

# OBSOLESCENZA E CADUCITÀ DELLE LEGGI CIVILI

Dipartimento di  
**SCIENZE  
POLITICHE**  
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE

2

A cura di  
**VINCENZO  
CUFFARO**



Roma TRE Press  
2019



Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Scienze Politiche

# OBSOLESCENZA E CADUCITÀ DELLE LEGGI CIVILI

a cura di  
VINCENZO CUFFARO



*Roma TrE-Press*

2019

*Coordinamento editoriale:*  
Gruppo di Lavoro *RomaTrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, [mosquitoroma.it](http://mosquitoroma.it)

*Impaginazione:* Colitti-Roma [colitti.it](http://colitti.it)

*Edizioni:* *RomaTrE-Press* ©

Roma, ottobre 2019

ISBN: 978-88-32136-77-7

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *RomaTrE-Press* è svolta nell'ambito della  
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

## INDICE

VINCENZO CUFFARO, <i>Prefazione</i>	5
ANGELO BARBA, <i>Attualità della legge sulla subfornitura industriale nelle attività produttive</i>	9
EDOARDO PESCE, <i>Ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali</i>	47
MARCO DELL'UTRI, <i>Accesso alla proprietà e crisi economiche</i>	61
MASSIMO D'AURIA, <i>Il contratto di rete tra segnali di vitalità e possibili ragioni di obsolescenza</i>	81
CRISTIANO CICERO, <i>Affiliazione commerciale: legge n. 129/2004</i>	99
FABRIZIO DI MARZIO, <i>Insolvenza civile e concorso</i>	111
ETTORE BATTELLI, <i>Vendite a domicilio e piramidali: una disciplina ancora attuale. Le nuove fattispecie all'attenzione della AGCM</i>	141



## PREFAZIONE

Il titolo del volume, che ripropone quello dell'incontro di studi svolto il 9 novembre 2018 nell'Università di Roma Tre, merita una precisazione ed impone una spiegazione.

La precisazione può essere rapida.

L'incontro è stato suggerito dalla (e si colloca nel solco della) più generale riflessione avviata dall'Associazione dei Civilisti Italiani sulla attualità delle disposizioni che nel Codice civile riguardano gli aspetti patrimoniali dell'attività dei privati. Nell'intento dell'Associazione promotrice, la riflessione ha preso le mosse dallo scrutinio di criticità o di inadeguatezza delle norme dettate nel Codice alla metà del secolo scorso ed intende poi sviluppare l'analisi sino alla formulazione di concrete proposte tecniche, dirette a rendere coerenti le regole al diverso contesto economico e sociale nel quale sono chiamate ad operare. Una direttrice di analisi che prende dunque atto della longevità del testo 'codice' e proprio muovendo da tale dato vuole per ciò approntare uno studio critico, volto a segnalare possibili obsolescenze ed insieme ad ovviare ad eventuali caducità delle previsioni normative.

Raccogliendo dunque tale autorevole sollecitazione è sembrato interessante volgere lo sguardo a leggi civili che, emanate in un non breve lasso di tempo, sono anch'esse dirette a regolare rapporti privati di contenuto patrimoniale. Nel suggerirne l'esame è stato proposto, almeno in tesi, di adottare un diverso angolo prospettico e tale proposta merita quindi di essere spiegata.

La spiegazione è necessariamente più articolata.

I termini obsolescenza e caducità rimandano all'idea di transitorio e possono quindi apparire provocatori se riferiti alla legge civile che di per sé aspira alla stabilità, ma sono stati entrambi evocati da una circostanza apparentemente incongrua rispetto al tema.

Nel 2018 è caduto l'anniversario della legge n. 392 che, appunto quaranta anni fa, fu emanata il 27 luglio 1978, dettò una organica disciplina delle locazioni di immobili urbani.

La legge n. 392/78 ha avuto conseguenze importanti non soltanto perché ha riguardato un contratto di vasta diffusione ed ampio utilizzo nella prassi, ma altresì perché ha segnato una stagione di studi particolarmente felice. Come è noto, a voler ricordare solo uno degli aspetti più fecondi, proprio muovendo dal significato che la legge sulle locazioni urbane rivestiva sul piano sistematico fu avviata la riflessione, individuata icasticamente con il vocabolo

‘decodificazione’, rivolta a mettere in luce una esperienza legislativa che, quasi inconsapevolmente, rinnegava la centralità del codice civile quale unico ‘contenitore’ diretto a raccogliere la disciplina dei rapporti privati, per disegnare invece nuovi, autonomi e per ciò autoreferenziali territori di regolamentazione.

Alla legge n. 392 del 1978, ancora in parte in vigore dopo quaranta anni e che nel tempo e nella stessa percezione degli interpreti ha visto attenuarsi i connotati di eccezionalità o di specialità per assumere quello, più ragionevole, di legge complementare al codice, può dunque riconoscersi il carattere della longevità.

Non è certo possibile, né avrebbe senso, svolgerne una ricognizione nel dettaglio, ma è certo consentito affermare sia che larga parte dei principi allora dettati sono stati recepiti e quindi metabolizzati dalla prassi, sia che le regole sul contratto hanno trovato costante applicazione per otto lustri e sono state oggetto di una intensa elaborazione giurisprudenziale rivolta, ancora di recente, a scandagliarne il significato.

Ebbene, la constatazione della longevità del modello di regolamentazione del contratto di locazione di immobili urbani, qual era stato disegnato in un periodo per altro drammatico della vita della Repubblica (che proprio nel 1978, con il sequestro e l’omicidio di Aldo Moro, visse uno dei momenti più tragici) ha indotto, quasi per reazione, a voler considerare altri modelli di regolamentazione, quali sono stati proposti dal legislatore in un vasto torno di tempo, aventi ad oggetto altri schemi contrattuali.

Modelli contrattuali tra loro diversi, ricchi di previsioni peculiari e di regole nuove o comunque diversamente conformate rispetto a quelle dettate nel Codice. Si pensi, ad esempio, tra quelli esaminati nel testo, al contratto di subfornitura, al contratto di rete, al contratto di vendita a domicilio, sino alla più recente locazione di scopo, c.d. *rent to buy*.

Modelli, se non tipi contrattuali, oggetto di indagini approfondite e di appassionata attenzione di studio, ma che certo, a differenza di quanto è accaduto per la locazione, sembrano avere ricevuto una assai scarsa attenzione da parte della prassi, in misura tale che il loro rilievo può apparire sovente relegato alle pagine degli interpreti, forse a motivo della modesta considerazione da parte degli operatori del diritto, tale da determinare una fievole eco nella giurisprudenza.

Certo, viviamo in una stagione segnata da profondi mutamenti. La ormai largamente avvertita modifica del sistema delle fonti; la perdita del primato della legge, da molti ritenuto recessivo; l’inarrestabile emersione del diritto privato europeo, tale da scardinare il sistema municipale.

Eppure il potere politico continua a professare una convinta legolatria

e non esita a confezionare nuovi modelli contrattuali e schemi di regolamentazione di rapporti, ritenuti idonei, in quanto tali, ad incidere direttamente e comunque a modificare la realtà sociale ed economica.

Dal confronto tra la predisposizione legislativa di nuovi schemi contrattuali che traggono la propria legittimazione dal potere che li emana e la risposta proveniente dalla realtà sociale sulla quale sono chiamati ad operare nasce allora la suggestione della obsolescenza ed il dubbio della caducità.

\* \* \*

La pagina introduttiva, intesa a precisare le ragioni che avevano suggerito di proporre, nella prospettiva sopra delineata, un nuovo esame su testi di legge già oggetto di esami approfonditi, merita di essere integrata alla luce degli studi svolti e raccolti nel volume.

Va osservato che larga parte dei contributi raccolti ha smentito i dubbi formulati e fugato le suggestioni inizialmente avvertite, offrendo su ciascun tema una attenta lettura dei testi che in qualche misura non rinnega l'utilità dell'adozione di nuovi schemi contrattuali ed anzi ne valorizza i tratti.

In tal modo, seppure l'esito della riflessione in parte contraddica l'ipotesi di lavoro dalla quale aveva preso le mosse, l'indagine compiuta vale a dimostrare come una intelligente analisi dei dati normativi possa fornire spunti ed argomenti per una aggiornata lettura del sistema dei rapporti di diritto civile, recuperando da interventi episodici norme e regole che vanno al di là della caducità dall'occasione che ne ha determinato l'emanazione.

Vincenzo Cuffaro





ANGELO BARBA

*Attualità della legge sulla subfornitura industriale  
nelle attività produttive (18 giugno 1998, n. 192)*

**SOMMARIO:** La tesi sostenuta – 1. Tipicità del contratto di subfornitura e indifferenza al tipo di scambio tra imprese – 2. (*segue*) Carattere trasversale della disciplina, integrazione necessaria e indifferenza al tipo di scambio – 3. Integrazione necessaria e contratto di scambio atipico – 4. Prima, parziale, conclusione – 5. Elasticità del tipo ed elasticità della causa – 6. (*segue*) Contenuto e conformazione logica della fattispecie – 7. Il valore giuridico del fatto economico subfornitura. – 8. Seconda, parziale, conclusione – 9. Contratto e organizzazione – 10. (*segue*) Organizzazione, gerarchia ed autonomia gestionale – 11. Organizzazione delle attività di imprese e scambio – 12. (*segue*) Necessità dello scambio e complessità causale del contratto – 13. Elasticità della causa e indisponibilità del tipo contratto di lavoro subordinato – 14. La qualità di imprenditore del soggetto contraente come criterio tipologico – 15. Terza, parziale, conclusione – 16. Le differenti letture della legge sulla subfornitura. L'ispirazione neoliberalista – 17. La lettura di ispirazione ordoliberalista – 18. Il definitivo superamento della lettura neoliberalista – 19. Disciplina della subfornitura e minima impresa – 20. I tratti caratterizzanti della disciplina generale – 21. (*segue*) Il rapporto tra tutela invalidativa e responsabilità per abuso di direzione e coordinamento.

*La tesi sostenuta*

La legge sulla subfornitura fissa la disciplina generale del decentramento produttivo realizzato mediante il coordinamento gerarchico contrattuale delle gestioni imprenditoriali, ossia quello tra organizzazioni aziendali che conservano l'autonomia giuridica ed economica necessaria e sufficiente per l'esistenza dell'impresa.<sup>1</sup>

Si tratta, in particolare, di una 'disciplina generale' in quanto è riferita all'impresa senza aggettivi e considerata solo come attività economica, non

---

<sup>1</sup> Si tratta, in altri e speculari termini, della massima misura di autonomia organizzativa disponibile (alienabile) da parte dell'impresa subfornitrice: la forma più estrema di integrazione organizzativa ancora compatibile con la permanenza dell'impresa come autonoma realtà economica (art. 2082 c.c.).

in ragione della forma giuridica che organizza la sua imputazione. Una disciplina che recepisce il ‘coordinamento gerarchico’ organizzato secondo *il modello del tipo normativo di problema*<sup>2</sup> individuato dalla *doppia alienità*<sup>3</sup> del lavoro dell’impresa subfornitrice<sup>4</sup>: alienità del ciclo produttivo dell’impresa committente ed alienità del risultato produttivo (bene o servizio) eseguito dall’impresa subfornitrice “per conto” del committente o ‘destinato’ ad essere incluso nel ciclo produttivo del committente.

Un modello aziendale che viene formalizzato nel giuridico mediante l’integrazione tra imprese conformata nel senso della funzionalizzazione dell’impresa subfornitrice all’impresa committente entro il limite massimo della dipendenza tecnologica.

La natura ‘contrattuale’ del tipo legale di organizzazione aziendale denominato subfornitura riconduce, senza tuttavia esaurirla, la costituzione del potere giuridico del committente all’autonomia privata dell’impresa subfornitrice. Non esclude, tuttavia, la possibilità che la dipendenza economica di un’impresa si manifesti anche in forme diverse dalla funzionalizzazione dell’impresa che il contratto organizza entro il limite della dipendenza tecnologica.

Infatti, quando il modello di organizzazione aziendale caratterizzato nel segno dell’integrazione gerarchica tra imprese non sia riconducibile al contratto ma si manifesti solo come *fatto* di funzionalizzazione, sempre riconducibile all’autonomia privata di impresa, ma non formalizzato sul piano del contenuto del *regolamento contrattuale* (potere giuridico di origine contrattuale)<sup>5</sup>, la situazione di dipendenza economica dell’impresa è protetta dalla disciplina dell’abuso.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> Nel senso che il legislatore utilizza il medesimo modello, non il contenuto tecnico che il modello assume nella disciplina del lavoro subordinato.

<sup>3</sup> Alienità del subfornitore dall’organizzazione dell’impresa del committente e alienità dal risultato conseguito dall’impresa committente (nel diritto del lavoro si intende la alienità dall’organizzazione e alienità dal risultato del lavoro)

<sup>4</sup> L’espressione “lavoro dell’impresa” utilizza del termine lavoro (senza aggettivi) uno dei significati accolti nell’art. 2060 c.c. Il lavoro dell’impresa, una volta chiarito nella direzione indicata dagli artt. 2060 e 2082 c.c., non deve essere confuso con il lavoro “nell’impresa” e con il lavoro autonomo “per l’impresa”.

<sup>5</sup> Nel senso che la relazione organizzativa tra imprese è voluta in occasione del contratto di scambio, ma non appartiene al contenuto di questo contratto né al contenuto di un autonomo contratto di organizzazione, ed è caratterizzata dalla continuità e dalla monocommittenza anche solo tendenziale. Tale riferimento, d’altro canto, neppure esclude altresì che il divieto di abuso operi anche quando la situazione di dipendenza economica sia generata solo da un assetto del mercato di riferimento (ad esempio abuso di posizione dominante o altra situazione di rilevanza concorrenziale).

<sup>6</sup> La distinzione tra fatto e contratto evocata in relazione all’integrazione gerarchica dei processi produttivi descrive un modello regolativo che il legislatore ha ripreso nella disciplina

### 1. Tipicità del contratto di subfornitura e indifferenza al tipo di scambio tra imprese

La complessa vicenda giuridica e culturale suscitata dalla legge sulla subfornitura industriale (192/1998) rivela significative ragioni di incertezza per la coincidenza, se non per la sovrapposizione, tra differenti piani di analisi: quello relativo al contenuto dell'atto e del rapporto di subfornitura e quello relativo all'individuazione della disciplina applicabile all'atto ed al rapporto di subfornitura.<sup>7</sup>

L'identificazione dell'oggetto della disciplina legale, ossia il *fatto economico* che il legislatore accoglie nella definizione che precede il regolamento ed affida all'interprete come fattispecie normativa astratta, viene assorbita e quasi dissolta nella riflessione *sull'ambito applicativo* della struttura normativa (definizione e disciplina legale).

Vuol dirsi, in particolare, di un impegno ermeneutico che analizza il dato legislativo (l. 192/1998) per accertare se la fattispecie astratta (art. 1) circoscriva l'ambito di applicazione diretta della disciplina (sussunzione nel concetto), ovvero se tale fattispecie accolga solo uno degli elementi di un più complesso tipo normativo che deve convocare le discipline di altri tipi legali ai fini della qualificazione giuridica del contratto (riconduzione al tipo)<sup>8</sup>. Una direzione di analisi che si risolve sempre nella individuazione della disciplina applicabile, in via analogica o diretta, al singolo, concreto contratto; o sotto il profilo dell'ambito di applicazione della disciplina del tipo legale subfornitura, o sotto il profilo dell'ambito di applicazione delle altre discipline legali *necessarie* per la qualificazione giuridica del contratto.

L'interprete intesta la rilevanza teorica ed il valore dogmatico della fattispecie accolta nella definizione legale all'interrogativo sul tipo contrattuale che corrisponde all'alternativa scandita dal comma 2 dell'art. 1322 c.c. – appartenenza o non appartenenza ai tipi aventi una disciplina particolare – ed utilizza modelli argomentativi che, in relazione ad entrambi i termini dell'alternativa, negano l'esistenza di un contenuto normativo della definizione del contratto di subfornitura *autonomo* rispetto alla disciplina

---

della direzione e coordinamento di società, affiancando alla combinazione tra l'art. 2359, comma 1, n. 3, da un lato; e l'art. 2497-*sexies*, dall'altro, l'art. 2497-*septies* c. c.

<sup>7</sup> La letteratura in tema di contratto di subfornitura è molto vasta, oltre le opere cit. nel testo si v. per una scrupolosa rassegna ed una pressochè completa ricognizione M. Pandimiglio, *Il contratto di subfornitura. Nozione e qualificazione giuridica*, Milano (Giuffrè) 2018, *passim*; M. R. Maugeri, voce *Subfornitura*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano (Giuffrè) s.d. ma 2015, p. 775 ss. Cfr. altresì A. Barba, *Studi sull'abuso di dipendenza economica*, Milano (Kluwer) 2018, *passim*.

<sup>8</sup> I termini "concetto" e "tipo" indicano, adesso, categorie logiche, v. G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova (Cedam) 1974, p. 121 ss.

legale, e che, tuttavia, giungono ad esiti applicativi diversi.

La struttura normativa assume dignità di “disciplina particolare” del tipo subfornitura (ex art. 1322 c. c.) quando la definizione viene interpretata come norma che individua l’esclusiva fattispecie applicativa astratta della disciplina predisposta dal legislatore per la qualificazione giuridica di quel determinato fatto economico.

La definizione del tipo legale rileva sul piano normativo, ossia in termini precettivi, *solo in quanto* fissa l’ambito di applicazione della disciplina. Una funzione che la definizione del tipo legale riesce ad assicurare utilizzando la struttura logica del concetto per organizzare in fattispecie legale astratta il tipo normativo di funzione economica selezionato dal legislatore, ossia individuato da un’antecedente scelta politica. Vuol dirsi di una tecnica legislativa che presidia la coincidenza tra oggetto ed ambito di applicazione della disciplina.

Esito ermeneutico, questo, che deve ricondurre l’incompletezza della disciplina legale della subfornitura, ossia l’eccedenza di valore giuridico del fatto economico rispetto alla struttura normativa dedicata, alla categoria tecnica della *lacuna* che autorizza l’applicazione analogica.

Da tutte le norme che compongono la disciplina legale, e solo da queste, la definizione trae gli elementi *necessari e sufficienti* per la sua organica applicazione. Il tipo contrattuale è costruito, in sostanza, su una relazione dogmatica autoreferenziale tra definizione e disciplina: la prima ripete dalla seconda tutti (e solo) gli elementi essenziali che ne condizionano in maniera esclusiva – nel senso della necessità e della sufficienza- l’applicazione.

La tipicità del contratto esaurisce la propria rilevanza pratica nel delimitare, *nel segno dell’esclusione* dell’appartenenza del contratto ad un diverso tipo avente una disciplina particolare e nei limiti della lacuna che giustifica l’analogia, l’ambito applicativo della disciplina particolare di un tipo legale. La configurazione del tipo legale subfornitura, da un lato, impedisce la qualificazione del contratto come appalto o altro tipo avente una disciplina particolare e, dall’altro, intesta all’*analogia* la individuazione delle parti di “disciplina particolare” (legale) dei tipi in concreto applicabile.

L’esito teorico e dogmatico (applicativo) appena descritto rende manifesta una divergenza tra contenuto della definizione normativa e disciplina applicabile, che l’interprete continua a percepire come incompletezza, ma che, in realtà, dimostra soltanto che la *definizione* legale della subfornitura non è il risultato di quanto dispone la *disciplina* legale della subfornitura.

La definizione include un’eccedenza di valore giuridico che impone, ai fini della qualificazione, il ricorso ad altre discipline particolari di tipi contrattuali di scambio. Vuol dirsi, in altri termini, che l’incompletezza della

struttura normativa, le lacune che la concezione in esame colma mediante l'applicazione analogica, si riflette sulla definizione legale come indifferenza allo specifico tipo di scambio tra imprese che è (sempre) *necessario* per realizzare il decentramento produttivo (tipo normativo).

La *definizione legale* della subfornitura, in punto di analisi funzionale dell'atto e del rapporto, rivela un autonomo contenuto normativo, lo scambio, che la *disciplina legale* della subfornitura non riesce a rintracciare e che, dunque, genera la lacuna che giustifica l'analogia.

## 2. (segue) *Carattere trasversale della disciplina, integrazione necessaria e indifferenza al tipo di scambio*

Neppure la concezione che nega la configurazione del contratto di subfornitura di un autonomo tipo legale rinuncia alla fattispecie come tecnica che governa la qualificazione giuridica del contratto. L'atipicità impedisce la sussunzione nel tipo legale *come modalità di qualificazione dell'atto*, ma non impone all'interprete di rinunciare alla sussunzione *come modalità argomentativa che governa l'applicazione della regola*. Vuol dirsi che l'atipicità costituisce una condizione *necessaria ma non sufficiente* per argomentare il carattere trasversale di una disciplina nel segno della incompatibilità con la tecnica della sussunzione applicativa. L'applicazione della disciplina percepita e descritta come trasversale in quanto emancipata dal tipo legale, comunque presuppone, infatti, l'individuazione di una fattispecie normativa astratta quale antecedente sussuntivo.

La definizione del contratto di subfornitura continua ad avere un contenuto normativo che si dimostra privo di autonomia in quanto funzionale *solo* all'applicazione della disciplina legale: la definizione trae sempre dalla struttura normativa gli elementi della fattispecie legale astratta che conduce all'applicazione al caso concreto della disciplina legale. Ma tali elementi, si pensi, ad esempio, al riferimento all'impresa, alla c. d. dipendenza tecnologica o al contenuto dell'impegno assunto dal subfornitore, costruiscono la fattispecie secondo un modello epistemologico e non ontologico. L'interprete trova nella definizione legale i criteri per (ri) *conoscere* un fatto economico come corrispondente al tipo normativo scelto dal legislatore, non la *definizione* dello statuto ontico del tipo normativo.

Vuol dirsi, a voler utilizzare note categorie di teoria generale, che la definizione legale utilizza concetti dogmatici, non concetti normativi: il

termine “imprenditore” e il termine “impresa” riflettono distinti, e non solo per dimensioni, concetti normativi; la c.d. dipendenza tecnologica può riflettere una modalità dell’attività gestoria che riconduce al concetto normativo di ‘istruzioni’ oppure richiamare concetti normativi da ricondurre all’esecuzione del contratto e all’esatto adempimento; l’impegno assunto dal subfornitore riflette i concetti normativi che costruiscono la ragione che giustifica l’attribuzione patrimoniale. L’elasticità della definizione contenuta nell’art. 1 è determinata dall’estensione dei concetti dogmatici utilizzati, ossia dalla pluralità dei concetti normativi che, in astratto, sono coinvolti e, dunque, delle sussunzioni che, sempre in astratto, sono possibili.

### 3. *Integrazione necessaria e contratto di scambio atipico*

La negazione di un tipo legale contratto di subfornitura, ossia di un concetto normativo di contratto di subfornitura, riconosce l’eccedenza del valore giuridico del fatto economico rispetto alla disciplina legale (incompletezza) e la gestisce mediante un’interpretazione tipologica, non concettuale, della fattispecie applicativa affidata alla definizione: quest’ultima individua alcuni degli elementi necessari per l’applicazione della disciplina, ma non esaurisce la qualificazione giuridica del contratto. L’atipicità del contratto di subfornitura rileva nel discorso giuridico come formula descrittiva di una qualificazione dell’atto e del rapporto che utilizza indici di compatibilità, riconducibili alla categoria dogmatica di origine teorica della ‘prestazione tipica’ o caratterizzante, per delimitare l’ambito applicativo della “disciplina particolare” di un contratto nominato.

In particolare, la necessità del ricorso alle discipline particolari dei tipi contrattuali (di scambio) incide sull’ambito di applicazione diretta, non più analogica, del tipo legale *compatibile* con la subfornitura. Nei limiti della compatibilità la qualificazione giuridica del contratto costituisce l’esito di una combinazione tra disciplina particolare di un tipo e disciplina della subfornitura.

La negazione del tipo legale viene riferita come carattere “trasversale” della disciplina della subfornitura, di cui si afferma l’applicabilità ai contratti di scambio che appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> La disciplina della subfornitura è trasversale, si ritiene, perché si applica “ai tipi negoziali codificati” e, quindi, si colloca “su un livello trasversale rispetto alle varie figure, nel senso che potrà incidere, per gli aspetti disciplinati, su qualsiasi tipo di rapporto contrattuale comunque sussumibile nella definizione dell’art. 1” G. Iudica, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Contr.*, 1998, p. 411.

In dottrina prevale invece il silenzio con riguardo all'applicazione della disciplina legale della subfornitura ai contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare.

L'applicazione della disciplina della subfornitura al contratto di appalto, di vendita o di somministrazione o di affiliazione commerciale o ad altro contratto tipico di scambio tra imprese dipende dall'insufficienza funzionale e, dunque, dalla necessità di integrazione, della struttura tipica: l'applicazione integrativa della disciplina legale della subfornitura compensa l'incompletezza del tipo legale di scambio ai fini della qualificazione del contratto.

Ma tale incompletezza riferisce soltanto che il fatto da qualificare ha un contenuto economico che genera un valore giuridico ulteriore ed estraneo alla disciplina particolare del tipo. Un'eccedenza di valore giuridico, dunque, che è assai significativa circa il rapporto tra causa concreta e tipo<sup>10</sup>, ma che adesso deve essere sottolineata con riguardo alla compatibilità tra le

<sup>10</sup> Si tratta di un tema assai complesso che deve rimanere sullo sfondo della riflessione che si svolge. Occorre però segnalare almeno che, nella personale elaborazione, la causa concreta esprime la disponibilità, nei limiti della meritevolezza, dell'interesse oggettivo (causa in astratto) che viene realizzato mediante l'applicazione della disciplina particolare del tipo. Tale convinzione trae spunto dall'idea per cui: "anche il tipo negoziale è una manifestazione causale, nel senso che la tipicità altro non rappresenta se non la cristallizzazione di talune funzioni" elaborata da G. B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano (Giuffrè) 1963, p. 251. Ai fini che interessano può essere utile menzionare l'ipotesi del c. d. appalto "a regia" per sottolineare come, in tal caso, il fatto economico riveli un interesse concreto delle parti che la disciplina del contratto di appalto non è in grado di realizzare. Tale eccedenza causale si riflette sul tipo, ed infatti la giurisprudenza ha escluso (riduzione teleologica della disciplina legale) la responsabilità dell'appaltatore per i difetti dell'opera (Cass.11. 2. 2005, n. 2752), anche sotto il profilo della disciplina del potere conformativo dell'attività di impresa dell'appaltatore riconosciuto ed esercitato dal committente. Profilo causale che rende *necessario ma insufficiente* il riferimento al tipo definito dall'art. 1655: insufficiente, però, con riguardo al *rapporto tra poteri* conformativi dell'attività di impresa che realizza l'opera o il servizio verso un corrispettivo in denaro (scambio). Il valore giuridico del fatto economico espresso con la formula appalto a regia rivela un valore giuridico complesso e corrispondente a quello realizzato dalla combinazione della disciplina dell'appalto e della subfornitura. La causa in astratto, come funzione, è solo manifestata dalla disciplina particolare del tipo e ripete la propria origine dal fatto economico selezionato come tipo normativo. In tal senso, la causa in astratto è sia un antecedente del tipo legale (fatto) sia un esito generato dalla struttura normativa (valutazione), cfr. G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, cit. p. 64. Dunque, la causa in astratto si distingue dal tipo che la manifesta in quanto profilo di un fatto che il diritto accoglie e valuta. La causa concreta, invece, rileva sotto il profilo della qualificazione giuridica del contratto: è un elemento del singolo, specifico, contratto cui l'osservatore perviene mediante l'interpretazione e da utilizzare come criterio, non certo l'unico, per stabilire se il contratto appartiene ad un tipo avente una disciplina particolare. L'idea secondo cui il tipo non è affatto indifferente per l'identificazione della causa, di E. Roppo, *Il contratto*, Milano (Giuffrè), 2<sup>a</sup> Ed., 2011, p. 409, è condivisibile solo se riferita alla causa in concreto.



definizioni legali: quella del contratto di subfornitura e quella del contratto di scambio da integrare. Compatibilità che conferma l'indifferenza della subfornitura al tipo di scambio.

L'attitudine integrativa della disciplina della subfornitura non presuppone l'appartenenza del contratto integrato ad uno dei tipi aventi una disciplina particolare. Si tratta di una direzione di analisi meno consueta e da intestare al più evoluto post-fordismo che, dopo aver superato la concezione topografica dell'appalto interno ed acquisito la concezione funzionale del "ciclo produttivo", organizza il decentramento della produzione utilizzando anche contratti di scambio che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare. In tal modo, il binomio tipico – atipico (trasversale) accoglie e rispetta il senso di un'evoluzione dei rapporti di cooperazione tra imprese ed in particolare la progressiva acquisizione alla realtà economico-aziendale di una pluralità di forme giuridiche contrattuali destinate all'organizzazione del decentramento produttivo.

Il discorso giuridico sulla subfornitura, persino quando utilizza il modello concettuale per costruire il tipo legale nuovo, dimostra di voler superare i *modelli* argomentativi e le *forme* tecniche corrispondenti alla fase storica e culturale in cui l'appalto (interno), mediante l'art. 3 della legge 1369 del 1960, costituiva il *Grundtyp*, in senso storico e giuridico, del decentramento produttivo. Modelli e forme che ancora dimostrano attitudine costruttiva, soprattutto quando sollecitano l'interprete a configurare il contratto di subfornitura come sotto-tipo esclusivo dell'appalto.

Meditata attraverso il contratto atipico di scambio, la disciplina legale della subfornitura incontra ed utilizza l'autonomia privata anche per scongiurare la possibilità di insidiosi esiti culturali; in particolare se si considera che il riferimento ai soli contratti tipici finirebbe, infatti, con l'assecondare una fenomenologia di dirigismo aziendale destinato ad incidere, nel segno del limite e della compressione, sulla dinamica evoluzione dei processi produttivi che inseguono occasioni di innovazione e sviluppo.

In queste ipotesi la qualificazione come subfornitura non esaurisce il valore giuridico del fatto, ma deve attivare tecniche argomentative, quelle evocate solo in via generale dalla formula 'contratto misto' (combinazione, assorbimento, analogia), che giustificano l'applicazione delle (parti di) discipline legali che corrispondono a contenuti del fatto ulteriori e diversi rispetto a quelli riconducibili alla struttura normativa della subfornitura.

L'elasticità della disciplina legale, quella ottenuta mediante l'indifferenza della subfornitura al fatto economico di scambio, oltrepassa il tipo legale ed integra persino la costruzione tipologica della disciplina legale del contratto.

Un esito ermeneutico, quest'ultimo, che delegittima sul piano teorico generale e dogmatico esegesi esclusive che tendono a circoscrivere ad uno o ad alcuni tipi legali, ed è emblematico a riguardo il riferimento all'appalto o alla somministrazione, l'ambito di applicazione della disciplina.

#### 4. *Prima, parziale, conclusione*

A voler sintetizzare l'esito della riflessione svolta, può dirsi che tutto il discorso sulla qualificazione giuridica del contratto di subfornitura dimostra, nella direzione di analisi indicata dall'art. 1322 c.c., consapevolezza culturale circa la *necessità* del ricorso alle *altre* discipline particolari dei tipi legali e, quindi, risolve la rilevanza argomentativa del rapporto tra *definizione e disciplina legali* della subfornitura nell'individuazione dell'ambito di applicazione analogica o diretta o tipologica delle (altre) discipline particolari dei tipi.

Resta invece sullo sfondo, quando non viene persino ignorata, l'analisi funzionale del fatto economico che il legislatore ha selezionato come tipo normativo per la costruzione non solo del *regolamento legale* dell'atto e del rapporto di subfornitura, ma anche della fattispecie legale astratta collocata nella *definizione*.

Si tratta, in altri termini, di riflettere ancora sulla necessità del ricorso alle altre discipline particolari dei tipi, ma nel segno della funzione economico-giuridica della disciplina della subfornitura (causa in astratto del contratto di subfornitura).

Una riflessione che, di tale necessità, ossia dell'incompletezza della disciplina della subfornitura, deve rispettare due connotazioni: *a)* una genetica, ossia che è determinata dalla funzione economica del tipo normativo individuato dal legislatore, ossia dall'organizzazione dell'attività di impresa mediante il contratto del decentramento produttivo<sup>11</sup>, e *b)* una tecnica, ossia che è formalizzata nel giuridico mediante una struttura normativa indifferente al fatto economico di scambio che, in concreto, realizza il decentramento produttivo.

---

<sup>11</sup> Occorre chiarire tale connotazione nel senso che il decentramento produttivo non può che realizzarsi mediante un contratto di scambio diverso dal contratto di lavoro subordinato. Affermazione questa, è appena il caso di ricordarlo, che non esclude affatto un contratto di scambio tra imprese del tutto estraneo ad un fenomeno di decentramento produttivo.

### 5. *Elasticità del tipo ed elasticità della causa*

A voler utilizzare formule e concetti teorici abituali nelle più generali elaborazioni sul contratto, può dirsi che la vicenda culturale sollecitata dalla legge sulla subfornitura industriale è caratterizzata dalla sovrapposizione tra *elasticità del tipo* ed *elasticità della causa*.

Analogia (tipico) e compatibilità (atipico) sono attivate dall'interprete come modalità euristiche diverse, ma che dimostrano misure equivalenti di *elasticità del tipo legale*. Da un lato, nel senso della resilienza del tipo legale contratto di subfornitura alla *necessità analogica* per la costruzione della disciplina del contratto; dall'altro, nel senso del limite oltre il quale il tipo legale che, in concreto, assimila la disciplina *trasversale* della subfornitura smarrisce o modifica, in termini di attitudine alla qualificazione, la propria *identità* funzionale (funzione economico-giuridica del tipo legale) e di disciplina (tipo normativo di riferimento).<sup>12</sup>

L'elasticità del tipo, nei due significati appena chiariti, rivela l'inidoneità della disciplina legale della subfornitura a *ricevere* dai tipi legali (analogia) o a *sottrarre* (integrazione) al tipo legale coinvolto nella qualificazione identità funzionali o di disciplina. Caratteristiche queste rese possibili dalla mancanza nella fattispecie legale della subfornitura di autonomi elementi (distintivi) di incompatibilità con le discipline ricevute o integrate.

Sia l'applicazione analogica, sia quella tipologica costituiscono, infatti, tecniche di selezione delle norme applicabili innescate e giustificate (sempre) da una lacuna *identitaria* nella disciplina legale della subfornitura: è, infatti, l'assenza di una disciplina legale delle *prestazioni contrattuali e del loro rapporto*, che giustifica ed organizza la qualificazione giuridica nel senso dell'applicazione analogica o diretta della disciplina dei contratti tipici a cui corrispondono le prestazioni contrattuali del caso concreto.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> La qualificazione 'trasversale' riferita alla disciplina della subfornitura ed intestata alla negazione del tipo legale solleva l'interprete dall'imbarazzo teorico suscitato dal 'contratto atipico' di origine legale. La non appartenenza ai tipi aventi una disciplina particolare, infatti, costituisce un esito solo giurisprudenziale. Nella ricostruzione dell'interprete, la negazione del tipo legale, mediante l'immagine della trasversalità, descrive un processo di qualificazione del contratto riconducibile al metodo tipologico, ma solo in senso additivo: alla disciplina del tipo legale si aggiunge quella della subfornitura industriale. Con riguardo all'analogia, la resilienza del tipo legale contratto di subfornitura descrive l'orientamento secondo cui la tipicità non è esclusa dall'incompletezza della disciplina.

<sup>13</sup> L'osservatore può percepire il senso e la misura in cui, con riguardo al contratto di subfornitura, il discorso sul tipo abbia assorbito, se non dissimulato, il problema della causa. Conosce così ragioni di rinnovato interesse un classico interrogativo della teoria generale del contratto che la riflessione teorica sul tipo contrattuale ha tentato di superare

Le “reciproche prestazioni” che costituiscono il contenuto del “rapporto di subfornitura” instaurato “con il contratto” rilevano solo nella costruzione del tipo (arg. ex artt. 2 e 3), ma non individuano la funzione economica del tipo normativo. Quest’ultima, a voler anticipare adesso un profilo da riprendere in seguito, viene specificata solo in relazione alla conformazione dell’attività di impresa dovuta per l’esecuzione del contratto: l’impresa subfornitrice deve effettuare lavorazioni “per conto” dell’impresa committente, ovvero deve fornire beni o servizi “destinati ad essere incorporati o comunque utilizzati nell’ambito dell’attività economica del committente”; e tali attività economiche devono sempre essere conformi alle indicazioni del committente (art. 1).

Detto in altri termini, in tanto la disciplina legale del contratto di subfornitura può ricevere o integrare i contenuti del regolamento legale dei contratti organizzati in base all’imputazione delle attribuzioni patrimoniali volute ed al loro rapporto (contratto di scambio), in quanto accoglie e formalizza nel giuridico un fatto economico che si realizza solo *mediante* una vicenda di scambio (reciproche imputazioni) di prestazioni contrattuali, ma che non è identificato da tale vicenda.

Tale connotazione negativa, la lacuna identitaria che autorizza l’analogia o l’integrazione degli schemi legali di disciplina – in ragione dell’opzione teorica dell’interprete – chiarisce il significato della sovrapposizione tra elasticità del tipo ed *elasticità della causa*: il discorso sull’ambito di applicazione della disciplina particolare del tipo legale, quello che, nelle due direzioni chiarite<sup>14</sup>, si concentra sulla resilienza della fattispecie legale in punto di qualificazione dell’atto, modifica o trascura l’interrogativo circa il contenuto della fattispecie legale.<sup>15</sup>

---

concentrandosi sulla prestazione che costituisce oggetto dell’obbligazione piuttosto che sul contenuto del contratto, in tal senso è emblematico G. De Nova, *op. cit.*, p. 85. In realtà causa e tipo appartengono a strategie epistemologiche differenti, ma connesse in maniera inscindibile nella qualificazione del contratto, che coinvolgono, la prima, l’interpretazione del contratto; il secondo, l’interpretazione della legge.

<sup>14</sup> Quella della tipicità del contratto di subfornitura che conduce all’applicazione analogica delle discipline degli altri tipi legali, ovvero quella dell’applicazione trasversale (integrativa) della disciplina della subfornitura ai tipi legali (appalto, vendita, somministrazione...)

<sup>15</sup> In punto di teoria generale del contratto, si tratta dunque di rispettare la significativa differenza che separa la qualificazione dell’atto, ossia l’individuazione del diritto applicabile, dalla comprensione del contenuto della fattispecie legale astratta che conduce all’applicazione della regola, ossia l’oggetto della disciplina. Si tratta, in altri termini, di distinguere il complesso profilo dell’appartenenza ai tipi aventi una disciplina particolare, quello che le categorie teoriche del contratto misto o del collegamento contrattuale riescono solo in parte ad evocare, da quello della definizione legale del tipo di contratto costruita sul collegamento tra una regola di organizzazione ed una regola di scambio. Definizione che ha un valore precettivo limitato dall’indifferenza funzionale alla prestazione contrattuale tipica che costituisce oggetto

## 6. (segue) *Contenuto e conformazione logica della fattispecie*

Sul piano teorico-generale, la ragione epistemologica di tale sovrapposizione è da rintracciare nella identificazione tra *contenuto* della fattispecie legale (oggetto della disciplina) e sua *conformazione logica secondo il modello del concetto definito o del tipo descritto*. Come se la preferenza, da parte del legislatore, per lo strumento logico del *tipo* rispetto al *concetto* o di questo a quello, ai fini della costruzione della fattispecie legale, esaurisse il valore giuridico della definizione e, dunque, autorizzasse l'interprete ad accettare – in realtà a presupporre – l'esistenza di una lacuna identitaria circa il contenuto della fattispecie legale; senza prima verificare se, invece, vi sia un *contenuto diverso* da quello riconducibile al rapporto di imputazione di vicende del diritto soggettivo e dell'obbligazione generato e regolato dal contratto.

Vuol dirsi di un atteggiamento ermeneutico costruito sul primato del paradigma dello scambio tra imprese come (unico) valore giuridico del fatto destinato a realizzare il decentramento produttivo (fatto economico-aziendale). Una volta intestato il contratto di subfornitura al paradigma dello scambio, la lacuna identitaria che caratterizza l'elasticità della causa viene accolta ed elaborata dall'interprete in termini di elasticità dei tipi legali.

