico. O rideterminare un suo minimo comune significato con una finalità ordinante, tale per

---

<sup>245</sup> Per una riflessione sulla utilità di riferirsi al concetto di categoria, cfr. LIPARI N., *op. cit.* pp.147-155. L'autore considera come le più classiche categorie del diritto civile siano ormai da tempo esposte a continui ripensamenti, tali da porre in dubbio l'affidabilità e il senso di attuali indicazioni.

cui abbia senso riferirsi a esso come a una realtà autonoma.

Pertanto è a carico dell'interprete, e del suo impegno, la possibilità di trattare ancora del contratto misto come di un'autonoma categoria di diritto civile.

## BIBLIOGRAFIA

- AGNESE A. *Appalto o vendita di cosa futura? Un problema di redazione di contratti di impresa*, in *Teoria e pratica del diritto*, 2011
- ALCARO F. *Causa del contratto, evoluzioni interpretative e indagini applicative*, 2016
- ALPA G. *I contratti atipici*, in *I contratti in generale*, 1991
- ALPA G. *Le stagioni del contratto*, 2012
- ALPA G. *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, Gabrielli (a cura di), V, I, Torino, 1990
- ALPA G. *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1995
- ARCERI A. *Appunti in tema di liberalità e gratuità nei contratti*, in *Giurisprudenza Di Merito*, I, 2000
- ARGIROFFI C. – CASCIO S. O. *Contratti misti e contratti collegati*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1988
- ASCARELLI T. *Contratto misto, negozio misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatione*, in *Riv. del Dir. Comm.*, 1930
- AUTORITÀ VIGILANZA CONTRATTI PUBBLICI, *Inquadramento giuridico dell'attività di illuminazione votiva cimiteriale*, 2008
- AUTORITÀ VIGILANZA CONTRATTI PUBBLICI *Massime classificate per il nodo "Contratti misti in genere"*, 2013
- BALDI M. *Legge Comunitaria e disciplina degli appalti*, in *Urb. e App.* 8/2005

- BARCELLONA M. *Della causa. il contratto e la circolazione della ricchezza*, 2015
- BARLETTA A. *Il contraente generale*, sezione III, in *Trattato sui contratti pubblici*, IV, *Le patologie contrattuali*, Sandulli, De Nictolis, Garofoli (diretto da), 2008
- BESSONE M. *Il trasferimento della proprietà mediante contratto d'appalto*, in *Vendita e contratti traslativi, in patto di differimento degli effetti reali*, C. Camardi (a cura di), 1999
- BETTI E. *Causa del negozio giuridico*, in *Nov. Dig. It.*, III, Torino, 1957
- BETTI E. *Teoria generale del negozio giuridico*, Milano, 1951
- BIANCA – MANTOVANI, *Codice e regolamento unico dei contratti pubblici*, 2011
- BIANCA C. M. *Il contratto*, in *il Diritto Civile*, III, , 2015
- BIANCA C. M. *La vendita e la permuta*, vol. 1, in *Trattato di diritto civile*, Vassalli F. (diretto da), Torino, 1993
- BIONDI B. *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, Vassalli F. (diretto da), XII, Torino, 1961
- BRAVO F. *Gli appalti pubblici per la fornitura di beni e servizi nel settore ICT e gli appalti pubblici elettronici alla luce del d. lgs. N. 163 del 2006*, in *Contr. e impr.*, 2006
- BRECCIA U. *Il contratto in generale*, III, in *Tratt. dir. priv.*, M. Bessone (diretto da), XIII, Torino, 1999
- BRECCIA U. *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele*, *Prospettive di diritto europeo*, Mazzamuto (a cura di), Torino, 2002

- CACCAVALE M. *La donazione mista: profili ricostruttivi e rilevanza normativa*, in Notariato, 2000
- CAMMELLI M. *Gli appalti pubblici di servizi e le società a partecipazione pubblica*, in F. Mastragostino (a cura di) *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, 1998
- CACCAVALE M. *La donazione mista: profili ricostruttivi e rilevanza normativa*, in Riv. del Not., 6/2000
- CAMARDI C. *Economie individuali e confessione contrattuale, Saggio sulla presupposizione*, 1997
- CAPITANT H. *De la cause del obligations*, Parigi, 1927
- CAPOZZI G. *Successioni e donazioni*, 2015
- CAPUTO O. M. *Global service e tutela della concorrenza*, 12/2005
- CAREDDA V. *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996
- CARINGELLA F. – PROTTO M. *Cfr. Codice dei contratti pubblici*, 2012
- CARINGELLA F. *I contratti della Pa*, in *Manuale di diritto amministrativo*, 2012
- CARNEVALI U. *Le donazioni*, in *Tratt. Di dir. Priv.*, P. Rescigno (diretto da), vol. 6, Torino, 1997
- CARTA S. *Gli appalti misti di lavori, servizi e forniture, anche con riferimento alla figura del global service*, in *Riv. Trim. Appalti*, 2004
- CARULLO – IUDICA. *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici-privati*, 2009

CASCIONE M. C. *Le sezioni unite oltre il codice civile. Per un ripensamento della categoria dei beni pubblici*, in *Giur. it.*, 2011

CATAUDELLA A. *La donazione mista*, Milano, 1970

CENDON P. *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, II, pubblica amministrazione e settori strategici in il Dir. Priv. nella Giur.*, Torino, 2004

CHINÈ *Codice dell'appalto pubblico in Le fonti del diritto italiano*, 2015

CIANFLONE A. – GIOVANNINI G. *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2012

CINTIOLI F. *Profili ricostruttivi del general contractor*, Morbidelli (a cura di) in *La Finanza di Progetto*, Torino, 2004

CLARIZIA A. *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, 2004

CONTESSA C. *La corte di giustizia fra indicazioni (tardive) sulla legge Merloni e spunti (tempestivi) sul codice dei contratti*, in *Urb. e App.* 7/2008

CORTESE P. *Appalti misti e obblighi dei partecipanti alla gara in Urb. e App.* 8/2006

COSTANZA M. *Accessorietà della prestazione di custodia nel mandato ad alienare in Giust. Civ.*, 1979

CUTAJAR O. – MASSARI A. *Appalti e contratti*, 2014

DAFARRA A. *Il negotium mixtum cum donatione tra autonomia privata e concrete esigenze di qualificazione giuridica*, in *Riv. del Not.*, II, 2004

DE CARLO V. *Criteri per la disciplina degli appalti misti*, 2012

DE CHIARA G. *Permuta di bene presente con bene futuro in Giust Civ*, 1993

DE TILLA M. *Sulla permuta di un bene presente con un bene futuro*, In *Giust. Civ.*, 1993

DE GENNARO G. *I contratti misti. Delimitazione, classificazione e disciplina. Negotia mixta cum donatione*, Padova, 1934

DEIANA G. *La natura giuridica del negotium mixtum cum donatione*, in *Dir. Prat. Comm.*, 1938

DE NICTOLIS R. *Il nuovo codice degli appalti pubblici. Le principali novità recate dal Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, d. lgs. 12 Aprile 2006, n. 163*, 2007

DE NOVA G. *Il Contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, 2011

DE NOVA G. *Il contratto alieno*, 2010

DE NOVA G. *Il tipo contrattuale*, 2014

DEL PRATO E. *Contratti misti: variazioni sul tema* in *Riv. dir. Civ.*, I, 2012

DEL PRATO E. *Ragionevolezza e bilanciamento* in *Riv. dir. Civ.*, 2010

DEL PRATO E. *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti* in *Riv. dir. Civ.*, 2008

DI GIOIA V. *La disciplina dei contratti misti nella Merloni -ter*, in *Urbanistica e appalti*, 1999

DI MAJO A. *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1988

DI PAOLO G. M. *La Corte di giustizia e i contratti misti*, in *Contratti pubblici*, 2010