La definizione contenuta nell'art. 1 specifica la *prestazione contrattuale* del subfornitore solo in relazione alla sua esecuzione nell'interesse dell'impresa committente e, in particolare, mediante la regola della "conformità" alle indicazioni da questa "fornite" all'impresa subfornitrice. La fattispecie accolta nella definizione<sup>16</sup> non riceve alcuna (altra) specificazione, né sul piano della funzione economico-giuridica della disciplina legale né con riguardo al tipo normativo di riferimento, dalle attribuzioni patrimoniali e dalla loro relazione. Persino la disciplina dei termini di pagamento della subfornitura (art. 3) non riflette la corrispettività come elemento della fattispecie legale ex art. 1.

---

di scambio tra le imprese e che, dunque, può sussumere tipi legali di contratto di scambio diversi in ragione della tipologia di impresa.

<sup>16</sup> Ed è irrilevante adesso la risposta al quesito se tale definizione abbia carattere precettivo, in quanto definizione di un concetto, o abbia solo valore descrittivo di un tipo e, dunque, sia priva di un "contenuto normativo autonomo" De Nova, p. 135.

## 7. Il valore giuridico del fatto economico subfornitura

Sia con riguardo alla funzione economico-giuridica (primo profilo) sia in relazione al tipo normativo (secondo profilo), il valore giuridico del fatto (contratto di subfornitura) non è, dunque, individuato dal legislatore nell'imputazione della qualificazione giuridica che accoglie e formalizza un *fatto economico di scambio*.

*Sotto il primo profilo* (identità funzionale) non rileva l'imputazione della vicenda del diritto soggettivo o dell'obbligazione generata e governata dal contratto di scambio, bensì *l'organizzazione dell'esecuzione* della prestazione contrattuale secondo il modello della conformità a "progetti...forniti dall'impresa committente" (art. 1). In sostanza, il valore giuridico del *fatto*, ossia quello creato dalla valutazione normativa (art.1), è indifferente al rapporto tra imputazioni di qualificazioni giuridiche (diritto soggettivo o obbligo), ossia all'attribuzione alla parte del contenuto patrimoniale che caratterizza il rapporto giuridico contrattuale.

Nondimeno, *sotto il secondo profilo* (tipo normativo) la prestazione contrattuale, ossia la vicenda del diritto soggettivo o dell'obbligo, non organizza la disciplina legale, né sul piano dell'atto né sul piano del rapporto. Le "lavorazioni" o la fornitura di "prodotti o di servizi" sono convocate ed accolte nella fattispecie legale solo come contenuti possibili dell'attività dovuta dal subfornitore. Esse rivelano tipologie di imprese, non attribuzioni patrimoniali. Non rileva l'obbligazione, la sua imputazione ed il suo contenuto, bensì la sua esecuzione come attività di impresa.

In altri termini: *a)* identificato il valore giuridico dello scambio attraverso la situazione effettuale determinata dall'atto e, quindi, nella relazione tra imputazione e qualificazione giuridica<sup>17</sup> e, *b)* formalizzato tale valore nel rapporto tra prestazioni contrattuali, ossia tra vicende dell'obbligazione o del diritto soggettivo, quelle che l'atto giustifica e attribuisce alle parti (attribuzione patrimoniale); *c)* il contratto di subfornitura non acquista

<sup>17</sup> Si v. P. Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, Milano (Giuffrè) 1976, p. 81. Che la definizione legale del contratto di subfornitura si limiti a funzionalizzare l'*attività* di esecuzione del contratto all'*impresa* committente, senza identificare le prestazioni contrattuali ed il loro rapporto, costituisce, in realtà, solo l'indice della *indifferenza funzionale del contratto di subfornitura all'imputazione dell'attribuzione patrimoniale*. Ossia, a volere utilizzare una astratta e teorica ricognizione delle prestazioni contrattuali tipiche, all'imputazione "del trasferimento della proprietà, costituzione e trasferimento di altri diritti, concessione di godimento, rinuncia a diritti, trasferimento di denaro e di titoli di credito, assunzione di obbligazioni", così M. Giorgianni, voce «*Causa del negozio giuridico*», in Enc. Diz., vol VI, Milano (Giuffrè), s.d. ma 1960, p. 565

identità funzionale o di disciplina *in ragione* della natura delle prestazioni contrattuali e della loro relazione - di corrispettività o di vantaggio solo economico dell'unica parte obbligata (arg. ex art. 1333 c. c.).<sup>18</sup>

### 8. *Seconda, parziale, conclusione*

Si è già chiarita la ragione per cui, nel discorso giuridico, questa indifferenza funzionale (elasticità della causa) venga intestata al tipo ed alla sua elasticità. L'interprete *presuppone* che la subfornitura sia disciplina del contratto di scambio tra imprese e mobilita risorse culturali per accertare se l'applicazione di tale disciplina debba costituire l'esito di una sussunzione del fatto in una *fattispecie* legale di contratto (tipo legale di contratto), ovvero se, invece, si tratti solo di una *norma di disciplina* applicabile ai tipi legali compatibili che, nella concreta esperienza, assumono determinate caratteristiche tipologiche (senza perdere la loro identità funzionale e di disciplina).

Adesso occorre sottolineare come il primato del paradigma dello scambio nella costruzione delle forme giuridiche contrattuali che governano l'esercizio dell'impresa, ed in particolare quelle che accolgono il decentramento produttivo, corrisponde solo ad un'abitudine culturale dell'interprete.

Che il contratto di scambio tra imprese possa realizzare anche in via solo mediata una modalità organizzativa della produzione o della distribuzione, non esclude che il legislatore costruisca una *fattispecie* legale di contratto selezionando solo gli elementi essenziali di una relazione organizzativa tra attività. Anzi, proprio la riflessione sull'elasticità della causa del contratto associativo, figura assai diversa da quella che si sta esaminando, dimostra l'attitudine dell'organizzazione, in termini di meritevolezza dell'interesse, a identificare una funzione economico-giuridica del tipo contrattuale che può giustificare o solo utilizzare l'attribuzione patrimoniale per ragioni diverse dallo scambio.

---

<sup>18</sup> Il tipo legale di organizzazione contrattuale del contesto aziendale che accoglie il contratto di scambio fissa regole di conformazione dell'attività di impresa che incidono sull'esecuzione del contratto di scambio senza individuare un contratto di scambio avente una disciplina particolare che manifesta una oggettiva funzione economico-giuridica (Ferri, p. 251) ma che non è individuato da tale funzione (De Nova, p. 63 e p. 64).

## 9. Contratto e organizzazione

Il discorso svolto ha in più occasioni sottolineato le ragioni della necessità epistemologica, non solo tecnica, che la riflessione sul contratto di subfornitura superi il disagio e la diffidenza teorico-generalmente che il civilista ancora avverte, e trasmette, quando deve resistere alla seduzione culturale esercitata dallo scambio come paradigma concettuale di riferimento nell'analisi.

Sullo sfondo vi è l'egemonia di un modello dell'atto e del rapporto di diritto privato edificato, da un lato, sulla coincidenza tra il soggetto autore dell'atto ed il soggetto dell'imputazione dell'interesse che genera il valore giuridico dell'atto; e, dall'altro, sulla coincidenza tra le parti in senso sostanziale ed i soggetti delle imputazioni delle vicende di diritti e di obblighi che, come prestazioni contrattuali, sono determinate e regolate dall'atto.

In altri termini, nella vicenda culturale legata al contratto di subfornitura l'osservatore deve registrare una divergenza epistemologica tra fatto economico e forma giuridica che è riconducibile all'insufficienza dello schema analitico circoscritto all'imputazione della qualificazione giuridica (diritto soggettivo e obbligazione).

Si tratta, quindi, di riscoprire ed utilizzare almeno in parte gli esiti costruttivi acquisiti dalla riflessione sul contratto che, muovendo da figure consolidate nell'esperienza giuridica teorica e pratica<sup>19</sup>, aveva rintracciato, ed utilizzato nell'analisi del fenomeno associativo – che è assai diverso da quello del decentramento produttivo in forma di contratto di subfornitura -, la possibilità di un valore giuridico del fatto economico apprezzabile non in termini di imputazione, bensì di “obiettivo nesso di coordinamento tra fatti, fatti che sono e restano in sé ben distinti e nettamente separati”.<sup>20</sup>

Seguendo questa direzione di analisi si individua il contenuto ed il valore epistemologico dell'organizzazione come modello analitico diverso dallo scambio che riesce a conoscere del fatto un valore giuridico relazionale che consiste *solo* nel suo collegamento *strumentale* ad un altro, autonomo, fatto.

L'organizzazione, intesa come rapporto di *funzionalizzazione* di un'autonoma *attività* di impresa ad un'altra autonoma *attività* di impresa costituisce la specificità del fatto di decentramento produttivo regolato dal legislatore.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> P. Ferro-Luzzi, op. cit., p. 170 ss. utilizza il diritto potestativo, la rappresentanza e la capacità giuridica e di agire (p. 177 s.), il “dato comune” rintracciato nelle ipotesi menzionate consiste nel “coordinamento tra fatti tale per cui il valore di un fatto, pur essendo individuabile in via autonoma, direttamente investe e concerne un altro fatto”, p. 179.

<sup>20</sup> Così P. Ferro-Luzzi, op. cit., p. 173 s.

<sup>21</sup> Cfr. G. Minervini, *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, RDC, 1958, I, p. 618 ss.



La definizione legale del contratto di subfornitura riflette, del tipo normativo di decentramento produttivo che orienta la disciplina legale, la natura gestoria e la struttura gerarchica del coordinamento tra attività di impresa.

Il decentramento produttivo costituisce una modalità aziendale che, da un lato, è stata ricondotta al modello giuridico della pertinenza (art. 817 c. c.)<sup>22</sup> e che, dall'altro, è speculare all'internalizzazione della produzione che viene realizzata con la somministrazione di lavoro.

Mentre la seconda caratteristica ha una certa utilità costruttiva in relazione ai requisiti di legittimità della somministrazione di lavoro che pure presidiano l'interposizione illecita, la prima può generare delle confusioni se non viene chiarita in termini di funzionalizzazione di un'impresa ad un'altra.

La connessione tra imprese che restano autonome sul piano formale *non* è caratterizzata, infatti, solo dall'impegno del subfornitore ad effettuare lavorazioni "per conto" del committente o a rispettare un vincolo di destinazione aziendale dei beni o dei servizi forniti, che devono essere incorporati o comunque utilizzati "nell'ambito dell'attività economica del committente". La relazione tra le attività economiche è organizzata dal contratto come *direzione di senso* che orienta l'esercizio dell'impresa subfornitrice a vantaggio dell'impresa committente e come *misura di potere conformativo* dell'altrui impresa.

#### 10. (segue) *Organizzazione, gerarchia ed autonomia gestionale*

La funzione di organizzazione della produzione che identifica, nella definizione legale, il contratto di subfornitura come forma giuridica di un fatto economico che, per altro, è resa ancora più complesso dalla necessità dello scambio, non si accontenta della componente gestoria che rende un'attività di impresa strumentale all'altra, e si manifesta, sia sul piano della disciplina dell'atto, sia sul piano della disciplina del rapporto, anche mediante una misura di direzione e coordinamento dell'altrui impresa da parte del committente.

Se il subfornitore produce "per conto" del committente e i beni o servizi sono destinati "ad essere incorporati o comunque utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente", quest'ultimo eserciterà il potere

<sup>22</sup> Da A. Musso, *La subfornitura*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma (Zanichelli) 2003, 17 ss. cfr. altresì R. Massari, *La nozione legislativa di subfornitura e il mancato esperimento del tentativo di conciliazione*, in *Giur. comm.*, 2007, pp. 1269 ss.

di impartire istruzioni per la produzione o la distribuzione dei beni o dei servizi che sono vincolanti e, quindi, oltrepassano il potere di controllo riconosciuto al committente nei confronti dell'appaltatore. Quest'ultimo, infatti, gestisce a proprio rischio il compimento dell'opera o del servizio e quindi è autonomo nell'organizzazione dell'attività.<sup>23</sup>

E', dunque, nella misura della dipendenza tecnologica che la funzionalizzazione a connotazione gestoria dell'impresa subfornitrice all'impresa committente assume dignità causale. La liceità di tale causa è presidiata dalla nullità ex art. 6, comma 1, che riconosce, tra l'altro, nel potere di modifica unilaterale del committente la manifestazione di un interesse al decentramento produttivo a connotazione gerarchica che ha superato la dipendenza tecnologica, ossia il *limite esterno* della meritevolezza di tutela riconosciuta dal legislatore. Si tratta di un profilo della disciplina dell'atto di organizzazione assai significativo in quanto riconosce, già nella causa astratta del tipo legale, una misura minima e indisponibile di autonomia gestionale, e dunque di rischio economico, dell'impresa subfornitrice.

La rilevanza causale del contenuto del potere del committente di organizzare l'altrui attività di impresa e del suo limite è rintracciabile anche nella combinazione ermeneutica tra il vincolo inderogabile di forma scritta e la disciplina del contenuto del contratto menzionato nel comma 5, lett. a) dell'art. 2. La forma scritta, proteggendo l'interesse del subfornitore all'indicazione dei requisiti specifici dei beni e dei servizi prodotti o distribuiti per l'impresa aliena, assicura anche la visibilità ed il controllo della liceità causale dell'organizzazione contrattuale.

Tuttavia la rilevanza della connotazione gestoria del collegamento funzionale tra le imprese si manifesta anche sul piano del rapporto tra autonomie nell'esercizio dell'attività di impresa e, quindi, sotto il profilo del rischio economico del committente e del subfornitore. L'organizzazione contrattuale dell'esercizio dell'impresa propria per l'impresa altrui, solleva interrogativi che attengono al contenuto, oltre che al limite, del potere decentrato dal committente e di quello acquisito dal subfornitore. La

<sup>23</sup> Si v. Cass. 25 agosto 2014, n. 18186, che ha affermato il principio di diritto per cui: il contratto di subfornitura è una forma non paritetica di cooperazione imprenditoriale nella quale la dipendenza economica del subfornitore si palesa oltre che sul piano del rapporto commerciale e di mercato anche su quello delle direttive tecniche di esecuzione, assunte nel loro più ampio significato; sicché il requisito della «conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente», di cui all'art. 1 l. 18 giugno 1998 n. 192, si riferisce a tutte le fattispecie ivi descritte, compresa la «lavorazione su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente», dato che anche in tal caso la commessa di subfornitura comporta l'inserimento del subfornitore in un determinato livello del processo produttivo proprio del committente.

rilevanza giuridica, in punto di liceità della causa del contratto, di una misura minima ed indisponibile di autonomia gestionale si riflette in termini conformativi sul piano del rapporto tra gestioni imprenditoriali.

La relazione funzionale tra imprese voluta ed organizzata per il decentramento produttivo è caratterizzata nel segno della inversa proporzionalità tra le autonomie gestionali. Quanto maggiore l'autonomia gestionale del subfornitore, tanto minore quella del committente e viceversa.

La subfornitura costituisce mediante il contratto un contesto di organizzazione aziendale strutturato in forma di coordinamento gerarchico che permette ad un'impresa di esternalizzare alcune fasi del *proprio* ciclo produttivo acquistando (scambio in senso economico) gli esiti del ciclo produttivo *altrui*.

Il potere gestorio rileva, quindi, come misura di rischio economico acquisito dal subfornitore e sottratto al committente e, quindi, come interesse nell'unità *solo aziendale* dell'intero ciclo produttivo.<sup>24</sup>

Tale organizzazione aziendale, sul piano dell'atto rende ingiustificata la permanenza della medesima autonomia gestionale del committente, sul piano del rapporto è accolta nel giuridico mediante la disciplina inderogabile della responsabilità del subfornitore ex art. 5, comma 1 e comma 3, e confermata, ancorché per differenti finalità di protezione, dall'art. 118, lett. f) Cod. cons.<sup>25</sup> Ma l'unità del ciclo produttivo è altresì il presupposto della responsabilità solidale del committente per i crediti retributivi e previdenziali dei dipendenti del subfornitore. Si ritornerà tra breve sull'importante sentenza interpretativa della Corte Costituzionale che ha riconosciuto come legittimo l'art. 29, comma 2, del Dlgs 276 del 2003, adesso occorre solo sottolineare come l'interesse comune determina anche il limite entro cui è possibile riconoscere l'azione di regresso del committente nei confronti del subfornitore.

Dalla disciplina legale della subfornitura emerge, dunque, un indice

<sup>24</sup> Se l'unità solo aziendale del ciclo produttivo giustifichi l'esistenza e la protezione di un interesse alla redditività dell'impresa altrui, sotto il profilo della rilevanza rimediabile per l'impresa funzionalizzata della corretta gestione dell'impresa funzionalizzante da parte del soggetto che di tale impresa è titolare, è interrogativo che resta estraneo al discorso che si svolge. Il tema solo accennato nel testo potrebbe essere meditato nella direzione di analisi della dipendenza economica e dell'estensione della sua rilevanza rimediabile. Si tratta, per l'interprete, di assumersi la responsabilità culturale di esegesi più articolate dell'abuso di dipendenza economica che si interrogano sulla possibilità e, soprattutto, sui limiti di una tecnica di controllo dell'altrui gestione imprenditoriale. Adesso è possibile solo menzionare il comma 2 dell'art. 2552 c.c. per confermare l'esistenza nel sistema di un indice di rilevanza giuridica, in punto di *meritevolezza*, dell'interesse al controllo della corretta gestione dell'impresa aliena.

<sup>25</sup> In relazione agli artt. 115, comma 2-bis e 121 cod. cons.

normativo dell'interesse del subfornitore a ricevere conoscenza abilitante alla produzione o alla distribuzione *per l'impresa altrui* – un interesse alla dipendenza tecnologica.<sup>26</sup> Vuol dirsi di un interesse a *dare* ed a *ricevere* informazioni e direttive tecniche che, nella misura di cooperazione fissata in concreto dal contratto all'interno della astratta estensione del fatto economico delimitata dalla subfornitura di capacità e di specialità, trae origine dal valore aziendale dell'attività aliena - sia per l'imprenditore committente, sia per il subfornitore. Per quest'ultimo il sapere è *indice* e condizione di esercizio del potere gestorio funzionale all'impresa committente.

### 11. *Organizzazione delle attività di imprese e scambio*

Scambio ed organizzazione, riferiti all'impresa, indicano fatti economici-aziendali che possono assumere, nel giuridico, autonoma dignità causale, ma che il legislatore può anche combinare nel segno della complementarietà o della prevalenza.<sup>27</sup> Con riguardo al tipo normativo di decentramento produttivo che il legislatore ha individuato come modello aziendale per la costruzione della disciplina legale del contratto di subfornitura, l'elasticità della causa del contratto di subfornitura costituisce l'indice normativo della necessità e dell'insufficienza (complementarietà) della funzione organizzativa del contratto.

Mediante la selezione degli elementi che organizzano ed individuano la fattispecie legale affidata alla definizione ex art.1, si assicura l'autonoma rilevanza giuridica, per fini di tutela, del *contesto aziendale* che *deve* accogliere il contratto di scambio, se vuole realizzare in concreto la propria funzione di decentramento della produzione o della distribuzione. Ossia nelle ipotesi in cui, ad esempio, appalto, somministrazione, vendita, cessione di azienda

---

<sup>26</sup> Il discorso appena svolto nel testo utilizza, da un lato, il modello teorico, non certo il contenuto tecnico, offerto dal mandato conferito anche nell'interesse del mandatario, per sottolineare l'interesse giuridico del subfornitore ad una misura di autonomia gestionale; dall'altro, la distinzione tra cooperazione giuridica e cooperazione materiale elaborata da S. Pugliatti, tra l'altro, in *Il rapporto di gestione sottostante alla rappresentanza*, ora in *Studi sulla rappresentanza*, Milano (Giuffrè) 1965, pp. 155-212. Il subfornitore esercita la propria impresa per l'impresa committente, ma la disciplina legale rende giuridico, nel senso di rilevante in punto di tutela, l'interesse del subfornitore a conservare l'autonomia di impresa. Emerge in tal modo il problema, da affrontare tra breve, del rapporto tra autonomia di impresa e dipendenza economica.

<sup>27</sup> Un modello di combinazione tra scambio ed organizzazione per molti aspetti speculare a quello della subfornitura, nel senso che lo scambio (non il decentramento produttivo) costituisce l'occasione ed il contesto della regola organizzativa, è offerto dall'associazione in partecipazione.

o affiliazione commerciale per realizzare l'esternalizzazione di una fase del ciclo produttivo *devono* essere conclusi ed eseguiti *nel contesto organizzativo* della subfornitura.

D'altro canto, la combinazione tra organizzazione dell'attività e indifferenza alla specifica funzione di scambio, quando non raggiunge l'*imputazione* dell'impresa, come avviene, invece, nei tipi societari, ma si limita a regolare la *produzione* dell'azione economica, legittima forme giuridiche di protezione della libertà di impresa attraverso *tecniche di compensazione destinate a recuperare le condizioni di efficienza normativa della libertà contrattuale*.

Vuol dirsi di una combinazione tra contratto e impresa che funzionalizza i rimedi contrattuali all'effettività dell'autonomia organizzativa che giustifica il rischio economico-aziendale. In tale direzione di analisi, la disciplina della subfornitura utilizza un modello epistemologico che per certi aspetti anticipa quello utilizzato per la disciplina dell'attività di direzione e di coordinamento: il contratto di scambio rileva in quanto *occasione giuridica* dell'attività di direzione e coordinamento (arg. ex artt. 2497- sexies in relazione all'art. 2359, comma 1, n. 3). Fattispecie diversa da quella che rende rilevante nel giuridico l'ipotesi in cui il contratto di organizzazione dell'azione economica costituisce la "base" della direzione e del coordinamento (art. 2497- septies).

Il modello giuridico astratto utilizzato per costruire la disciplina della subfornitura trae la propria origine e necessità culturale dal fallimento dell'argomentazione giuridica che aveva tentato di raggiungere l'ineluttabile decentramento produttivo attraverso il paradigma del contratto di scambio. La disciplina della subfornitura, in quest'ultima direzione di analisi, rappresenta il definitivo superamento dello schema argomentativo costruito sul contratto di appalto che tentava di conciliare la necessità economica del decentramento produttivo e la protezione del lavoro prestato all'interno dell'impresa mediante l'oggetto del contratto di scambio individuato dall'art. 1655 c.c.

Un tentativo che intestava al tipo ed alle tipologie dello scambio, individuate mediante il riferimento al contesto in cui il contratto di scambio veniva eseguito, la protezione del lavoro subordinato e, in via mediata, la protezione dell'autonomia dell'impresa.

La individuazione dell'appalto interno, la tipologia di appalto che non incontrava il divieto di interposizione nel lavoro, veniva realizzata mediante un criterio di distinzione dalla fattispecie legale accolta nell'art. 1655 c. c. L'appalto interno si distingue in base al criterio topografico che caratterizza la sua esecuzione, ciò in quanto tale criterio "*sul piano fattuale* è capace di determinare più stretti collegamenti tra appaltante ed appaltatore per il necessario inserimento dell'attività di quest'ultimo nel ciclo produttivo

dell'impresa appaltante “ (corsivo mio).<sup>28</sup>

Nel modello giuridico astratto utilizzato per costruire il contratto di subfornitura il contesto di organizzazione aziendale non rileva come elemento di fatto, bensì come funzione economico-giuridica dell'atto (causa in astratto) e, dunque, come specifico contenuto del regolamento contrattuale.

## 12. (segue) *Necessità dello scambio e complessità causale del contratto*

Il discorso svolto ha già sottolineato che la fattispecie legale affidata alla definizione ex art. 1 individua un tipo di organizzazione contrattuale dell'impresa che *deve* incontrare (includere) ed utilizzare il contratto di scambio tra imprese per realizzare il decentramento produttivo. Adesso occorre insistere su tale necessità causale perché riflette non solo una conformazione organizzativa dell'integrazione verticale tra imprese (tipo normativo), ma anche l'assenza di un'autonomia funzionale dell'organizzazione rispetto allo scambio e dello scambio rispetto all'organizzazione: la funzione economico-giuridica del contratto di subfornitura – il decentramento produttivo – è realizzata solo dalla combinazione tra organizzazione dell'attività di impresa e scambio tra imprese. Vuol dirsi di una complessità causale che può mobilitare, in concreto, i differenti contratti di scambio, aventi o meno una disciplina particolare, adeguati alla specifica identità aziendale dell'impresa.

Ma l'elasticità causale del contratto di subfornitura solleva interrogativi circa la disciplina dello scambio che lo schema argomentativo riconducibile *all'elasticità del tipo* non è in grado di risolvere mediante l'applicazione analogica o tipologica delle discipline dei tipi legali di scambio cui le prestazioni corrispondono. Nemmeno se arricchita con la tecnica argomentativa del contratto misto o complesso, che rinunciasse alla individuazione del tipo prevalente.

Vuol dirsi che le categorie epistemologiche intestate alla 'elasticità del tipo legale' (analogia e compatibilità) – nel senso che in precedenza è stato dato a questa formula – determinano l'estensione dell'ambito applicativo della “disciplina particolare” di un contratto nominato, ma non incidono sull'attitudine sussuntiva della fattispecie legale astratta – sia se a struttura concettuale sia se a struttura tipologica. Esse operano all'interno

<sup>28</sup> Esemplicativa della complessa vicenda giurisprudenziale e teorica è Cass. 26 giugno 1998, n. 4367 in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, p. 847, v. p. 854 dove il brano citato. Si v. altresì la riflessione critica di commento, ricca di sollecitazioni e di istruttive considerazioni, elaborata da L. Carrozza, *Appalti “interni” all'azienda: inadeguatezza del criterio topografico alla luce delle tecniche di esternalizzazione dell'impresa*, ivi, p. 848 ss.

dell'alternativa tra appartenenza e non appartenenza ai tipi aventi una disciplina particolare (arg. ex art. 1322 c.c.) e costruiscono differenti modelli di decisione del caso atipico in quanto non regolato (*assenza* della norma). Si muovono, quindi, in una direzione di analisi del tutto diversa da quella che, invece, deve accertare il contenuto della fattispecie legale astratta affidata all'art. 1 e della disciplina legale che in tale fattispecie si riflette; che deve, in altri termini, individuare il tipo normativo di problema risolto, in astratto, dalla disciplina particolare (*presenza* della norma).

Si tratta di un interrogativo ermeneutico<sup>29</sup> – non dogmatico, come quello che analogia e compatibilità possono risolvere – che pure incontra la conformazione logica della regola (concetto o tipo), ma solo sotto il profilo della *teleologischen Begriffsbildung*, ossia come valore teleologico della struttura concettuale o tipologica utilizzata come tecnica legislativa; struttura che assume un'autonoma rilevanza assiologica nell'interpretazione della norma.<sup>30</sup>

L'elasticità della causa, nel senso chiarito, è un indice dell'organizzazione tipologica della fattispecie legale, che rileva nella individuazione del valore che orienta la regola e della tecnica legislativa che lo realizza. L'elasticità della causa, intesa come indifferenza al tipo di scambio necessario per realizzare l'integrazione verticale tra imprese che restano autonome sul piano formale, trasforma la disciplina di protezione dell'impresa inclusa nel processo produttivo alieno in principio regolativo del mercato. Una regola

<sup>29</sup> Occorre chiarire che, dal punto di vista ermeneutico, il rapporto tra fatto e norma genera solo ipotesi di decisioni possibili ma ancora non verificate in base al controllo di legalità del procedimento epistemologico che conduce alla soluzione del singolo caso concreto (dogmatica). Analogia e compatibilità appartengono a questa seconda fase.

<sup>30</sup> Cfr. per alcuni spunti nel senso del testo, L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano (Giuffrè) 1996, pp. 16 ss.; 44 e ss. e pp. 81 ss. e p. 86 s. L'atipico, in quanto fatto non regolato *a priori*, non pone un problema ermeneutico; solleva invece un problema di applicazione, analogica o tipologica, di una regola che riguarda un caso diverso. La soluzione di tale problema dipende dalla misura di prossimità, riferita in termini di somiglianza o di compatibilità, del caso non regolato a quello regolato. La possibilità dell'applicazione analogica o tipologica della regola coinvolge la sua interpretazione, ma si tratta sempre dell'interpretazione di una disciplina che non ha ad oggetto il caso da decidere. Il concetto di *teleologischen Begriffsbildung* è tratto da D. Leenen, *Typus und Rechtsfindung*, Berlin (Duncker & Humblot) 1971, pp. 108 ss., ma cfr. anche pp. 173 ss. L'Autore chiarisce che la tecnica del tipo asseconda esigenze di giustizia sostanziale in quanto rende possibile un adeguamento assiologico dell'ambito applicativo (Fallbereich) della regola di origine legale. Adeguamento reso possibile dal valore solo indicativo e descrittivo degli elementi caratteristici che lo individuano. Quando alle esigenze di giustizia sostanziale (Primärwertung) si aggiungono esigenze di Rechtssicherheit e di Zweckmäßigkeit (Sekundärwertung), il legislatore utilizza il concetto. Quindi l'utilizzazione del concetto piuttosto che del tipo rivela che la formazione della regola è caratterizzata da una "Überlagerung von Primär – und Sekundärwertungen" (p. 109).

conformativa dello scambio tra imprese situato in un contesto organizzativo riconducibile a quello descritto nella fattispecie legale astratta, che il legislatore ha predisposto utilizzando lo strumento logico del tipo.

Detto in altri termini, la definizione del contratto di subfornitura recepisce un *tipo aperto, non un concetto*, di decentramento produttivo. Il legislatore si limita ad accogliere nella definizione legale solo gli elementi *organizzativi* del tipo normativo di decentramento selezionato, assicurando così la divergenza tra definizione e disciplina applicabile che è necessaria per includere il fatto di scambio che emerge dalla concreta esperienza. Fatto di scambio che è indispensabile, lo si è già detto, per realizzare il decentramento produttivo.

La disciplina legale dell'atto, non la qualificazione del singolo, concreto contratto (qualificazione giuridica concorrente), è organizzata secondo il modello del concorso effettivo e necessario di norme, che utilizza il criterio di specialità, quello che si ricava dalla necessaria contestualizzazione dello scambio, per rintracciare le ipotesi di concorso solo apparente.

La categoria logica del tipo viene utilizzata per la costruzione della fattispecie legale e della sua disciplina particolare attraverso la combinazione *a)* di uno schema organizzativo descritto indicando solo le caratteristiche paradigmatiche del tipo normativo e *b)* di un riferimento, nella disciplina ma non nella definizione, ad alcuni contenuti dello scambio in senso economico; un fatto, quest'ultimo, che, tuttavia, non viene individuato con il riferimento a specifiche funzioni tipiche di contratti di scambio.

### 13. *Elasticità della causa e indisponibilità del tipo contratto di lavoro subordinato*

La dialettica tra teleologia ed assiologia, quella che coinvolge la scelta politica antecedente rispetto alla posizione della regola di fonte legale e che penetra nell'ermeneutica sia come conclusione del processo di formazione della regola, sia come inizio di una complessa dinamica culturale imposta dalla storia, se utilizza strutture logiche inclusive rinuncia alla normatività costruita sul principio di uguaglianza formale (*immer wenn A dann B*) che caratterizza lo strumento logico del concetto. In tal caso, il legislatore può scegliere una tecnica legislativa a struttura tipologica costruita in prevalenza sul principio di uguaglianza sostanziale ma differente dalla clausola generale e, quindi, senza rinunciare alla fattispecie generale ed astratta.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> All'interno della dialettica tra assiologia e teleologia nella costruzione della regola di fonte legale, il rapporto tra tipo e clausola generale non ha suscitato grande interesse nella riflessione



Vuol dirsi di una tecnica legislativa in grado di accogliere e di rispettare la specificità del caso concreto in ragione del valore solo indicativo e non esclusivo degli elementi della fattispecie legale.<sup>32</sup>

Tuttavia, l'elasticità (parziale) della causa del contratto di subfornitura giustifica l'elasticità del tipo solo entro il limite in cui il decentramento produttivo, e la dipendenza economica che questa modalità organizzativa dell'impresa può determinare, costituisca un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Il discorso dovrà ritornare ancora sul limite all'elasticità della causa imposto dalla indisponibilità del tipo contratto di lavoro subordinato e, quindi, sul divieto imperativo di dissociare, attraverso il contratto di scambio necessario a realizzare il decentramento produttivo organizzato in forma di subfornitura, la *titolarità* del contratto di lavoro subordinato (del subfornitore) dalla *effettiva utilizzazione* della prestazione di lavoro subordinato (da parte del committente).

A riguardo, il riferimento alla sentenza n. 254 del 6 dicembre 2017 della Corte Costituzionale può raccogliere in maniera assai limitata, accanto al prezioso valore tecnico-giuridico dell'esito che raggiunge, la ineludibile sollecitazione culturale che offre all'osservatore. Il riferimento non è alla individuazione ed alla analisi critica del modello epistemologico e del contenuto ideologico accolti e custoditi dal discorso giuridico sulla disciplina legale della subfornitura e, quindi, alla comprensione di una fenomenologia storica del rapporto tra contratto e organizzazione dell'impresa. Vi è, infatti, una rilevanza rimediabile nell'alternativa che contrappone tipicità ed atipicità che oltrepassa il limite assiologico dell'impresa (c. d. debole) e raggiunge persino le persone che lavorano nell'impresa.

Ma adesso è possibile sottolineare come la legalità costituzionale dell'art. 29, comma 2, Dlgs. n. 276 del 2003 è affidata ad una scelta ermeneutica che conferma, del contratto di subfornitura, una definizione che in parte riflette il contenuto della disciplina legale. Quest'ultima include il divieto di interposizione e la regola della responsabilità solidale del committente per i crediti da lavoro dei dipendenti del subfornitore.

Il decentramento produttivo non può realizzare, tra l'altro, una dogmatica riduttiva di una garanzia legale del lavoro nell'impresa sostenuta da una scelta ermeneutica che, attraverso lo strumento del *concetto*, utilizzi

---

italiana sul tipo contrattuale, paradigmatico De Nova, *op cit.*, p. 7 s.; cfr. invece D. Leenen, *op. cit.*, p. 66 ss. Si v. altresì la ricostruzione, nel pensiero di Karl Larenz, del rapporto tra "abstrakt-allgemeinem Begriff" e "konkret-allgemeinem Begriff" elaborata da B. Rùthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, Tübingen (Mohr) 1968, p. 307 ss.

<sup>32</sup> Nota da sponsorizzazione.

la definizione di appalto per escludere l'applicazione della disciplina di protezione ex art. 29, comma 2 a contratti tra imprese non sussumibili nella fattispecie astratta fissata dall'art. 1655 c.c.

L'interpretazione accolta dalla Corte Costituzionale conferma la connotazione organizzativa della funzione del contratto di subfornitura e l'indifferenza al tipo di contratto di scambio che deve essere utilizzato dalle parti per realizzare in concreto il modello organizzativo, *a)* nel senso della esclusione della natura concettuale della fattispecie legale contenuta nella definizione ex art. 1 e *b)* nel senso che la disciplina legale del decentramento produttivo, che include sia il divieto di interposizione che la regola di solidarietà passiva tra committente e subfornitore, si applica a tutte le forme giuridiche che l'autonomia privata decide di utilizzare per realizzare lo scambio.

In punto di analisi dogmatica, l'ermeneutica accolta dalla Corte Costituzionale esclude, ai fini della disapplicazione della regola di solidarietà passiva, la possibilità giuridica dell'*eccezione di subfornitura* non meno di quanto esclude un'eccezione di vendita o di somministrazione o di cessione di ramo di azienda o di non appartenenza ad uno dei tipi aventi una disciplina particolare.

#### 14. *La qualità di imprenditore del soggetto contraente come criterio tipologico*

Nel segno della sovrapposizione tra oggetto e ambito di applicazione della disciplina legale e del progressivo assorbimento del discorso sulla causa nel discorso sul tipo<sup>33</sup>, l'egemonia culturale dello scambio genera ed asseconda, sino al limite del manierismo giuridico, modelli argomentativi che mobilitano contenuti tecnici dell'analisi tipologica del diritto dei contratti. All'interno dell'alternativa tra applicazione analogica e tipologica, il discorso riesce a dissimulare o a trascurare gli interrogativi causali sollevati dalla funzionalizzazione dell'impresa all'impresa aliena, da un lato, intestando il contratto di subfornitura allo scambio e, dall'altro, utilizzando il criterio tipologico della qualità di imprenditore delle parti del contratto.

L'interprete avvia un'operazione teorica ed esegetica che utilizza la definizione legale di impresa per gestire l'asimmetria argomentativa generata dalla trasformazione dell'oggetto della disciplina – come individuato

---

<sup>33</sup> Direzione inversa rispetto a quella descritta da G. B. Ferri, *Causa e tipo*, cit. pp. 71 ss. e criticata da G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 60 ss. che ha sostenuto il "reciproco arricchimento tra i due temi" (p. 62).

nella fattispecie astratta contenuta nella definizione legale di contratto di subfornitura - in ambito soggettivo della sua applicazione.

Si tratta di una strategia analitica del diritto dei contratti destinata ad espandersi e consolidarsi più nella elaborazione teorica e pratica dell'interprete che nella percezione del legislatore.

Il riferimento all'imprenditore, come avviene per il consumatore e continua ad avvenire per il lavoratore subordinato, non è utilizzato solo per delimitare e specificare la rilevanza causale della prestazione contrattuale; genera altresì una tipologia destinata a circoscrivere l'ambito di applicazione di una disciplina di protezione.

L'analisi della fattispecie normativa astratta, non solo quella che accoglie la categoria fondativa della 'disciplina trasversale', riconosce al regolamento legale del contratto di subfornitura l'attitudine ad individuare una tipologia o un tipo legale caratterizzata la tipologia o definito il tipo in ragione della necessaria qualità soggettiva delle parti.<sup>34</sup>

In tal modo la connotazione organizzativa del contratto di subfornitura viene recuperata attraverso la connotazione organizzativa che l'attività economica deve assumere per poter essere qualificata come impresa. L'organizzazione dell'attività, quale elemento della fattispecie normativa di impresa, rileva nella disciplina legale del contratto in quanto ne determina l'ambito soggettivo di applicazione.<sup>35</sup> Quest'ultimo è infatti delimitato dalla necessaria qualità delle parti contraenti e tale qualità si acquista con l'esercizio qualificato di un'attività economica organizzata per la produzione o lo scambio di beni o di servizi.<sup>36</sup>

Si tratta di un profilo assai significativo della riflessione sul contratto di subfornitura, che deve essere raccolto e meditato nella critica consapevole che il primato, se non l'egemonia, teorico-generale dello scambio ha giustificato una strategia di trasformazione della rilevanza ermeneutica dell'attività economica.

Nell'esegesi della disciplina della subfornitura l'impresa viene riconosciuta ed analizzata come soggetto-parte di un contratto di scambio, non come

<sup>34</sup> L'idea per cui "Con la L. 192/1998 non viene integrata la disciplina di parte generale del contratto, né viene dettata la disciplina legale di un tipo contrattuale: (...) viene dettata la disciplina di un gruppo di contratti (...) sotto il profilo dei rapporti tra impresa committente e subfornitrice" è di G. De Nova, *La Subfornitura*, Sub. art. 1, Introduzione; ma cfr. F. Prospero, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, Napoli (ESI) 2002, pp. 84 ss.; Id., *Il contratto di subfornitura*, in V. Cuffaro ( a cura di), *I contratti di appalto privato*, Milano ( Utet giuridica-Kluwer) 2011, p. 493.

<sup>35</sup> Cfr. G. Oppo, *L'impresa come fattispecie*, RDC, 1982, pp. 109 ss.

<sup>36</sup> Cfr. G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 97.

oggetto della fattispecie normativa astratta. Un'impostazione che trae origine e si consolida in un contesto culturale, quello che accoglie la legge sulla subfornitura, in cui era stato da tempo acquisito l'esito teorico generale per cui il rapporto tra contratto e impresa può essere ricostruito nel segno del primato epistemologico dell'attività.<sup>37</sup>

### 15. Terza, parziale, conclusione

Con riguardo alla subfornitura, l'emarginazione del contratto di organizzazione dell'attività economica destinata alla produzione ed allo scambio, inteso come figura ben diversa dal contratto che organizza l'imputazione e la produzione dell'attività di impresa<sup>38</sup>, costituisce l'esito di una scelta ermeneutica che avvertiva come più urgente la necessità di circoscrivere l'ambito di applicazione della disciplina legale.

Il riferimento ai tipi legali, sia se intestato alla struttura logica del concetto sia se intestato a quella del tipo, delimita l'ambito di applicazione nel segno dell'analogia o della compatibilità non meno di quanto riesca a delimitarlo il riferimento all'impresa come soggetto-parte del contratto; ma in maniera meno efficace. Il riferimento *all'ambito oggettivo di applicazione*, infatti, non può gestire il rischio ermeneutico del superamento del limite applicativo individuato nei "tipi negoziali codificati"<sup>39</sup> e, dunque, la possibilità che la disciplina della subfornitura si applichi in via diretta o analogica anche ai contratti atipici.