DI SCIASCIO A. *I contratti atipici nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *Urb. e App.*, 6/2015

D'ORO S. *Note a Corte di cassazione, 17 novembre 2010, Sez. II. n. 23125*, in Giust. Civ. III, 2011

DOMAT J. *Le loix civiles dans leur ordre naturel*, Parigi, 1745

DUGATO M. *I contratti misti come contratti atipici tra attività ed organizzazione amministrativa. Dal global service all'in house providing* in Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita, 2007

FARINA V. *L'affidamento a contraente generale*, Napoli, 2007

FERRI G. B. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966

FERRI G. B. *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico* (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942), in Riv. dir. comm., I, 1986

FERRI G. – NERVI A. *Il contratto di permuta* in "I Contratti", in Diritto Civile, N. Lipari e P. Rescigno (a cura di), 2009

GABRIELLI E. *Il contratto e le sue classificazioni*, in Operazione economica e teoria del contratto, 2006

GALGANO F. *La vendita obbligatoria, I singoli contratti*, in Trattato di diritto civile, 2009

GALGANO F. *La causa*, in Il contratto, 2007

GALLO C. E. *Il Contraente generale*, in Trattato sui contratti pubblici Sandulli M.A., De Nictolis R., Garofoli R. (a cura di), 2008

GALLI, *Le infrastrutture strategiche e gli insediamenti produttivi*, II, normativa speciale per i lavori pubblici, settori speciali, De Nictolis R. (a cura di), 2007

GAROFOLI R. *Disciplina degli appalti pubblici misti dopo la Merloni Ter il d.lgs 65/2000*, in Foro amm., II, 2002

GAROFOLI R. *I contratti misti* in Trattato sui Contratti pubblici, I, le tipologie contrattuali, Sandulli M. A., De Nictolis R., Garofoli R. (diretto da), Milano, 2011

GARUFI C. *Il negotium mixtum cum donatione non rientra nell'ambito del contratto misto*, in Dir. e Giust. on line, 2010

GAZZONI F. *Manuale di diritto privato*, 2015

GENTILE M. *L'autorità fa il punto sugli appalti misti alla luce delle modifiche introdotte dalla Comunitaria 2004* in Urbanistica e Appalti, 10/2015

GIANNATTASIO *L'appalto*, in Trattato di diritto civile e commerciale Cicu e Messineo (a cura di), 1977

GIORGIANNI *Negozi giuridici collegati*, in Riv. it. Sc. Giur., 1937

GIORGIANNI M. *Causa (diritto privato)*, in Enciclopedia del diritto, 1962

GIROLAMI M. *L'artificius della causa contractus*, in I quaderni della Rivista di diritto civile, 2012

GITTI G. *La tenuta del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in Riv. dir. Civ., 2008

GRAZIANO M. *Le Sezioni Unite intervengono nella materia dei rapporti tra vendita di cosa futura e appalto*, in Riv. Not., II, 2009

GRECO G. *Contratti misti e appalti comunitari*, in Riv. it. dir. pub., 1994

GRECO G. *Ambito oggettivo della legge quadro*, in VILLATA, *L'appalto di opere pubbliche*, 2001

GRISI G. *Spigolando su causa, derivati, informazione e nullità*, in Persona e Mercato, 2015

- IUDICA *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, 2012
- IAIONE C. *La nozione codicistica di contratto pubblico* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) n. 5/2007
- LAIOLO F. *Diritto del commercio internazionale, Pratica internazionale e diritto interno* in *Giurisprudenza commerciale*, 2008
- LAMBERTI *La realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale, (legge 21 dicembre 2001, n. e d.lgs. 20 Agosto 2002, n. 190). Commento al d.lgs. 20 Agosto 2002, n. 190. Capo I -infrastrutture ed insediamenti produttivi. Art.9- affidamento a contraente generale*, in *Le Nuove leggi civ. comm.*, 2003
- LATTANZI F. *Codice dei contratti pubblici annotato con Giurisprudenza e formule*, 2010
- LIPARI N. *Le categorie del diritto civile*, 2013
- LUMINOSO A. *I contratti tipici e atipici*, in *Tratt. di dir. priv.*, Iudica G. e Zatti P. (a cura di), Milano, 1995
- MANCINI M., *Il global service quale particolare tipologia di contratto misto: funzioni, struttura e profili operativi*, 2016
- MAGGI M. *Il contratto di fornitura di sistema informatico come contratto unitario*, in *I contratti*, n. 11/1999
- MARTINO F. *In tema di forma del negotium mixtum cum donatione*, in *Riv. del Not.*, 2012
- MARZARI F., *Global service manutentivo: Palazzo Spada conferma la natura di appalto di lavori*, in *Riv. giur. Edil.*, 2005

MASSARI A. *Il Global service per la manutenzione e gestione del patrimonio immobiliare: profili del contratto e dell'affidamento*, in Comuni d'Italia, 2002

MASSARI A. CUTAJAR O., *Voce: art. 15*, in Appalti e Contratti, 2014

MAZZÙ V. *Vendita immobiliare e controllo sociale delle attività economiche*, in *Strumenti negoziali di edilizia privata: l'esperienza del notariato tra tradizione e nuove soluzioni*, Atti del Convegno, Messina 18.10.2008, Milano, 2009

MESSINEO F. *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, Milano, 1953

MESSINEO F. *Contratto innominato* in Enciclopedia del diritto, 1962

MONTEDORO G. – DIPACE R., *Gli appalti di opere*, 2003

MONTELERO A. *Processo di outsourcing informatico e cloud computing: la gestione dei dati personali e aziendali* in Il diritto dell'informazione e dell'informatica, fasc. 4-5, 2010

MOSCARINI L.V. *il Contratto di appalto e le figure affini*, in I contratti di appalto privato Cuffaro V. (a cura di), in Trattato dei contratti, diretto da Rescigno P. e Gabrielli E., 2011

NAVARRETTA E. *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007

NAVARRETTA E. *La causa e le prestazioni isolate*, 2000

NORSA A – ANTONINI E. *Fra general contractor e Project construction mangement: la via italiana*, 2015

OSTI C. *Voce contratto misto*, in Noviss. Dig. It. IV, Torino, 1974

PAGLIANTINI S. *Diretto giurisprudenziale e principio di effettività*, in Persona e Mercato, 2014

- PERFETTI R. *Art. 14 Codice dei contratti pubblici*, 2013
- PERFETTI L. R., *Gli appalti misti tra vincoli comunitari e fraintendimenti del Consiglio di Stato*, in *Urb. e App.*, 1/2000
- PERLINGIERI P. *La contrattazione fra imprese* in *Riv. dir. Impr.*, 2007
- PERLINGIERI P. *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in "il diritto dei contratti", *Problemi di diritto civile*, 2003
- PERLINGIERI P. *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Il diritto dei contratti*, *Problemi di diritto civile*, 2003
- PERLINGIERI P. *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata. Sintesi di un convegno*, in *Il diritto dei contratti. Problemi di diritto civile*, 2003
- PIRAINO F. *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Eur. e dir. Priv.*, 2010
- PITTALIS G. *Appalto pubblico* in *Digesto delle discipline giuridiche*, 1987
- PLANIOL M. *Traité élémentaire de droit civil*, 1900
- PONTI A. *Il global service quale strumento di gestione del patrimonio immobiliare*, in *N. rass. legisl. e giur.*, 2003
- POTHIER R.J. *Traité des obligations*, 1835
- PROTTO M. *La legge obbiettivo: arriva il generale contractor e dilaga la super Dia*, in *Urb. e app.*, 2002
- RICCA L. *Contratto e rapporto nella permuta atipica*, Milano, 1974
- RICCOBONO A. *Verso una tipizzazione del contratto di esternalizzazione?* in *Arg. Dir. Lav.* 4/5, 2012