Il riferimento all'ambito soggettivo di applicazione dispone, invece, di più solide categorie giuridiche di origine legale e di consolidate tecniche argomentative per evitare il rischio di una estensione applicativa coincidente con l'autonomia contrattuale dell'impresa.

Dispone, in particolare, della definizione legale di piccola impresa e della categoria, *oggi* non solo teorica<sup>40</sup>, di media-impresa, e, sul piano delle tecniche argomentative, dispone altresì del consolidato modello dell'istituzione-persona.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> Si v. N. Rondinone, *L'attività nel codice civile*, Milano (Giuffrè) 2001, *passim*.

<sup>38</sup> Il contratto di subfornitura organizza solo la produzione dell'attività non la sua imputazione.

<sup>39</sup> Formula utilizzata da G. Iudica, *op. loc. cit.*

<sup>40</sup> La Raccomandazione della Commissione europea relativa alle definizioni delle microimprese, piccole e medie imprese è del 6 giugno 2003, n. 2003/361/CE (v. il DM – Attività produttive, 18 aprile 2005).

<sup>41</sup> Cfr. P. Napoli, *L'istituzione oltre il soggetto persona*, in *RCDP*, 2017, pp. 451 ss. Utili spunti in F. Santoro-Passarelli, *Soggettività dell'impresa*, ora in *Libertà e autorità nel diritto*

Intestata all'impresa come personificazione del fatto economico articolato in potere e responsabilità, la disciplina legale del contratto di subfornitura delimita il proprio ambito di applicazione in ragione di legittimazione-capacità del soggetto e, in tale direzione, utilizza categorie di tipo *dimensionale* o *strutturale* per qualificare l'impresa.

Nondimeno, ed è forse questo l'aspetto più significativo, l'impresa come istituzione-persona include e dissolve la visibilità dei reali rapporti di produzione e, in particolare, la rilevanza del lavoro subordinato.

Ma è necessario approfondire e chiarire le origini di un'articolata vicenda giuridica e culturale. Occorre, in particolare, dar conto delle due diverse percezioni del tipo di problema selezionato mediante la legge sulla subfornitura, ossia il conflitto tra *potere e rischio di impresa nei fenomeni di decentramento produttivo*, che all'osservatore è dato di rintracciare nella storia.

#### 16. *Le differenti letture della legge sulla subfornitura. L'ispirazione neoliberista*

Le soluzioni e i rimedi predisposti dal legislatore per questo tipo normativo di problema sono accolti in dottrina da perplessità e diffidenze originate da differenti sensibilità politiche oltre che teorico-generaliste. A voler utilizzare, per comodità espositiva, note categorie storico-economiche per descrivere le due principali letture, è possibile individuare una concezione di ispirazione neoliberista in quanto costruita sul rapporto tra norma imperativa e autonomia privata; ed una di ispirazione ordoliberalista in quanto incline a tener conto della necessaria correzione sociale dell'economia di mercato "fortemente" competitiva (Art. 2 comma 3 TUE).

Nella prima delle due direzioni di analisi la legge sulla subfornitura, definita come una legge "grave" che disciplina con "*piglio imperativo e animo corporativo*" i rapporti tra imprese, pone il problema di individuare l'ambito applicativo di una disciplina che limita l'autonomia privata. Esigenza, questa, imposta dalla necessità costituzionale di giustificare l'intervento dello Stato sull'autonomia privata.<sup>42</sup>

Si tratta di una "normativa imperativa" che rimane nella legalità costituzionale solo se la limitazione dell'autonomia privata che determina sia circoscritta ad un ambito di applicazione delimitato in maniera rigorosa e coerente alla funzione

*civile. Altri saggi*, Padova (Cedam) 1977, pp. 245 ss. e, in particolare, nell'analisi critica che alla teoria della soggettività dell'impresa rivolgeva G. Santini, *Le teorie sull'impresa*, in RDC, 1977, pp. 405 ss.

<sup>42</sup> G. De Nova, La subfornitura: una legge grave, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 449 ss.

di protezione della regola. E' in tale direzione esegetica che la figura dell'impresa debole viene convocata dall'interprete per delimitare l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Tuttavia, l'impresa da tutelare, l'impresa debole, è solo una categoria teorica; una categoria teorica che, attraverso un'operazione di *Begriffjurisprudenz* l'osservatore impone al dato normativo. Quest'ultimo, infatti, fa riferimento solo all'impresa senza aggettivi; è l'osservatore che traduce questo dato normativo in "piccola o media impresa".<sup>43</sup>

Dunque un'operazione di puro concettualismo, da ricondurre al dogmatismo e non certo alla dogmatica giuridica, che rivela una consapevole e meditata funzione ermeneutica da intestare alla riduzione teleologica necessaria ad assicurare la legittimità costituzionale della regola.

Dal punto di vista politico e teorico generale, le argomentazioni costruite sulla c. d. debolezza strutturale dell'impresa si collocano, spesso anche senza averne chiara consapevolezza culturale, in una precisa direzione di analisi della legge sulla subfornitura. Quella sollecitata dalla necessità economico-aziendale, divenuta ineluttabile già prima della legge sulla subfornitura, di superare la tradizionale diffidenza del legislatore e dell'interprete verso le forme di esternalizzazione della produzione che traevano origine e argomenti tecnici dalla famosa legge 1369/1960, in cui era stato formalizzato il divieto di interposizione nel rapporto di lavoro subordinato.<sup>44</sup>

L'imprenditore debole è solo la fenomenologia esegetica di un più articolato approccio teorico-generale convinto della necessità di delegittimare e di superare, già sul piano culturale prima ancora che tecnico giuridico, non solo e non tanto il divieto di interposizione nel rapporto di lavoro quanto la disciplina di tutela del lavoro subordinato nelle ipotesi di interposizione lecita.

Posta in relazione all'art. 3 della legge 1369/1960, la legge sulla subfornitura veniva accolta, se non come abrogazione implicita, come deroga che circoscrive al solo appalto interno al ciclo produttivo, già emancipato dalla prima lettura topografica di ispirazione fordista, la responsabilità solidale tra impresa committente e impresa appaltatrice per gli obblighi retributivi e previdenziali nei confronti del lavoratore subordinato

<sup>43</sup> G. De Nova, *op. loc. cit.*

<sup>44</sup> Cfr. P. Ichino, Il diritto del lavoro ed i confini dell'impresa, in DLRI, 1999, 203 ss.; ma già L. Mariucci, Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali, Milano (Franco Angeli) 1979, passim, ma pp. 61 ss.; pp. 99 ss.; pp.116 ss.; pp. 148 ss. e pp. 178 ss.; A. Salento, Postfordismo e ideologie giuridiche, Milano (Franco Angeli) 2003, pp.177 ss. e pp. 224 ss. V. altresì R. Caso, Abuso di potere contrattuale e subfornitura industriale, Trento (Università di Trento) 2012, pp. 67 ss. e pp. 123 ss. La regola contenuta nell'art. 3 della l. 1360 del 1969 è oggi prevista dall'art. 29, comma 2, Dlgs 276/2003.

dell'impresa appaltatrice.<sup>45</sup>

La disciplina della subfornitura può derogare alla solidarietà passiva in quanto incrementa la protezione dell'imprenditore debole-datore di lavoro e, quindi, tutela in via indiretta il lavoro subordinato nell'impresa subfornitrice.

### 17. *La lettura di ispirazione ordoliberal*

Nella lettura di tipo ordoliberal le ragioni di perplessità sono sollecitate proprio dalla percezione del rischio che la strategia di delegittimazione neoliberista emargini la solidarietà economica e sociale prodotta dalla tecnica della solidarietà passiva.<sup>46</sup>

Sullo sfondo è dato percepire la conferma dell'idea che sia proprio la solidarietà passiva a costituire la originaria ed elementare forma tecnica della solidarietà sociale.<sup>47</sup> Un'idea, questa, che l'osservatore può verificare anche accostandosi al diritto dei consumatori, ma in una direzione di analisi diversa da quella, troppo diffusa, che continua ad assecondare vaghe simmetrie persuasive tra soggetti deboli.

Vuol dirsi della rilevanza del decentramento produttivo, anche in forma giuridica di subfornitura, nei confronti del consumatore in relazione alla responsabilità solidale per danno da prodotto difettoso (art. 121 cod. cons.) generata dalla definizione di produttore ex art. 115, comma 2-*bis*, da un lato, e dalla disciplina dell'esclusione della responsabilità solidale ex art. 118, lett. *f*), cod. cons., dall'altro.

Nell'approccio ordoliberal è dato riscoprire il senso della tensione culturale e giuridica accolta nel V Libro del codice civile; tensione che include sia il principio dell'indisponibilità del tipo negoziale contratto di lavoro subordinato sia quello della dissociabilità tra potere e rischio che caratterizza l'imputazione e la gestione dell'impresa.

La "dissimulazione dei reali rapporti di produzione" resa possibile dalla spendita del nome come principio di imputazione dell'impresa e del relativo

<sup>45</sup> Si v. in particolare G. Nicolini, *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Guida al Lavoro*, 1998, n. 48, pp. 12 ss.

<sup>46</sup> Paradigmatico M. Biagi, *Disciplina della subfornitura e rapporti di lavoro*, in *Guida al Lavoro* 1998, n. 8, pp. 14 ss.

<sup>47</sup> Si v. S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari (Laterza) 2014, p. 69 che ha sottolineato come "la costruzione del principio di solidarietà (...) è stata avviata proprio sul terreno dei rapporti patrimoniali, della proprietà e delle obbligazioni, per immergerle nel flusso delle relazioni sociali"

rischio (arg. ex art. 1705 c. c.) entra in contrasto con la tassatività del tipo contratto di lavoro subordinato che, al contrario, è costruita, tra l'altro, sul principio della effettiva utilizzazione delle prestazioni di lavoro, ossia sulla corrispondenza della forma giuridica alla realtà economica. Il rischio aziendale della prestazione di lavoro deve ricadere sull'imprenditore che esercita, in concreto, i poteri datoriali ed utilizza la prestazione di lavoro.<sup>48</sup>

Il divieto di interposizione evita il vantaggio competitivo ingiustificato che si ottiene mediante la dissociazione tra titolarità del rapporto di lavoro e relativa responsabilità, da un lato, e organizzazione ed utilizzazione della prestazione, dall'altro. Il committente, in altri termini, capitalizza il vantaggio della gerarchia senza sopportarne i costi perchè utilizza, solo in apparenza, forme di mercato per organizzare la produzione.

D'altro canto, se l'interposto si limita a fornire la mera disponibilità di lavoro, non assume il rischio della gestione aziendale, che è invece necessario, ancorchè non sufficiente, per la configurazione della somministrazione imprenditoriale di lavoro per l'impresa altrui.<sup>49</sup>

### 18. *Il definitivo superamento della lettura neolibera*

L'approccio ordoliberalo giungeva all'applicazione della solidarietà passiva anche ai rapporti di subfornitura.<sup>50</sup> Risultato cui è pervenuta, lo si è già accennato, la Corte Costituzionale con la sentenza n. 254 del 6 dicembre 2017 che ha esteso alla subfornitura l'obbligazione solidale del committente prevista dall'art. 29, comma 2, del DLgs 276/2003 per l'appalto.

Il discorso svolto ha già sottolineato il significativo valore di questa sentenza, ma adesso occorre riflettere ancora sulla motivazione elaborata dalla Corte. L'interpretazione conforme alla Costituzione dell'art. 29, comma 2, rivela un fondamento teorico incompatibile con la lettura di ispirazione neolibera della disciplina legale della subfornitura. Quest'ultima, infatti,

<sup>48</sup> E' nota la ricostruzione di O. Mazzotta, *Rapporti interpositivi e contratto di lavoro*, Milano (Giuffrè) 1979, ma si v. il fondamentale ed elegante contributo di G. Benedetti, *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro subordinato*, in *RTDPC*, 1965, pp. 1492 ss. che utilizzava la "categoria della surrogazione soggettiva" come vicenda del rapporto contrattuale e non "del singolo rapporto contrattuale" (p. 1539 s.).

<sup>49</sup> Il riferimento è alla somministrazione di lavoro disciplinata dagli artt. 30 e ss. DLgs 15 giugno 2015, n. 81 ed alla differenza tra appalto e somministrazione di lavoro individuata nell'art. 29 del DLgs 276/2003. Per una ricostruzione storica si v. M. Tiraboschi, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Torino (Giappichelli) 1999, pp. 99 ss. e pp. 212 ss.

<sup>50</sup> Si v. M. Biagi, *op cit.*, p. 15.



movendo dalla necessità costituzionale di specificare l'ambito di applicazione di una disciplina destinata a "limitare l'autonomia privata" per assicurare una rigorosa corrispondenza tra la *ratio* di protezione e le esigenze riconosciute dal legislatore come meritevoli di tutela, aveva offerto una meditata base argomentativa alla configurazione della disciplina della subfornitura come deroga alla regola della solidarietà passiva prevista, in origine, dall'art. 3, l. 1369/1960, ed oggi dall'art. 29, comma 2, DLgs 276/2003.

*In sintesi:* la disciplina della subfornitura, in quanto regola speciale di protezione giustificata dalla *debolezza strutturale* dell'impresa, raggiunge esiti di tutela indiretta dei lavoratori dipendenti dall'impresa subfornitrice che impediscono l'applicazione diretta o analogica della solidarietà passiva alle obbligazioni retributive e previdenziali assunte dall'impresa subfornitrice.

La Corte Costituzionale, invece, riconoscendo nella solidarietà passiva una *disciplina generale* di protezione del lavoro dipendente da applicare "a tutti i livelli" di decentramento produttivo, affida all'interprete l'esito argomentativo implicito per cui la disciplina della subfornitura non è caratterizzata nel senso della specialità.

*In sintesi:* la Corte, da un lato, riconosce nel decentramento produttivo, e quindi nell'organizzazione contrattuale dell'attività di impresa, l'oggetto della disciplina legale della subfornitura; dall'altro, e di conseguenza, esclude la rilevanza della dimensione dell'impresa-soggetto ai fini della delimitazione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina della subfornitura.

La concorrenza delle due discipline legali, ai fini che adesso interessano, costituisce per l'interprete un indice ineludibile dell'irrelevanza, come tratto caratterizzante della fattispecie normativa a struttura tipologica contenuto nella definizione ex art. 1 della l. 192/1998, della debolezza strutturale dell'impresa subfornitrice. In particolare, l'interpretazione conforme a Costituzione dell'art. 29, comma 2, DLgs n. 276/2003 conferma che la debolezza strutturale dell'impresa costituisce l'*esito* economico-aziendale che la disciplina della subfornitura vuole evitare proteggendo l'autonomia organizzativa dell'impresa nella situazione di dipendenza tecnologica da altra impresa. L'impresa debole *non* è un elemento della fattispecie normativa, dunque un presupposto dell'applicazione della disciplina, bensì un valore (economico-politico) negativo del mercato.

Il valore teorico e ricostruttivo che il superamento dell'impostazione neoliberista, orientato al primato dell'organizzazione contrattuale dell'attività di impresa nella costruzione della fattispecie normativa astratta, può generare, non è misurabile solo in termini di inadeguatezza epistemologica delle categorie riconducibili al contratto di scambio della piccola e media

impresa in posizione di dipendenza tecnologica ed economica rispetto all'impresa committente.

Nè tale valore può essere circoscritto alla necessità di evitare gli esiti dogmatici assai eccentrici che l'impostazione neoliberaista potrebbe generare in applicazione dei criteri dimensionali fatti propri dall'Unione europea ai fini della definizione di microimpresa, piccola e media impresa. Ed in particolare quello di costruire un rapporto di proporzionalità inversa tra la tutela del lavoro e il numero dei dipendenti.

### 19. *Disciplina della subfornitura e minima impresa*

Nella direzione di analisi del contratto di organizzazione del decentramento produttivo dell'attività di impresa senza aggettivi, quella indicata dalla disciplina del lavoro subordinato, l'interprete rintraccia il valore costruttivo e la rilevanza sistematica della disciplina della subfornitura in relazione al tipo normativo di problema sollevato dal conflitto tra potere e rischio di impresa generato dal decentramento produttivo.

I termini del conflitto traggono origine, lo si è già accennato, all'interno del V Libro del codice civile e riflettono la contrapposizione tra modelli normativi, teorici e dogmatici che, in relazione all'impresa, da un lato, affermano la possibilità tecnico-giuridica della dissociazione tra imputazione formale del rischio ed effettivo esercizio del potere di gestione dell'impresa; dall'altro, negano la "dissociazione tra titolarità del contratto di lavoro e utilizzazione della prestazione".<sup>51</sup>

Il generale divieto di interposizione e intermediazione nelle prestazioni di lavoro, di cui la disciplina dell'art. 29, comma 2, DLgs 273/2003 costituisce una fenomenologia tecnica, rivela della legge sulla subfornitura una specifica e significativa funzione, quella di individuare la *soglia minima di imprenditorialità*<sup>52</sup> necessaria per evitare l'interposizione illecita nella prestazione di lavoro e, d'altro canto, per evitare che il generale divieto di

---

<sup>51</sup> E' la formula, molto efficace, utilizzata dalla Corte costituzionale nella cit. sentenza 254/2017. Sul generale divieto di interposizione e di intermediazione nelle prestazioni di lavoro sentenza, resa a Sezioni Unite, Cass. 7 febbraio 2018, n. 2990. Divieto cui era confermata rilevanza oggettiva e, quindi, indipendente dall'accertamento dell'esistenza di un accordo fraudolento fra il datore di lavoro interponente a quello interposto dalla sentenza Cass., SS. UU., 21 marzo 1997, n. 2517 (estensore F. Roselli).

<sup>52</sup> Concetto elaborato da R. Del Punta, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *DLRI*, 1995, pp. 625 ss. (p. 634).

interposizione renda indisponibile il tipo “contratto di appalto” ai fini del decentramento produttivo.

La dipendenza tecnologica è, in altri termini, la misura massima dell’eterodirezione compatibile con l’effettiva esistenza giuridica dell’impresadatore di lavoro subordinato, ossia di una delle parti del tipo contrattuale indisponibile.

La sentenza della Corte costituzionale n. 254 del 2017, proprio in questa direzione di analisi ricostruttiva, affida all’osservatore un’esegesi della disciplina della subfornitura che riconosce nella dipendenza tecnologica un livello del decentramento produttivo cui è ancora applicabile la regola di solidarietà passiva tra *vero* datore di lavoro – l’impresa subfornitrice – ed impresa committente.<sup>53</sup> Viene individuato il livello più estremo del decentramento produttivo e, con questo, il senso culturale e tecnico di un’evoluzione economico-aziendale che, muovendo dal modello più elementare, ossia dal contratto di appalto, raggiunge una conformazione contrattuale a contenuto organizzativo persino indifferente al tipo di scambio in concreto utilizzato per esternalizzare fasi del ciclo produttivo.

La soglia minima di imprenditorialità, intesa *a)* come potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati e *b)* come assunzione (almeno) del rischio economico connesso all’esercizio di tale potere, distingue l’interposizione dal decentramento produttivo.

La disciplina della subfornitura, utilizzando una fattispecie a struttura tipologica e non concettuale di contratto di organizzazione dell’attività di impresa, individua un punto di equilibrio tra interposizione e decentramento in grado di governare la conflittualità generata, nella disciplina dell’impresa, dall’ indisponibilità del tipo contratto di lavoro subordinato, da un lato; e dall’ imputazione dell’impresa in base alla spendita del nome, dall’altro.

In tale direzione ricostruttiva il regolamento di fonte legale del contratto di subfornitura rivela un’attitudine sistematica come *disciplina generale* della flessibilità organizzativa diversa dal contratto di rete e dal gruppo paritetico. Il coordinamento gerarchico contrattuale delle gestioni imprenditoriali, solo quello compatibile con il divieto generale di interposizione nel rapporto di

---

<sup>53</sup> La dipendenza tecnologica costituisce, quindi, non solo il fondamento, ma anche il *limite* dell’applicazione della responsabilità additiva. Oltre la dipendenza tecnologica vi è la somministrazione irregolare di lavoro (art. 38, DLgs., 81 del 2015), e quest’ultima esclude l’obbligazione solidale riaffermando l’obbligazione dell’unico vero imprenditore-datore di lavoro (il committente). Cfr. altresì Cass. 7 febbraio 2017, n. 3178 secondo cui “gestione meramente amministrativa dei rapporti di lavoro e non già l’effettiva organizzazione del lavoro” esclude l’appalto genuino ed è indice di somministrazione illecita (ma anche Consiglio di Stato 1571 del 2018).

lavoro, riconosce nella dipendenza tecnologica dell'impresa funzionalizzata all'impresa aliena, il proprio *limite massimo* e la propria *astratta identità causale*.

## 20. *I tratti caratterizzanti della disciplina generale*

Il discorso svolto ha già menzionato, ed in parte analizzato, le regole di protezione dell'autonomia organizzativa della gestione imprenditoriale funzionalizzata, ed in particolare il rapporto tra dipendenza tecnologica e immodificabilità unilaterale del contratto sotto il profilo della liceità della causa (arg. ex art. 6 comma 1). E, sempre, in punto di imperatività, è stata ricostruita la correlazione indisponibile tra autonomia gestionale e responsabilità (art. 5, comma 1 e comma 3).

Adesso interessa sottolineare come la funzionalizzazione all'impresa aliena emerga nella determinazione dei requisiti specifici del bene o del servizio che il subfornitore si impegna a produrre o ad effettuare. Il legislatore all'art. 5 comma 3, lett. *a*) stabilisce un dovere di contenuto che l'interprete può ricondurre alla forma tecnica dell'*onere* in capo al committente. L'assenza di una tale indicazione - come d'altro canto delle indicazioni di cui alla lett. *c*) ma solo con riguardo ai termini di consegna e alle relative modalità - può affievolire sino ad escludere la funzionalizzazione all'impresa committente e restituire al subfornitore ambiti di potere gestionale, e quindi di rischio, che possono persino rendere inapplicabile la disciplina di protezione per mancanza del coordinamento funzionale tra imprese, e che, comunque, accollano al committente il rischio di un adempimento esatto ma inutilizzabile.

Che la dipendenza tecnologica non possa trasferire al committente i poteri datoriali del subfornitore, non possa, in altri termini, generare il controllo diretto ed integrale sul lavoro nell'impresa altrui, è stato già chiarito. Adesso occorre solo insistere sulla connotazione tipologica della fattispecie normativa astratta ex art. 1 per chiarire che la dipendenza tecnologica pone un problema di intensità e, quindi, di misura del potere gerarchico (del committente) e gestorio (del subfornitore), limitandosi il legislatore ad indicare solo un limite massimo. La riconduzione al tipo del caso concreto richiede, dunque, una valutazione della dipendenza tecnologica alla stregua del criterio di prevalenza tra i *poteri* connessi al *sapere*. Restano estranee a tale valutazione, invece, la *misura* del sapere trasferito e la *provenienza* del sapere (arg. ex art. 6, comma 3).<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> Il subfornitore può anche essere titolare di diritti di privativa industriale o intellettuale.

Dunque, anche la suggestiva differenza tra subfornitura di capacità (o congiunturale) e la subfornitura di specialità (o strutturale) si risolve in una diversa combinazione dei poteri che confluiscono nella cooperazione gerarchica. Nella seconda il potere di direzione e coordinamento nella gestione dell'impresa subfornitrice da parte del committente è minore.

Alla misura ed alla allocazione dei poteri corrisponde altresì un diverso livello di dipendenza economica. Tale complessa figura resta estranea alla riflessione che si svolge, ma deve essere almeno richiamata in considerazione, e nel limite, del suo collegamento alla dipendenza tecnologica; collegamento rintracciabile anche solo in ragione dei costi che il subfornitore deve sopportare per realizzare la specificità produttiva richiesta dal committente.

L'investimento idiosincratico elementare, ossia quello costante ed ineludibile (minimo), è rappresentato infatti dalla *specificità professionale*, ossia dal conseguimento delle abilità necessarie per realizzare la specificità. Maggiore è la specificità maggiore la dipendenza economica in quanto il valore dell'investimento idiosincratico in capitale umano è legato solo a quella specificità.<sup>55</sup>

Nella flessibilità organizzativa dell'impresa di origine contrattuale, la dipendenza economica, quella generata dalla dipendenza tecnologica che realizza la funzionalizzazione dell'impresa subfornitrice, corrisponde ad un interesse meritevole di tutela.

Che il sistema positivo riconosca come meritevole di protezione contrattuale un interesse alla limitazione della propria autonomia nella gestione imprenditoriale in corrispondenza ad una limitazione del rischio, costituisce esito ermeneutico che trova conferma anche nella disciplina del controllo contrattuale esterno (2359, comma 1, n. 3) o del contratto di direzione e coordinamento (art. 2497-septies).

Tale esito ermeneutico ha una rilevanza sistematica per il divieto di abuso di dipendenza economica; esso costituisce infatti uno dei contenuti normativi della disciplina generale del coordinamento gerarchico che trae origine dal contratto.

---

<sup>55</sup> Cfr. P. Ichino, *Che cosa impedisce ai lavoratori di scegliere l'imprenditore: le nuove frontiere delle politiche del lavoro nell'era della globalizzazione*, in *DLRI*, 2007, pp. 425 ss

21.(segue) *Il rapporto tra tutela invalidativa e responsabilità per abuso di direzione e coordinamento*

Se dunque l'abuso di dipendenza tecnologica è una fenomenologia dell'abuso di dipendenza economica, non certo l'unica fenomenologia, si pone il problema pratico, in verità già percepito e meditato in dottrina, del rapporto tra tutela invalidativa dell'abuso di dipendenza economica e responsabilità da abuso di dipendenza economica attuato mediante l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

L'azione di nullità può sempre essere esercitata dall'impresa dipendente (non solo subfornitrice), anche quando la violazione del divieto si manifesta come abuso di direzione e coordinamento di società (ex art. 2497 c. c.)

La libertà di subire l'abuso, che viene riconosciuta all'impresa individuale o societaria con la qualificazione della nullità come di protezione, una volta che sono stati protetti i lavoratori subordinati dell'impresa in situazione di dipendenza economica, non può però coinvolgere i creditori danneggiati *a)* dalla lesione all'integrità del patrimonio della società- nei limiti del vantaggio compensativo; *b)* dalla diminuzione patrimoniale, ad esempio perdita di chance, subita dall'impresa individuale in ragione della violazione dell'abuso.

In sostanza, la responsabilità ex art. 2497 c. c. *aggiunge* un rimedio risarcitorio a favore di soci esterni e creditori sociali in considerazione della caratteristica organizzativa del soggetto dell'impresa. La tutela risarcitoria *generale* dell'impresa, che sia esercitata o meno in forma societaria, è quella prevista, accanto alla tutela invalidativa ed inibitoria, dal comma 3 dell'art. 9 dopo la riforma del 2001.

Se, dunque, ad agire per il risarcimento o per questo e per la nullità ex art 9, l. 192/1998 è una società, i creditori sociali ed i soci esterni non avranno azione ex art. 2497 c. c. Il danno causato alla società dall'abuso di dipendenza economica realizzato mediante l'attività di direzione e coordinamento può, infatti, solo includere il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale e la lesione cagionata all'integrità del patrimonio sociale.

Se, invece, la società agisce solo per far accertare la nullità dell'atto di direzione e coordinamento attraverso il quale si è realizzato l'abuso di dipendenza economica, i creditori sociali ed i soci esterni potranno agire per il risarcimento del danno nei limiti posti dall'art. 2497 c. c.

Le azioni generali - invalidativa, risarcitoria ed inibitoria - a tutela dell'impresa funzionalizzata all'impresa aliena, secondo il modello strutturale del coordinamento gerarchico delle gestioni imprenditoriali che il contratto

di subfornitura realizza, previste dall'art. 9, l. 192/1998, sono caratterizzate da una legittimazione processuale attiva *allargata* alle associazioni di categoria rappresentate in almeno cinque camere di commercio ovvero nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (art. 10 comma 2 e art. 4, comma 1, l. n. 180 del 11 novembre 2011).

La possibilità che le azioni generali vengano esercitate sia a tutela di interessi relativi alla generalità dei soggetti appartenenti alla categoria professionale sia a tutela di interessi omogenei relativi solo ad alcuni soggetti, rivela la funzione *regolativa* del mercato che può svolgere il divieto di abuso di dipendenza economica, non solo quando viene realizzato mediante l'abuso di dipendenza tecnologica né solo quando è attuato mediante l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

Si tratta di una complessa direzione di analisi che oltrepassa i limiti della riflessione svolta; adesso è possibile, a riguardo, solo sottolineare come tale funzione regolativa, da un lato, sia del tutto estranea alla funzione solo rimediale dell'azione di responsabilità ex art. 2497 c. c., e, dall'altro, costituisca un indice assai significativo del carattere assoluto della nullità dell'atto che realizza l'abuso.

EDOARDO PESCE

*Cronache di un insuccesso annunciato:  
la disciplina sui ritardi di pagamento*

**SOMMARIO:** 1. Dal D.Lgs. n. 231/2002 al D.Lgs. 192/2012: l'invecchiamento precoce della disciplina sui ritardi di pagamento – 2. Le novità della Riforma – 3. Equità e ritardi di pagamento: vivo interesse, scarso riscontro – 4. L'avvertita esigenza di una risposta "culturale" al ritardo nei pagamenti – 5. I ritardi di pagamento delle Pubbliche Amministrazioni: l'inadeguatezza di una risposta (solo) "repressiva" a un problema cronico – 6. L'avveramento di una profezia.

*1. Dal D.Lgs. n. 231/2002 al D.Lgs. 192/2012: l'invecchiamento precoce della disciplina sui ritardi di pagamento*

Viene naturale trattare della disciplina concernente la lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali appena dopo aver discusso della legge sulla subfornitura, avendo queste fonti un comune "embrione" normativo, la Raccomandazione CE del 12 maggio 1995 con cui si invitava gli Stati membri a mettere mano a un intervento legislativo che assicurasse tempi celeri di pagamento per proteggere le piccole e medie imprese. L'Italia avrebbe fatto molto da sola con la Legge 192/1998, di cui ha parlato il Professor Barba, con riguardo al rapporto di subfornitura e al c.d. abuso di dipendenza economica, mentre per ciò che concerne la lotta contro i ritardi di pagamento tra operatori commerciali sono stati necessari ulteriori passaggi. Dapprima un ulteriore testo normativo di fonte comunitaria, la Direttiva 2000/35 CEE, sulle cui "rime" il legislatore italiano avrebbe poi approvato il Decreto Legislativo 9 ottobre 2002, n. 231 e cioè, in estrema sintesi, quella legge speciale che stabilisce con riguardo alle transazioni tra professionisti o imprese e tra questi e Amministrazioni pubbliche: (i) interessi moratori a un tasso predefinito, superiore a quello legale e decorrenti "in automatico" *ex re*; (ii) la nullità degli accordi derogatori del regime previsto dalla stessa legge se "gravemente iniqui in danno del creditore", parte debole del rapporto; (iii) tempi più celeri per l'ottenimento



di un titolo esecutivo, mediante modifiche al Codice di Procedura Civile e al procedimento monitorio in esso regolato, con la previsione di un termine di emissione del Decreto ingiuntivo, di termini più brevi per l'opposizione e della possibile esecutorietà parziale dell'ingiunzione malgrado l'opposizione.

Ma l'affinità tra le due discipline è soprattutto nell'ambito applicativo e nella finalità di politica del diritto che le ha ispirate. Si rivolgono entrambe ai contratti stipulati fra imprese, e fra imprese che hanno una diversa forza economica e contrattuale, una preponderante, l'altra più debole, dal cui abuso può derivare l'applicazione di previsioni contrattuali eccessivamente gravose per la controparte.

La disparità contrattuale è ben riguardata dalle due leggi, che, per temperarla, sanciscono due rimedi estranei alla impostazione tradizionale del sistema: la nullità di quei patti che recepiscono ed autorizzano oltremisura la prepotenza contrattuale di una parte in danno dell'altra, attraverso forme di "dipendenza economica", nella L. 192/1998 (art. 9); ancora la nullità delle clausole che contengono termini di pagamento e condizioni di recupero del credito gravemente inique per il creditore nel D.Lgs. 231/2002 (art. 7).

Nel "nuovo" diritto dei contratti, subfornitura e ritardi nei pagamenti delle transazioni commerciali rappresentano gli indici normativi tra i più forti del paradigma del cosiddetto "terzo contratto"<sup>1</sup>, concluso tra imprese/professionisti o, anche, tra imprese/professionisti e amministrazioni pubbliche<sup>2</sup>. Naturalmente la tutela del contraente debole non risponde a una sola esigenza, per così dire, correttiva in prospettiva microeconomica, ove occorre impedire che una parte si avvantaggi indebitamente del ritardo altrui, ma si spiega, anche, in una logica di intervento macroeconomico, onde l'assunzione dell'iniziativa regolatoria da parte dell'Unione Europea<sup>3</sup>.

Nonostante origini coeve e intenti pressoché comuni, la disciplina sui ritardi di pagamento pare, tuttavia, essere invecchiata prima di quella contenuta nella legge sulla subfornitura, avendo richiesto e subito alcuni

<sup>1</sup> Così G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in G. GITTI-G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, p. 14.

<sup>2</sup> Ma per "l'ordine di idee che le grandi linee di disciplina del contratto B2C e quelle del contratto asimmetrico B2B siano abbastanza sovrapponibili, da consentire di convogliarle all'interno di un unico e sostanzialmente omogeneo paradigma, (quello del) "contratto asimmetrico", v. V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 696. Si è tracciato un quadro dei possibili "paradigmi" e delle conseguenti classificazioni in A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali V*, Milano, 2012, p. 384 e ss.

<sup>3</sup> Sul punto v. M. GRONDONA, *Dalla Direttiva 2000/35CE alla Direttiva 2011/7/CE: qualche considerazione tra politica e tecnica del diritto*, in A.M. BENEDETTI-S. PAGLIANTINI, (a cura di), *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Torino, 2013, pp. 6-11.

rimaneggiamenti in tempi piuttosto brevi, all'incirca dopo dieci anni dalla sua entrata in vigore. In Europa una nuova Direttiva ha operato la *refusion* della 2000/35 – è la Direttiva 2011/7 UE – mentre il legislatore italiano si è adeguato alla nuova Direttiva intervenendo sulle disposizioni del Decreto 231 con il D.Lgs. 9 novembre 2012, n. 192.

Si può partire da questi significativi ritocchi che la normativa europea e interna hanno reclamato pressappoco dopo un decennio di vita per indagarne l'effettività, di fronte ad apparenti dati di “*obsolescenza e caducità*”.

## 2. *Le novità della Riforma*

Vediamo dunque, in pochi punti<sup>4</sup>, cos'è cambiato per tentare di capire cosa non ha funzionato.

(a) In primo luogo, il saggio di interessi (art. 5 D.Lgs. 192/2012).

Rispetto alla previsione originaria, il tasso legale degli interessi moratori – applicabile salvo diversa volontà delle parti e ferma in questo caso l'osservanza di quanto stabilito nel successivo art. 7 – è stato aumentato a (ben) otto punti oltre il “tasso di riferimento”, che è “*il tasso di interesse applicato dalla Banca centrale europea alle sue più recenti operazioni di rifinanziamento principali*” (art. 2, lett. e), D.Lgs. 192/2012). Dal punto di vista delle ricadute economiche della legge, sembra essere questa la novità di maggior rilievo. Peraltro il tasso *ex art. 5* del D.Lgs. 231/2002 ha acquistato un rilievo ancor più marcato, ponendosi su un piano pressoché corrispondente a quello degli interessi “legali” di cui al primo comma dell'art. 1284 c.c. L'art. 17, comma 1 del D.L. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con L. 10 novembre 2014, n. 162, ha infatti aggiunto i commi 4 e 5 all'art. 1284 per effetto dei quali “*se le parti non ne hanno determinato la misura (degli interessi), dal momento in cui è proposta domanda giudiziale il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. La disposizione del quarto comma si applica anche all'atto con cui si promuove il procedimento arbitrale*”. In sede contenziosa, pertanto, il tasso degli interessi dovuti in conseguenza della mora è sempre, indipendentemente dallo *status* dei contraenti, quello previsto dall'art. 5 del D.Lgs. 231/2002, come modificato dal D.Lgs. 192/2012.

<sup>4</sup> Si rinvia a A.M. BENEDETTI-S. PAGLIANTINI, (a cura di), *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., per un'analisi dettagliata di tutte le modifiche e novità portate dalla nuova Direttiva e dal D.Lgs. 192/2012.

(b) In secondo luogo muta (parzialmente) il regime dei termini di pagamento (art. 4).

Sono mantenuti, nelle transazioni commerciali fra soggetti privati, i 30 giorni quale termine ordinario per l'adempimento (art. 4, co. 2), alla cui scadenza, senza necessità di costituzione in mora, sono dovuti interessi moratori decorrenti dalla data di ricezione della fattura o da quella di consegna delle merci o prestazione di servizi, se la fattura è ricevuta anteriormente o è incerta la data del suo ricevimento (o dalla eventuale accettazione o verifica prevista, sempreché la fattura sia trasmessa antecedentemente). A questo regime ordinario sono state ricollegate numerose eccezioni:

(b.1) nelle transazioni tra privati il termine di cui sopra può essere espressamente aumentato dalle parti in sede convenzionale, ma se stabilito in misura superiore a 60 giorni (art. 4, co. 3) deve essere provato per iscritto e si espone al rischio di essere giudicato nullo perché “*gravemente iniquo*” ex art. 7 D.Lgs 231/2002. Con l'art. 3, comma 1 *terdecies* del D.L. 14 dicembre 2018, n. 135 (convertito con modificazioni dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12), si è prevista, mediante aggiunta del comma 4-*bis* all'art. 7 del D.Lgs. 231/2002, una specifica ipotesi di nullità, non più “probabile” o “rischiosa” ma presunta *ex lege*, nel caso di transazioni in cui creditrice sia una “piccola o media impresa”: “*Nelle transazioni commerciali in cui il creditore sia una PMI, come definita ai sensi del decreto del Ministro delle attività produttive 18 aprile 2005, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 238 del 12 ottobre 2005, si presume che sia gravemente iniqua la clausola che prevede termini di pagamento superiori a sessanta giorni. Il presente comma non si applica quando tutte le parti del contratto sono PMI*”. Analogamente, anche la recente disciplina in materia di c.d. equo compenso dei professionisti (introdotta nella legge di Bilancio per il 2018, L. 27 dicembre 2017, n. 205, art. 1, cc. 487-488) stabilisce che, allorché i rapporti professionali sono regolati da convenzioni unilateralmente predisposte da clienti/committenti forti (imprese bancarie, assicuratrici ed altre imprese non rientranti nelle categorie delle microimprese o delle piccole o medie imprese), debbano presumersi *ope legis* vessatorie, e quindi nulle, le clausole che stabiliscono “*termini di pagamento superiori ai sessanta giorni dalla data di ricevimento da parte del cliente della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente*” (art. 13-*bis*, co. 5, L. 247/2012, disposizione relativa agli avvocati ma estesa a tutti i professionisti che esercitano la propria attività previa iscrizione agli albi).

(b.2) quanto alle transazioni con le Pubbliche Amministrazioni, il termine ordinario è di regola pari a trenta giorni, malgrado per alcune di esse risulti raddoppiato *ex lege*, come per gli enti pubblici che forniscono assistenza

sanitaria o per le imprese pubbliche tenute ai requisiti di trasparenza previsti dal D.Lgs. 333/2003 (art. 4, co. 5). Al di fuori di questi casi, anche le P.A. possono concordare termini di pagamento superiori ai 30 giorni, ma la relativa deroga è maggiormente sorvegliata dalla legge. Non è infatti mai possibile varcare la soglia dei 60 giorni – se ciò avviene detti termini sono nulli – e la diversa misura, che deve essere stabilita in una clausola provata per iscritto, deve sempre risultare giustificata “*dalla natura o dall’oggetto del contratto o dalle circostanze esistenti al momento della sua conclusione*” (art. 4, co. 4).

(c) In terzo luogo, alcuni affinamenti in punto risarcimento dei costi di recupero (art. 6).

Con attenuazione della indeterminatezza della norma originaria, è dato al creditore vittima di un ritardato pagamento il diritto di pretendere il rimborso dei costi sostenuti per recuperare quanto non corrispostogli *in primis* attraverso una somma forfettariamente stabilita in Euro 40, salva la prova di ogni ulteriore danno, “*che può comprendere i costi di assistenza per il recupero del credito*”.

(d) Infine, la nullità delle clausole rilevanti (art. 7).