- ROLLI R. *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008
- ROPPO V. *Causa concreta. una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Rivista di diritto civile*, 4/2013
- ROPPO V. *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* Iudica G. e Zatti P. (a cura di), Torino, 2011
- ROPPO V. *Regolamento*, in *Trattato del Contratto*, diretto da Roppo V. e G. Vettori (a cura di), Milano, 2006
- ROSSANO C. *I contratti misti, relazione al convegno IGI, Concessione di servizi, concessione di lavori pubblici e contratti misti: alla ricerca delle differenze*, 2007
- RUBINO D. *Appalto privato*, in *Noviss. Dig. It.*, 1974
- RUBINO D. *La compravendita*, in *Tratt. di .dir. civ. e comm.*, Cicu A. e Messineo F. (a cura di), 1971
- RUBINO D.- IUDICA G. *Commentario del codice civile, Voce Appalto, artt. 1655-1677*, 2007
- RUSSO E. *Vendita e appalto* in *Codice civile commentato, vendita e consenso traslativo*, Milano, 2010
- RUSSO E. *Vendita di cose future, vendita di res sperata e vendita di un edificio da costruire*, in *il Codice civile commentato, vendita, disposizioni generali delle obbligazioni del venditore*, Milano, 2010
- SACCO R. *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. pr. civ.*, 1966
- SACCO R. *La causa*, in *Il contratto*, In *Trattato di diritto civile italiano*, Sacco R. e De Nova G. (a cura di), 1993

- SACCO R. *La causa*, in *Il contratto*, In Trattato di diritto civile italiano, 2008
- SALVATORE P. *La nuova figura del "General Contractor"* in Nuova Rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza, n. 12/2002
- SAMMARCO P. *I nuovi contratti dell'informatica- sistemi e prassi*, 2006
- SANTI G. *Le nuove leggi amministrative*, in AA.VV Codice dei contratti pubblici, 2007
- SANTORO- PASSARELLI, *Dottrine generali del Diritto Civile*, Napoli, 1997
- SCARDACI C. *Appalti misti: ancora un contrasto con la disciplina comunitaria in Ambiente*, 8/2004
- SCOGNAMIGLIO R. *Collegamento negoziale*, (voce) in Enc. Diritto, 1960
- SCOGNAMIGLIO R. *Contratti in generale*, 1970
- SICCHIERO G. *Il contratto con causa mista*, 1995
- SICCHIERO G. *Negotium mixtum cum donatione, contratto misto e principio di prevalenza* in Giur. It., 1996
- STOLFI M. *Voce contratti pubblici*, in Appalti pubblici in enciclopedia del Diritto, 1957
- STUMPO G. *La figura del general contractor come delineata dalla l. n. 443/2001 e dal recente regolamento attuativo di cui al dl n. 190 del 2002*, in Riv. Trim. app., 2002
- TAVASSI. *La donazione*, di Iacovino C., Tavassi V., Cassandro T., 1996
- TINTO V. *L'incompatibilità della normativa sull'appalto misto della legge Merloni con il diritto comunitario e la recente disciplina prevista nel codice dei contratti pubblici*, in Dir. Comm. Inter., pratica internazionale e diritto interno, 2008
- TOMEI R. *La disciplina dei contratti pubblici*, Baldi (a cura di), 2007

TORRENTE A. *La donazione*, in *Tratt. Di dir. civ. e comm*, Cicu A. e Messineo F. (diretto da), 1956

VALENTINO D. *Dei singoli contratti* in *Commentario del Codice Civile*, diretto da Gabrielli E., 2011

VOLPE C. *Le nuove direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, in *Riv. ital. dir. pub. com.*, 5/2015

ZAGLIARDICH C. *I contratti misti di lavori e servizi dopo la Merloni-ter*, in *Urb. e App.*, 1999

## GIURISPRUDENZA

CORTE DI GIUSTIZIA COMUNITÀ EUROPEE, 18/11/1999, C197/98;