Si tratta della novità più significativa dal punto di vista sistematico, prevedendosi che le clausole, negoziate o *standard*, relative a (i) termini di pagamento; (ii) interessi moratori; (iii) risarcimento dei costi di recupero sono nulle allorché “*risultano gravemente inique in danno del creditore*”. Ma gli indici alla stregua dei quali consentire al giudice di commisurare e valutare tale grave iniquità sono stati sottoposti a un miglior affinamento. E sono stati individuati nel “*grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza*”; nella “*natura della merce o del servizio oggetto del contratto*” e nella “*esistenza di motivi oggettivi*” che giustifichino una deroga al contenuto “legale” dispositivo delle clausole di cui sopra.

Al giudice si affidano gli strumenti rimediali offerti dagli artt. 1339 e 1419 c.c., e cioè la sostituzione automatica della clausola difforme con la previsione di legge relativa – che è pertanto “semi-imperativa” o “semi-dispositiva” potendo essere derogata purché non in modo gravemente iniquo in danno del creditore risultando in questo caso nulla – e alla (presunzione assoluta di) nullità parziale del contratto, con correlata “conservazione” di questo, in conseguenza della espunzione delle clausole nulle *ex art. 7 D.Lgs. 231/2002*.

E’ sempre gravemente iniqua, e perciò nulla, la clausola che esclude l’applicazione di qualsiasi interesse di mora. Mentre si presume – ammettendosi la prova del contrario – la grave iniquità e la correlata nullità di quella che esclude il risarcimento dei costi di recupero. Da ultimo, è nulla la clausola “*avente ad oggetto la predeterminazione o la modifica della data di*

*ricevimento della fattura*” nelle transazioni commerciali in cui la Pubblica Amministrazione sia debitrice.

In tutti casi si è esplicitato che la nullità ai sensi dell’art. 7 è rilevabile d’ufficio dal giudice.

### 3. *Equità e ritardi di pagamento: vivo interesse, scarso riscontro*

Fin dalla sua originaria apparizione, la previsione contenuta nell’art. 7 del Decreto 231/2002 ha concentrato su di sé la maggior attenzione degli studiosi<sup>5</sup>. Anche dopo la modifica, in senso “restrittivo”, come si è accennato, del 2012, l’interesse rimane forte<sup>6</sup>.

Innanzitutto perché è entro il disposto dell’art. 7 che è racchiuso il vero *quid novi* della legge sui ritardi di pagamento rispetto al dato positivo di parte generale. La novità consiste, infatti, nella possibilità per il giudice di sindacare alla stregua dell’equità un patto sui termini di pagamento, e non certo nella previsione di meccanismi di mora automatica che per i “debiti commerciali”, i quali sono obbligazioni pecuniarie da adempiersi presso il domicilio del creditore, sono già previsti dal numero 3 dell’art. 1219 c.c. L’innovazione diventa tangibile, invece, con riguardo ai debiti delle Pubbliche Amministrazioni, che, secondo la normativa di contabilità pubblica, costituiscono obbligazioni c.d. *querables*, da adempiersi presso il domicilio del debitore (presso l’ufficio di tesoreria competente, *ex art.* 54 R.D. 18 novembre 1923, n. 2240; art. 185 D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 per gli enti locali, *etc*), sicché la disciplina sui ritardi di pagamento ha effettivamente dispensato il creditore “commerciale” di una PA dall’onere di costituire quest’ultima in mora a fronte del suo ritardo, introducendo una nuova ipotesi di mora *ex re*.

Viceversa, una deroga al diritto delle obbligazioni di parte generale – di rilievo sistematico tuttavia inferiore a quello espresso dall’art. 7 – si ha con riguardo alla disciplina del termine per l’adempimento: l’art. 4 del D.Lgs. 231/2002, nel prevedere distinti e (pur) disponibili termini, decorsi i quali sono automaticamente dovuti interessi moratori, esclude che nelle transazioni commerciali, in assenza di un termine fissato dalle parti, il

<sup>5</sup> Il quadro delle questioni e delle opinioni è stato approfonditamente tracciato, per limitarsi ad una indicazione bibliografica, da C. CHESSA, *Il potere giudiziale di ristabilire l’equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 439 e ss.

<sup>6</sup> V., *ex multis*, F. ADDIS, *La sostituzione automatica della clausola “gravemente iniqua” nella disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *ODCC*, 2015, 1, p. 23 e ss.

creditore possa pretendere l'adempimento “*immediatamente*”, come previsto dall'art. 1183, comma 1, c.c.<sup>7</sup>

Dunque, si diceva, l'equità quale parametro di validità degli accordi sul tempo dell'adempimento e sui riflessi economici del ritardo è il vero emblema della legge sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, se non altro perché le attribuisce un'originalità che, altrimenti, non esprimerebbe.

La funzione correttiva e regolativa dell'equità risulta infatti sicuramente eccezionale. Si ricorderà che negli anni Settanta, anni di avanguardie, la contrarietà all'equità come particolare ipotesi di nullità del contratto o di sue singole clausole era stata predicata da Gazzoni<sup>8</sup>, e in tempi più recenti l'ha coltivata Scalisi<sup>9</sup> entro il più ampio ragionamento sui rimedi “conformativi”. Indipendentemente dalla fondatezza dell'assunto<sup>10</sup>, bisogna riconoscere all'equità una naturale attitudine ad essere strumento “conformativo”, poiché, pur quale parametro di validità del regolamento, non potrebbe che operare solo e soltanto *ex post*, e cioè in relazione a un contratto valido ed efficace ma congegnato in maniera tale da determinare in concreto un risultato iniquo in danno della parte più debole. Una simile fattispecie richiederebbe sempre al giudice un accertamento *all considered*, diverso da quello che abitualmente conduce di fronte alle ordinarie cause di illiceità del contratto.

Il ruolo correttivo e limitante dell'equità nell'ambito della disciplina qui esaminata appariva tanto più marcato nell'impianto originario della legge italiana, nella parte in cui si prevedeva (art. 7, comma 3) che “*il giudice, anche d'ufficio, dichiara la nullità dell'accordo e, avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1, applica i termini legali ovvero riconduce ad equità il contenuto dell'accordo medesimo*”. Con la riforma del 2012 è scomparso il potere di ricondurre ad equità l'accordo nullo e si è voluto ancorare l'attività sostitutiva del giudice al meccanismo dell'art. 1339 c.c., perciò stabilendosi che clausole gravemente inique – la nullità delle quali è parziale e non contamina il resto del regolamento (v. il richiamo dell'art. 1419, comma 2, c.c.) – siano sostituite dai termini di legge. Potrebbe dirsi che l'equità rimane, in un certo senso, uno strumento “diagnostico”, per

<sup>7</sup> Per questa annotazione, v. V. CUFFARO, *Esecuzione della prestazione pecuniaria e tutela del contraente creditore*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 11, il quale rileva come “*sotto le spoglie di una norma (art. 4) diretta a stabilire la decorrenza degli interessi moratori, vengono in effetti stabiliti i termini per l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie per tutti i rapporti in cui la nuova disciplina trova applicazione*”.

<sup>8</sup> F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 328 e ss.

<sup>9</sup> Si veda, specialmente, V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 6, 740; 748.

<sup>10</sup> Possono qui richiamarsi i rilievi di R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Torino, 2016, pp. 1049-1050 e, spec., 1393 e ss.

mezzo del quale il giudice continua a sindacare la legittimità della previsione convenzionale, ma cessa di essere uno strumento “terapeutico”, perché non è riconducendo ad essa il contenuto del contratto che può rimediarsene l’invalidità, ma, piuttosto, applicando la corrispondente previsione di legge, che opererebbe anche qualora le parti nulla avessero stabilito.

La previsione normativa qui analizzata ha poi dato luogo a una vicenda particolare, per certi aspetti paradossale. Secondo l’art. 7 della Direttiva 2011/7UE, paragrafo 1, “*gli Stati membri dispongono che una clausola contrattuale o una prassi relativa alla data o al periodo di pagamento, al tasso dell’interesse di mora o al risarcimento per i costi di recupero non possa essere fatta valere oppure dia diritto a un risarcimento del danno qualora risulti gravemente iniqua per il creditore*”. Si parla di clausole contrattuali e di prassi, ma al contempo, con singolare consapevolezza, la normativa europea distingue due tipologie rimediali, una generica inefficacia (“*non possa essere fatta valere*”), ben declinabile in termini di nullità, e il risarcimento del danno. Giustamente si è rilevato che una “prassi” non può essere giudicata in termini di nullità, “*salvo che la prassi non venga tradotta nelle clausole d’uso di cui all’art. 1340 c.c.*”<sup>11</sup>, circostanza che porterebbe comunque alla disapplicazione delle clausole d’uso gravemente inique per il combinato disposto degli artt. 1340 e 1374, avendo l’art. 7 (della Direttiva e del D.Lgs. 231/2002), nella parte in cui stabilisce la nullità degli accordi gravemente iniqui, carattere imperativo. Forse sulla scorta di questi argomenti, il legislatore italiano del 2012 si è ben guardato dal contemplare l’ipotesi delle prassi gravemente inique, e nel rinnovato art. 7 ha attuato il precetto europeo declinandolo sulle sole clausole. Questa scelta, sostenuta da fondati argomenti, ha però portato la Commissione europea a contestare profili di inattuazione della Direttiva, cui, evidentemente, non si è riusciti a controbattere con le sole armi del rigore scientifico, ed è perciò derivato un nuovo art. 7-bis del D.Lgs. 231/2002 introdotto dalla L. 30 ottobre 2014, n. 161, così formulato: “*Le prassi relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero, quando risultano gravemente inique per il creditore, danno diritto al risarcimento del danno. 2. Il giudice accerta che una prassi è gravemente iniqua tenuto conto di quanto previsto dall’articolo 7, comma 2. 3. Si considera gravemente iniqua la prassi che esclude l’applicazione di interessi di mora. Non è ammessa prova contraria. 4. Si presume che sia gravemente iniqua la prassi che esclude il risarcimento per i costi di recupero di cui all’articolo 6.*”<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, II ed., Torino, 2015, p. 255.

<sup>12</sup> Per una critica alla norma introdotta con l’art. 7-bis, si veda S. PAGLIANTINI, *I ritardi di pagamento nel prisma (novellato) delle fonti: (nuovi) profili generali*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2015, II,



L'equità di cui all'art. 7 deve intendersi nel significato proprio della "ragionevolezza", non tanto in quello (tradizionalmente ma pericolosamente ad essa ascrivito) di "giustizia del caso concreto", come vari elementi (letterali, di ordine sistematico e storico) suggeriscono. Perciò può dirsi salva la deroga "ragionevole" ai termini di legge, siccome giustificata da ragioni oggettive; si espone, invece, al rischio nullità la deroga immotivata, che si risolve in un abuso di potere contrattuale di una parte, benché "debitrice", in danno dell'altra, sì "creditrice", ma dipendente economicamente dall'adempimento del proprio debitore<sup>13</sup>.

Si comprende allora l'interesse dottrinale per questo articolo 7: la "ragionevolezza" applicata ai rapporti interpretati patrimoniali evoca l'orizzonte lontano del giudizio di costituzionalità *ex art. 3 Cost.* quale strumento di controllo degli atti di autonomia privata con "*conseguente attribuzione al giudice civile di un difficile compito di bilanciamento degli interessi*"<sup>14</sup>, ma ancor prima interroga l'interprete sulle radici semantiche e funzionali di una parola – la "ragionevolezza" – che, potrebbe dirsi, ricorre da sempre nel discorso del giurista continentale senza essere, tuttavia, nel suo dizionario<sup>15</sup>.

Eppure questa norma così ricca di suggestioni è quella che, di tutta la legge, ha avuto il minor rilievo pratico, rimanendo sostanzialmente priva di riscontro giurisprudenziale – e in questi casi il silenzio non è segno di ordinata e spontanea obbedienza ma di una fattispecie che non vive.

È, in altri termini, una norma a basso grado di effettività: perché?

Qualche ragione, probabilmente, deriva dallo stesso tenore dell'art. 7, da quel rinvio all'equità/ragionevolezza che tende sovente a deludere aspettative pragmatiche. Si è giustamente notato che "*sia nella redazione dei testi normativi che in quella dei contratti, la ragionevolezza rende più semplice trovare il consenso, ma la genericità delle regole, soprattutto a livello internazionale, non aiuta a favorire la certezza del diritto e a risolvere le controversie*"<sup>16</sup>.

Ma in questo caso c'è qualche ragione di più. Non è esagerato affermare, infatti, che aspettative di ordine pratico siano state deluse dall'intera

pp. 817-819. Sul punto v. anche B. SCIANNACA, *Clausole gravemente inique in danno del creditore: le novità del D.Lgs. 231/2002 da una prospettiva rimediabile*, in *Contratti*, 2015, p. 88, nn. 6-7.

<sup>13</sup> Si rinvia a A.M. BENEDETTI, *Abuso della libertà contrattuale in danno del creditore*, in A.M. BENEDETTI (a cura di), *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili sostanziali e processuali*, Torino, 2003, p. 113 e ss.

<sup>14</sup> L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, 1, p. 17.

<sup>15</sup> I significati, tradizionali e via via assunti per l'influenza degli ordinamenti di *common law* e dei progetti di codificazione civile europea, della "ragionevolezza" nel diritto civile sono meditati nelle belle pagine di S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2012, spec. p. 32 e ss.

<sup>16</sup> S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 17.



disciplina sui ritardi nei pagamenti e non soltanto dalla previsione della nullità dei patti gravemente iniqui in danno del creditore.

#### 4. *L'avvertita esigenza di una risposta "culturale" al ritardo nei pagamenti*

Si può dire che la lotta contro il ritardato pagamento nelle transazioni commerciali sia stata condotta a livello normativo su due fronti piuttosto consueti, l'uno repressivo, l'altro preventivo.

Sul primo versante i risultati sono stati soddisfacenti. Si trattava di elaborare od organizzare forme di tutela essenzialmente sanzionatoria, con le quali reprimere pratiche ingiuste e dannose a livello micro e macroeconomico secondo le modalità proprie dei rimedi civilistici: tanto si è fatto con un forte inasprimento della "sanzione", gli interessi di mora, il cui tasso, molto elevato, opera oggi *ex lege* anche al di là delle "*transazioni commerciali*" per tutte le obbligazioni pecuniarie oggetto di contenzioso "*dal momento in cui è proposta domanda giudiziale*" (art. 1284, comma 4, c.c., introdotto dall'art. 17, comma 1, del D.L. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni dalla L. 10 novembre 2014, n. 162). Lo strumento è semplice: al creditore non resta che domandare gli interessi che la legge gli riconosce e confidare nella solvibilità del proprio debitore che non rispetta i termini di pagamento.

Ecco, ma come fare perché il debitore rispetti i termini di pagamento prima che sia convenuto in giudizio proprio per questa ragione? Cosa prevede la legge per evitare che il creditore sia costretto ad attivare questi pur facili rimedi?

Su questo secondo versante, di tutela preventiva, la risposta regolatoria è stata scarsamente efficace. Va riconosciuto che, entro una certa misura, in un simile campo l'inefficacia della legge è per certi versi endemica, motivo per cui qualunque legislatore faticherebbe ad invertire la rotta. Il creditore "commerciale" può essere economicamente debole ma difficilmente è ingenuo: sa bene che sovente è meglio conservare un cliente/committente che paga in ritardo, dopo molti solleciti e defatiganti rinvii, piuttosto che (anche solo) rischiare di perderlo domandandogli alti interessi moratori o provando ad ottenere per via giudiziale una revisione delle condizioni e dei termini di pagamento convenuti, specie se determinati "autoritativamente" per mezzo di condizioni generali non negoziabili.

Consapevole di questa insufficienza, la nuova Direttiva Europea cerca di

affrontare il problema con metodi e misure di stampo diverso – di cui però non c'è traccia nella normativa italiana di recepimento – che si indirizzano verso una risposta culturale ancor prima che edittale. Nel Considerando 12 della Direttiva, per esempio, si legge che “è necessario un passaggio deciso verso una cultura dei pagamenti rapidi in cui, tra l'altro, l'esclusione del diritto di applicare interessi di mora sia sempre considerata una clausola o prassi contrattuale gravemente iniqua, per invertire tale tendenza e per disincentivare i ritardi di pagamento”. L'iniqità presunta della clausola che esclude gli interessi di mora è stata effettivamente prevista. Ma il “*passaggio deciso verso una cultura dei pagamenti rapidi*” sembra esigere qualche cosa di più. Viene in mente, al riguardo, quanto affermato nel successivo Considerando 30, e cioè che “*gli Stati membri dovrebbero favorire la diffusione di buone prassi, anche incoraggiando la pubblicazione di un elenco dei buoni pagatori*”. Oppure i mezzi “pubblicitari” cui si riferisce l'art. 8, par. 3 della Direttiva del 2011, ai sensi del quale “*gli Stati membri utilizzano, se del caso, pubblicazioni specialistiche, campagne promozionali o qualsiasi altro mezzo idoneo ad incrementare tra le imprese la consapevolezza dei rimedi ai ritardi di pagamento*”. Al di là dell'effettività ed efficacia persuasiva o dissuasiva di simili strumenti, la loro stessa previsione dimostra che la risposta normativa è ritenuta dallo stesso legislatore, se non insufficiente, quanto meno ignorata dagli operatori.

##### *5. I ritardi di pagamento delle Pubbliche Amministrazioni: l'inadeguatezza di una risposta (solo) “repressiva” a un problema cronico*

A proposito di “buoni pagatori” ed “elenco” dei medesimi, qualcuno ha osservato che “*se si vogliono mettere le imprese italiane in grado di agire e competere e se si vogliono attirare gli investimenti esteri, sarebbe necessario che un simile elenco contenesse in prima fila proprio lo Stato, gli enti e le imprese pubbliche*”<sup>17</sup>.

Si giunge così al vero nodo applicativo della disciplina sui ritardi di pagamento: i debiti della Pubblica Amministrazione nei confronti di imprese e professionisti privati. Il problema, com'è noto, è di scottante attualità. A tutt'oggi l'Italia risulta destinataria di una procedura di infrazione, avviata dalla Commissione Europea nel 2014 (proc. n. 2143/2014) e giunta il 7 dicembre 2017 al (normalmente evitato) esito del deferimento alla Corte

<sup>17</sup> Sono le parole di Vladimiro Zagrebelsky nell'editoriale intitolato *Pagamenti pubblici: Italia colpevole*, apparso su *La Stampa* del 18 dicembre 2011.

di Giustizia a norma dell'art. 258 TFUE, e ciò “*a causa del sistematico ritardo con cui le amministrazioni pubbliche italiane effettuano i pagamenti nelle transazioni commerciali, in violazione delle norme dell'UE in materia di pagamenti (Direttiva 2011/7/UE)*”. Il ritardo delle amministrazioni italiane nel pagare le prestazioni eseguite a loro vantaggio si attesta, in media, sui cento giorni dall'emissione della fattura; laddove, lo si è visto, la legge prevede il termine massimo (ed eccezionale) di sessanta giorni.

Ma attualità ed emergenza non sono i predicati di un problema nuovo, che, tutto al contrario, è molto antico.

Lo constatava, nei suoi esatti termini, in un discorso alla Camera dei Deputati, Giovanni Giolitti, allora alla sua prima esperienza ministeriale di Ministro del Tesoro nel II governo guidato da Francesco Crispi: era il 1889. La gravità dei lunghi tempi di pagamento da parte delle amministrazioni sta nel fatto che – dice Giolitti – “*ogni ritardo nel pagamento degli appaltatori non va a carico di questi, ma dello Stato. (...) colui il quale contratta con lo Stato, e sa che avrà il pagamento con ritardo, calcola questo ritardo nel passivo del contratto, e chiede un prezzo di tanto maggiore*”<sup>18</sup>. Il danno che il ritardo nei pagamenti delle amministrazioni crea è, anche, indirettamente, di natura erariale. Una politica, qual è quella attualmente perseguita, di esponenziale innalzamento degli interessi moratori applicata anche al debitore pubblico, che (si tende a dimenticarlo) amministra e spende il denaro prelevato dal contribuente, si rivela controproducente e negativa.

Ecco, con riferimento ai ritardi della PA, la risposta normativa del Decreto 231/2002, anche nella sua dimensione prettamente repressiva, è stata inappagante. E quello che si configura come un “illecito comunitario” per la mancata attuazione della Direttiva 2011/7/UE, onde la procedura di infrazione, potrebbe direttamente definirsi come un illecito “amministrativo”, addebitabile allo stato apparato, per mancata attuazione della legge, che della Direttiva è in questo caso copia fedele.

A dimostrazione dell'ineffettività della legge qui esaminata basti considerare che per fronteggiare l'emergenza, evidentemente senza definitivo successo, il legislatore italiano ha preferito ricorrere a mezzi e rimedi puramente pubblicistici, e cioè, in sostanza, intervenendo a più riprese con massicce “trasfusioni” di denaro pubblico, sì da mettere le amministrazioni nelle condizioni di provvedere ai loro debiti commerciali, anche in deroga ai vincoli del patto di stabilità interno. Si è calcolato che dal 2013 in poi sono stati trasferiti oltre 90 miliardi di Euro a questo fine a favore di

<sup>18</sup> G. GIOLITTI, *Discorsi parlamentari*, Tipografia della Camera dei Deputati, Roma, 1953, vol. I, p. 141.

amministrazioni centrali e periferiche. Accanto a questi interventi, solo in tempi più recenti accompagnati da lungamente attese modifiche alle norme di contabilità pubblica, si è proceduto nel segno di agevolazioni fiscali per i creditori della PA, cui si è riconosciuto il diritto di compensare i propri debiti erariali con crediti certificati, e attraverso una cauta liberalizzazione delle procedure di cessione dei crediti delle amministrazioni, sorvegliate da antiche cautele ora temperate o rimosse<sup>19</sup>.

Le Direttive sulla lotta contro il ritardo nei pagamenti nelle transazioni commerciali, e la normativa interna di recepimento, che pure hanno avuto il merito (effettivo?) di assoggettare al regime di diritto comune il debitore pubblico moroso, poco o nulla hanno fatto per arrestare il fenomeno che dovrebbero reprimere o quantomeno contenere. Forse non è questione di obsolescenza o caducità, ma di “alterità” di un apparato normativo pensato per rapporti obbligatori fra privati, con riguardo ai quali le ricadute di un trattamento punitivo/sanzionatorio non assumono una dimensione sistemica e, tendenzialmente, involutiva<sup>20</sup>.

## 6. *L'avveramento di una profezia*

Questa rapida analisi può ora essere completata da alcune conclusioni.

La disciplina sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali ha senz'altro contribuito a cambiare alcune “categorie” del diritto civile contrattuale. Ha rappresentato, come si è accennato all'inizio, una di quelle “*sopravvenienze normative*”, secondo una formula di Nicolò

<sup>19</sup> Ci si riferisce agli interventi normativi presi dai Governi Monti, Letta e Renzi di cui al D.L. 8 aprile 2013, n. 35 e 27 e ss. del D.L. 24 aprile 2014, n. 66 quanto allo stanziamento di risorse finanziarie. Circa il meccanismo della compensazione con debiti erariali, v. art. 12, co. 7-*bis* D.L. 23 dicembre 2013, n. 145. Sulla semplificazione delle modalità di cessione dei crediti della P.A., v. art. 37 D.L. 66/2014. Per un esame della normativa intervenuta, e sul difficile coordinamento dei vari interventi, v. S. PAGLIANTINI, *I ritardi di pagamento nel prisma (novellato) delle fonti: (nuovi) profili generali*, cit., p. 800 e ss. Più in generale, sull'argomento, v. per tutti, M. DEGNI-P. FERRO, *Il ritardo nei pagamenti delle amministrazioni pubbliche. Da cosa è determinato e cosa si deve fare per pagare nei tempi giusti*, Roma, 2016. Improntato ad una risposta di tipo strutturale – con potenziamento del bilancio di cassa e la predisposizione di un cronoprogramma contenente dettagliate indicazioni sui pagamenti che le amministrazioni prevedono di effettuare nel periodo di riferimento – è invece il D.Lgs. 12 maggio 2016, n. 93.

<sup>20</sup> Ma i rischi di un tasso elevato anche per la contrattazione tra privati – che per le piccole imprese “è inappropriato e in certe circostanze potrebbe diventare iugulatorio portandole alla rovina” – erano stati avvertiti da L. MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2001, pp. 82-83.

Lipari<sup>21</sup>, che hanno inferto alcuni colpi concettuali alla teoria generale del contratto, in questo caso rovesciando gli schemi di pensiero tradizionali sulla debolezza contrattuale di una delle parti ed introducendo un limite di equità/ragionevolezza per le previsioni convenzionali proprio del diritto privato europeo e della cultura giuridica da cui promana in maggior misura.

Eppure questo “colpo” dato alla categoria non sembra essere stato altrettanto forte nella realtà. In altre parole, è cambiata la categoria, ma la materia, la realtà stessa che la categoria concettuale dovrebbe esprimere ed ordinare, è rimasta pressoché immutata. Se con un approccio che potremmo definire “realistico-genovese” dobbiamo descrivere il diritto oggettivo per come si presenta, non possiamo non registrare questo dato: nei contratti tra imprese o tra professionisti un controllo sull’economia del contratto, e segnatamente su quelle clausole che regolano le conseguenze patrimoniali del ritardo nell’adempimento imputabile al debitore, è poco o punto praticato.

Il cuore pulsante del Decreto 231/2002 non è dunque là dove gli studiosi pensavano che fosse – in quell’articolo 7 che prometteva un sindacato giudiziale sulle previsioni convenzionali gravemente inique e pregiudizievoli per creditori non pagati – ma nell’articolo 5, ove è stabilito un altissimo saggio legale degli interessi moratori, il quale, secondo l’insegnamento della Cassazione, potrebbe perfino risultare superiore a quello di soglia usuraria di cui all’art. 2 L. 108/1996, essendo questa “*una eventualità accidentale che può in concreto accadere, e che non basta di per sé a bollare come “irrazionale” quel sistema*”<sup>22</sup>.

L’autonomia privata sembra uscirne particolarmente compressa, eppure il fenomeno dei ritardi di pagamento appare più condizionato dalla crisi di liquidità nell’Eurozona e da altri fattori di ordine economico che dalla speciale disciplina normativa ad esso rivolta, pur così pervasiva e sostenuta da lodevoli intenzioni.

Torna alla mente una non lontana profezia. Quindici anni fa, entrato appena in vigore il Decreto 231/2002, Enzo Roppo si chiedeva se quella legge non fosse un “*ennesimo esemplare di normativa declamatoria e simbolica, destinata a restare law in the books senza riuscire a operare come effettiva, incisiva law in action*”<sup>23</sup>

Possiamo dirlo col senno di oggi: è andata proprio così.

<sup>21</sup> N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 162 e ss.

<sup>22</sup> Così, Cass. 30 ottobre 2018, n. 27442, in *Foro it.*, 2019, I, 2134, con nota di B. Nazeraj.

<sup>23</sup> V. ROPPO, *Prefazione*, in A.M. BENEDETTI (a cura di), *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili sostanziali e processuali*, cit., p. XI.

MARCO DELL'UTRI

*Accesso alla proprietà e crisi economica  
Appunti in tema di rent to buy*

**SOMMARIO:** 1. Premessa – 2. La norma dell'art. 23 del d.l. n. 133/2014 – 3. Crisi economiche e legislazione civile – 4. Crisi economica, circolazione dei beni e accesso alla proprietà: le forme della disintermediazione nell'accesso al credito – 5. La pratica negoziale, i modelli utilizzati e le forme del *rent to buy*, del *buy to rent* e dell'*help to buy* – 6. Lo schema generale del *rent to buy* come modello di acquisto procedimentale della proprietà – 7. *Rent to buy* e tipicità negoziale – 8. I caratteri tipologicamente essenziali del *rent to buy* – 9. La questione del godimento funzionalizzato all'acquisto – 10. La ripartizione del corrispettivo – 11. Il 'diritto di acquisto' del conduttore – 12. Gli spazi dell'autonomia privata – 13. Le criticità connesse all'estensione dei poteri dell'autonomia privata – 14. Le criticità più discusse in relazione alla disciplina positiva – 15. La codificazione dell'incertezza (talune considerazioni conclusive).

1. *Premessa*

Tra le esperienze legislative raccolte ai fini dell'incontro odierno quella sulla quale cercherò di svolgere qualche rapida considerazione è quella più recente, risalendo a circa quattro anni fa l'adozione del decreto legge con il quale è stata introdotta la disciplina dei "contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili".

Deve dunque dirsi che più ancora che il senso dell'obsolescenza (un discorso che può verosimilmente ritenersi ancora prematuro), varrà considerare i termini della possibile caducità o dei profili di criticità dell'iniziativa legislativa che si commenta.

2. *La norma dell'art. 23 del d.l. n. 133/2014*

Il testo cui ci si riferisce con l'espressione anglofona del *rent to buy* è quello dell'art. 23 del d.l. n. 133/2014 (successivamente convertito nella legge n.

164/2014, con una significativa modificazione in relazione all'accordo sul canone, e più di recente integrato da una previsione sull'applicabilità della procedura della convalida di sfratto).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Sul tema del c.d. *rent to buy* prima dell'approvazione del d.l. n. 133/2014, v. A. FUSARO, *Rent to buy, Help to buy, Buy to rent, tra modelli legislativi e rielaborazioni della prassi*, in *Contr. e impr.*, 2014, 2, pp. 419 ss.; F. TASSINARI, *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziali*, in *I Contr.*, 2014, 8-9, pp. 822 ss. A seguito dell'approvazione del d.l. cit., v. M. MALTONI, *La nuova disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili (art. 23 d.l. 12 settembre 2014 n. 133)*, in *Riv. notar.*, 2014, pp. 1067 ss.; S. MARINO, *Rent to buy. Strumento per la ripresa*, in *Vita notar.*, 2014, pp. 1143 ss.; A. BULGARELLI, *Luci e ombre del rent to buy italiano*, in *Arch. loc. cond.*, 2015, pp. 4 ss.; A. NUCERA, *Prima pronuncia in tema di rent to buy*, in *Arch. loc. cond.*, 2015, pp. 312 ss.; D. POLETTI, *L'accesso graduale alla proprietà immobiliare (ovvero, sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, in *NLCC*, 2015, pp. 32 ss.; E. FABIANI, *Rent to buy e inadempimento del conduttore*, in *Notar.*, 2015, pp. 381 ss.; F. DELFINI, *La nuova disciplina del rent to buy nel sistema delle alienazioni immobiliari*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2015, pp. 817 ss.; G. BARALIS, *Rent to buy. Primo repertorio di problemi*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, pp. 341 ss.; G. RIZZI, *Rent to buy. Aspetti redazionali*, in *Riv. notar.*, 2015, pp. 889 ss.; M. BIANCA, *La vendita con riserva di proprietà quale alternativa al rent to buy*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 841 ss.; M. IEVA, *Rent to buy. Efficienza del modello*, *Riv. notar.*, 2015, pp. 675 ss.; M. VAIRA, *La nuova disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015, pp. 52 ss.; G. D'AMICO, *Il rent to buy: profili tipologici*, in *I Contr.*, 2015, pp. 1030 ss.; C. CICERO, *Rent to buy: la fattispecie e gli interessi sottesi (provocazioni e spunti)*, in *I Contr.*, 2015, pp. 1041 ss.; D. POLETTI, *Quando al rent non segue il buy: scioglimento del vincolo contrattuale e restituzioni*, in *I Contr.*, 2015, pp. 1049 ss.; A. CIATTI CÀIMI, *Il rent to buy e l'opponibilità ai terzi del diritto di godimento*, in *I Contr.*, 2015, pp. 1059 ss.; G. PALERMO, *L'autonomia negoziale nella recente legislazione*, in *Giur. It.*, 2015, pp. 491 ss.; A. FUSARO, *Un catalogo di questioni aperte sul c.d. rent to buy*, in *Giur. It.*, 2015, pp. 497 ss.; F. PADOVINI, *Rent to buy e condominio*, in *Giur. It.*, 2015, pp. 499 ss.; V. CUFFARO, *La locazione di scopo*, in *Giur. It.*, 2015, pp. 501 ss.; N. SARTORI, *Profili fiscali del c.d. rent to buy*, in *Giur. It.*, 2015, pp. 504 ss.; P. CASTELLANO, *Rent to buy. Un fenomeno sociale in cerca di definizione*, in *Riv. notar.*, 2015, pp. 45 ss.; P. ZANELLI, *Rent to buy nelle leggi 80 e 164 del 2014: ora dunque emptio tollit locatum?*, in *Contr. Impr.*, 2015, pp. 12 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, in *Contr. Impr.*, 2015, pp. 952 ss.; V. CUFFARO, *Oltre la locazione: il rent to buy, nuovo contratto per l'acquisto di immobili*, in *Corr. Giur.*, 2015, pp. 5 ss.; V. RUGGIERO, *Rent to buy: la positivizzazione di un nuovo schema negoziale tipico nato nella prassi per il sostegno indiretto al mercato immobiliare*, in *Contr. Impr.*, 2015, pp. 964 ss.; A. BENNI DE SENA, *Il c.d. rent to buy e il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobile. Profili di disciplina*, in *NGCC*, 2016, pp. 609 ss.; A. FACHECHI, *Rent to buy e varietà della disciplina applicabile*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, pp. 97 ss.; A. NUCERA, *Rent to buy in ambito condominiale*, in *Arch. loc. cond. imm.*, 2016, p. 2; D. ARAMINI, *Rent to buy. Problemi e prospettive di un contratto di recente tipizzazione*, in *Econ. dir. terz.*, 2016, pp. 335 ss.; R. CALVO, *La locazione preordinata alla vendita (contributo allo studio del c.d. rent to buy)*, in *Studium Iuris*, 2016, pp. 1 ss.; A. MUSIO, *Il diritto all'abitazione di proprietà ai tempi della crisi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, pp. 373 ss.; C. D'ORTA, *Vantaggi e criticità del rent to buy*, in *Foro nap.*, 2017, pp. 601 ss.; C. SFORZA FOGLIANI, *Riclassamento e rent to buy*, in *Arch. loc. cond.*



Secondo tale disposizione i contratti, diversi dalla locazione finanziaria, che prevedono l'immediata concessione del godimento di un immobile con diritto per il conduttore di acquistarlo entro un termine determinato imputando al corrispettivo del trasferimento la parte di canone indicato nel contratto, sono trascritti, tanto ai fini dell'art. 2645-*bis* c.c., quanto a quelli di cui all'art. 2643, co. 1, n. 8), c.c..

Di seguito, la norma impone alle parti la definizione, in sede contrattuale, della quota di canone imputata al corrispettivo che il "concedente" è tenuto a restituire in caso di mancato acquisto da parte del "conduttore".

Seguono le norme che disciplinano la modalità del godimento del conduttore (attraverso il richiamo di taluni articoli del codice civile dettati a proposito dell'usufrutto); l'estensione, fino a dieci anni, dell'efficacia temporale della trascrizione c.d. prenotativa di cui all'art. 2645-*bis* c.c., e le forme di tutela in caso di inadempimento e di fallimento delle parti, evidenziando i limiti minimi della rilevanza dell'inadempimento del conduttore (con particolare riguardo al mancato pagamento di un numero minimo di canone, che non dev'essere inferiore a un ventesimo del loro numero complessivo), le modalità di restituzione di quanto pagato nel corso del rapporto in caso di mancato esercizio del diritto di acquisto da parte del conduttore, l'obbligo, in caso di programmato trasferimento di immobili abitativi, di provvedere immediatamente al frazionamento del mutuo e l'applicabilità (inserita in progresso di tempo dal legislatore) della disciplina relativa alla convalida di sfratto dettata dal codice di rito civile.

---

*imm.*, 2017, pp. 1 ss.; F. BENATTI, Recensione a A. Albanese - S. Mazzamuto (a cura di), *Rent to buy. Leasing immobiliare e vendita con riserva della proprietà. Profili civilistici, processuali e tributari*, Torino, 2016, in *Eur. dir. priv.*, 2017, pp. 683 ss.; C. CICERO e V. CAREDDA (a cura di), *Rent to buy. Atti del XXV incontro del Coordinamento nazionale dei dottorati di ricerca di diritto privato*, Napoli, 2016; F. MURINO, *Rent to buy e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2017, pp. 382 ss.; G. D'AMICO, *La vendita immobiliare (un ventennio di interventi normativi)*, in *I Contr.*, 2017, pp. 87 ss.; G. SALITO, *Rent to buy di immobili da costruire*, in *Jus*, 2017, pp. 151 ss.; R. MAZZA, *L'importanza della trascrizione del contratto di rent to buy*, in *Arch. loc. cond. imm.*, 2017, pp. 156 ss.; S. LOCORATOLO, *Note in tema di rent to buy*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, pp. 523 ss.; A. SEMPRINI, *L'acquisto progressivo della proprietà immobiliare*, in *Contr. Impr.*, 2018, pp. 1190 ss.; F. ONNIS CUGIA, *Rent to buy e preliminare di vendita con consegna anticipata dell'immobile al promissario acquirente*, in *Riv. giur. sarda*, 2018, pp. 66 ss.; M. PALAZZO, *La contrattazione immobiliare oggi e l'apporto della prassi notarile. Dal primato della legge a quello della prassi: il rent to buy*, in *Vita notar.*, 2018, pp. 497 ss.; R. SANTAGATA, *Buy to rent di beni sociali a soci "parietici" e conflitti di interessi in società bipersonale*, in *Riv. dir. impr.*, 2018, pp. 167 ss. In giurisprudenza, v. Trib. Verona, 12 dicembre 2014, n. 95, in *Arch. loc. cond.*, 2015, p. 312, con nota di A. Nucera, cit.; Trib. Cagliari, 10 agosto 2017, in *Riv. giur. sarda*, 2018, pp. 65 ss., con nota di F. Onnis Cugia, cit.



### 3. *Crisi economiche e legislazione civile*

Il modo tradizionale di presentare il tema dell'esperienza legislativa relativa ai contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili è quello di una vicenda strettamente occasionata, se non proprio causata, della crisi economica del 2008 e dalle ricadute di quella sul mercato immobiliare, attraverso la crisi bancaria, quella produttiva e quella occupazionale.

Il tema dei rapporti tra le crisi economiche, storicamente rilevabili, e la legislazione civile costituisce un capitolo ripetutamente visitato dal recente interesse degli studiosi.

Al di là degli incontri pubblici, i cui atti sono stati successivamente raccolti in testi divulgati, varrà qui richiamare la linea di ricerca seguita in un saggio pubblicato nel corso del 2014 da Guido Alpa sul tema della crisi economica e le categorie civilistiche.<sup>2</sup>

Il tema su cui si esercita la ricerca è quello dei rapporti tra norme ispirate o dettate dalle contingenze della crisi economica e il quadro di sistema.

Delle regole introdotte, il saggio discute la natura di eccezionalità, sottolineando i rischi di compromissione delle categorie dogmatiche consolidate attraverso l'inserimento delle misure contingenti.

Si pone in evidenza come, con riguardo, ad es., alla crisi legata alla prima guerra mondiale, i giuristi civilisti preferirono lavorare sull'affermazione dei principi, affidando alla pratica dei conflitti e al lavoro interpretativo dei giudici il compito di armonizzare le nuove norme di carattere eccezionale con la coerenza del sistema generale.

Di seguito, con riguardo alle profonde trasformazioni legislative introdotte dal regime fascista in relazione alla crisi del '29 (trasformazioni che si sono tradotte nella storica trasfigurazione dei rapporti tra l'intervento statale e l'autonomia privata), il saggio mette in evidenza, dell'atteggiamento per lo più mantenuto dai giuristi italiani, il rifiuto di abbandonare il privilegio della 'tecnica' sulla 'politica', ponendo l'accento su quello che, all'epoca dell'elaborazione del codice civile approvato nel 1942, finirà per caratterizzare l'inclinazione della cultura giuridica italiana impegnata a difendere la codificazione dai rischi delle declamazioni ideologiche strumentali alle esigenze del regime.

Infine, quanto alle crisi legate alla seconda guerra mondiale e alle successive crisi del dopoguerra fino a quella del 2008, si dà conto dell'assenza

<sup>2</sup> G. ALPA, *Appunti sulla legislazione volta a governare la crisi economica*, in *Riv. it. per le scienze giur.*, 2014, pp. 73 ss.

sostanziale della giurisprudenza e della difficoltà di riconoscere, da parte della scienza giuridica, l'introduzione di nuovi e originali orientamenti, avendo tuttavia l'autore cura di sottolineare, sotto certi aspetti, la differenza tra gli interventi legislativi destinati a fronteggiare la crisi e quelli viceversa destinati a sostenere la ripresa economica.

Volendo accogliere l'invito all'esame dei profili di criticità o di caducità dei testi legislativi proposti, converrà seguire, con riguardo alla disciplina legislativa del cosiddetto *rent to buy*, la traccia posta dall'interrogativo circa gli eventuali legami di indissolubilità tra gli interventi legislativi assunti in tempi di crisi e l'epoca della relativa adozione, che è un modo di domandarsi entro quali limiti tali iniziative legislative siano destinate a dissolversi o invece a sopravvivere oltre e al di là di quella.

#### *4. Crisi economica, circolazione dei beni e accesso alla proprietà: le forme della disintermediazione nell'accesso al credito*

Lo specifico tema posto dalla figura del *rent to buy* nella forma introdotta dal legislatore italiano è quello che attiene al rapporto tra la crisi economica, la circolazione dei beni e l'accesso alla proprietà. In breve, il tema dell'acquisto della proprietà nel tempo della crisi della liquidità e della difficoltà di accesso al credito.

Il senso trasmesso dall'iniziativa legislativa in esame è, da questo punto di vista, quello di un tentativo di agevolare una (sia pure parziale) disintermediazione del credito attraverso il ricorso alle forme e agli schemi destinati a regolare direttamente la circolazione dei beni e dei diritti sugli stessi: in breve, alle parti è richiesto di esercitare le facoltà dell'autonomia negoziale allo scopo di realizzare una sorta di 'reciproco finanziamento' attraverso il comune, programmato, perseguimento di una causa di acquisto.<sup>3</sup>

Incidentalmente, varrà ricollegare a questa ragione la motivazione dell'espressa esclusione, dall'ambito di applicazione della disciplina dei contratti di godimento finalizzati all'acquisto immobiliare, del *leasing*

---

<sup>3</sup> Scrive A. FACHECHI, *Rent to buy e varietà della disciplina applicabile*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 99: «L'attuale stretta creditizia [...] sollecita la ricerca di strumenti alternativi per far fronte al bisogno di acquisto di immobili e indirizza verso schemi di finanziamento reciproco che non contemplano l'intermediazione delle banche (o comunque ne ridimensionano la partecipazione). Detto altrimenti, per riuscire a vendere, il proprietario del bene è di nuovo costretto ad accettare di finanziare indirettamente l'acquirente, assumendo il rischio dell'insolvenza o dell'inadempimento».

finanziario (cui il legislatore è peraltro di recente ricorso, a più riprese, in particolar modo con riguardo al cosiddetto *leasing* abitativo regolato dall'art. 1, co. 76-84, della legge n. 208/2015): figura negoziale per cui il coinvolgimento di un soggetto professionalmente implicato nell'esercizio dell'attività creditizia deve ritenersi in linea di principio indefettibile.

In tema di disintermediazione creditizia, peraltro, non sarà inutile menzionare di sfuggita – in coerenza allo spirito di un tempo dominato dalla riconoscibile inclinazione alla destituzione di ogni forma di mediazione sociale, politica, culturale o economica - la diffusa esperienza (peraltro rimasta estranea al nostro paese) delle tecniche del c.d. *peer to peer lending* (P2P) (o del c.d. *social lending*) praticate sulle piattaforme online per l'incontro di soggetti che forniscono o prendono in prestito capitali per i più diversi fini senza alcun intervento di banche o intermediari finanziari professionali<sup>4</sup>, a testimonianza di un incisivo rilievo dei *media* di rete ben al di là della dimensione genericamente *social*, come pure la controversa esperienza politica del nostro paese sembra poter confermare.

##### 5. *La pratica negoziale, i modelli utilizzati e le forme del rent to buy, del buy to rent e dell'help to buy*

Converrà intanto ammonire sui rischi di una disinvolta pratica lessicale, con riguardo alla vicenda negoziale in esame.

L'espressione anglofona *rent to buy*, così come le formule che a quella sovente si accompagnano, nel discorso sulle più recenti modalità di organizzazione dell'accesso alla proprietà immobiliare (*buy to help* o *help to buy*), pur richiamando effettivamente consuetudini negoziali largamente diffuse nell'esperienza straniera, si lega da noi alla designazione, non già dell'identità di uno specifico tipo contrattuale, bensì del funzionamento di operazioni variamente congegnate attraverso il ricorso agli schemi e alle strutture negoziali tipiche della nostra tradizione.

Prima dell'introduzione legislativa della disciplina dei contratti di godimento in funzione dell'acquisto di beni immobili, la pratica e la dottrina italiana avevano già individuato forme negoziali operative attraverso il collegamento dei tipi della locazione e della vendita, sovente combinati

<sup>4</sup> Sul tema v. E. MACCHIAVELLO, *Peer-to-peer lending ed informazione: la tutela dell'utente online tra innovazione finanziaria, disintermediazione e limiti cognitivi*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2015, pp. 221 ss.; Id., *La problematica regolazione del lending-based crowdfunding in Italia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, pp. 63 ss.

tra loro attraverso il funzionamento dei meccanismi della condizione o del termine adeguatamente modulati.

Può pensarsi al caso delle figure della locazione convertibile in vendita (in cui si prevede l'iniziale godimento del bene a titolo di locazione con la possibilità della successiva stipulazione di una vendita con imputazione parziale di quanto pagato a prezzo), della vendita in forma di locazione (in cui si prevede l'automatico acquisto della proprietà, da parte del conduttore, al momento del pagamento di un certo numero di canoni), della stessa vendita con riserva di proprietà disciplinata dal codice civile.<sup>5</sup>

In modo più specifico, le modalità di realizzazione degli scopi del *rent to buy* (come schema generale dell'autonomia privata) prevedevano la stipulazione di un contratto di locazione, cui accedeva la previsione di un patto di opzione per il futuro acquisto dell'immobile, ovvero di un contestuale contratto preliminare bilaterale o unilaterale, ovvero attraverso il ricorso alla vendita con riserva di proprietà che determina l'immediato e automatico acquisto della stessa con il pagamento dell'ultima rata di prezzo o, infine, con la controversa figura della vendita in forma di locazione disciplinata dall'art. 1526, co. 3, c.c., secondo cui l'acquisto dell'immobile concesso in godimento si realizza attraverso il pagamento dell'ultimo canone dovuto.

Nella formula del *buy to rent*, viceversa, si riassumono le ipotesi in cui l'interesse delle parti esige piuttosto l'immediata cessione della proprietà dietro il pagamento periodico di somme destinate a integrare il prezzo di vendita, come nel caso della vendita con patto di riscatto o della vendita risolutivamente condizionata all'inadempimento del compratore.

La figura dell'*help to buy*, infine, integra l'ipotesi del contratto preliminare di compravendita con la consegna anticipata dell'immobile e la previsione della dilazione di pagamento del prezzo in misura integrale (o comunque significativa) prima della stipulazione del contratto definitivo.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Al riguardo, v. M. BIANCA, *La vendita con riserva di proprietà quale alternativa al rent to buy*, cit. pp. 843 s.

<sup>6</sup> Sulla distinzione tra *rent to buy* e contratto preliminare con consegna anticipata dell'immobile v. Trib. Cagliari, 10 agosto 2017, in *Riv. giur. sarda*, 2018, pp. 65 ss. (una delle prime riflessioni della giurisprudenza pratica di merito che hanno trovato un'eco nelle nostre riviste) con nota di F. Onnis Cugia, *Rent to buy e preliminare di vendita con consegna anticipata dell'immobile al promissario acquirente*, cit., pp. 66 ss.

## 6. *Lo schema generale del rent to buy come modello di acquisto procedimentale della proprietà*

Come appare evidente, in assenza di una previsione legislativa capace di fondere in modo unitario la diversità delle ragioni causali dei tipi contrattuali noti, il tentativo di realizzare nella pratica le finalità generali dello schema comprensivo del *rent to buy* finisce con lo scontare le difficoltà e i limiti connessi alla tradizionale costruzione del 'collegamento negoziale', in cui ciascuno dei tipi collegati conserva la propria autonomia sul piano della fisionomia causale, cogliendo la propria comune radice nella volontà soggettiva delle parti di piegare a un'unitaria finalità l'esercizio plurale di singoli momenti separati dell'attività negoziale.

Da questa angolazione, appare difficoltoso il perseguimento della prospettiva di evitare l'automaticità dell'acquisto della proprietà, programmando viceversa il suo differimento, senza cadere nelle restrizioni dei regimi vincolistici legati ai tipi legislativi della locazione (o anche dell'affitto) con riguardo ai contenuti economici o alla durata del rapporto.

L'aspetto che chiede di essere viceversa colto, nelle operazioni descritte, è piuttosto rinvenibile nell'idea di una diversa ricostruzione del fenomeno dell'*acquisto* immobiliare, capace di emanciparne il senso dal dogma dell'istantaneità del consenso traslativo, per misurarlo, al contrario, in una prospettiva temporale diacronica, suscettibile di conferire un autonomo e significativo rilievo a ciascuno dei passaggi attraverso cui assume progressiva consistenza l'identità dell'interesse delle parti.

Si tratta, in breve, di riconoscere l'idea dell'interesse individuale come di un fenomeno suscettibile di determinarsi in termini graduali, dalla fluidità del progetto, alla concretizzazione e precisazione per incrementi progressivi, per cui a irrompere nelle categorie o negli schemi astratti della disciplina legislativa è proprio il tempo vissuto nella concretezza e nell'irripetibilità dell'esperienza individuale; un'esperienza decisa a costruire le proprie scelte sondando in concreto le incertezze dell'eventualità del futuro, nel tentativo di marginalizzarne i rischi.

L'idea della distensione regolata nel tempo delle forme di esercizio dell'autonomia è in fondo quella ch'ebbe a ispirare la risalente esperienza di studio di Salvatore Romano sulla figura del 'procedimento'<sup>7</sup>, recentemente rivisitata dalla nostra dottrina proprio con riguardo al tema della formazione del contratto.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> V. SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961.

<sup>8</sup> A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge*

Si tratta, in breve, di concepire l'acquisto come l'esito finale di una sequenza funzionale alla progressiva acquisizione, da parte del futuro acquirente, attraverso il pagamento di parziali acconti sul prezzo, contestualmente alla corresponsione di un canone per il godimento, dei parametri richiesti dal sistema bancario per l'accesso al mutuo e, dunque, al conseguimento di quel c.d. merito creditizio idoneo a consentirne il finanziamento della residua parte di prezzo non ancora corrisposta.

Ma si tratta anche di intendere l'acquisto come l'esito finale di una scelta rimandata, che si conferma o si smentisce a distanza di tempo, quando la sequenza che si snoda attraverso il godimento e la gestione concreta del bene (ma anche attraverso la 'metabolizzazione' degli oneri finanziari assunti nel corso del tempo) abbia fornito le sue risposte all'interno di un quadro integrato di scelte di vita.

Allo stesso tempo, la possibilità dell'immediata concessione in godimento dietro corrispettivo, e la creazione di una concreta occasione di vendita, incontra le esigenze produttive di quanti, a fronte di crescenti costi di gestione, vede sensibilmente alleggerita la propria condizione finanziaria, con il trasferimento a terzi degli oneri manutentivi, contestualmente alla programmazione di una ripresa delle attività di cessione.

Il disegno di questa figura "procedimentale" richiedeva, secondo l'insistita invocazione, non solo della dottrina, ma soprattutto delle categorie professionali (come quelle notarile), l'adozione, rispetto agli strumenti tradizionali del diritto comune, di adeguate garanzie civilistiche e di un'equilibrata protezione delle ragioni di entrambi contraenti, e, infine (se non soprattutto), di misure di agevolazione fiscale necessarie ad attirare l'attenzione e la convenienza degli interessati.

## 7. *Rent to buy e tipicità negoziale*

A seguito dell'introduzione della norma dell'art. 23 del d.l. n. 133/2014, l'immediata attenzione degli scrittori ha finito per confluire in larga misura sul tema della causa negoziale, e dunque del riconoscimento, nella nuova disciplina legislativa, di uno specifico tipo contrattuale.

Varrebbe qui riconoscere quasi il senso di un riflesso condizionato della

---

*e volontà delle parti*, Torino, 2002. Più di recente, v. G. CONTE, *Sulla libertà dei privati di configurare il procedimento di formazione del contratto. Rimeditando la lezione di Salvatore Romano*, in *Giust. Civ.*, 2017, pp. 579 ss.

nostra consolidata tradizione di pensiero, ogni qualvolta si trova dinanzi all'inaugurazione, per via legislativa, di nuove forme di esercizio o di esplicazione convenzionale dell'autonomia privata.<sup>9</sup>

Di conseguenza, secondo la lettura di taluni, la disciplina dei contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili individuerebbe, di volta in volta, l'ipotesi di un contratto misto, di una forma di collegamento, di un nuovo tipo legale, o comunque di un'operazione<sup>10</sup> ascrivibile all'area dei tipi contrattuali caratterizzati dal godimento finalizzato all'acquisto, cui apparterrebbero anche il contratto preliminare ad effetti anticipati, la locazione convertibile in vendita, la vendita con riserva di proprietà, ma anche il leasing *traslativo* (cui si accosterebbe quello 'abitativo' di cui alla legge n. 208/2015): in breve, il tipo del *rent to buy* varrebbe a identificare un'ulteriore forma della disciplina giuridica del fenomeno dell'accesso progressivo all'acquisto della proprietà immobiliare.<sup>11</sup>

Seguendo la traccia della Relazione dettata a illustrazione della legge (in cui si trova regolata la disciplina, non già di "un contratto", ma di "contratti" aventi talune specifiche caratteristiche), converrebbe piuttosto discorrere di una tipizzazione più di cornice strutturale che di contenuto, una sorta di tipologia negoziale "a maglie larghe" suscettibile di dar luogo a uno schema contrattuale la cui specifica attenzione è dedicata a due aspetti nodali della disciplina funzionali alla protezione dell'aspirante acquirente: l'estensione del meccanismo pubblicitario (attraverso una tecnica già sperimentata con riguardo all'atto di destinazione, di cui all'art. 2645-ter c.c., agli atti costitutivi di vincolo di cui all'art. 2645-quater c.c., e alla cessione di diritti edificatori, di cui all'art. 2643, n. 2-bis, c.c.) e la regolazione del profilo rimediale, che si assesta nelle regole dettate per la risoluzione del contratto e si spinge fino al versante della disciplina fallimentare.<sup>12</sup>

Quel che è certo è che il godimento del bene concesso al 'conduttore' cessa di trovare nel corrispettivo numerario la propria ragione d'essere in chiave causale, rimanendo viceversa indissolubilmente legato, sul piano funzionale, alla programmata alienazione del diritto reale.

<sup>9</sup> Per una recente riflessione sulla lettura giurisprudenziale della c.d. 'causa concreta', v. V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 957 ss.

<sup>10</sup> Per una riflessione sulla valorizzazione della nozione di *operazione economica* come categoria ordinante nel diritto dei contratti, v. E. GABRIELLI, *Il contratto frazionato e l'unità dell'operazione economica*, in *Giust. Civ.*, 2008, pp. 738 ss.

<sup>11</sup> V., in tal senso C. CICERO, *Rent to buy: la fattispecie e gli interessi sottesi (provocazioni e spunti)*, cit., p. 1048.

<sup>12</sup> D. POLETTI, *L'accesso graduale alla proprietà immobiliare*, cit., p. 43.

Si è in tal senso parlato anche di “attività negoziale ad effetti destinatori”, per evidenziare il carattere della situazione nella quale viene a trovarsi il bene lungo il percorso procedimentale programmato dalle parti contraenti.<sup>13</sup>

Quale che sia la più che legittima ricostruzione dei diversi autori, converrà sottolineare l’opinione di chi ha ritenuto come la figura in esame esprima la recente tendenza legislativa a modificare la tradizionale modalità di tipizzazione delle formule contrattuali, non più trasformando in tipo legale il tipo sociale (tale per la diffusa consuetudine di ricorrervi nella pratica negoziale), ma promuovendo nuovi tipi legali invitando le parti (mediante la previsione o la promessa di eventuali vantaggi) a servirsene o a stipularli, con ciò assecondando quella finalità di contrasto alla crisi o del suo superamento attraverso il sostegno della ripresa economica.<sup>14</sup>

### 8. *I caratteri tipologicamente essenziali del rent to buy*

Nel quadro della struttura negoziale descritta dal legislatore i caratteri tipologicamente essenziali dell’atto vanno individuati: 1) nell’immediata concessione in godimento dell’immobile; 2) nella scomposizione del corrispettivo convenuto, tra canone riferito al godimento e anticipo del prezzo (a sua volta suddiviso nella quota da restituire in caso di mancato acquisto e nella parte suscettibile d’essere comunque trattenuta dal concedente); e infine 3) nella disciplina del diritto di acquisto da parte del conduttore.<sup>15</sup>

Si tratterebbe di veri e propri *essentialia negotii*, il cui difetto imporrebbe la riqualficazione del contratto in fattispecie negoziali differenti, con l’inapplicabilità della disciplina particolare dettata dall’art. 23.<sup>16</sup>

### 9. *La questione del godimento funzionalizzato all’acquisto*

Sul tema del godimento da parte del conduttore, già si è detto della relativa funzionalizzazione all’acquisto, sì da escludere che il corrispettivo prestatato con l’imputazione al godimento di una parte del canone valga a

<sup>13</sup> V., in tal senso, G. PALERMO, *L'autonomia negoziale nella recente legislazione*, cit., pp. 492-493.

<sup>14</sup> M. PALAZZO, *La contrattazione immobiliare oggi e l'apporto della prassi notarile*, cit., pp. 500 s.

<sup>15</sup> G. BARALIS, *Rent to buy. Primo repertorio di problemi*, cit., p. 348.

<sup>16</sup> A. SEMPRINI, *L'acquisto progressivo della proprietà immobiliare*, cit., p. 1224.



identificare la dimensione causale del negozio.

Del ridetto godimento, il legislatore richiede, inoltre, che lo stesso assuma i caratteri dell'immediatezza. Con riguardo a tale requisito, taluni autori hanno inteso valorizzare il senso materiale dell'espressione, sì da escludere la possibilità che oggetto del contratto possa essere un immobile da costruire o in fase di costruzione, con ulteriori restrizioni sul piano dell'apponibilità di condizioni sospensive o di termini iniziali all'esercizio delle facoltà di godimento.

Da altri scrittori, viceversa, in termini più restrittivi, l'immediatezza viene concepita nella limitata dimensione della necessaria anteriorità del godimento, rispetto al trasferimento del bene, con la conseguente possibilità di dedurre in contratto immobili da costruire o in corso di costruzione, e con l'ammissione dell'apponibilità di condizioni o termini iniziali antecedenti quell'atto.<sup>17</sup>

Sul piano dei contenuti del diritto al godimento, a fronte della stragrande maggioranza degli autori indotti a qualificarne la natura in termini obbligatori (come peraltro indurrebbe a ritenere, tanto il richiamo alla norma dell'art. 2643 n. 8 c.c., dettata in relazione all'opponibilità del godimento delle locazioni ultranovennali trascritte<sup>18</sup>, quanto l'uso del termine "conduttore" per la designazione del titolare del godimento)<sup>19</sup>, non sono mancate voci piuttosto inclini a sottolinearne le note di realtà.

Sul punto, andrebbero rimarcate le disposizioni che prevedono l'espressa applicabilità di talune norme che il codice civile riserva alla disciplina dell'usufrutto, non tanto per il richiamo in sé, evidentemente, quanto per

<sup>17</sup> Favorevole all'applicabilità dell'art. 23 della legge in commento agli immobili da costruire (di cui alla l. n. 122/2005), sul presupposto dell'estensione della disciplina del c.d. *rent to buy* a qualsiasi tipo di immobile (ad uso residenziale, commerciale, produttivo, ecc., ivi compreso un terreno) v. G. RIZZI, *Rent to buy. Aspetti redazionali*, cit., p.896. *Contra* D. POLETTI, *L'accesso graduale alla proprietà immobiliare*, cit., p. 50, secondo cui non può concepirsi l'applicabilità dell'art. 23 agli immobili da costruire, attesa la previsione dell'*immediatezza* del godimento da attribuire al conduttore. Secondo M. IEVA, *Rent to buy. Efficienza del modello*, cit., p. 676, il riferimento della legge in esame al rilancio dell'edilizia ne renderebbe dubbia l'applicabilità agli immobili da costruire. Muovendo da una concezione 'lata' della nozione di godimento (cui sono da ricondurre anche i poteri di direzione e di intervento sull'attività di costruzione in funzione degli interessi del futuro acquirente), G. SALITO (*Rent to buy di immobili da costruire*, cit., *passim*) afferma, viceversa, l'applicabilità della disciplina in esame agli immobili da costruire.

<sup>18</sup> In senso contrario alla prevalente opinione incline a escludere il godimento infranovenale del bene negoziato dall'efficacia dirimente della pubblicità di cui all'art. 2643, n. 8, c.c., richiamata dalla legge in commento, v. M. IEVA, *Rent to buy. Efficienza del modello*, cit., p. 676 e V. CUFFARO, *La locazione di scopo*, cit., p. 502.

<sup>19</sup> V. sul punto G. BARALIS, *Rent to buy. Primo repertorio di problemi*, cit., p. 353.

la dimensione degli effetti pratici che da quel richiamo derivano: si pensi alla conseguenza della ricezione del bene immobile, da parte del conduttore, nello “stato in cui si trova” (e non già “in buono stato locativo”), alla regolamentazione della gestione del bene, più incline a ricalcare gli aspetti di un rapporto d’indole reale, con particolare riguardo alle vicende della ripartizione degli oneri di manutenzione, sul punto sottolineata dagli studiosi del condominio, con riferimento alla partecipazione alle spese e alle attività gestionali all’interno degli immobili inseriti nel quadro di strutture comuni.

Anche l’attribuzione al conduttore della facoltà di esercitare le azioni reali, come l’*actio confessoria* e l’*actio negatoria*, contribuiscono ad arricchire il senso degli argomenti che inducono ad accentuare gli aspetti di realtà del godimento, oltre a quello costituito dalla disposta insensibilità, sulle prerogative del conduttore, del fallimento del concedente, accanto a una più larga esenzione dall’esercizio della revocatoria fallimentare.<sup>20</sup>

In coerenza a tali premesse, si giustifica l’opinione che, fuori da ogni dogmatismo, invita a esaminare l’eventuale sussistenza di una situazione di natura possessoria, in capo al promissario acquirente, in base all’esame accurato dell’assetto di interessi in concreto regolato dalle parti.<sup>21</sup>

Da questa prospettiva, la conservazione della proprietà in capo al concedente (ormai in larga misura pregiudicata o compromessa, tanto sul piano delle facoltà di disposizione, quanto su quelle relative al godimento) finisce per ridursi all’assoluzione di una mera funzione di garanzia, rispetto all’adempimento degli obblighi del conduttore, analogamente all’ipotesi del rapporto tra concedente ed enfiteuta, inducendo ad accostare o assimilare, all’eventualità dell’acquisto della proprietà da parte del conduttore, la fattispecie dell’affrancazione.<sup>22</sup>

Proprio la sostanziale soggezione dell’immobile a un’attività negoziale “a effetti destinatori” (per la decisiva compromissione della situazione nella quale viene a trovarsi il bene lungo il percorso che conduce all’acquisto formale programmato) finisce col suggerire la sensazione del riconoscimento dei poteri dell’autonomia privata come concretamente capaci di provocare una reale “decostruzione” del diritto di proprietà, attraverso l’erosione, tendenzialmente stabile e potenzialmente definitiva (e comunque ormai definitivamente rimessa alle libere decisioni del ‘conduttore’), delle facoltà di godimento e di disposizione del proprietario.

<sup>20</sup> F. BENATTI, *Recensione*, cit., pp. 686 ss.

<sup>21</sup> Al riguardo v. C. CICERO, *Rent to buy: la fattispecie e gli interessi sottesi (provocazioni e spunti)*, cit., p. 1046.

<sup>22</sup> Così F. MURINO, *Rent to buy e procedure concorsuali*, cit., pp. 387 ss.

## 10. *La ripartizione del corrispettivo*

Con riguardo alla previsione del canone si è detto della necessaria ripartizione dello stesso tra quota destinata a compensare il godimento e quota finalizzata a costituire un anticipo sul prezzo di acquisto.

In sede di conversione del decreto-legge originario, il legislatore ha inserito la previsione della necessità che i contraenti specificchino l'ulteriore indicazione della quota del canone corrisposto dal conduttore a titolo di anticipo sul prezzo, destinata ad essere trattenuta dal concedente in caso di mancato acquisto.<sup>23</sup>

Si è discusso se, in caso di indicazione meramente simbolica della quota riferita all'una o all'altra funzione, l'accordo delle parti possa comunque beneficiare delle disposizioni introdotte in via singolare dalla legge, incombando l'interrogativo sui rischi di elusione finalizzata a sottrarsi alle disposizioni imperative in materia di legislazione vincolistica, alle norme fiscali o piuttosto diretta alla realizzazione di forme di sottrazione dei beni alla garanzia dei creditori del concedente.

## 11. *Il 'diritto di acquisto' del conduttore*

Quanto alla configurazione del diritto di acquisto previsto in favore del conduttore, la ricostruzione più diffusa tra gli scrittori è quella che individua, in tale diritto, la prevista stipulazione, accanto al godimento dell'immobile a titolo oneroso, di un contratto preliminare unilaterale di compravendita: ipotesi confermata dall'esplicito riferimento, in caso di inadempimento del concedente, all'azionabilità del rimedio di cui all'art. 2932 c.c.

La necessaria natura unilaterale del contratto preliminare deriverebbe qui dalla circostanza dell'attribuzione, in favore del conduttore, di un vero e proprio 'diritto' di acquisto (e non già di un obbligo), come tale incompatibile con l'idea di un vincolo alla stipulazione del contratto definitivo.

In termini più larghi, taluni autori hanno esteso la possibilità di configurare il diritto di acquisto in esame anche attraverso la previsione, accanto al godimento dell'immobile, di un'opzione di acquisto in favore del

---

<sup>23</sup> Nel senso della legittima facoltà delle parti di predeterminare anche diverse percentuali di imputazione dei pagamenti (a titolo di godimento o di acconto) a seconda dell'epoca di esercizio della facoltà di acquisto da parte del conduttore v. G. RIZZI, *Rent to buy. Aspetti redazionali*, cit., p. 894.

conduttore o, talora, di un'opzione di contratto preliminare o bilaterale di vendita.<sup>24</sup>

In tali casi, la norma che prevede la trascrizione del contratto finirebbe per estendere l'efficacia dei meccanismi pubblicitari anche alla figura dell'opzione, in contrasto con la negazione sul punto tradizionalmente opposta dalla nostra giurisprudenza di legittimità.<sup>25</sup>

## 12. *Gli spazi dell'autonomia privata*

Al di là di questi scarni accenni di struttura, all'autonomia privata risulta riservato uno spazio estremamente ampio di esplicazione.

A titolo esemplificativo può richiamarsi la possibilità per le parti di determinare: 1) la durata del godimento (salva la limitazione dell'efficacia della trascrizione dell'atto non oltre il decennio dalla stipulazione del contratto); 2) la parte di canone imputabile a prezzo di acquisto e la relativa quota trattenibile dal concedente in caso di mancato esercizio delle facoltà di acquisto da parte del conduttore; 3) la possibile conclusione anticipata dell'operazione prima della scadenza e la conseguente possibilità di predeterminare diverse percentuali di imputazione dei pagamenti, a seconda dell'epoca di esercizio della facoltà di acquisto; 4) la cedibilità a terzi del contratto e la possibile subconcessione o la strutturabilità del negozio come contratto per persona da nominare<sup>26</sup>; 5) l'eventuale previsione della facoltà di recesso (evidentemente riservata al solo conduttore, dovendo ritenersi incompatibile il recesso del concedente con il diritto di acquisto di quello); 6) la disciplina dei miglioramenti e delle addizioni; 7) la ripartizione del pagamento degli oneri condominiali; 8) l'individuazione delle modalità di denuncia dei vizi della cosa e dei relativi termini; 9) la previsione di

---

<sup>24</sup> Nel senso che la norma contempra anche (prevedendola, anzi, come ipotesi tipica) la figura dell'opzione di contratto preliminare bilaterale di vendita, v. A. SEMPRINI, *L'acquisto progressivo della proprietà immobiliare*, cit., p. 1226. Secondo BARALIS (*op. cit.*, p. 351) l'interpretazione della norma varrebbe a giustificare l'ipotesi di una figura di diritto potestativo all'acquisto, potenzialmente cedibile.

<sup>25</sup> Sul punto, con riguardo all'estensione, prevista dalla norma, dell'efficacia della pubblicità a ogni vincolo preliminare alla formazione del contratto di vendita, v. G. BARALIS, *op. cit.*, p. 352.

<sup>26</sup> Nel senso che la subconcessione non sia consentita, in difetto di un'esplicita previsione delle parti, mentre sia possibile il ricorso allo schema del contratto per persona da nominare, nonché la cessione del contratto (ovviamente, laddove residuino situazioni tali da consentire l'individuazione di una 'posizione contrattuale', e non già di singoli rapporti di debito o di credito), v. G. RIZZI, *Rent to buy. Aspetti redazionali*, cit. pp. 897 ss.

eventuali penali in caso di inadempimento<sup>27</sup>; 10) la regolamentazione dell'inadempimento delle parti in aggiunta o diversamente da quanto previsto dalla legge (fatti salvi i profili di cogenza normativa); 11) il rimborso delle spese sostenute e le eventuali tasse corrisposte dal conduttore in caso di mancato perfezionamento dell'accordo finale.

### 13. *Le criticità connesse all'estensione dei poteri dell'autonomia privata*

La considerevole latitudine degli spazi rimessi all'esercizio dell'autonomia privata ha indotto a evidenziare la difficoltà per l'interprete di congegnare, in assenza di specifiche indicazioni da parte del legislatore, un modello di contratto che di volta in volta non risulti pregiudizievole per le parti e in cui non è sempre agevole scindere i profili di inderogabilità della disciplina rispetto all'ampio spazio che è lasciato all'autonomia.

Significativamente, si è affermato come la disciplina in esame, accordando (come molte discipline di nuova generazione) molto spazio all'esercizio dell'autonomia privata, se da un lato reca una positiva conferma del principio di sussidiarietà orizzontale, al contempo rischia di tradursi in elemento negativo di incertezza per il sistema, trattandosi di modelli contrattuali che richiedono una confezione su misura, per cui decisive appaiono l'abilità e la prudenza dei professionisti coinvolti nella stesura dell'atto.<sup>28</sup>

Il largo spazio riconosciuto all'esercizio dell'autonomia privata rischia così di tradursi nell'abdicazione al ruolo legislativo di controllo dei poteri dotati di egemonia o di prevalenza sul piano economico-sociale (là dove non si pongano le condizioni per l'applicazione dei rimedi previsti dal codice del consumo, in relazione agli squilibri contrattuali di cui all'art. 33, co. 1, oppure dell'abuso di dipendenza economica, di cui all'art. 9 della legge n. 192/98 sulla subfornitura); ma anche di risolversi in un potenziale eccesso dei costi (controfattuale, rispetto agli scopi dell'intervento legislativo) connessi all'eventuale mediazione giuridico-professionale indispensabile alla traduzione in termini formali di un equilibrato assetto degli interessi delle parti.

<sup>27</sup> Sull'applicabilità della disciplina relativa alla valutazione giudiziale di equità dell'indennità prevista in favore del concedente, in caso di inadempimento del conduttore (1526, co. 2, e 1384 c.c.), o sulla prefigurabilità di un'ipotesi legislativa di danni punitivi (o, più propriamente, di una clausola penale di fonte legale), v. V. CUFFARO, *La locazione di scopo*, cit., p. 503.

<sup>28</sup> Cfr. M. BIANCA, *La vendita con riserva di proprietà quale alternativa al rent to buy*, cit., pp. 855-857.

#### 14. *Le criticità più discusse in relazione alla disciplina positiva*

Si è detto, a proposito del godimento del conduttore, di come la latitudine della previsione legislativa sia tale da conferire alle parti la possibilità di individuare, quale oggetto del contratto, qualunque tipo di immobile (ad uso residenziale, commerciale, produttivo, ivi compreso un terreno), e di come l'idea dell'immediatezza del godimento abbia indotto taluno a escludere che edifici da costruire o ancora al grezzo possano giustificare l'applicabilità della nuova disciplina.

Con più sicurezza, il tema dell'immediatezza del godimento, o in generale della sua stessa possibilità, ha condotto a escludere che, oltre il diritto di proprietà (là dove se ne ritenga possibile il superamento), il procedimento in esame sia compatibile con l'acquisto del diritto di superficie, o della sola nuda proprietà, rendendosi invece possibile (al di là del significato pratico dell'operazione) la cessione dell'usufrutto, della proprietà superficiaria o dell'enfiteusi (là dove è positivamente esclusa la negoziabilità dell'uso e della abitazione).<sup>29</sup>

Si è anche accennato alla circostanza della mancata specificazione, da parte del legislatore, del regime delle garanzie per i vizi della cosa, lasciando irrisolto il dubbio sull'applicabilità, nel silenzio delle parti, delle norme sulla garanzia per i vizi dettate con riguardo al contratto di compravendita sin dalla originaria stipulazione del contratto.

Allo stesso modo, in caso di mancata previsione delle parti, rimane controversa la possibilità di ritenere ammissibile la subconcessione dell'immobile negoziato o il ricorso allo schema del contratto per persona da nominare, o ancora la cessione del contratto, là dove residuino situazioni tali da consentire l'individuazione di una "posizione contrattuale", e non già singoli rapporti di credito e di debito.

Parimenti irrisolte appaiono le questioni relative all'applicabilità della disciplina sulla valutazione giudiziale di equità (e dunque dell'eventuale riducibilità delle sanzioni, secondo la logica di cui agli artt. 1526, co. 2, e 1384 c.c.), con specifico riguardo all'indennità prevista in favore del concedente in caso di inadempimento del conduttore, ossia delle somme a titolo di anticipo di prezzo che, in caso di inadempimento del conduttore, il concedente è abilitato a incamerare.

Sempre in chiave equitativa, si è ritenuta applicabile (in via analogica) la norma sull'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale in caso di mancato acquisto dell'immobile da parte del conduttore, in ragione del fondamento sostanzialmente riequilibrativo, sul piano di una elementare

---

<sup>29</sup> Su tali questioni v. M. IEVA, *Rent to buy. Efficienza del modello*, cit., pp. 679-680.

giustizia commutativa, della disposizione dettata dalla lontana legge sull'equo canone.<sup>30</sup>

Al di là degli aspetti di carattere civilistico, tuttavia, la criticità di maggior rilievo, come acutamente messo in evidenza dagli scrittori più accorti, sembra verosimilmente essere costituita dalla disciplina fiscale, apparendo largamente insufficiente e controproducente, sul piano dell'incentivazione degli operatori, la persistente considerazione atomizzata dei singoli pagamenti effettuati dal conduttore in relazione ai diversi titoli della locazione e della vendita.

### 15. *La codificazione dell'incertezza (talune considerazioni conclusive)*

Volendo conclusivamente individuare, tra gli altri, taluni motivi di sviluppo delle riflessioni suggerite dal *rent to buy* italiano, è possibile indicare, da un lato, l'approfondimento di quella tendenza all'*indebolimento* delle categorie dogmatiche della tradizione, come nel caso della tipicità negoziale, limitata alla codificazione di elementi di cornice, o di struttura, e in larga misura definita dal discorso sulla sostanza degli interessi concretamente negoziati dalle parti e dai rimedi concessi *ad hoc* dal legislatore; o ancora attraverso la parziale decostruzione della proprietà, oltre alla progressiva erosione qualitativa (attraverso il controllo dell'autonomia privata) della linea di frattura tra natura obbligatoria e natura reale del godimento dei beni.

Dall'altro, sembra emergere, più in profondità, la stabilizzazione, nell'ambito delle strutture negoziali, anche sul piano positivo delle previsioni legislative - dove si moltiplica la regolamentazione di forme di recesso, di pentimento, o di facoltà di scelta alternativa "per ripensamento" (se si pone mente anche alla disciplina del rapporto di consumo) - del senso dell'instabilità o dell'incertezza.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> G. BARALIS, *Rent to buy. Primo repertorio di problemi*, cit., p. 353.

<sup>31</sup> V. sul punto P. GROSSI, *Sulla odierna incertezza del diritto*, in *Giust. Civ.*, 2014, pp. 921 ss. Secondo D. POLETTI (*L'accesso graduale alla proprietà immobiliare*, cit., p., 64-65), il contratto *rent to buy* - come accolto del legislatore nell'art. 23 e come riservato alle altre manifestazioni dell'autonomia privata, sospinta e al contempo esaltata dalla faticosa ricerca della soluzione più consona ai reciproci interessi, accomunati dal risultato voluto ma lontani nella possibilità della sua realizzazione - porta alla ribalta un'operazione contrattuale nella quale si esprime, anche nell'aspirazione alla proprietà immobiliare, il tratto diffuso nella vita odierna: l'instabilità. In essa il legislatore, nel regolare l'accesso a una proprietà altrimenti inaccessibile, in buona sostanza contempla e codifica, in un raffronto forse audace ma comprensibile con il diritto di pentimento del consumatore e comunque all'interno di una soluzione destinata a proiettarsi oltre i tratti di un modello contingente, il diritto dell'aspirante acquirente di ripensare

Risuona, nell'evidenza di tale ultimo rilievo, il senso di temi già posti a oggetto degli studi della c.d. "economia comportamentale" o dell'"analisi economica del diritto orientata all'esame del comportamento", e quindi della verifica dei modelli di precomprensione e delle scorciatoie mentali che rendono i comportamenti dei singoli irrazionali e imprevedibili, se valutati secondo modelli esclusivamente economici, come quello tradizionale del buon padre di famiglia.<sup>32</sup>

Si tratta di dati che, a uno sguardo meno impaziente, se da un lato suonano come l'espressione della crisi (rilevata quasi con accenti di sconsolata nostalgia) della fattispecie, del razionalismo o della calcolabilità giuridica<sup>33</sup>, dall'altro - nell'alludere al ricorso di note di post-modernità nella rilettura degli istituti tradizionali del diritto privato<sup>34</sup>, o ai più recenti richiami al diritto come esperienza comunicativa<sup>35</sup> - recano testimonianza della storicità del diritto e del suo modo di riflettere l'inquieto modo contemporaneo di stare al mondo, per cui – per usare le parole di Richard Rorty<sup>36</sup> – più ancora dell'oggettività del pensiero conta il significato dei vincoli personali e il senso concreto della solidarietà che vale a ispirarli.

---

all'affare, a causa della impossibilità di raggiungere, per sopravvenienze negative o per mancati conseguimenti di utilità economiche, il risultato auspicato.

<sup>32</sup> Su tali temi v. A. ZOPPINI, *Le domande che ci propone l'economia comportamentale ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia»*, Introduzione a G. ROJAS ELGUETA e N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2015, 1 pp. 1 ss.

<sup>33</sup> Al riguardo, v. N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 987 ss.; ID., *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. soc.*, 2015, pp. 801 ss.; ID., *Un contratto incalcolabile*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2015, pp. 17 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 11 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

<sup>34</sup> Cfr. in tema, G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001.

<sup>35</sup> Su cui v., da ultimo, G. TERRANOVA, *Elogio dell'approssimazione. Il diritto come esperienza comunicativa*, Pisa, 2015.

<sup>36</sup> Del quale varrà almeno ricordare, per tutti, R. RORTY, *La filosofia e lo specchio della natura*, Milano, 2004 (1979).





MASSIMO D'AURIA

*Il contratto di rete tra segnali di vitalità  
e possibili ragioni di obsolescenza*

**SOMMARIO:** 1. Contratto di rete e tipo normativo di problema – 2. Il dato normativo: anamnesi del problema – 3. Fisionomia di una soluzione – 4. L'interesse tipico meritevole di tutela: il programma di rete – 5. La terapia somministrata: il piano normativo – 6. La manutenzione dell'istituto – 7. La riflessione giurisprudenziale – 8. Il confronto con la dottrina – 9. Novità dell'istituto e stabilità dell'interesse.