CORTE DI GIUSTIZIA COMUNITÀ EUROPEE, SEZ. II, 21/02/2008, C- 412/04;

CORTE DI GIUSTIZIA DI COMUNITÀ EUROPEE, 6/5/2010, C-145/08 E C-149/08;

CORTE DI GIUSTIZIA COMUNITÀ EUROPEE, SEZ. III, 26/05/2011, C-306/08;

CORTE COSTITUZIONALE 12/02/2010, N. 45;

CASS. CIVILE, SEZ. II, 17/03/1981, N. 1545;

CASS. CIVILE, SEZ. II, 12/06/1987, N. 5147;

CASS. CIVILE, SEZ. II, 10/01/1990, N. 13;

CASS. CIVILE, SEZ. II, 24/01/1992, N. 811;

CASS. CIVILE, SEZ. II, 13/07/1995, N. 7666;

CASS. CIVILE, SEZ. I, 21/11/1997, N. 11643;

CASS. CIVILE, SEZ. II, 22/03/1999, N. 2661;

CASS. CIVILE, SEZ. TRIB; 12/05/2000, N. 6082;

CASS. CIVILE, SEZ. II, 21/01/2000, N. 642;

CASS. CIVILE, SEZ. TRIB, 22/11/2001, N. 14779;

CASS. CIVILE, SEZ. I, 12/04/2001, N. 5494;

CASS. CIVILE, SEZ. TRIB., 22/11/2001, N. 14779;

CASS. CIVILE, SEZ. I, 22/12/2005, N. 28479;

CASS. CIVILE, SEZ. TRIB., 09/11/2005, N. 21773;

CASS. CIVILE, SEZ. II, 07/06/2006, N. 13337;

CASS. CIVILE, SEZ. UNITE, 12/06/2006, N. 13524;

CASS. CIVILE, SEZ. II, 30/01/2007, N. 1955;

CASS. CIVILE, SEZ. II, 16/04/2007, N. 9088;

CASS. CIVILE, SEZIONI UNITE, 12/05/2008, N. 11656;

CASS. CIVILE, SEZ. III, 10/07/2008, N. 18884;

CASS. CIVILE, SEZ. II, 03/11/2009, N. 23297;

CASS. CIVILE, SEZ. II, 17/11/2010, N. 23215;

CASS. CIVILE, SEZ. II, 09/02/2011, N. 3175;

CASS. CIVILE, SEZ. III, 02/10/2012, N. 16754;

CASS. CIVILE, SEZ. VI, 17/06/2014, N. 13717;

CASS. CIVILE, SEZ. II, 11/03/2014, N. 5605,

CASS. CIVILE, SEZ. II, 16/06/2014, N. 13684;

CASS. CIVILE, SEZ. II, 25/10/2013, N. 24172;

CASS. CIVILE, SEZ. II, 29/01/2015, N. 8446;

CASS. CIVILE, SEZ. UNITE, 22/12/2015, N. 25767;

CORTE APPELLO BARI, SEZ. I, 30/01/2012, N. 78;

TRIBUNALE MESSINA, SEZ. II, 01/04/2008;

CONS. STATO, SEZ. VI, 16/12/1998, N. 1680;

CONS. STATO, SEZ. V, 11/6/1999, N. 630;

CONS. STATO, SEZ. VI, 10/07/2002, N. 3847;

CONS. STATO, SEZ. V, 21/06/2007, N. 3319;

CONS. STATO, SEZ. V, 30/05/2007, N. 2765;

CONS. STATO, SEZ. III, 3/02/2012, N. 630;

CONS. STATO, SEZ. VI, 11/01/2013, N. 110;

CONS. STATO, SEZ. III, 10/12/2013, N. 5917;

CONS. STATO, SEZ. III, 12/09/ 2013, N. 4511;

CONS. DI STATO, SEZ. IV, 07/07/2014, N. 3421;

T.A.R. LIGURIA, SEZ. II, 29/04/2005, N. 556;

T.A.R. CAMPANIA, NAPOLI, 5/05/2006, N. 3972;