*1. Contratto di rete e tipo normativo di problema*

A distanza di poco meno di una decina d'anni dall'introduzione del contratto di rete di imprese nel nostro ordinamento,<sup>1</sup> e, di quasi sette anni dalla prima definizione normativa di «*rete di imprese*»,<sup>2</sup> appare utile svolgere un primo *check up* sull'istituto. Nella prospettiva cui siamo stati chiamati a discutere, ossia la capacità delle nuove leggi civili di “sfidare il tempo”, si tratta propriamente di sondare se il contratto di rete abbia davvero modernizzato il panorama degli strumenti attivabili dagli imprenditori finalizzati all'aggregazione tra imprese oppure, al contrario, se sia preconizzabile una sua rapida ed inevitabile obsolescenza, eventualità questa che potrebbe verificarsi laddove, oltre ad essere percepiti come giuridicamente più

<sup>1</sup> È noto che la disciplina in vigore è stata la risultante di una convulsa attività legislativa. L'istituto è stato, infatti, introdotto con l'art. 3, commi 4° ter e ss. d. l. n. 5 del 10 febbraio 2009 convertito con modificazione dalla l. 9 aprile 2009, n. 33, modificata e integrata con la L. 23 luglio 2009, n. 99 e con la L. 30 luglio 2010, n. 122 che ha convertito il D.L. n. 78/2010, nonché modificata in forza di L. n. 134/2012 /che ha convertito con modifiche il D.L. n. 83/2012) ed il D.L. n. 179/2012, convertito con modifiche dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, in vigore dal 19 dicembre 2012. Ulteriore modifica si è registrata infine con la L. n. 154/2016 e, successivamente, dall'articolo 42 del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n. 122.

<sup>2</sup> L'art. 5 comma 1 lett. f) della L. 180/2011 recita: “*si definiscono «reti di impresa» le aggregazioni funzionali tra imprese che rientrano nelle definizioni recate dal decreto legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33 e dall'articolo 42 del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n. 122.*”

sicuri, gli strumenti tradizionali si rivelino comunque sufficienti a soddisfare la medesima esigenza ovvero il medesimo “*tipo normativo di problema*”<sup>3</sup>.

Tale prospettiva d'indagine suggerisce di ripercorrere l'itinerario che ha condotto il legislatore ad esprimere un giudizio di meritevolezza *ex art.* 1322, 2° co. c.c. dell'interesse che le imprese hanno manifestato nel sottoscrivere una vasta congerie di accordi volti ad instaurare tra loro una collaborazione strategica. Ed invero, non v'è dubbio che gli imprenditori, anche sfruttando il collegamento contrattuale, avevano già creativamente impiegato una moltitudine di congegni per addivenire al risultato atipico di configurare una rete tra imprese<sup>4</sup>. Atteso che l'atipico intanto è meritevole di tutela a condizione che l'interesse non si esaurisca nel mero sottrarsi all'applicazione dello statuto normativo della corrispondente operazione tipica, occorre comprendere quale interesse sociale, non solo “*nuovo*”, ma anche “*durevole*”<sup>5</sup>, abbia soddisfatto tale prassi sociale, al punto da meritare il riconoscimento legale di un nuovo contratto, *nominato* appunto di “*rete di imprese*”.

## 2. *Il dato normativo: anamnesi del problema*

Nell'introdurre tale indagine, la domanda su vivacità ed obsolescenza del contratto di rete solletica nell'interprete un'ulteriore allegoria. Avendo riguardo al modo in cui il legislatore ha concepito il contratto di rete, il giurista appare sospinto a vestire i panni di un clinico intento ad analizzare il risultato di un esperimento condotto da un virologo (il legislatore) che ha inoculato nel paziente (il sistema economico – sociale), un vaccino (il contratto di rete).

Al fine di guadagnare uno sguardo “clinico” sull'istituto, occorre una

<sup>3</sup> Si tratta di una definizione funzionale (*functional definition*) idonea a descrivere un istituto giuridico indipendente (*independent juridical institute*) che ha diritto di esistere perché presenta alcuni problemi costitutivi (*constitutive problems*) che altrimenti non esisterebbero oppure non esisterebbero nella medesima maniera ed a cui è possibile rispondere applicando una serie comune di soluzioni e regole. Su tale prospettiva v. P. KREBS, K. AEDTNER, M. SCHULTES, *Company networks reloaded – putting general functional approach to defining complex problems to the test*, in Jung, Krebs, Teubner, *Business networks reloaded*, Nomos, Baden – Baden, 2015, p. 44 – 45.

<sup>4</sup> Da ultimo lo ricorda G. SPOTO, *I contratti di rete tra imprese*, Torino, 2017, p.8 e bibliografia in nota 10 con specifico riferimento al tema dei *relational contracts*; adde C. CREA, *Reti contrattuali e organizzazione dell'attività di impresa*, Napoli, 2008, passim.

<sup>5</sup> Nella prospettiva che stiamo discutendo della vivacità o caducità della legge, appare assolutamente pertinente il richiamo a E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, p. 193

preliminare anamnesi del paziente e, a tale scopo, disporsi ad una ricognizione del dato normativo allo scopo di inferire *la qualità o natura specifica* del problema che il legislatore ha inteso risolvere mediante l'introduzione del contratto di rete. Successivamente, il giurista si disporrà a sondarne gli effetti, auscultando il paziente mediante l'impiego dei propri strumenti diagnostici: il dialogo con la giurisprudenza, il confronto con la dottrina; l'esame della prassi. La ricognizione normativa racconta, per continuare la metafora, di un paziente che, a dispetto del contesto emergenziale in cui il vaccino è stato somministrato, soffre da tempo di una sorta di "malattia autoimmune", ossia la progressiva perdita di competitività del sistema.

Secondo una diffusa letteratura, la ragione di tale debolezza risiederebbe nelle stesse caratteristiche strutturali del tessuto economico produttivo, prevalentemente basato sulla presenza di piccole e medie imprese. Per decenni, tale struttura è stata considerata virtuosa perché, in un contesto moderatamente protezionistico e assistenzialista, una composizione economica produttiva, connotata in senso capitalistico relazionale - familiare, è stata capace di difendersi dagli *shock* sistemici esogeni. La medesima struttura si è, però, rivelata inadeguata a fronteggiare le conseguenze determinate dall'eliminazione delle barriere all'ingresso di prodotti e servizi<sup>6</sup>. A parità di capacità produttiva, le imprese, da un lato, non sono state in grado né di competere sul mercato nazionale al cospetto della concorrenza estera, né tantomeno di sfruttare la maggiore contendibilità dei mercati esteri attraverso processi di internazionalizzazione; dall'altro lato, le stesse imprese hanno risposto alla crisi prevalentemente adottando comportamenti opportunistici volti ad abbassare, oltre agli oneri fiscali e contributivi ed i costi di produzione (es. delocalizzazione o estero vestizioni; frammentazione dei contratti di lavoro).

Dunque, la globalizzazione ha costituito il fattore ambientale rivelatore di un'intrinseca debolezza sistemica fino ad allora resa asintomatica da una politica assistenzialista e moderatamente protezionista: l'incapacità delle imprese di intraprendere processi di aggregazione e coordinamento *value-oriented* delle proprie attività.

In un contesto in cui ha sinora dominato il capitalismo relazionale, la ragione di tale incapacità risiede nella circostanza che, seppure gli imprenditori percepiscano il vantaggio competitivo astrattamente realizzabile

<sup>6</sup> Per una panoramica della letteratura economica - aziendale v. G. AIELLO - L. GRAZZINI, *Contratto di rete e organizzazione aziendale*, in V. CUFFARO (a cura di), *Contratto di rete di imprese*, Milano, 2016, p. 353 ss.; A. TUNISIN, *Una lettura strategico manageriale dei contratti di rete*, in L. BULLO, (a cura di), *I contratti di rete e le nuove frontiere del contratto. Modelli giuridici e strutture economiche a confronto*, Padova, 2017, p. 105. ss.

sfruttando possibili sinergie, la scelta di legarsi con soggetti sconosciuti o potenzialmente in competizione appare loro eccessivamente rischiosa atteso il *gap* fiduciario o relazionale esistente tra imprese *solo* economicamente compatibili. In sostanza, in una fase in cui ancora regna l'insicurezza giuridica ed economica sulla tenuta dei reciproci rapporti, l'avvio spontaneo di processi di collaborazione, coordinamento ed aggregazione tra imprese si arresta dinanzi al negativo *trade off* percepito tra vantaggi ottenibili mediante lo sfruttamento sinergico delle economie di processo e di prodotto attivabili e rischio di perdita della propria identità.

Tale essendo lo scenario in cui il legislatore ha introdotto l'istituto, diviene più chiaro il problema costitutivo che anima il contratto di rete d'impresе, vale a dire affrontare e risolvere i *problemi tipici* che scaturiscono dalla scelta di stabilire una collaborazione non più fondata su relazioni informali, ma su una visione strategica idonea, nel breve medio – periodo, a cogliere le nuove opportunità del mercato. Tutto ciò si traduce nella necessità di consegnare alle imprese uno strumento di collaborazione che non riduca eccessivamente la loro libertà di iniziativa sul mercato, *sub specie* di autonomia sui propri assetti proprietari e nella direzione della propria attività.

### 3. *Fisionomia di una soluzione*

Ponendosi nella prospettiva della meritevolezza dell'interesse, si scorge la peculiarità del nuovo istituto nonché il senso inedito in cui il legislatore ha ritenuto di impiegare la leva dell'autonomia contrattuale.

La peculiarità della soluzione escogitata dal legislatore risiede nella circostanza che, data per presupposta la capacità delle reti di imprese di creare valore e, tuttavia, rilevata l'assenza di elementi strutturali tipici assegnabili a tali polimorfi assetti organizzativi, il legislatore ha attribuito direttamente all'autonomia contrattuale il compito di elevare a sistema tali relazioni, vale a dire sia nominare la rete di imprese, sia regolarle nel senso di evidenziare, attraverso un programma di rete, ossia di sviluppo delle singole imprese in un dato arco di tempo, le caratteristiche che la renderebbero meritevole di riconoscimento, tutela, promozione; in una parola, è il contratto che attribuisce ad un fenomeno economico - la rete quale aggregazione funzionale di imprese - la sua specifica rilevanza giuridica<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> M. D'AURIA, *La causa ed il ruolo dell'autonomia contrattuale*, in V. CUFFARO (a cura di), *Il contratto di rete di imprese*, Milano, 2016 p. 99 ss.; ID., *Dal concetto di rete di imprese al contratto*

Che questa sia stata l'intenzione del legislatore è divenuto successivamente più chiaro allorché è stata dettata la definizione di "rete di imprese" ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. f) della L. 11 novembre 2001 quale "aggregazione funzionale" rinviando all'istituto del contratto di rete. Ciò s'intende sul postulato che è compito proprio dell'autonomia contrattuale definire e consolidare i rapporti tra le imprese, ossia il contenuto variabile di obbligazioni cui ciascuno si sottopone nel perseguimento di un programma comune di sviluppo. Insomma, spetta alle parti chiarire la correlazione programmatica o strategica tra scelta di partecipare (e non "aderire") ad una struttura reticolare, assumendo determinate e reciproche obbligazioni, innestate all'interno di un programma predeterminato dalle parti, e capacità di produrre vantaggi competitivi e/o innovativi a livello individuale e collettivo.

Ovviamente, la tecnica di tale intervento non è priva di criticità poiché delega *in toto* all'autonomia contrattuale la costruzione degli indici di meritevolezza dell'operazione. Sotto questo profilo, il riconoscimento legale di un contratto nominato contratto di rete parrebbe avere inteso soddisfare unicamente l'interesse degli operatori a sottrarsi dalle conseguenze giuridiche, ritenute eccessivamente gravose, determinate dall'adozione degli strumenti tipici di aggregazione, tra cui in particolare quella, apparentemente non lieve, di costituire un nuovo centro – non solo giuridico - di imputazione dell'attività d'impresa. Ed infatti, il contratto di rete rappresenterebbe uno strumento tecnico di organizzazione dell'attività produttiva coordinata che non necessariamente – ovvero, salvo che le parti non lo desiderino<sup>8</sup> - si traduce in uno strumento di organizzazione dell'imputazione meta - individuale dell'attività ad un soggetto, ovvero in una conseguenza tipica di ogni strumento di aggregazione.

---

*di rete*, in *Il Corriere del Merito*, 2010 fasc. 5S, pp. 17 – 23. Ed invero, la definizione legislativa del contratto di rete non è stata il prodotto di una tipizzazione sociale / giurisprudenziale, ma ad essa si è addivenuti proprio partendo dal concetto di reti di imprese quale categoria analitica di stampo prevalentemente economico – aziendale, volta a riconoscere i processi organizzativi idonei ad innescare la generazione di valore e come tale "impiegata da tempo nelle scienze sociali, sia come paradigma organizzativo che come tecnica di analisi"; così F. CAFAGGI, voce *Contratto di rete*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016, p. 207 ss.

<sup>8</sup> In tema sia consentito il rinvio a M. D'AURIA, *L'evoluzione del contratto di rete: dal contratto al soggetto?* in *Il Contratto di rete. Un nuovo strumento di sviluppo delle imprese*, a cura di F. Briolini, L. Carota, M. Gambini, Napoli, 2013, p. 67 ss.

#### 4. *L'interesse tipico meritevole di tutela: il programma di rete*

A nostro avviso, tuttavia, tale riflessione non conduce a ritenere insussistente un interesse positivo nuovo e durevole meritevole di tutela. Al fine di intendere l'interesse, ulteriore e distinto rispetto al mero interesse a sottrarsi alle conseguenze giuridiche determinate dall'adozione degli strumenti tradizionali, occorre valorizzare il peculiare profilo programmatico del contratto di rete. Ad essere meritevole è, infatti, il comune interesse contrattuale di ciascuna impresa a collaborare nell'attuazione di un programma di rete di *breve-medio periodo* al fine di ottenere effetti positivi in termini di sviluppo delle proprie attività. In altri termini, attorno ad un programma di sviluppo di durata predeterminata, le imprese trovano un'occasione di collaborazione che *eventualmente* potrà preludere ad una configurazione più strutturata di tipo societario<sup>9</sup>.

Proprio in ragione del fatto che il contratto di rete *presuppone* la condivisione di un determinato programma di sviluppo, l'ordinamento ha predeterminato i requisiti entro cui è possibile immediatamente riconoscere ad una configurazione contrattuale di tipo associativo una serie di effetti, prerogative e tutele che prescindono dalla previsione di uno *stabile e distinto* centro di imputazione dei rapporti quale tratto ineliminabile di ogni struttura di tipo associativo - societario<sup>10</sup>.

Significativa appare, in tale prospettiva, la disciplina del fondo di dotazione della rete. In buona sostanza, tale disciplina mima quella del patrimonio destinato ad uno specifico affare ex art. 2447 – bis ss. c.c.<sup>11</sup> D'altro canto, riproponendo una persuasiva formula che, senza sottacerne le differenze, ha trovato sponda anche nell'interpretazione dell'art. 2645 – ter c.c. in tema di atti di destinazione<sup>12</sup>, si può affermare come, data la meritevolezza dell'interesse

<sup>9</sup> Ed invero, la logica di tale intervento non è dissimile a quella sottesa al contratto preliminare nelle operazioni traslative, ovvero ammettere uno strumento che, senza violare il principio di cui all'art. 1376 c.c., reintroduca la scissione tra *titulus* e *modus acquirendi* al fine di soddisfare una vasta congerie di interessi programmatici altrimenti negletti nella prospettiva consensualistica.

<sup>10</sup> Sullo sfondo vi è, dunque, il controverso tema della validità di un contratto preliminare. Si vedano, M. MATTIONI, *Il contratto preliminare di società*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 7 – 8, p. 371 ss.; G. CARLINI, *Appunti in tema di contratto preliminare di società di persone*, in *Riv. not.*, 2009, p. 228 ss. in nota a Cass., 18 giugno 2008, n. 16579; in giurisprudenza, da ultimo, v. Cass. 2 agosto 2012, n. 13904, in *Giur. comm.*, 2014, 3, II, p.458 con nota di G. GROSSO, *Il contratto preliminare di trasformazione di una società di persone in una società di capitali*.

<sup>11</sup> Si veda M. LASCIALFARI, *La dotazione patrimoniale della rete di impresa e la disciplina dei conferimenti*, in V. CUFFARO (a cura di), *Il contratto di rete di imprese*, cit., p. 136, specialm. 154 ove bibliografia.

<sup>12</sup> Il riferimento è a L. LENZI, voce *Atto di destinazione*, in *Enc. dir.* (Annali), V, 2012, p. 1 ss.

sotteso all'attuazione di un programma contrattuale di rete, consistente nell'aspettativa delle imprese di ottenere nel *breve e medio periodo* effetti positivi in termini di sviluppo delle proprie attività, il legislatore ha ritenuto altresì meritevole la destinazione del fondo all'attuazione del programma, accordando alle parti il beneficio della separazione patrimoniale a dispetto, ed anzi verrebbe da dire, in dichiarata assenza di una distinta soggettività giuridica<sup>13</sup>.

Si scorge così il senso dell'operazione, ovvero le imprese che stipulano il contratto di rete intendono *sottrarsi* alle conseguenze *naturali* del vincolo associativo senza tuttavia rinunciare alle prerogative generalmente riconosciute alle strutture associative, il che si giustifica, in termini di meritevolezza della destinazione, a *condizione* che il programma sia fattibile e sostenibile nel breve-medio periodo stabilito dalle parti. Al fine, però, d'intendere la coerenza complessiva dell'intervento normativo, deve essere parimenti valorizzato un altro profilo dell'istituto contratto di rete. La scelta di attribuire all'autonomia contrattuale la suddetta funzione di ascrivere rilevanza giuridica ad un fenomeno economico rivela l'ulteriore ambizione di fare del contratto di rete uno strumento di politica industriale<sup>14</sup>.

Non solo si è inteso innescare, mediante la registrazione multilaterale dei contratti nel registro delle imprese, il "censimento" delle reti di imprese "meritevoli" di essere sostenute da una serie di regimi agevolativi ma, in tempi di contrazione della spesa pubblica e di *credit crunch*, oltre che in aperta opposizione rispetto ad una politica assistenzialista e non più

<sup>13</sup> Il tema della soggettività giuridica opzionale della rete di imprese è stato, naturalmente, tra i più dibattuti anche perché emblematico di un certo grado di incertezza nel captare il bisogno nuovo e durevole delle imprese. La preferenza espressa dal legislatore per la c.d. rete – contratto emerge da ultimo anche nella già richiamata disciplina dei contratti di sviluppo realizzati in forma congiunta attraverso reti di impresa, atteso che in tale cosa il contratto di rete deve prevedere la nomina obbligatoria dell'organo comune "che agisce in veste di mandatario dei partecipanti, attraverso il conferimento da parte dei medesimi, con atto pubblico o scrittura privata autenticata, di un mandato collettivo con rappresentanza per tutti i rapporti con il Ministero", essendo in capo allo stesso organo comune che si intendono attribuiti tutti gli adempimenti procedurali (...)" il che vale ad escludere che la rete possa avere forma soggettivizzata proprio al fine di essere compatibile con il divieto degli aiuti di stato fissato a livello comunitario.

<sup>14</sup> Si tratta di aspetto assolutamente non secondario nella costruzione normativa che stiamo discutendo. Sul punto v. F. D'ALVIA, *Il contratto di rete come strumento di politica industriale*, in L. Bullo (a cura di), *I contratti di rete e le nuove frontiere del contratto*, cit., p. 451 ss. A tale riguardo, si segnala il decreto 9 dicembre 2014 che all'art. 4 definisce il contratto di sviluppo avente ad oggetto la realizzazione, su iniziativa di una o più imprese, dei c.d. programmi di sviluppo (industriale, per la tutela ambientale, di attività turistiche), ed al comma 5° è stato previsto tale programma come uno dei possibili contenuti del programma di rete che, ove optato dalla rete, consentirà l'accesso a determinate provvidenze compatibili con il divieto di aiuti di Stato previsto del regolamento UE n. 651/2014.



perseguibile in ragione dei vincoli europei, il legislatore ha deciso di sostenere in maniera mirata, sia sul piano burocratico che finanziario, non ogni forma di coordinamento (che, sul piano causale, è comunque da intendersi come astrattamente volto a realizzare economie e sinergie tra imprese), ma solo quelle programmaticamente realizzate a creare valore nel breve – medio periodo attraverso l'esecuzione di un programma di sviluppo da intraprendere in settori ritenuti strategici per la competitività del sistema – paese<sup>15</sup>.

### 5. *La terapia somministrata: il livello normativo*

Un istituto così congegnato abbisogna di un cospicuo livello di incentivazione e controllo da parte dello Stato, oltre che di manutenzione (costi transattivi) e controllo (costi di monitoraggio) da parte delle imprese partecipanti, profili questi che, se mal gestiti, rischiano di provocare la rapida obsolescenza dell'istituto.

A tale livello, i segnali che provengono dalla politica e dalle istituzioni appaiono affetti da quale ambiguità.

Nel corso di questi anni il legislatore ha svolto un assiduo lavoro di tessitura attraverso un *work in progress* in punto di normazione primaria costruendo intorno al contratto di rete una disciplina *ad hoc* coerente con le finalità dell'istituto. Sicché, data la stipula di un contratto di rete che assegna rilevanza giuridica ad una forma di collaborazione tra imprese, scaturiscono una serie di prerogative che, in senso apertamente *promozionale*, costituiscono il portato di un tessuto di discipline coerenti con l'intenzione di promuovere e valorizzare le reti di imprese.

Tra questi interventi normativi<sup>16</sup>, merita isolarne due: il primo riguarda la

<sup>15</sup> Un chiarimento sulla logica delle agevolazioni destinate al contratto di rete è fornito da BENTIVOGLIO, QUINTILIANI, SABBATINI, *Il contratto di rete: limiti e opportunità*, in *L'Industria*, 2013, p. 355 che evidenziano la necessità di interventi orientati agli obiettivi piuttosto che alle forme di coordinamento che potrebbero “*generare effetti distortivi non desiderati e indurre le imprese ad adottare uno strumento sub-ottimale solo perché conveniente dal punto di vista fiscale*”.

<sup>16</sup> In virtù della L. n. 221/2012 – legge di conversione del D.L. n. 179/2012, il testo degli artt. 34 e 37 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice Appalti) è stato modificato al fine di consentire anche alle aggregazioni tra imprese aderenti al contratto di rete alla partecipazione ai bandi e procedure di affidamento della P.A.; inoltre con D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50° è stato introdotto il nuovo Codice degli appalti che all'art. 45, 2° co. lett. f) e 48, 14° co. annovera tra gli operatori economici ammesse alla partecipazione alle gare di appalto ancora una volta le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete estendendo loro la disciplina del consorzio ai fini della qualificazione SOA; specifiche

disciplina dei rapporti di lavoro ove è stata riconosciuta la c.d. co-datorialità e la presunzione di legittimità del distacco *infra* – rete<sup>17</sup>; il secondo, l’allargamento ai professionisti della possibilità di partecipare a c.d. reti miste<sup>18</sup>.

Il riconoscimento delle c.d. reti miste è volto, più che a creare nuove occasioni di crescita professionale per i professionisti, ad introdurre meccanismi di riconoscimento dell’attività professionale propedeutica alla creazione di nuove reti sul presupposto che sono proprio i professionisti i primi “suggeritori” di tale possibile forma di coordinamento. D’altro canto, l’ingresso del professionista nella rete è volto anche a potenziare la capacità innovativa delle singole imprese grazie al capitale immateriale e alle *soft skills* che costituiscono il vero apporto dei professionisti nella rete, apporto che può trovare nella rete una nuova possibilità di remunerazione.

Codatorialità e distacco *infra*- rete sono invece da annoverarsi quale scambio di prestazioni tra imprese partecipanti<sup>19</sup> e, per come sono stati disciplinate, evidenziano la portata organizzativa diffusa che l’appartenenza ad una rete genera sulla singola struttura aziendale. Da questo punto di vista, peraltro, tale intervento rivela all’interprete la natura programmatica o quadro del contratto di rete<sup>20</sup> rispetto ai singoli rapporti di scambio all’interno della rete.<sup>21</sup>

---

previsioni sono state introdotte per il contratto di rete per le imprese agricole in forza del D.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 134 mentre, il D. L. n. 76/2003 convertito con l. n. 99/2013, all’art. 9 comma 11 ha previsto la c.d. assunzione congiunta da parte di imprese legate da un contratto di rete quando la rete sia composta almeno per il 40% da imprese agricole.

<sup>17</sup> In forza della L.9 agosto 2013, n. 99, è stato modificato l’art. 30 del D.lgs. 276/2003 (c.d. Riforma Biagi) aggiungendovi il comma 4° ter sul distacco del personale nelle reti di imprese;

<sup>18</sup> La L. 22 maggio 2017, n. 81 (c.d. *Job Act lavoro autonomo*) ha previsto all’art. 12, 3° c. lett. a) la possibilità a coloro che svolgono attività professionale, a prescindere dalla forma giuridica rivestita, di costituire reti di esercenti la professione ovvero di consentire loro di partecipare alle reti di imprese in forma di reti miste con accesso per queste ultime alle relative provvidenze in materia stabilite per le reti di imprese.

<sup>19</sup> Si concorda con I. ALVINO, *Reti di imprese e subordinazione*, in Carinci, *Dalle imprese a rete alle reti di imprese*, Milano, 2015, p. 225 che in maniera perspicua osserva il mutamento di senso del regime di co-datorialità “*da tecnica di tutela dei lavoratori impiegati per la realizzazione del programma di rete*”, a “*istituto specificamente destinato a rendere più efficace il coordinamento della prestazione lavorativa in funzione della realizzazione degli obiettivi della rete*”.

<sup>20</sup> F. CAFAGGI, *Contratto di rete*, cit., p. 219 osserva come “*Gli scambi tra i partecipanti alla rete costituiscono generalmente atti esecutivi del contratto di rete, dunque atti di adempimento del contatto di rete il cui fondamento causale va ricercato nel contratto di rete ed in particolare nel programma*”.

<sup>21</sup> Nella stessa direzione, seppure con diversa finalità, si segnala la previsione di cui all’art. 1, 247° co. L. 23 dicembre 2014, n. 190 (c.d. legge di stabilità 2015) che ha modificato il d.gs. 21 novembre 2005, n. 286, recante “*Disposizioni per il riassetto normativo in materia di liberalizzazione regolata dell’esercizio dell’attività di autotrasportatore*”, modificando la

## 6. *La manutenzione dell'istituto*

Se, dunque, sul piano della normazione primaria, si può riconoscere l'esistenza di un disegno coerente, è a livello di normazione secondaria e prassi amministrativa, ossia sul piano della concreta manutenzione dell'istituto, che la fiducia riposta nelle virtù salvifiche dell'istituto manifesta segnali contraddittori.

In senso negativo, cospirano la sospensione dei vantaggi fiscali connessi all'adozione del contratto di rete (che ha interessato solo i periodi di imposta 2010, 2011, 2012); la riduzione dei programmi di internazionalizzazione gestiti dalle Camere di Commercio; l'evanescenza delle attività poste a protezione del *made in Italy* accordata tramite le reti di imprese nonché dei programmi di accesso al credito; gli scarsi incentivi connessi alle reti nel *public procurement*.

In questo senso, l'interprete deve prendere atto della singolare distonia tra lo sforzo sinora compiuto a livello di normazione primaria rispetto alla scarsità di risorse e mezzi che sono stati impiegati per promuovere l'istituto a livello attuativo; distonia che assume valore significativo atteso che un elemento distintivo della disciplina *de qua* era dato proprio dall'esigenza di non ripercorrere le strade di un assistenzialismo diffuso alle imprese<sup>22</sup>.

Un ulteriore elemento di ambiguità si registra nei contenuti ondivaghi espressi dall'apparato amministrativo e dalle *Authorities* di volta in volta interpellate nell'opera di chiarificazione del tessuto normativo. Valgano in proposito due recenti esempi.

Con riferimento al *Job Act* del lavoro autonomo, mediante la circolare

nozione di "vettore" tale dovendosi considerare – e non sub-vettore, anche "l'impresa iscritta all'albo nazionale delle persone fisiche e giuridiche che esercitano l'autotrasporto di cose per conto di terzi (...) parte di una rete di imprese, nel caso in cui esegua prestazioni di trasporto ad essa affidate dal raggruppamento cui aderisce", intervento questo che, nel riconoscere il trasporto come atto esecutivo del contratto di rete, colora in senso programmatico la causa del contratto di trasporto, il che consente di evitare il sub-trasporto cui si collega un carico fiscale al fine di scongiurare la pratica delle esteroinvestizioni delle imprese di trasporto.

<sup>22</sup> Tuttavia, qualche timido segnale di interesse emerge nella legge 30 dicembre 2018, n. 145 (Legge di bilancio 2019) art. 1 commi 228,230,231 ove è stato prevista per le imprese che aderiscono ad una rete l'istituzione di un voucher di per acquisire le consulenze specialistiche di un *Innovation manager* finalizzate a sostenere i processi di trasformazione tecnologica e digitale attraverso le tecnologie abilitanti previste dal Piano nazionale Impresa 4.0, e di ammodernamento degli assetti gestionali e organizzativi dell'impresa, compreso l'accesso ai mercati finanziari e dei capitali. Con riferimento specifico alle reti, la norma richiede che il contratto preveda espressamente nel programma comune lo sviluppo di processi innovativi in materia di trasformazione tecnologica e digitale attraverso le tecnologie abilitanti previste dal "Piano nazionale I4.0" e di organizzazione, pianificazione e gestione delle attività, compreso l'accesso ai mercati finanziari e dei capitali.

n. 3707/C del 30 luglio u.s. il Ministero dello Sviluppo Economico, nel fornire alcuni chiarimenti sul regime pubblicitario dei contratti di rete per i lavoratori autonomi e professionisti, ha escluso la possibilità per questi ultimi di partecipare alle reti contratto in forma di *reti miste*, come prevista dall'art. 12, comma 3, della legge n. 81/2017, limitando la pubblicità alle sole reti-soggetto "miste". La circolare ministeriale conferma, infatti, l'orientamento già espresso con il parere del 9 aprile 2015, rispetto a tutti i soggetti iscritti al Rea in quanto non imprenditori che, non avendo una propria posizione in seno al registro delle imprese, non possono iscrivere a margine della stessa il contratto di rete "ordinario" (vale a dire, quello privo di soggettività giuridica), come invece prescrive la norma. Il Ministero ha chiarito, pertanto, che - a legislazione invariata - appare possibile a fini pubblicitari la sola creazione di contratti di rete misti (imprenditoriali - "professionali") dotati di soggettività giuridica, per i quali è prevista l'iscrizione autonoma della rete al registro delle imprese. Il che appare in patente contraddizione con l'idea ispiratrice originaria che, addirittura, sconsigliava di costituire reti - soggetto pena - in ragione degli incentivi fiscali<sup>23</sup> - la possibile contrarietà al divieto degli aiuti di stato.

Sul tema della codatorialità e del distacco, deve registrarsi l'aperto contrasto tra Ministero del Lavoro (circ. n. 35 del 2013) ed Ispettorato del lavoro (circ. n. 7 del 2018). In un contesto ancora propositivo, il Ministero aveva emanato una circolare che in tema di "*codatorialità dei dipendenti ingaggiati con regole stabilite attraverso il contratto di rete*" manifestava l'opinione che, in relazione a tale personale, il potere direttivo sarebbe stato esercitato da ciascun imprenditore che partecipa a tale contratto; con la conseguenza, ovviamente notevole, che, per imputare eventuali responsabilità penali, civili e amministrative, si sarebbe dovuto fare ricorso ai concreti contenuti del contratto di rete, senza che fosse configurabile un'automatica solidarietà tra tutti partecipanti al contratto.

Per quanto riguarderebbe il distacco, alla luce dell'art. 4 ter art. 30 del d.lgs. n. 276/2003, la medesima circolare aveva previsto che, ai fini della verifica dei presupposti di legittimità del distacco, il personale ispettivo si sarebbe dovuto limitare a verificare l'esistenza di un contratto di rete tra distaccante e distaccatario.

A distanza di cinque anni da quell'intervento, in un contesto evidentemente mutato, l'Ispettorato del Lavoro ha emanato una recente circolare in cui, nell'ottica di prevenire utilizzi illeciti dei predetti strumenti sotto l'ombrello di contratti di rete non genuini, ha fissato direttive

---

<sup>23</sup> Circ. Agenzia delle entrate 18 giugno 2013, n. 20/E

di maggiore rigore. Anzitutto, il personale distaccato o in regime di codatorialità non potrà subire alcun pregiudizio nel trattamento economico e normativo per effetto della stipula del contratto di rete.

Peraltro, sia la codatorialità che il distacco devono intendersi disciplinate dall'art. 30 del d.lgs. n. 276 del 2003. Si aggiunga poi che, in tema di codatorialità, affinché detta opzione sia efficace occorre che il contratto di rete sia preventivamente iscritto nel registro delle imprese e preveda espressamente tale opzione nei confronti di tutti o solo alcuni dei dipendenti di ciascuna impresa. In ogni caso, i suddetti lavoratori dovranno essere *formalmente* assunti, assolvendo i relativi adempimenti di legge (comunicazione obbligatoria di instaurazione del rapporto, consegna della dichiarazione di assunzione e registrazioni sul LUL) da una delle imprese partecipanti, anche ove si tratti di socio di cooperativa; l'impresa sarà così tenuta al rispetto delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro ai sensi dell'art. 3, co. 6, del D.Lgs. n. 81/2008. Peraltro, gli inadempimenti retributivi o contributivi che emergono nel corso degli accertamenti sulle esternalizzazioni nell'ambito dei contratti di rete (compresi i distacchi o le ipotesi di codatorialità che possono conseguire alla stipulazione del contratto) determinano l'applicazione in via estensiva del principio generale di responsabilità solidale codificato dall'art. 29 d.lgs. cit.<sup>24</sup>

### 7. La riflessione giurisprudenziale

La posizione di maggiore cautela assunta dall'Ispettorato del Lavoro evidenzia, specie in un contesto normativo promosso ed assistito sul lato amministrativo e fiscale, la potenzialità fraudolenta di un'operazione che rimette sostanzialmente all'autonomia contrattuale la costruzione degli indici di meritevolezza delle reti di imprese. Del resto, al legislatore non era sfuggito detto rischio tanto che aveva optato per un controllo

<sup>24</sup> Tale posizione, peraltro, appare coerente sia con quanto previsto nel caso di assunzione congiunta tra imprese agricole, sia con quanto deciso da Corte Cost. 6 dicembre 2017, n. 254 secondo cui la previsione dell'art. 29 d.lgs. ha copertura generale atteso che la *ratio* dell'introduzione della responsabilità solidale del committente – che è quella di evitare il rischio che i meccanismi di decentramento e di dissociazione fra titolarità del contratto di lavoro e utilizzazione della prestazione, vadano a danno dei lavoratori utilizzati nell'esecuzione del contratto commerciale – non giustifica una esclusione (che si porrebbe, altrimenti, in contrasto con il precetto dell'art. 3 Cost.) della predisposta garanzia nei confronti dei dipendenti (...) e “che la tutela del soggetto che assicura una attività lavorativa indiretta non può non estendersi a tutti i livelli del decentramento”.

preliminare diffuso svolto dagli enti c.d. asseveratori dei programmi di rete al quale demandare lo scrutinio circa la fattibilità del programma di rete, subordinando ad esso l'accesso alle agevolazioni fiscali; ovviamente, venute meno le agevolazioni, il ricorso ed il ruolo di tali enti si svuota di senso.

Un secondo indice rilevante nella disamina che stiamo conducendo è la quasi totale assenza di riflessione giurisprudenziale nell'arco di dieci anni e considerati i numeri (5.135 reti per un totale di 31.405 imprese coinvolte – dati aggiornati al 3 gennaio 2019). Tale dato potrebbe non essere realmente sorprendente né esso deve essere necessariamente interpretato come un indice significativo del grado di funzionamento dell'istituto.

A nostro avviso, infatti, la scarsità è piuttosto sintomatica della carenza *inter partes* di interesse ad agire per accertare profili attinenti alla corretta esecuzione del contratto specie nel quadro di un'operazione contrattuale la cui stessa validità potrebbe essere revocata in dubbio in sede di vaglio giurisprudenziale. Nemmeno è casuale, allora, che l'evocazione in giudizio sia stata sinora promossa da soggetti terzi<sup>25</sup> rispetto al contratto di rete di imprese, gli unici invero che potrebbero avere interesse alla tutela giurisdizionale per sindacare l'efficacia ed opponibilità del contratto.

Tra questi sporadici casi, la riflessione più significativa che la giurisprudenza ha condotto sul contratto di rete si rinviene in un *obiter dictum* in cui la Cassazione ha tratto dalla disciplina della presunzione di legittimità del distacco contenuta nel contratto di rete argomento per ritenere la stessa una soluzione estensibile anche ai gruppi di imprese<sup>26</sup>. Tale

<sup>25</sup> TAR Firenze, sez. I, 25 febbraio 2016, n. 346 in tema di esclusione di una rete di imprese ad una procedura di affidamento di contratti pubblici che si segnala per la disamina della determinazione ANAC 23 aprile 2013, n. 3 e per la decisione che, su ricorso di una delle imprese partecipanti all'affidamento, le imprese concorrenti in forma di rete hanno l'obbligo di depositare il contratto di rete “rispondendo quest'obbligo alla necessità per la stazione appaltante di vagliare la serietà e affidabilità dell'offerta come pure all'esigenza di evitare un arretramento del sistema di cautele previsto al riguardo”; sicché, laddove venga affidata ad una rete l'appalto, l'aggiudicazione dovrà essere annullata per difetto di istruttoria.

<sup>26</sup> Cass. 22 gennaio 2015, n. 1168; Id., 21 aprile 2016, n. 8068 con nota di I ALVINO, *Requisiti di liceità del distacco del lavoratore presso altra imprese del gruppo*, che ha significativamente osservato come “l'interesse del soggetto distaccante non può essere separato da quello del raggruppamento di cui il soggetto stesso è parte economicamente integrata e risulta anzi direttamente connesso e funzionale all'attuazione dell'istituto”; nonché, per la precisazione di natura tecnica che “(...) il riferimento atecnico ad un'automaticità del sorgere dell'interesse del distaccante deve essere più esattamente ricondotto entro lo schema della presunzione assoluta”; “è significativo che la disposizione in esame connetta il venire ad esistenza dell'interesse al fatto di base dell'operare della rete e cioè ad un fatto che è ad un tempo giuridico ed economico, della funzionalità del contratto di rete di impresa, con il quale più imprenditori, perseguendo scopi comuni in termini di innovazione e competitività, stabiliscono rapporti di collaborazione nell'e-

soluzione costituisce conferma della contiguità tra i fenomeni della rete e dei gruppi che ha rappresentato un primo *leitmotiv* presente sin dalla fase iniziale della riflessione dottrinale sulla rete si imprese<sup>27</sup>.

### 8. *Il confronto con la dottrina*

All'esiguità del materiale giurisprudenziale fa da contrastare la copiosa riflessione dottrinale<sup>28</sup> sollecitata dal nuovo istituto, riflessione che ha trovato un ideale punto di maturazione nella relativa voce, affidata ad uno dei più autorevoli studiosi del fenomeno, per i tipi dell'Enciclopedia del Diritto<sup>29</sup>. Scorrendo le dense pagine dedicate al tema delle reti di imprese ed al contratto di rete, l'autore rilancia la vitalità dell'istituto in una duplice prospettiva.

Anzitutto, il contratto di rete dovrebbe essere interessato da una serie di ulteriori interventi normativi al fine di superare una disciplina in alcuni punti confusa ed incompleta. In tale prospettiva, tale autore propone segnatamente di distinguere il contratto di collaborazione tra imprese giuridicamente indipendenti da quelle appartenenti al gruppo; introdurre una disciplina delle reti di imprese nei mercati regolati; introdurre una disciplina separata per il contratto di rete concernente i rapporti tra imprese e consumatori. (reti tra imprese e consumatori e reti che vendano servizi e beni ai consumatori); introdurre una disciplina del contratto di rete concernente i rapporti tra privati e pubblica amministrazione in una prospettiva che preveda "*la partecipazione di una pluralità di imprese, enti senza scopo di lucro e pubbliche amministrazioni, nazionali e locali*".

La riflessione sull'istituto ridonda così sulla stessa sistematica del diritto privato dei contratti. È, infatti, convinzione dell'autore che l'istituto lanci alcune notevoli sfide e, segnatamente: la crisi della contrapposizione

---

*servizio delle loro imprese.*"

<sup>27</sup> Cass., 21 aprile 2016, n. 8068, cit. secondo cui "*tale contratto presenta, per un verso, scopi economici unificanti che risultano certamente avvicinabili a quelli che muovono la logica imprenditoriale di un gruppo di imprese e, per altro verso, non istituisce legami più condizionanti di quelli che definiscono, ai sensi dell'art. 2359 c.c., il controllo o il collegamento di società*".

<sup>28</sup> Riflessione la cui utilità, come osservato da V. CUFFARO, *Il contratto di rete. Un nuovo strumento di sviluppo per le imprese*, in AA.VV., (a cura di Briolini, Carota, Gambini), Napoli, 2013, p. 226 insiste sulla capacità del nuovo istituto di costringere gli interpreti a riflettere su schemi ed impostazioni tradizionali.

<sup>29</sup> P. ZANELLI, *Un aggiornamento: dunque la Rete è della stessa natura dei gruppi di società?*, in *Contratto e impr.*, 2011; ID., *Reti e contratto di rete*, Padova, 2012.



tra contratti di scambio ed associativi; l'allentamento del legame tra organizzazione corporativa e soggettività; la dissociazione tra autonomia patrimoniale e soggettività; l'obsolescenza del principio causalistico e dell'organizzazione per tipi della parte speciale del contratto.

Si tratta, come si vede, di una riflessione di ampia portata dogmatica che nel reclamare una disciplina settoriale delle reti nei vari ambiti di impiego, parte dalla considerazione che il contratto di rete di imprese rappresenterebbe, piuttosto che un nuovo contratto tipico o nominato, una sorta di palinsesto idoneo a coprire ogni tipo di rapporti di collaborazione mediante la previsione di regole trans-tipiche.

Atteso che l'ampia riflessione di tale autore non può essere analiticamente discussa in questa sede, merita forse confrontarsi sul tema più gravido di conseguenze anche nella prospettiva di una complessiva rielaborazione della teoria del contratto, vale a dire la riflessione sulla causa del contratto di rete. A nostro avviso, infatti, l'idea che, stante l'asserita variabilità della causa in concreto<sup>30</sup>, conduce ad assegnare natura trans-tipica al contratto di rete, rappresenta più un programma di lavoro che la descrizione delle caratteristiche dell'istituto così come congegnato dal legislatore<sup>31</sup>. Sicché essa non pare cogliere la configurazione tipologica del contratto di rete, né pare interpretare l'impiego di tale contratto che la prassi presenta anche nelle sue più sofisticate manifestazioni<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> F. CAFAGGI, *voce cit.*, p. 221 da un lato afferma che, “con una *sineddoche* (...) la causa del contratto di rete è la collaborazione tra le imprese”, soluzione questa che induce a ritenere detto contratto come avente “*caratteristiche apparentemente incompatibili con le tassonomie convenzionali, perché include sia lo scambio di informazione e prestazioni che l'esercizio in comune dell'attività.*”; dall'altro, p. 223 che “il contratto di rete può avere scopi diversi : 1) mutualistici, destinando le prestazioni ai soli partecipanti; 2) puramente lucrativi, 3) misti, combinando scopo mutualistico e lucrativo”, di modo che “la natura trans-tipica del contratto consente dunque di declinare diversi tipi contrattuali a seconda della prevalenza di scambio o esercizio in comune di attività, della mutualità o lucratività, della presenza o assenza di soggettività, applicando diverse discipline a integrazione di quella legislativa e di quella contenuta nel contratto”

<sup>31</sup> Sul punto v. V. CUFFARO, *Contratti di impresa e contratti tra imprese*, in *Corr. Merito*, 2010, suppl. n. 5, p. 7; S. DELLE MONACHE, *Il contratto di rete tra imprese*, in *Judicium*, 2014, p. 7-8.

<sup>32</sup> Il riferimento è alla circostanza che secondo F. CAFAGGI, *Contratto di rete*, cit., p. 218 il contratto di rete non sarebbe utilizzabile per disciplinare rapporti infragruppo perché le imprese stipulanti devono essere tra loro indipendenti e dunque non sottoposte a controllo. Tale considerazione appare corretta nella misura in cui il contratto di rete non debba avere quale oggetto o effetto la generazione di una influenza dominante ex art. 2359, 1° co. n. 3 c.c. Essa però non impedisce che società appartenenti ad un gruppo possano utilizzare il contratto di rete per gestire i c.d. servizi infragruppo. Del resto, la prassi – esemplare il contratto di rete sottoscritto tra le società del gruppo Fiat Chrysler Automobiles – conosce contratti di rete per la gestione dei servizi infra-gruppo in tema di organizzazione contabile, sistemi e procedure di controllo interno, consulenza ed assistenza in ambito amministrativo, giuridico e gestionale,



## 9. *Novità dell'istituto e stabilità dell'interesse*

Non c'è dubbio che la tecnica normativa impiegata dal legislatore differisca da quella classica a cui l'interprete è abituato. Ciò però vale solo nel senso che, mentre nel tratteggiare la definizione dei contratti tipici, il legislatore propone uno schema causale coincidente con l'oggetto, nel caso del contratto di rete si registra la variabilità dei possibili oggetti rispetto ad uno schema che è e rimane tipicamente associativo ed a stampo mutualistico<sup>33</sup>.

Sul piano tipologico, in sostanza, ad essere variabile non è la causa quanto l'oggetto del contratto di rete potendo questo incubare il mero scambio di informazioni e prestazioni ovvero la collaborazione in forme ed ambiti determinati al fine di organizzare e gestire filiere produttive, verticali ed orizzontali, sempre più lunghe sul piano geografico sino, nella sua espressione più coesa, a configurare un'impresa strumentale a cui i singoli nodi della rete, gli imprenditori, partecipano il tutto allo scopo di conseguire, individualmente e collettivamente, economie di scala e vantaggi competitivi.

Sicché, nella versione contrattuale pura, quella più "identitaria", si può anche discutere di contratto associativo ma, diversamente da come siamo abituati a pensarlo, da esse *non* consegue l'imputazione dell'attività

---

coordinamento e organizzazione delle attività di impresa. Ciò appare possibile osservandosi come, da un lato, ai sensi dell'art. 2497 c.c. è possibile contemperare l'interesse delle singole imprese con quello collettivo o di gruppo il che rende tale disciplina compatibile con la stipula di contratti di rete infragruppo; dall'altro lato, appare possibile un controllo ex art. 2497 c.c. della rispondenza del contratto di rete ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle singole società controllate partecipanti rispetto ad operazioni di coordinamento non già volte a generare programmaticamente ricavi, quanto piuttosto ad intraprendere economie di scala e di processo accentrando o razionalizzando determinati comparti produttivi; controllo che s'inserisce nel quadro della teoria dei c.d. vantaggi compensativi e che trova una significativa considerazione nel dettato dell'art. 2634,3° co. c.c. ove si esclude l'ingiustizia del profitto della società collegata o del gruppo "se compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo".

<sup>33</sup> Ed in questo senso deve condividersi la considerazione di M. LASCIALFARI, *op. cit.*, p. 175 che, contrariamente alla possibilità di dividere proventi, ritenuti da F. CAFAGGI, voce cit., nota 102 possibile sul presupposto della non suscettibilità di essere catalogati come utili o ristorni, osserva come "ove la realizzazione di utili di rete sia ipotizzabile fin dall'inizio, sarà necessario che il contratto di rete includa una clausola che faccia espresso divieto ai partecipanti e all'organo comune di trasformarli in dividendi e quindi di prevedere la distribuzione; e ciò a valere fino a quando tale contratto rimane in vigore". Ed invero, come osservato dall'autore, seppure non sia ricavabile dalla legge e, a dispetto della circostanza che il divieto di distribuzione di utili sia stato sinora intermediato da un espresso divieto legislativo, simile soluzione appare coerente in senso tipologico con "la necessità di rafforzamento del fondo patrimoniale, la necessità di finanziare le spese, correnti o pluriennali, e con lo sforzo volto al raggiungimento della ricercata maggiore competitività sul mercato".

ad un soggetto distinto dalla *parti* del contratto, trattandosi piuttosto di un contratto organizzativo di attività che restano imputate a ciascuna impresa partecipante alla rete. Atteso il ruolo che il legislatore ha assegnato all'autonomia contrattuale, si può anche assumere che nel programma di rete risieda il profilo “causale” del coordinamento, ma questo deve intendersi non in senso tecnico – giuridico, quanto piuttosto economico di “correlazione” tra partecipazione (non adesione) e funzione di sviluppo di ogni singola impresa alla rete. Tenuto conto di ciò, pare plausibile rievocare la formula del contratto di coordinamento volto “*a predisporre futuri contratti ma di un determinato tipo* (o considerati tali quanto ai loro effetti) *e che per di più preordina il regime giuridico di tali contratti*”.<sup>34</sup>

Non resta che dire come anche tale soluzione, che rintraccia nella precedente riflessione dottrinale su istituti poco sondati i germi di un'impostazione dei rapporti reticolari tra imprese, abbia l'ambizione di evitare due inconvenienti: da un lato, superare un atteggiamento ermeneutico che asseconda una sorta di “obsolescenza programmata” dei nuovi istituti, il che si tradurrebbe in una sorta di lasciapassare al disimpegno politico del legislatore di turno: in questo senso, l'impostazione qui seguita appare meglio in grado di riconoscere *stabilità* al bisogno che il contratto di rete intende soddisfare. Dall'altro lato, liquidare come già viste le nuove produzioni del diritto positivo, nel timore che ciò possa condurre a soluzioni palingenetiche sulle strutture consolidate del diritto, non aiuta a cogliere il tasso di *novità* insito nei nuovi istituti. Il rischio, insomma, è che, dinanzi alle strutture economiche di un mondo che evolve, l'atteggiamento liquidatorio del giurista ricordi quello tenuto da Luigi XVI Re di Francia la sera del 14 luglio 1789, allorquando scriveva sul suo diario giornaliero

<sup>34</sup> F. MESSINEO, *Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento*, in *Enc. dir.*, 1962, X, p. 166 ss.; spunti ancora si possono avere nel contributo di pensiero che evoca il contratto di organizzazione, in M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1965, p. 45 ss.; ID., *Considerazione sulla nozione e funzione del contratto di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 465 in nota 39 che ha portato a maturazione la riflessione di F. SANTORO PASSARELLI, *L'impresa nel sistema di diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, p. 376 e 470 il quale, sul presupposto che soltanto il paradigma contrattuale è in grado di tutelare in maniera progressiva le parti deboli del rapporto conclude, rispetto al rapporto di lavoro subordinato, ma in maniera estensibile anche alla struttura reticolare che informa i rapporti tra imprese, nel senso che “(...) è la realtà economica e sociale, così come risulta dalla parcellizzazione del lavoro e dall'accettazione della logica capitalistica, a determinare l'esigenza di organizzare il lavoro umano mediante l'attribuzione, appunto, di posizioni giuridiche di comando e di soggezione”; da ultimo, con specifico riguardo al contratto di rete, per spunti in tale prospettiva v. A. BARBA, *Reti di impresa e abuso di dipendenza economica*, in V. Cuffaro, *Contratto di rete di imprese*, cit., p. 259 ss.

*“anche oggi niente di nuovo”.*

CRISTIANO CICERO

## *Affiliazione commerciale: legge n. 129/2004*

SOMMARIO: 1. L'affiliazione commerciale nell'ordinamento italiano – 2. *Franchising* e concessione di vendita – 3. Gli obblighi precontrattuali di comportamento – 4. L'obsolescenza del *franchising* – 5. La litigiosità che caratterizza il *franchising* – 6. *Franchising* e contratti domestici.

### *1. L'affiliazione commerciale nell'ordinamento italiano*

Il *franchising*, fino all'entrata in vigore della l. n. 129/2004, pur avendo acquisito spessore sociale, non aveva dignità di tipo legale.

Il termine *franchising* è derivato da una prassi sorta dopo la guerra di Secessione nel sud degli Stati Uniti d'America. Il fine economico del contratto di *franchising* è di creare una rete di distribuzione con caratteri organizzativi, segni distintivi e marchi omogenei che risultino facilmente individuabili dai clienti. Si possono infatti rinvenire caratteri tipici della somministrazione di beni e servizi, ma anche della licenza di marchio e d'insegna per non dimenticare il patto di esclusiva.

La l. 6 maggio 2004, n. 129, in *G.U.* n. 120 del 24 maggio 2004, intitolata *Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*, ha dunque introdotto nel nostro ordinamento il contratto di "affiliazione commerciale", italianizzazione di *franchising*, che – pertanto – diviene tipico. Va osservato che già in Francia una legge del 1975 vietava l'uso di termini stranieri nell'offerta e nella vendita di beni e servizi. La dottrina si è occupata del tema nell'immediatezza della legge, spesso con contributi trattatistici di diverso impegno e valore. Tra i più approfonditi ricordo il volume curato da Vincenzo Cuffaro, "*L'affiliazione commerciale*", edito per i tipi di Giappichelli nel 2005.

Già in tempi anteriori all'entrata in vigore della legge n. 129 del 2004 il *franchising* (industriale, riferito alla produzione di beni; di intermediazione; di prestazione di servizi) era molto diffuso, come accennato, nella prassi

contrattuale, e sia la dottrina<sup>1</sup> sia la giurisprudenza<sup>2</sup> avevano avuto occasione di esprimersi su differenti profili specifici.

In particolare, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha affermato che il contratto di *franchising* tra due società “costituisce espressione del principio di libertà di iniziativa economica privata garantito dall’art. 1322 c.c. e ancora prima dall’art. 41 Cost., il quale consente e tutela l’aggregazione e l’affiliazione e comunque la collaborazione di imprese. Ne deriva che detto contratto attiene a materia disponibile in quanto espressione della libertà di scelta nello svolgimento delle attività economiche riconosciuta al soggetto privato in quanto tale”<sup>3</sup>.

In assenza di una normativa interna, non deve tacersi l’esistenza di una fonte sovranazionale, il Regolamento comunitario n. 4087/88, che all’art. 3 formula una nozione di *franchising*: “a) per *franchising* si intende un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti d’autore, *know-how* o brevetti da utilizzare per la rivendita di beni o per la prestazione di servizi ad utilizzatori finali; b) per accordo di *franchising* si intende un accordo col quale un’impresa, l’affiliante, concede ad un’altra, l’affiliato, dietro corrispettivo finanziario diretto o indiretto, il diritto di sfruttare un *franchising* allo scopo di commercializzare determinati tipi di beni e/o servizi; esso comprende almeno gli obblighi connessi:

- all’uso di una denominazione o di un’insegna commerciale comune e di una prestazione uniforme della sede e/o dei mezzi di trasporto oggetto del contratto;

- alla comunicazione da parte dell’affiliante all’affiliato di un *know-how*;

- alla prestazione permanente, da parte dell’affiliante all’affiliato, di

<sup>1</sup> Limitando le citazioni alle trattazioni di carattere generale, v. A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in *Tratt. di dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1995, p. 274 ss.; G. ZUDDAS, *Il franchising*, Perugia, 1991, e Id., *Somministrazione, Concessione di vendita, Franchising*, in *Tratt. di dir. comm.*, diretto da Buonocore, Torino, 2003, p. 271 ss.; G. FAUCEGLIA, *Il franchising*, Milano, 1988; A. FRIGNANI, *Il franchising*, Torino, 1990, e Id., voce *Franchising*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989; E. ZANELLI, voce *Franchising*, in *Noviss. dig. it., App.*, III, Torino, 1982, p. 884 ss.; G. DE NOVA, voce *Franchising*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, VI, Torino, 1991, p. 296 ss.; M. CARTELLA, voce *Concessione di vendita – Franchising*, in *Enc. dir., Agg.*, I, Milano, 1997, p. 350 ss.; O. CAGNASSO-G. COTTINO, *Contratti commerciali*, in *Tratt. di dir. comm.*, IX, diretto da Cottino, Padova, 2000, p. 140 ss.; S. TONOLO, voce *Franchising internazionale*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm., Agg.*, II, Torino, 2003, p. 393 ss.

<sup>2</sup> Trib. Crema, 23 novembre 1994, in *Contratti*, 1996, p. 52; Trib. Milano, 23 novembre 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, c. 382; Trib. Roma, 20 aprile 1995, in *Giur. merito*, 1996, p. 262.

<sup>3</sup> Cass., 20 giugno 2000, n. 8376, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1327.

un'assistenza in campo commerciale o tecnico per la durata dell'accordo".

Volendo ridurre il discorso all'essenziale, basti poi richiamare la definizione di *franchising*, quasi standardizzata, elaborata in dottrina anteriormente alla vigenza della legge n. 129: ovvero, "quel sistema di collaborazione tra un produttore o rivenditore di beni od offerente di servizi (*franchisor*) ed un distributore (*franchisee*), giuridicamente ed economicamente indipendenti l'uno dall'altro, ma vincolati da un contratto, in virtù del quale il primo concede al secondo la facoltà di entrare a far parte della propria catena di distribuzione, con il diritto di sfruttare, a determinate condizioni e dietro il pagamento di una somma di danaro, brevetti, marchi, nome, insegna o addirittura anche una semplice formula o segreto commerciale a lui appartenente; inoltre il primo si obbliga a certi rifornimenti di beni o servizi, mentre il secondo si obbliga a conformarsi ad una serie di comportamenti prefissati dal primo"<sup>4</sup>. In questo senso, il contratto di *franchising* si configura quale contratto bilaterale di durata (e andrebbe rilevata l'assenza nel nostro codice e nell'ordinamento in genere di una normativa dei contratti di durata, regolamentazione di recente invece introdotta nel codice argentino), a prestazioni corrispettive, d'impresa<sup>5</sup>.

## 2. Franchising e concessione di vendita

La complessità del contenuto del contratto di *franchising*, e la conseguente difficoltà di inquadramento della fattispecie, ha spesso reso difficoltoso tracciare la demarcazione tra questo e la concessione di vendita<sup>6</sup>, mediante la quale, al fine di procedere alla commercializzazione dei prodotti del concedente in un determinato territorio, viene stabilmente attribuito al concessionario il diritto di rivendere i prodotti fabbricati dal concedente dei quali egli ha acquistato la proprietà<sup>7</sup>. Soprattutto, è comune ai due istituti la concessione da parte di un'impresa principale (concedente-*franchisor*) a favore di un'altra autonoma impresa (concessionario-*franchisee*) della facoltà di svolgere in stretta collaborazione una determinata attività commerciale protratta nel tempo, che rientra nell'oggetto e nell'ambito dell'attività svolta dalla prima. La collaborazione tra *franchisor* e *franchisee* è più intensa di

<sup>4</sup> Il virgolettato è di O. CAGNASSO-G. COTTINO, *Contratti commerciali*, cit., p. 140.

<sup>5</sup> M. CARTELLA, voce *Concessione di vendita – Franchising*, cit., p. 350.

<sup>6</sup> M. CARTELLA, voce *Concessione di vendita – Franchising*, cit., p. 351.

<sup>7</sup> G. ZUDDAS, *Somministrazione, Concessione di vendita, Franchising*, cit., p. 354.

quella che si instaura tra concedente e concessionario. Il *franchisee* si inserisce nella catena di *franchising* con l'obbligo di uniformarvisi, e di presentarsi come l'immagine del *franchisor*, al punto da dare all'esterno un'impressione di identificazione in lui della figura del *franchisor*<sup>8</sup>.

La l. 6 maggio 2004, n. 129, contiene all'art. 1, 1° co., la definizione di *affiliazione commerciale*: "l'affiliazione commerciale (*franchising*) è il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all'altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, *know-how*, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi". Precisa il 2° co. che "il contratto di affiliazione commerciale può essere utilizzato in ogni settore di attività economica". Il 3° co. espone una serie di definizioni che costituiscono interpretazioni autentiche: "a) per *know-how*, un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate derivanti da esperienze e da prove eseguite dall'affiliante, patrimonio che è segreto, sostanziale ed individuato; per segreto, che il *know-how*, considerato come complesso di nozioni o nella precisa configurazione e composizione dei suoi elementi, non è generalmente noto né facilmente accessibile; per sostanziale, che il *know-how* comprende conoscenze indispensabili all'affiliato per l'uso, per la vendita, la rivendita, la gestione o l'organizzazione dei beni o servizi contrattuali; per individuato, che il *know-how* deve essere descritto in modo sufficientemente esauriente, tale da consentire di verificare se risponde ai criteri di segretezza e di sostanzialità; b) per diritto di ingresso, una cifra fissa, rapportata anche al valore economico e alla capacità di sviluppo della rete, che l'affiliato versa al momento della stipula del contratto di affiliazione commerciale; c) per *royalties*, una percentuale che l'affiliante richiede all'affiliato commisurata al giro d'affari del medesimo o in quota fissa, da versarsi anche in quote fisse periodiche; d) per beni dell'affiliante, i beni prodotti dall'affiliante o secondo le sue istruzioni e contrassegnati dal nome dell'affiliante".

Il successivo art. 2 estende l'applicazione della nuova normativa al caso in cui l'affiliante consenta all'affiliato il diritto di sfruttare l'affiliazione allo scopo di stipulare accordi di affiliazione con i terzi, nonché al contratto con il quale l'affiliato, in un'area di sua disponibilità, allestisce uno

<sup>8</sup> R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979, p. 86; G. SANTINI, *Il commercio*, Bologna, 1979, p. 165.

spazio dedicato esclusivamente allo svolgimento dell'attività commerciale individuata dall'art. 1, comma 1, della legge.

Il contratto di affiliazione commerciale deve essere redatto per iscritto a pena di nullità (art. 3). Si tratta dunque di un contratto formale che conferma la tendenza alla rinascita delle forme propria del neoformalismo di derivazione comunitaria, già noto in diverse materie, se soltanto si pensa alla disciplina sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali (d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50), dei contratti di viaggio (d.lgs. 17 marzo 1995, n. 111), della multiproprietà (d.lgs. 9 novembre 1998)<sup>9</sup>.

Per la costituzione di una rete di affiliazione commerciale l'affiliante deve aver sperimentato sul mercato la propria formula commerciale (art. 3, 2° co.).

Qualora il contratto sia a tempo determinato, l'affiliante dovrà comunque garantire all'affiliato una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento e comunque non inferiore a tre anni. È fatta salva l'ipotesi di risoluzione anticipata per inadempienza di una delle parti (art. 3, 3° co.).

Il contratto deve inoltre espressamente indicare (art. 3, 4° co.):

a) l'ammontare degli investimenti e delle eventuali spese di ingresso che l'affiliato deve sostenere prima dell'inizio dell'attività;

b) le modalità di calcolo e di pagamento delle *royalties*, e l'eventuale indicazione di un incasso minimo da realizzare da parte dell'affiliato;

c) l'ambito di eventuale esclusiva territoriale sia in relazione ad altri affiliati, sia in relazione a canali ed unità di vendita direttamente gestiti dall'affiliante;

d) la specifica del *know-how* fornito dall'affiliante all'affiliato;

e) le eventuali modalità di riconoscimento dell'apporto di *know-how* da parte dell'affiliato;

f) le caratteristiche dei servizi offerti dall'affiliante in termini di assistenza tecnica e commerciale, progettazione ed allestimento, formazione;

g) le condizioni di rinnovo, risoluzione o eventuale cessione del contratto stesso.

### 3. *Gli obblighi precontrattuali di comportamento*

L'art. 4 della legge è norma finalizzata a garantire trasparenza ai contratti di affiliazione commerciale: "almeno trenta giorni prima della sottoscrizione di

<sup>9</sup> N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, spec. p. 30 ss.



un contratto di affiliazione commerciale l'affiliante deve consegnare all'aspirante affiliato copia completa del contratto da sottoscrivere, corredato dei seguenti allegati, ad eccezione di quelli per i quali sussistano obiettive e specifiche esigenze di riservatezza, che comunque dovranno essere citati nel contratto:

a) principali dati relativi all'affiliante, tra cui ragione e capitale sociale e, previa richiesta dell'aspirante affiliato, copia del suo bilancio degli ultimi tre anni o dalla data di inizio della sua attività, qualora esso sia avvenuto da meno di tre anni;

b) l'indicazione dei marchi utilizzati nel sistema, con gli estremi della relativa registrazione o del deposito, o della licenza concessa all'affiliante dal terzo, che abbia eventualmente la proprietà degli stessi, o la documentazione comprovante l'uso concreto del marchio;

c) una sintetica illustrazione degli elementi caratterizzanti l'attività oggetto dell'affiliazione commerciale;

d) una lista degli affiliati al momento operanti nel sistema e dei punti vendita diretti dell'affiliante;

e) l'indicazione della variazione, anno per anno, del numero degli affiliati con relativa ubicazione negli ultimi tre anni o dalla data di inizio dell'attività dell'affiliante, qualora esso sia avvenuto da meno di tre anni;

f) la descrizione sintetica degli eventuali procedimenti giudiziari o arbitrari, promossi nei confronti dell'affiliante e che si siano conclusi negli ultimi tre anni, relativamente al sistema di affiliazione commerciale in esame, sia da affiliati sia da terzi privati o da pubbliche autorità, nel rispetto delle vigenti norme sulla *privacy*".

L'art. 6, rubricato *Obblighi precontrattuali di comportamento*, afferma che "l'affiliante deve tenere, in qualsiasi momento, nei confronti dell'aspirante affiliato, un comportamento ispirato a lealtà, correttezza e buona fede e deve tempestivamente fornire, all'aspirante affiliato, ogni dato e informazione che lo stesso ritenga necessari o utili ai fini della stipulazione del contratto di affiliazione commerciale, a meno che non si tratti di informazioni oggettivamente riservate o la cui divulgazione costituirebbe violazione di diritti di terzi" (art. 6, 1° co.). L'aspirante affiliato, in base al 3° co. dell'art. 6, "deve tenere in qualsiasi momento, nei confronti dell'affiliante, un comportamento improntato a lealtà, correttezza e buona fede e deve fornire, tempestivamente ed in modo esatto e completo, all'affiliante ogni informazione e dato la cui conoscenza risulti necessaria o opportuna ai fini della stipulazione del contratto di affiliazione commerciale, anche se non

espressamente richiesti dall'affiliante”.

L'art. 8 afferma che “se una parte ha fornito false informazioni, l'altra parte può chiedere l'annullamento del contratto ai sensi dell'articolo 1439 del codice civile nonché il risarcimento del danno, se dovuto”. Imponendo l'applicazione della norma codicistica sul dolo, le false informazioni sono così equiparate ai “raggiri usati da uno dei contraenti” ex art. 1439 c.c. D'altronde, non pare dubbio che le false informazioni integrano quella che è l'attività richiesta per l'esistenza del dolo (lo ha insegnato la più profonda dottrina in argomento)<sup>10</sup>, ovvero l'inganno (*machinatio*) e la determinazione dei motivi nella vittima. Non diversamente la giurisprudenza reputa che le dichiarazioni menzognere di uno dei contraenti possono essere causa di annullamento del contratto per dolo quando siano idonee a indurre in errore, senza il quale il consenso non sarebbe stato raggiunto<sup>11</sup>.

Infine, ai sensi dell'art. 9, rubricato *Norme transitorie e finali*, “le disposizioni della presente legge si applicano a tutti i contratti di affiliazione commerciale in corso nel territorio dello Stato alla data di entrata in vigore della legge stessa” (1° co.). “Gli accordi di affiliazione commerciale anteriori alla data di entrata in vigore della presente legge se non stipulati a norma dell'articolo 3, comma 1, devono essere formalizzati per iscritto secondo le disposizioni della presente legge entro un anno dalla predetta data. Entro lo stesso termine devono essere adeguati alle disposizioni della presente legge i contratti anteriori stipulati per iscritto” (2° co.).

#### 4. *L'obsolescenza del franchising*

Dovendo discorrere di obsolescenza, una prima annotazione è inevitabile. *Il franchising* pur conosciuto nella prassi sconta per svariate motivazioni uno scarso contenzioso giurisprudenziale. In tal senso, oserei affermare che siamo davanti a un fenomeno curioso, in cui i repertori giurisprudenziali in via

<sup>10</sup> Il riferimento, com'è ovvio, va a A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, p. 500; altresì, C.A. FUNAIOLI, voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 743; più di recente, A. GENTILI, voce *Dolo*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*<sup>2</sup>, Milano, 2000, p. 665; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. priv.*, a cura di Iudica-Zatti, Milano, 2001, p. 813; F. CEPPI, *Il dolo nei contratti*, Padova, 2001, spec. p. 56; R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*<sup>3</sup>, I, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2004, p. 554.

<sup>11</sup> Cass., 8 gennaio 1980, n. 140; Cass., 28 ottobre 1993, n. 10718, in *Foro it.*, 1994, I, c. 423; Cass., 3 aprile 2003, n. 5166.

eccezionale non testimoniano la vitalità di un istituto. A differenza di altri contratti, *in primis* mi viene da pensare al *rent to buy*, assai poco utilizzato già nella c.d. crisi economica, e verosimilmente anche in futuro, in cui l'assenza di giurisprudenza è l'effetto della desuetudine dell'istituto, questo non può dirsi del *franchising*, utilizzato nella pratica degli affari, sebbene talvolta non risultino chiari i confini rispetto ad altri contratti "domestici", con particolare riferimento alla concessione di vendita.

Qualche riflessione va compiuta sull'obsolescenza, ovvero sulla questione della desuetudine. Nel diritto civile si è soliti trattare il problema della desuetudine nei casi migliori, liquidandolo, in poche righe. Quasi che il problema sia di poca rilevanza. Il che non è. Non può non notarsi l'ampio numero di istituti oramai scarsamente utilizzati, se non addirittura abbandonati ovvero desueti. Nel diritto civile classico l'es. più eclatante è il contratto di anticresi, non più oggetto di stipule già dagli anni '80 del ventesimo secolo, sebbene tuttora vigente<sup>12</sup>.

In un *obiter* della Corte Costituzionale, nella sentenza del 2 novembre 1999, n. 416, si legge che l'assoluto primato delle fonti scritte esclude ogni rilevanza della consuetudine *contra legem* (da non confondersi con la desuetudine, che invece qualifica il fenomeno della cessazione della consuetudine perché in disuso o per il formarsi di una consuetudine contraria o incompatibile con la precedente), poiché esso comporta necessariamente che la legge non possa essere abrogata, in modo esplicito o implicito, che da legge posteriore. La non osservanza della legge, intesa come la pratica del contegno contrario a quello prescritto dalla legge, si rileva che non solo non potrebbe mai abrogare la legge esistente, ma non potrebbe dar vita ad un nuovo paradigma di legittimità, e quindi neanche legittimare se stessa.

La Corte Costituzionale distingue chiaramente la desuetudine dalla consuetudine *contra legem*, non ammettendo che anche le norme scritte possano divenire "desuete", e relega la desuetudine al diritto non-scritto, considerando la desuetudine il fenomeno opposto di una precedente consuetudine.

Ciò che a mio avviso è di maggiore interesse è una diversa caratterizzazione della desuetudine, se essa, intendo dire, possa essere concepita come mera disapplicazione della norma. Leggendo Riccardo Guastini, la desuetudine sarebbe il comportamento (abituale) consistente nella mancata osservanza o applicazione della norma, con la precisazione che una norma non dovrebbe essere abrogata da un comportamento<sup>13</sup>. Rimane tuttavia da spiegare come

<sup>12</sup> Rimando, se lo si concede, al mio *Anticresi*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2010, *passim*.

<sup>13</sup> R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1998, p. 522.

un comportamento umano possa “far svanire” una norma scritta.

Alla domanda se la desuetudine possa abrogare una norma scritta tendenzialmente si rende una risposta negativa. La risposta emerge da un'analisi delle fonti normative. Per quanto riguarda l'ordinamento giuridico italiano, è l'art. 15 disp. prel. c.c., letto unitamente all'art. 8 disp. prel. c.c., che subordina gli usi alla legge scritta, di più, l'art. 15 disp. prel. c.c., stabilisce che le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore.

In senso contrario andrebbe ricordato l'insegnamento di Hans Kelsen<sup>14</sup>. Osservando il particolare rapporto tra validità e efficacia (tra *Sollen* e *Sein*) in una norma mai applicata né obbedita, egli sostiene che la desuetudine sia, per così dire, una consuetudine negativa che toglie validità alla norma. Una norma può perdere la sua validità [*Gültigkeit*] per il fatto che costantemente non la si applichi né la si obbedisca, cioè per desuetudine. La desuetudine avrebbe allora la funzione di abolire la validità di una norma esistente.

Francesco Carnelutti sosteneva che come il diritto nasce da sé (nella specie della consuetudine), il diritto allo stesso modo può morire da sé (nella desuetudine). Bisogna tener presente che per Francesco Carnelutti (a differenza di Hans Kelsen, il quale sostiene che “it must be assumed that any legal norm, even a statutory norm, may lose validity by desuetudo”) la desuetudine può operare solo sulla norma consuetudinaria e non sulla legge scritta.

Il problema dell'abrogazione per desuetudine si spiega, in termini kelseniani, alla luce del principio di effettività. Ovverosia, la norma perde validità per desuetudine perché non è stata mai seguita o applicata. In questo caso, vi è la perdita di efficacia prolungata nel tempo che spezza l'equilibrio tra validità ed efficacia.

Diversamente opinando, potrebbe argomentarsi – *tertium datur* - che la desuetudine possa determinare la quiescenza della norma. Parrebbe, intendo dire, insostenibile argomentare che l'effetto della desuetudine sia l'invalidità della norma (come sostiene ad esempio Kelsen), quanto piuttosto la sua “quiescenza”. La norma desueta è una norma quiescente che attende di tornare alla vita, la quale ha perso, momentaneamente, la sua efficacia, sebbene non sia stata cancellata dall'ordinamento giuridico. Metaforicamente, la norma è assopita, in letargo, in attesa del risveglio.

Mi domando tuttavia se, vivendo oggi l'interprete l'epoca del diritto giurisprudenziale, del giudice-legislatore, e partendo dalla considerazione

<sup>14</sup> H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, New York, 1961, p. 119.

che il diritto oggi promana prima dalla società che dalla legge (*ius in fieri*) (rimanderei agli studi pregevoli di Paolo Grossi e di Nicolò Lipari)<sup>15</sup>, esso non possa scomparire per un mutamento del comportamento ascrivibile alla stessa società. L'interrogativo attiene al diritto privato e ancora di più al diritto penale.

### 5. *La litigiosità che caratterizza il franchising*

La litigiosità che caratterizza il contratto di affiliazione commerciale, nonostante lo scarso numero di sentenze, è piuttosto elevato, come ho scritto in precedenza (§ 4). Questo perché si tende a preferire l'accordo transattivo per sanare i conflitti insorti tra affiliato e affiliante.

La causa principale delle controversie è dovuta quasi sempre all'incompletezza del contratto. La legge sull'affiliazione n. 129/2004 ha le sue responsabilità al riguardo. Essa infatti disciplina nel dettaglio solo la fase precontrattuale, lasciando alle parti ampia discrezionalità sulla regolamentazione dello svolgimento dell'attività vera e propria. La legge non disciplina invece la fase che crea i problemi maggiori, attinente all'uscita dal contratto. La fase postcontrattuale, ancora oggi poco studiata, è del tutto abbandonata all'autonomia privata e sconta la mancanza del dettaglio legislativo. Si consideri, per comprendere l'importanza della questione, l'interesse alla stabilità nel tempo dell'utilità conseguita attraverso la stipulazione del contratto, l'interesse a ricevere assistenza in un tempo successivo all'esecuzione del contratto, l'interesse a una perdurante lealtà e fedeltà, l'interesse alla riservatezza e al segreto<sup>16</sup>.

Con la sentenza n. 11256/2018 la Corte di Cassazione, contrariamente a quanto sostenuto dalla dottrina maggioritaria, è giunta alla conclusione secondo cui il know-how non è un elemento essenziale del contratto di *franchising*, che quindi può sussistere anche se non è previsto dal contratto. Ciò posto, può senz'altro affermarsi che il requisito del *know-how*, ai fini della stipula del contratto di franchising, non costituisce elemento indefettibile del tipo.

La giurisprudenza di merito ha risolto la questione dell'assenza di esclusiva territoriale. Ci si domandava se in sua mancanza, l'affiliante possa fare concorrenza all'affiliato aprendo un nuovo punto vendita a distanza di

<sup>15</sup> P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017; N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

<sup>16</sup> V. ora il saggio di E. BARGELLI, voce *Postcontratto*, in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, 2017, p. 620 ss.; A. BERTOLINI, *Il postcontratto*, Bologna, 2019.

pochi metri. Secondo il Tribunale di Milano (sent. n. 2648/2017), anche in assenza dell'esclusiva territoriale, l'affiliante che fa concorrenza al proprio affiliato è inadempiente perché viola il principio di buona fede, legittimando la richiesta di risoluzione dell'affiliato.

## 6. Franchising e contratti domestici

Andando a concludere, credo che tra i maggiori problemi in argomento sia riscontrabile quello delle affinità tra *franchising* e contratti domestici (d'altronde in tema di *rent to buy* le cose vanno per modo di dire pure peggio, con la conseguenza della reale desuetudine del contratto, contandosi oggi più scritti sul tema che contratti stipulati), sì che spesso vi è in fase ermeneutica incertezza sulla qualificazione del tipo, con la conseguenza che il *franchising* è spesso ridotto al rango di mera clausola innestata nel tronco di altro contratto. Le affinità sono forti con la concessione di vendita, anche con l'agenzia, sol che si pensi che concessionario e franchisee agiscono in nome e per conto proprio. Se poi come si è detto neppure il *know how* è essenziale al *franchising* gli spazi di sovrapposizione si assottigliano quasi fino a scomparire. Il *franchising*, il "marketing dell'idea", in conclusione può dirsi, ritornando all'inizio del nostro intervento, che sebbene abbia spessore sociale tuttavia non abbia raggiunto ancora dignità di tipo legale.



## FABRIZIO DI MARZIO

### *Insolvenza civile e concorso*

SOMMARIO: 1. Fallimento e diritto privato – 2. Il valore organizzativo del principio della parità di trattamento – 3. Fallimento (commerciale) e tutela del credito. – 4. Tutela del credito ed esdebitazione – 5. Le procedure di sovraindebitamento nella legge del 2012 – 6. Il sovraindebitamento nella legge delega – 7. Il sovraindebitamento nel codice. Contratti - 8. (*segue*) Procedure concorsuali. - 9. Compressione dei diritti dei creditori – 10. Conclusione.

#### *1. Fallimento e diritto privato*

L'unico contributo che Cesare Vivante dedicò al fallimento nel suo trattato non riguardò la disciplina dell'insolvenza commerciale, ma il sovraindebitamento di quella figura sfuggente ed inclusiva del mondo del diritto privato che possiamo chiamare *consumatore*. Il contributo non si inseriva nel disegno generale dell'opera; costituì perciò l'appendice del primo volume. In questa difficoltà di collocazione del tema, pur sempre riferito al fallimento, ossia a un settore di primaria importanza delle discipline positive raggruppate sotto la nazione di sintesi di "diritto commerciale", sta l'essenza problematica del diritto che oggi riconduciamo al concetto di "sovraindebitamento".

Vivante auspicava una disciplina del fallimento civile per venire incontro all'esigenza concreta della *razionalizzazione* dell'esecuzione collettiva sul patrimonio del debitore: allo stesso modo e negli stessi termini di quanto accade per l'esecuzione sul patrimonio del debitore che svolge attività commerciale. "Finché l'attivo di un patrimonio eccede il passivo il legislatore può lasciare che ogni creditore eserciti separatamente il proprio diritto. Ma quando quel patrimonio non basta per tutti, la libertà delle esecuzioni individuali costituisce un premio ai creditori più pronti, più vicini, meno scrupolosi, a scapito dei più benevoli, dei più lontani, che per lo più giungeranno dopo che il patrimonio del debitore è esaurito". Dunque, Vivante ricostruiva il problema collocandolo nell'ambito del sistema della *responsabilità patrimoniale*. In questa visione, conta il rapporto in cui stanno



creditori e debitore insolvente. Il problema dell'insolvenza trascende le ragioni del credito ed impone la regola del concorso.

In particolare, non è esigenza che possa limitarsi al diritto commerciale, benché proprio nel diritto commerciale quell'esigenza si affermò e si sviluppò nelle legislazioni storiche. "Il trattamento uguale dei creditori del debitore insolvente (*par condicio omnium creditorum*) fu la vocazione incessante del nostro diritto attraverso i millenni della sua storia"<sup>1</sup>.

Il contributo si colloca infatti nel dibattito che a fine Ottocento si accese sulla estensione della disciplina del fallimento al debitore civile, e ne costituisce il culmine. La proposta si alimentava dalla fiducia sulla vocazione espansiva del diritto commerciale, secondo un moto d'opinione che premeva per la unificazione del diritto privato. E tuttavia, nonostante il generale clima culturale, quella proposta non convinse il legislatore, che pure realizzò per il resto l'epocale "commercializzazione del diritto privato" nel codice civile in vigore. Molte disposizioni fanno riferimento al termine "insolvenza" oppure a fenomeni vicini e connessi, come la modificazione delle condizioni patrimoniali del debitore; ma la rilevanza dell'insolvenza nel sistema del codice civile è contenuta nella disciplina del rapporto obbligatorio, o di sue fonti (come il contratto). Sul rilievo di queste situazioni, nel rapporto obbligatorio si giustificano le molteplici regole che attribuiscono poteri di autotutela al creditore.