T.A.R. LAZIO, ROMA, SEZ. I-TER, 16/04/ 2008, N. 3215;

T.A.R LAZIO, ROMA, SEZ. III, N. 4924/2009;

T.A.R. LOMBARDIA MILANO, SEZ. I, 11/02/2011, N. 450;

T.A.R. LOMBARDIA MILANO, SEZ. I, 12/09/2011, N. 2204;

T.A.R MOLISE, SEZ. I, 16/08/2013, N. 494;

T.A.R TOSCANA, SEZ. II, 5/07/2013, N. 1042;

T.A.R. SICILIA PALERMO, SEZ. III, 24/03/2014, N. 852;

T.A.R. TOSCANA, SEZ. I, 30/03/2015, N. 536;

T.A.R. CAMPANIA NAPOLI SEZ. V, 21/12/2015, N. 5835;

T.A.R. LOMBARDIA MILANO, SEZ. IV, 30/12/2015, N. 2874;

T.A.R. MILANO, SEZ. III, 10/02/2016, N. 25;

T.A.R. ROMA, SEZ. II, 09/05/2016, N. 5430;

AUTORITÀ VIGILANZA LAVORI PUBBLICI, deliberazione 06/04/2005 N. 3;

AUTORITÀ VIGILANZA LAVORI PUBBLICI, deliberazione 13/09/2006 N. 69;

AUTORITÀ VIGILANZA LAVORI PUBBLICI, deliberazione 20/02/2007 N. 50;

AUTORITÀ VIGILANZA LAVORI PUBBLICI, deliberazione 17/01/2008 N. 1;

AUTORITÀ VIGILANZA LAVORI PUBBLICI, deliberazione 30/01/2008 N. 5;

AUTORITÀ VIGILANZA LAVORI PUBBLICI, parere precontenzioso 3/04/2008,  
AG9-08;

AUTORITÀ VIGILANZA LAVORI PUBBLICI, parere sulla normativa 03/04/2008;

AUTORITÀ VIGILANZA LAVORI PUBBLICI, parere precontenzioso 25/09/2008,  
AG25-08;

AUTORITÀ VIGILANZA LAVORI PUBBLICI, parere sulla normativa 25/09/2008;

AUTORITÀ VIGILANZA LAVORI PUBBLICI, deliberazione 03/12/2008 N. 55;

AUTORITÀ VIGILANZA LAVORI PUBBLICI, deliberazione 15/01/2009 N. 2;

AUTORITÀ VIGILANZA LAVORI PUBBLICI, deliberazione 28/01/2009 N. 6;

AUTORITÀ VIGILANZA LAVORI PUBBLICI, parere precontenzioso 22/10/2009 N.  
113;

AUTORITÀ VIGILANZA LAVORI PUBBLICI, parere sulla normativa 11/03/2010;

AUTORITÀ VIGILANZA LAVORI PUBBLICI, parere precontenzioso 15/04/2010 N.  
73;

AUTORITÀ VIGILANZA LAVORI PUBBLICI, deliberazione 09/09/2010 N. 51;

AUTORITÀ VIGILANZA LAVORI PUBBLICI, deliberazione 06/10/2010 N. 81;

AUTORITÀ VIGILANZA LAVORI PUBBLICI, parere sulla normativa 04/11/2010  
AG40-10;

AUTORITÀ VIGILANZA LAVORI PUBBLICI, parere precontenzioso 12/01/2011 N.  
189/10/S;

AUTORITÀ VIGILANZA LAVORI PUBBLICI, parere precontenzioso 10/11/2011 N.  
196;

AUTORITÀ VIGILANZA LAVORI PUBBLICI, parere precontenzioso 30/05/2012 N.

89;

AUTORITÀ VIGILANZA LAVORI PUBBLICI, deliberazione 10/10/2012 N. 84;

AUTORITÀ VIGILANZA LAVORI PUBBLICI, parere precontenzioso 13/03/2013 N.

32;