Il fallimento e le altre procedure concorsuali furono invece rielaborati e contenuti in una legge speciale coeva al codice, e dedicata all'insolvenza dell'impresa e – come recitava inizialmente l'intitolazione - alla "Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, della amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa" .

## *2. Il valore organizzativo del principio della parità di trattamento*

Nel sistema privatistico il diritto tradizionale non contempla procedure a carattere concorsuale in rimedio all'insolvenza civile. La cosa potrebbe apparire sorprendente, in quanto l'esigenza di coordinare razionalmente le azioni esecutive dei creditori in rimedio al problema dell'insolvenza del debitore con ogni probabilità si evidenziò immediatamente, con il porsi di quel problema. Ma questo fatto dipende non dall'assetto razionale, bensì

<sup>1</sup> Vivante, *Il fallimento civile*, in *Trattato di diritto commerciale*, I, *I commercianti*, Appendice, Torino, 1902, 341; 343.

dalla conformazione storica del cosiddetto *diritto fallimentare*, formatosi nell'Italia medievale dei comuni come rimedio statutario non al problema dell'insolvenza, ma all'allarme ingenerato da una sua specifica e settoriale manifestazione: l'insolvenza del mercante. L'influenza delle strutture storiche ha determinato ripercussioni decisive anche sugli assetti attuali del diritto concorsuale italiano, dedicato quasi esclusivamente all'insolvenza imprenditoriale. Soltanto nel 2012, con la legge n. 3, è stata introdotta una disciplina concorsuale preoccupata anche dell'insolvenza civile.

Abbiamo così assistito ad una peculiare vicenda storica, per cui un diritto che potremmo definire *speciale*, nato in reazione di uno specifico problema - l'inadempimento seriale delle obbligazioni - e collocabile nelle sue strutture concettuali di fondo nel sistema civilistico, ha avuto un autonomo sviluppo con riguardo al diritto d'impresa; ma, infine, ha recuperato nel suo ambito anche il problema della insolvenza civile, sottraendolo all'angusta dimensione del rapporto obbligatorio per ri-collocarlo nello spazio ben diverso della procedura concorsuale.

L'introduzione pressoché generalizzata di procedure concorsuali per l'insolvenza civile ha minimizzato le differenze, fino ad annullarle nella sostanza.

Questa diversa vicenda storica dovrebbe indurci a riflettere sulla realtà profonda del diritto fallimentare - commerciale e civile - come diritto delle *procedure concorsuali*. L'essenza di questo diritto è nel carattere *concorsuale* delle procedure collettive che lo compongono. Il concetto centrale, che contraddistingue l'insieme disciplinare, è dato dal *principio della parità di trattamento* secondo cui, come anche dispone l'art. 2741 c.c., tutti i creditori hanno un eguale diritto di soddisfarsi sul patrimonio del comune debitore. In attuazione di quel principio, è organizzata la procedura esecutiva a carattere collettivo.

Questa fondamentale acquisizione del diritto della responsabilità patrimoniale ha un valore organizzativo. Si preferisce evitare che il patrimonio responsabile cada in balia della iniziativa dei creditori più avvertiti; così lo si rende disponibile per un'esecuzione forzata che sia ordinata al soddisfacimento egualitario di tutti i creditori. L'essenza organizzativa del principio di parità emerge considerando che esso (come già segnalava Vivante) vale come alternativa al principio della priorità cronologica nell'esecuzione, che costituirebbe l'altra possibile soluzione al problema del concorso<sup>2</sup>. Questo principio integra uno *scopo strumentale*, ma anche essenziale delle procedure concorsuali, ed è in esse affermato su

<sup>2</sup> Cfr. Roppo, *la responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato Rescigno*, XIX, Torino, 1985, 406; v. anche Colesanti, *Mito e realtà della «par condicio»*, in *Fallimento*, 1984, 32 ss.

vari profili: come il divieto di azioni esecutive individuali; l'insensibilità del patrimonio esecutato all'assunzione di nuove obbligazioni; l'ultrattività della regola del concorso successivamente alla chiusura della procedura; le azioni di conservazione della garanzia patrimoniale; la tutela penale<sup>3</sup>.

Torniamo adesso al saggio di Vivante sul fallimento civile. In esso è ben chiarito che lo scopo fondamentale del fallimento è nella organizzazione del concorso; ed è quindi linearmente argomentata la tesi della irrazionalità della scelta ordinamentale che limiti questa risorsa organizzativa all'insolvenza commerciale, evitando di estenderla anche all'insolvenza civile: che su questo piano dimostra una eguale esigenza di disciplina.

L'aspetto sorprendente della tesi è nel fatto che l'assimilazione tra insolvenza commerciale e insolvenza civile nel comune trattamento concorsuale assorbe ogni possibile differenza che possa giustificare una effettiva distinzione tra i due ambiti. Se le cose stessero effettivamente così, come potrebbe il fallimento dell'impresa collocarsi nell'ambito del diritto commerciale; in che consisterebbe la commercialità di questo diritto dell'esecuzione collettiva? In questa prospettiva, mentre non vi sarebbe nessuna effettiva ragione di limitare il trattamento concorsuale all'insolvenza commerciale escludendo l'insolvenza civile, nemmeno sarebbe giustificato inserire la trattazione dell'insolvenza commerciale in un trattato di diritto commerciale. Dunque, le ragioni dell'estensione della concorsualità (commerciale) all'insolvenza civile dipendono da una difettosa elaborazione dell'insolvenza commerciale. Nella riflessione che si svolge sul tema manca infatti la considerazione dell'impresa, quale fenomeno economico da prendere in considerazione nel diritto speciale del fallimento (commerciale). Questa cosa non implica un giudizio negativo su quest'estensione, invece assolutamente opportuna e razionale. Implica invece la segnalazione di un limite importante della ricostruzione corrente delle ragioni del diritto fallimentare, civile e commerciale.

L'effettiva comprensione delle strutture e delle funzioni del discipline giuridiche dell'insolvenza dipendono dalla consapevolezza della complessa e *duplicata* natura che le caratterizza; dalla capacità di comprendere a fondo la differenza che corre all'interno del diritto delle procedure concorsuali: in ragione della presenza della complicazione concettuale data dall'impresa per l'insolvenza imprenditoriale e invece dall'assenza di quella complicazione per l'insolvenza civile. Nemmeno la previsione, in taluni ordinamenti (come quello italiano) di discipline ibride, destinate sia all'uno che all'altro

---

<sup>3</sup> Cfr. Bonsignori, *Disposizioni generali*, in *Comm. Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, diretto da Bricola-Galgano-Santini – art. 1-22, Bologna-Roma, 1974, 38 ss.

tipo di insolvenza, potrebbero indurre a sottovalutare il problema. Vi è poi da aggiungere che il carattere di ibridazione non è mai assoluto, ma sempre relativo. Nel caso della legge italiana sul sovraindebitamento, l'insolvenza civile (classificata come sovraindebitamento del *consumatore*) è disciplinata insieme, ma accanto all'insolvenza professionale e d'impresa; ossia con procedure *diverse* rispetto a quelle dedicate all'insolvenza del piccolo imprenditore sottratto alle procedure concorsuali previste per l'impresa di maggiori dimensioni. Dunque, in primo luogo non vi sono procedure riferibili ad entrambe le categorie di debitori; inoltre, gli imprenditori ricondotti alla disciplina del sovraindebitamento gestiscono organizzazioni economiche di dimensioni trascurabili: così che, nei fatti, il problema dato dalla presenza della impresa e degli interessi connessi all'attività si riduce in maniera drastica, favorendo la compatibilità tra trattamento di piccole insolvenze commerciali e trattamento delle insolvenze civili nello stesso contesto disciplinare, composto da procedure dedicate al sovraindebitamento del consumatore e procedure per l'insolvenza dell'operatore economico.

### 3. *Fallimento (commerciale) e tutela del credito*

La centralità della procedura di fallimento nelle legislazioni storiche era dovuta alla ignoranza dell'impresa, che celava l'insufficienza di un diritto costituito esclusivamente da una procedura di liquidazione di una ricchezza produttiva che veniva concepita, riduttivamente, come *patrimonio* del debitore-imprenditore (secondo lo schema concettuale oggi recepito nell'art. 2740 c.c.). L'assenza di diverse considerazioni, che sarebbero state suscitate dall'attenzione all'impresa, e la visione della stessa come patrimonio del debitore, favorirono l'idea del fallimento come procedura di esecuzione collettiva per l'adempimento coattivo e la convinzione che scopo della procedura fosse di tutelare i diritti dei creditori.

In un'altra occasione ho cercato di ricostruire la vicenda storica del fallimento facendo attenzione a questa dimenticanza dell'impresa che ha caratterizzato le legislazioni di tutto il mondo a partire dalle prime esperienze avviate in Italia medievale fino ai giorni nostri<sup>4</sup>. Ho individuato la ragione fondamentale di questa dimenticanza nella operatività di un potente paradigma giuridico: il *rapporto obbligatorio*<sup>5</sup>. Il fallimento è l'estrema

<sup>4</sup> Cfr. F. Di Marzio, *Fallimento. Storia di un'idea*, cit.

<sup>5</sup> Sul valore paradigmatico dell'obbligazione cfr. P. Rescigno, *Obbligazioni (nozioni)*, in

conseguenza dell'inadempimento generalizzato delle obbligazioni assunte dal debitore dichiarato fallito; il fallito è in prima approssimazione un debitore che non onora i debiti contratti. Il trattamento giuridico riassunto nel termine "fallimento" consiste nella esecuzione coattiva di una serie di rapporti obbligatori, rimasti insoddisfatti, attraverso la vendita forzata del patrimonio del debitore e la distribuzione del ricavato ai creditori secondo il criterio della parità di trattamento.

La consapevolezza dell'impresa man mano maturata anche nel mondo del diritto ha scoperto la necessità di integrare una legislazione fino a quel momento esclusivamente "fallimentare" (nel senso storico, ossia liquidativa) con procedure di ristrutturazione del debito e dell'impresa, ancorché sempre nell'ottica della tutela dei creditori. Infatti, il lascito della tradizione si è rivelato decisivo. Non solo nelle legislazioni storiche ma anche nelle contemporanee lo scopo fondamentale è organizzare al meglio la decisione sull'impresa in crisi economica al fine di tutelare i *diritti dei creditori*. Oggetto di tutela è il credito verso l'imprenditore insolvente. Tutti gli altri interessi coinvolti nell'attività imprenditoriale non trovano protezione autonoma ma sempre condizionata alla tutela dell'interesse dei creditori. Se la legge prende in considerazione l'ordine di scopi, stabilisce una precisa gerarchia, assicurando il primato all'interesse dei creditori. È esemplare il § 1 dell'*Insolvenzordnung*, secondo cui scopo del diritto dell'insolvenza è di realizzare l'interesse dei creditori.

Anche a prescindere da disposizioni esplicite, questa gerarchia si manifesta nelle procedure di stampo fallimentare (come, in Italia, la liquidazione giudiziale) nelle forme della tutela dell'interesse dei creditori affidata agli organi della procedura. Compito del curatore, sotto la vigilanza del giudice delegato e del tribunale è di inventariare, recuperare, liquidare, ripartire l'attivo del patrimonio fra i creditori concorsuali ammessi al passivo. Esaurito l'attivo, la liquidazione viene chiusa, per essere riaperta se si evidenzia la sussistenza di ulteriore attivo da liquidare e distribuire ai creditori eventualmente rimasti insoddisfatti (a meno che il debitore non sia stato esdebitato). Nelle procedure di stampo fallimentare gli interessi dei creditori sono affidati ad un organo esponenziale, il comitato dei creditori, che collabora con gli altri organi della liquidazione nella gestione della procedura, orientata a realizzare il migliore interesse dei creditori.

Il primato dell'interesse dei creditori si manifesta anche nelle forme dell'autotutela nei contratti e nei concordati. Il diritto positivo disciplina fattispecie contrattuali e concordatarie che vedono protagonisti il debitore insolvente da un lato e i suoi creditori dall'altro. Oggetto della contrattazione e

---

*Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1979, 182.

della deliberazione concordataria è, immancabilmente, la *ristrutturazione dei debiti* rimasti impagati, e non dell'impresa in crisi. Benché la ristrutturazione dei debiti costituisca un'articolazione del più generale ambito operativo della ristrutturazione dell'impresa e dunque un aspetto soltanto, per quanto decisivo, del più vasto tema del superamento della crisi in cui la stessa si trova ad essere, le strutture della decisione sulla ristrutturazione dei debiti e sulla ristrutturazione dell'attività di impresa *coincidono*.

Cosicché nella relazione tra debitore e creditori si elabora una decisione che, nelle forme del contratto o della procedura deliberativa (come è il concordato preventivo), incide su un raggio di interessi molto più vasto, in cui ricadono anche posizioni complesse, irriducibili alla semplificazione del rapporto obbligatorio. Così è per i lavoratori subordinati, sulla tutela dei cui diritti si è svolto il dibattito in Italia<sup>6</sup>; ma così è anche per le imprese costituenti l'indotto dell'impresa debitrice o a quest'ultima collegate in strutture di rete o ad essa connesse nello spazio di un distretto. Stesse conclusioni valgono per gli attori dei mercati finali: per i consumatori dei beni e per gli utenti dei servizi offerti dall'impresa sul mercato. La varietà di interessi di fatto coinvolti nel destino dell'impresa non è dunque rappresentata nelle strutture della decisione. Il diritto organizza la legittimazione a decidere attraverso il *filtro* del credito. Soltanto coloro che possono vantare crediti sono ammessi alla decisione. L'interesse a decidere può essere semplicemente condizionato, o addirittura sostanzialmente indipendente dal credito, ma è dalla titolarità del credito che deriva la legittimazione ad assumere la decisione.

Soltanto negli ultimi decenni si è rafforzata la consapevolezza dei giuristi rispetto al fenomeno dell'impresa, e si è posta la domanda se accanto alla tutela dei creditori il diritto fallimentare non debba rispondere anche a ragioni di tutela dell'impresa stessa, e di tutti gli interessi in essa implicati. In questo clima culturale è maturata l'espressione "crisi d'impresa", e le varianti "diritto della crisi d'impresa"; "diritto delle imprese in crisi". Il centro della riflessione sembra essere progressivamente occupato dall'impresa. L'ultimo atto di questa vicenda è nella eliminazione del termine "fallimento" dalla legislazione delicata, e nella intitolazione del codice non soltanto all'insolvenza ma anche, espressamente, alla *crisi d'impresa*. Credo che stia proprio qui il senso profondo (anche se inavvertito dallo stesso legislatore) di una scelta terminologica giustificata, più superficialmente, con l'esigenza di rimuovere dalla circolazione un termine politicamente scorretto ed infamante.

<sup>6</sup> Cfr. d'Alessandro, *Crisi dell'impresa e tutela dei lavoratori*, in *Scritti in Scritti di Floriano d'Alessandro*, Milano, 1997, 736 ss.; Minervini, *Nuove riflessioni sulla crisi dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 1977, I, 689.

#### 4. Tutela del credito ed esdebitazione

Nella materia del “fallimento civile”, non vi è un’impresa in crisi e da ristrutturare, riduttivamente concepita nelle forme statiche di un patrimonio responsabile; ma, effettivamente, un patrimonio responsabile suscettibile di esecuzione forzata. In questo diverso diritto concorsuale, va aggiunto, le cause dell’insolvenza dell’imprenditore non possono essere ricercate nella crisi di un’impresa che non c’è (come per l’insolvenza o il sovraindebitamento del consumatore) o che si riduce ad attività del professionista liberale o del piccolo imprenditore (ossia a realtà in cui il valore organizzativo e dimensionale dell’attività economica è talmente ridotto da non segnare una significativa differenza rispetto alla situazione del consumatore).

Nel fallimento civile il problema posto dall’insolvenza è compiutamente descritto nel rapporto conflittuale che vede collocati, sulla scena, da un lato il debitore civile insolvente e dall’altro la platea dei creditori insoddisfatti e in attesa di essere pagati. L’attenzione del diritto al *soggetto debitore*, che determinò struttura e contenuto delle legislazioni storiche (interessante al mercante, al commerciante e infine all’imprenditore insolvente), diviene qui profondamente giustificata, perché capace di inquadrare il problema senza trascurare nessun profilo rilevante. Ne è disceso un effetto peculiare: mentre nella materia del sovraindebitamento la conformazione delle procedure secondo i modelli tradizionali del diritto fallimentare si è rivelata perfettamente adeguata alle esigenze del diritto contemporaneo; invece quei modelli sono divenuti del tutto inadeguati rispetto alle esigenze sopravvenute nel diritto della crisi d’impresa.

Cerco di esprimere il mio pensiero prendendo in considerazione un aspetto cruciale della classica procedura di concordato preventivo, oggi riproposto con forza nelle discipline sul sovraindebitamento. Sin dalla introduzione, avvenuta nel nostro ordinamento con la legge del 21 maggio 1903, il concordato fu concepito come un vero e proprio *beneficio* da riconoscersi al commerciante onesto e diligente nella propria attività e tuttavia sfortunato negli affari. Disponeva l’art. 20 di quella legge che il tribunale deve riconoscere se “il debitore è meritevole del beneficio del concordato”. Commentò Gustavo Bonelli: “Si tratta in altri termini di esaminare se il debitore è o no immune da responsabilità nel disastro che l’ha colpito. Anche ai creditori fu devoluto già questo esame (art. 13); ma essi possono trovarsi propensi a sorvolare sulla leggerezza del debitore in vista del loro interesse. L’interesse pubblico esige che l’esame sia rinnovato dall’autorità giudiziaria”<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Bonelli, *Del fallimento*, cit., III, 533.

L'intera procedura di concordato preventivo era condizionata nella sua esperibilità da questo giudizio di meritevolezza che il tribunale doveva esprimere nei confronti del debitore che presentava l'offerta concordataria ai propri creditori. Del resto, scarsamente rilevante era la stessa approvazione che i creditori avrebbero potuto dare a quella offerta. Se il debitore non fosse stato ritenuto meritevole di accedere al beneficio ai creditori, sarebbe stata comunque loro sottratta la possibilità di usufruire della proposta compositiva del debito. La regola fu accolta senza sostanziali modificazioni nella legge del 1942 (artt. 160; 173) e confermò l'unanime opinione sul "carattere assolutamente beneficiario della procedura"<sup>8</sup>. La progressiva attenzione alle ragioni dell'impresa, e dunque l'evoluzione dell'atteggiamento culturale ha determinato cambiamenti nel diritto positivo: dalla sanzione del fallito si è trascorsi alla valutazione delle concrete possibilità di conservazione dell'attività. In particolare, nella iniziale versione dell'art. 160 l.f. l'ammissione alla procedura di concordato preventivo era riservata al debitore che avesse tenuto una condotta meritevole del beneficio. Nella versione successiva, la disposizione non fa più cenno a requisiti soggettivi di meritevolezza. Tuttavia, la condotta del debitore resta al centro delle valutazioni degli organi della procedura. Di essa deve trattare il commissario giudiziale nella relazione di cui diceva l'art. 172 l. f.; la disposizione successiva comminava la inammissibilità alla proposta formulata dal debitore che, prima o durante la procedura, abbia commesso atti in frode ai creditori<sup>9</sup>.

Nelle discipline del sovraindebitamento introdotte dalla legge n. 3 del 2012, la considerazione del comportamento del debitore rilevava per il tempo della procedura. L'"accordo di composizione della crisi" era, in quella disciplina, revocato se si accertava che durante la procedura il debitore aveva commesso atti in frode ai creditori (art. 11). Non dissimilmente disponeva l'art. 12 *bis* in tema di piano del consumatore, con norma ribadita nell'art. 14 *bis* in tema di revoca e cessazione degli effetti della omologazione del piano del consumatore. Ma, in sede di disposizioni generali, l'art. 9, comma 3 *bis* stabiliva che alla proposta di piano del consumatore fosse allegata una relazione dell'organismo di composizione della crisi sulle cause dell'indebitamento e la diligenza impiegata dal consumatore nell'assunzione delle obbligazioni, nonché l'esposizione delle cause del sovraindebitamento. Il successivo art. 12 *bis*, comma 3, prevedeva che l'omologazione del piano del consumatore dipendesse dalla verifica giudiziale che il debitore non avesse assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle

<sup>8</sup> S. Satta, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1949<sup>3</sup>, 347.

<sup>9</sup> Cfr. il saggio di Pacchi Pesucci, *Dalla meritevolezza dell'imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale*, Milano, 1989.



adempire oppure avesse colposamente determinato il sovraindebitamento anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali. Invece, regole simili non si riscontravano per il sovraindebitato che non fosse consumatore.

Nel diritto fino a ieri in vigore, pertanto, anche nelle discipline del sovraindebitamento correva una qualche differenza di considerazione della condotta anteatta del debitore-imprenditore da un lato e del consumatore dall'altro. Nel primo caso questa condotta restava sostanzialmente irrilevante ai fini della valutazione sulla meritevolezza del soggetto ad accedere alla procedura. Diverso era il caso del consumatore. L'organismo di composizione della crisi doveva, infatti, ricostruire le ragioni del sovraindebitamento esponendo una valutazione sulla diligenza tenuta dal consumatore nel contrarre debiti. Cosicché un giudizio negativo sulla condotta anteatta poteva precludere l'accesso al beneficio del piano del consumatore.

Laddove la realtà della persona fisica diviene l'unico oggetto di disciplina (potendo essere classificati come consumatori soltanto persone in carne ed ossa) il giudizio etico sulla condotta non soffrirebbe limiti, e sarebbe richiesto quale presupposto per la concessione del beneficio. In questo assetto assiologico riaffiora ancora una volta l'antico atteggiamento sanzionatorio nei confronti del fallito: meritevole anzitutto di biasimo e poi, eventualmente, di redenzione in contesti sgombri dalla preoccupazione per l'impresa.

Questa differenza di disciplina apre un solco che divide il piano del consumatore dall'accordo di ristrutturazione dell'imprenditore sovraindebitato, compromettendo notevolmente la razionalità del comparto. Infatti in questo ambito l'importanza assai ridotta dell'organizzazione d'impresa non giustifica la divaricazione delle discipline su un profilo così caratterizzate. Si rimedia nel c.c.i., dove si ribadisce che l'imprenditore minore - così come l'imprenditore richiedente il concordato preventivo - non deve aver commesso atti in frode in occasione della procedura (artt. 77 e 106); ma si aggiunge anche che il consumatore e l'imprenditore minore che vogliano accedere al piano di ristrutturazione o al concordato minore devono indicare le cause dell'indebitamento e la diligenza impiegata nell'assumere le obbligazioni (artt. 68 comma 1 e 75). Per il solo consumatore, l'art. 69, comma 1 c.c.i. dispone inoltre che il debitore non può accedere al piano di ristrutturazione se, tra l'altro, ha determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode. I trattamenti sono pertanto perfettamente equiparati.

Ma, al di là di queste osservazioni, come si vede, nelle discipline sul sovraindebitamento l'attenzione alla meritevolezza del creditore valutata con

riguardo al comportamento tenuto nell'assunzione delle obbligazioni condiziona in maniera decisiva la possibilità di accedere alla procedura: che quindi resta comprensibile nelle sue articolazioni secondo la mentalità del "beneficio" concesso a certe condizioni al debitore che se ne mostri meritevole. Queste regole non confliggono con l'eliminazione, nel diritto della crisi di impresa, del giudizio di meritevolezza nei confronti dell'imprenditore. La presenza dell'impresa in questo secondo ambito e la sua assenza nel primo servono a giustificare abbondantemente questa netta differenza di regolamentazione.

Quando cade in questione *esclusivamente* il rapporto fra debitori e creditori, la tutela del credito si fa comprensibilmente intransigente, in quanto non si tratta di considerare *anche* le ragioni dell'impresa. Se la valutazione dell'ordinamento deve limitarsi alle condotte del debitore e alla pretesa di soddisfacimento dei creditori, la condotta di assunzione del debito diviene decisiva ai fini dell'accesso al "beneficio". L'esito della procedura di composizione del debito, in cui quel beneficio consiste, infatti, nella *esdebitazione* del debitore. Le antiche ragioni della concezione del concordato preventivo come beneficio risiedono nella natura esdebitativa della procedura, quale procedura di composizione negoziale del debito. Queste stesse ragioni permangono intatte nelle procedure, di identica natura, sulla composizione negoziale del debito nell'ambito del sovraindebitamento. Invece, quando accanto alla composizione del debito occorre considerare la ristrutturazione dell'impresa, per una sopravvenuta sensibilità a favore dell'impresa, le ragioni di quest'ultima comprimono le ragioni - altrimenti intatte - dei creditori.

Troviamo conferma di questa concezione nelle regole sulla esdebitazione prima contenute nella procedura di fallimento e oggi in quella di liquidazione giudiziale e nella procedura di liquidazione del sovraindebitato (liquidazione controllata nel c.c.i.). In entrambi i casi è facile constatare una notevole sovrapposizione fra le condizioni, sempre soggettive, di meritevolezza poste alla base della concessione del beneficio dell'esdebitazione (cfr. artt. 142 ss. l.f.; 14 *terdieces* l. n. 3 del 2012). Nel c.c.i. le condizioni per l'esdebitazione sono disciplinate senza distinzioni categoriali, alle stesse condizioni sia per i debitori civili che per gli imprenditori, anche collettivi. Nella materia della esdebitazione - che consiste "nella liberazione dei debiti e comporta la inesigibilità, nei confronti del debitore, dei crediti rimasti insoddisfatti nell'ambito di una procedura concorsuale che prevede la liquidazione dei beni" (art. 278, comma 1, c.c.i.) - la realtà dell'impresa non assume nessun peso, giacché cade in questione esclusivamente la condizione di insuperata insolvenza del debitore e l'esigenza di recuperare quel soggetto alla vita economica. Evidentemente, le condizioni di questo recupero debbono

prendere in considerazione la condotta del debitore nella assunzione delle obbligazioni. Soltanto un soggetto responsabile ma sfortunato può essere esdebitato in oggettivo pregiudizio delle ragioni dei suoi creditori.

In conclusione, nella materia del fallimento civile (più esattamente, e d'ora in avanti, del *sovraindebitamento*) l'orientamento della tutela alla esclusiva salvaguardia dell'interesse dei creditori, mitigata solo dallo spazio aperto per il beneficio dell'esdebitazione, diventa plausibile. La restrizione della platea dei soggetti interessati alla gestione dell'insolvenza nell'ambito dei creditori concorsuali appare solidamente giustificata.

### *5. Le procedure sul sovraindebitamento nella legge del 2012*

I procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio stabiliti nella l. n. 3 del 2012 erano indirizzati a porre rimedio alle situazioni di (crisi da) sovraindebitamento che colpiscono debitori non assoggettabili alle procedure concorsuali tradizionali<sup>10</sup>. La struttura degli istituti può essere così schematizzata.

I debitori avevano facoltà di concludere un "accordo" con i creditori secondo una procedura di composizione della crisi; al consumatore era inoltre consentito di proporre un piano di ristrutturazione. Accordo e piano integravano l'oggetto di una procedura: la "procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento". Nei casi stabiliti dalla legge (annullamento o risoluzione dell'accordo, cessazione degli effetti del piano omologato per causa imputabile al consumatore) questa procedura poteva essere convertita, su istanza del debitore o dei creditori, in una "procedura di liquidazione del patrimonio".

La legge discorreva di "accordo di ristrutturazione dei debiti"; la formula corrisponde a quella adoperata nell'art. 182 *bis* l.f. (e 57 c.c.i.) per descrivere il contratto compositivo della crisi d'impresa, concluso tra debitore fallibile e creditori e assoggettabile ad omologazione. Discorreva, inoltre, di "piano del consumatore", con formula assimilabile a quella adoperata nell'art. 67, comma 3, lett. d), l.f. (mentre finalmente, in maniera nettamente più esatta, l'art. 56 c.c.i. è rubricato agli "accordi" attuativi di piani attestati di risanamento) per alludere al contratto compositivo della crisi d'impresa, concluso tra debitore fallibile e creditori e non assoggettato

---

<sup>10</sup> Sulla legge cfr. i saggi raccolti in Aa.Vv., *La 'nuova' composizione della crisi da sovraindebitamento*, a cura di Di Marzio, Macario, Terranova, Milano, 2013; v. inoltre Aa.Vv., *Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento* a cura di Bonfatti, Falcone, Milano, 2014; v. infine Aa.Vv., *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, cit.

ad omologazione. La suggestione terminologica potrebbe indurre l'idea che si trattasse effettivamente di contratti. Senonché tali atti erano inseriti, come accennato, in procedure. Questo inserimento determinava un rilevante aumento di complessità di entrambe le figure: le contenute (accordo, piano) e la contenente (procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento). Benché la natura contrattuale di una figura sia incompatibile con una essenza processuale, dovrebbe convenirsi che tale incompatibilità non coinvolge la struttura - processuale - che essa può assumere. Il limite di tale compatibilità è nel fatto che la natura contrattuale del rimedio ne esclude il carattere *concorsuale*. Dunque, laddove vi sono procedure possono esservi contratti (i contratti possono essere declinati in percorsi processuali; ad esempio possono essere assoggettate procedure di omologazione); ma non possono esservi contratti laddove ci sono procedure che siano concorsuali, ossia rette dal principio della parità di trattamento di tutti i creditori.

Un primo rimedio era dato dall'“accordo di ristrutturazione dei debiti” intercorrente tra il sovraindebitato e i suoi creditori; funzione di detto accordo era infatti la risoluzione del problema costituito dal sovraindebitamento. Il legislatore si era ispirato a un fenomeno antico, la contrattazione per il superamento dell'insolvenza, sia pure calata in un contesto procedurale. La disciplina in esame, però, si spingeva ben oltre: offrendo un rimedio molto più complesso di un semplice accordo, e di cui il rapporto di natura negoziale tra debitore e creditori (che la legge chiama “accordo”) appariva essere soltanto un componente. L'accordo per superare il sovraindebitamento doveva essere raggiunto secondo una precisa *procedura* legale. Per apprezzare questo aspetto è necessario sempre avere presente che la regola costitutiva del contratto si esaurisce, essenzialmente, nel *consenso*. Per aversi un contratto occorre - è necessario, ma anche sufficiente - raggiungere un accordo; ed è tale la forza concettuale del consenso da riassorbire in sé l'idea stessa del suo prodotto, e cioè il contratto. La legge può attardarsi sulle condizioni, sulle circostanze e sulle modalità del consenso; può disporre forme particolari, e attribuire significato a fatti altrimenti equivoci, tirando fuori il consenso anche da un silenzio sufficientemente eloquente. Ma, oltre a tutto questo, non si va. In particolare, la legge non si preoccupa di proceduralizzare la fase di formazione dell'accordo e tantomeno di assoggettare questo delicato momento a controllo giudiziario. E invece, proprio così sembrava accadere nel nostro caso: dove debitore con eccesso di debiti e creditori potevano accordarsi (ossia concluderebbero contratti) per superare il sovraindebitamento secondo una procedura di “raggiungimento” dell'accordo; procedura affidata al controllo giudiziario e fondata anche

sull'apporto di organismi di sostegno. Al cosiddetto "organismo di composizione della crisi", era infatti attribuito il generale e pervasivo compito di assumere "ogni opportuna iniziativa funzionale alla predisposizione del piano di ristrutturazione e alla buona riuscita dello stesso" (art. 15, comma 5). Dunque, un esercizio dell'autonomia privata non semplicemente secondo regole processuali (come capita ai cosiddetti contratti giudiziali) ma per di più assistito da pubblici poteri: amministrativo e giudiziario, i quali potevano esprimere decisioni *conformative* del piano di ristrutturazione, e dunque della proposta rivolta ai creditori: eterointegrando, in tal modo, il contenuto dell'atto in superamento della volontà delle parti dello stesso.

Ciò, tuttavia, non soltanto è lontanissimo dall'idea di contratto, ma per di più è quanto in qualche misura avviene in determinate procedure concorsuali come i concordati. Mentre nulla di tutto ciò capita nei contratti sulla crisi di impresa, pur disciplinati in quanto tali e pur suscettibili di un qualche controllo giudiziario che non determina mai il contenuto dell'accordo<sup>11</sup>. Diventa perciò importante chiarirsi bene le idee sulla portata effettiva della novità, data da un istituto che sembrerebbe trovarsi in bilico tra contratto e procedura concorsuale di insolvenza: senza nasconderci che il permanere di zone oscure nuocerebbe ulteriormente a una esperienza applicativa finora caratterizzata dall'insuccesso.

L'art. 11, pur intitolandosi al "raggiungimento dell'accordo" e pur discorrendo di "consenso dei creditori", stabiliva che ai fini dell'omologazione dell'accordo questo "consenso" - peraltro prestabile anche per silenzio assenso - doveva essere raggiunto tra il debitore e i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dell'ammontare dei crediti; precisando significativamente che ai fini del raggiungimento di tale maggioranza non erano computati i creditori garantiti per i quali la proposta prevedeva l'integrale pagamento, a meno che essi non rinunciassero in tutto o in parte alla prelazione. Inoltre, l'art. 12, comma 3, stabiliva l'obbligatorietà dell'accordo omologato per tutti i creditori già tali al momento della pubblicazione della proposta. Infine, l'art. 12, comma 2, disponeva che i creditori che non hanno aderito all'accordo - e per i quali, come detto, lo stesso è nondimeno vincolante - oltre ai creditori esclusi e a qualunque interessato potessero in sede di omologa contestare la convenienza dell'accordo.

La legge definiva come "accordo" (contrattuale) una deliberazione (concordataria)<sup>12</sup>. Qualora i creditori esprimessero un consenso in senso

<sup>11</sup> Come accade per gli accordi di ristrutturazione dei debiti in forma "pura", assoggettati una volta raggiunti a omologazione del tribunale. Sul tema cfr. Gentili, *Autonomia assistita ed effetti ultra vires nell'accettazione del concordato*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 350.

<sup>12</sup> Cfr., per l'esposizione della tesi, Di Marzio, *'Contratto' e 'deliberazione' nella gestione della*

proprio, non avrebbe senso distinguere tra creditori chirografari e creditori garantiti. La distinzione vale infatti a porre limiti al trattamento del credito nelle procedure concorsuali deliberative (nel chiaro senso che, risiedendo la garanzia del pagamento nella conversione in denaro dell'oggetto su cui grava la causa di prelazione, il creditore è escluso dalla deliberazione concordataria, la quale conseguentemente non può conformare la sua posizione creditoria). Invece, il problema non si pone nei contratti, essendo rimessa la ristrutturazione del credito non ad una deliberazione maggioritaria ma al consenso tra debitore e singolo creditore. La distinzione tra creditori garantiti e creditori chirografari nell'"accordo di ristrutturazione" del sovraindebitato si spiega agevolmente con il fatto che l'"accordo" approvato a maggioranza è efficace non soltanto rispetto ai creditori che lo hanno approvato, ma anche rispetto ai creditori in disaccordo; creditori questi ultimi che non sono affatto parti dell'"accordo", ma che nondimeno ne restano vincolati. Il che è incompatibile con il concetto di contratto (che non produce di norma effetti nei confronti dei terzi se non quando è concluso a beneficio degli stessi: cfr. art. 1372, 1411 c.c.) ed è invece tipico della deliberazione maggioritaria, la quale vale non solo per i creditori consenzienti ma anche per i creditori dissenzienti<sup>13</sup>.

L'esatta qualificazione della fattispecie "accordo di ristrutturazione" del sovraindebitato come procedura concorsuale anziché (e sulla scorta della assimilazione alla figura disciplinata dall'art. 182 *bis* l.f., adesso 57 c.c.i.) come contratto sulla crisi d'impresa serviva a chiarire che anche in detta procedura - di natura appunto concorsuale - vigeva la regola della parità di trattamento dei creditori, fatte salve le cause legittime di prelazione (cfr. art. 2741 c.c.)<sup>14</sup>. L'applicazione della regola della parità di trattamento era determinata dalle condizioni di legittimazione della deliberazione maggioritaria: che in tanto può vincolare anche i dissenzienti in quanto concerne una proposta di soddisfacimento uguale per tutti (o per tutti i creditori racchiusi in una classe omogenea). Dal punto di vista finalistico, questa disciplina, sicuramente estremamente più rozza di quella prevista nella legge fallimentare per il concordato preventivo, si mostrava in realtà maggiormente convincente sul piano sistematico: ciò perché in essa non si

---

*crisi d'impresa*", in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di Di Marzio e Macario, Milano, 2010, 73.

<sup>13</sup> Cfr. D'Attorre, *Il raggiungimento dell'accordo* in Aa.Vv., *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, cit., 501, che stabilisce un chiaro parallelismo tra l'art. 11 della legge sul sovraindebitamento e l'art. 177 l.f. ritenendoli entrambi espressivi dei due principi fondamentali della prevalenza dell'interesse dei creditori e della regola di maggioranza.

<sup>14</sup> Rinvio ancora a Di Marzio, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., 196.

ripropone il problema, tuttora ampiamente irrisolto, della considerazione dell'impresa nel diritto rilevante.

Il piano del consumatore era parzialmente accomunato nella disciplina all'accordo di ristrutturazione (cfr. artt. 6, comma 1; 8; 9); se ne discostava per non essere ribadita a tal riguardo la regola sul consenso (da intendersi come deliberazione) dei creditori. Per l'omologazione del piano del consumatore era sufficiente la positiva deliberazione del tribunale sulla fattibilità dello stesso, mentre i creditori possono soltanto contestare la convenienza del piano omologato (cfr. art. 12 *bis*). Come l'"accordo", anche il piano omologato è obbligatorio per tutti i creditori già tali al momento della pubblicazione della proposta ai sensi dell'art. 12 *bis*, comma 3 (cfr. art. 12 *ter*, comma 2).

Questa configurazione normativa corrisponde a una particolare figura di concordato rinvenibile nel diritto amministrativo della crisi d'impresa: il *concordato coattivo*. Circa la liquidazione coatta amministrativa, le regole generali prevedevano e prevedono un particolare schema concordatario, parzialmente costruito sulle regole procedurali del concordato fallimentare (cfr. art. 214 s. l.f.; 315 c.c.i.), secondo cui i soggetti legittimati alla presentazione della proposta concordataria devono essere autorizzati al deposito della stessa in tribunale dalla autorità amministrativa che vigila sulla liquidazione (e che provvede su parere del commissario liquidatore e sentito il comitato di sorveglianza); la proposta è quindi comunicata ai creditori, che non la votano ma possono opporsi alla omologazione del concordato. Il d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 sulla amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi prevede una soluzione concordataria assimilabile alla precedente (cfr. artt. 78 s.). Il proponente deve essere autorizzato al deposito della proposta concordataria in tribunale dal ministero dello sviluppo economico (che provvede su parere del commissario straordinario e sentito il comitato di sorveglianza); la proposta è comunicata ai creditori che possono opporsi alla omologazione del concordato secondo lo schema precedentemente illustrato. In entrambi i casi, poiché non è prevista la fase di approvazione della proposta per deliberazione dei creditori, il concordato ha natura *coattiva*: mentre costituisce in qualche misura espressione di autonomia privata del proponente, invece non costituisce espressione di autonomia dei creditori. Quest'ultimo carattere è decisivo per la ricostruzione sistematica degli istituti, i quali appaiono ontologicamente diversi dai concordati assoggettati a deliberazione. Mentre questi sono approvati dai creditori, invece quelli sono in effetti approvati, per omologazione, dal tribunale.

La giustificazione di questa peculiare configurazione, già presente nelle vecchie discipline della liquidazione coatta, è stata agevolmente



individuata nella tutela dell'interesse pubblico a cui presiede la disciplina legale<sup>15</sup>; e dunque nell'esigenza di evitare che la deliberazione negativa dei creditori vanifichi una proposta autorizzata dal potere amministrativo e perciò ritenuta conforme all'interesse pubblico. Questa giustificazione, assolutamente ragionevole sotto il profilo teleologico, non favorendo in nessun modo l'inquadramento della figura nello schema generale e conosciuto del concordato, schema imperniato sulla deliberazione dei creditori, induce l'idea che il concordato coattivo non sia altro che una procedura avviata da una istanza esecutiva e definita da un provvedimento giudiziario pur esso esecutivo.

Tali conclusioni sono riferibili anche alla procedura imperniata sul piano del consumatore, imperativamente costruita in vista della realizzazione dell'interesse, di *ordine pubblico economico* al recupero del consumatore al consumo responsabile attraverso la procedura dell'esdebitazione e la definizione ragionevole della situazione di sovraindebitamento di coloro che non svolgono una attività economica. La qualificazione del piano del consumatore come concordato coattivo implicava la natura concorsuale della procedura e dunque il rilievo della regola generale della *par condicio creditorum*, secondo quanto già esposto in tema di "accordi". L'interesse posto alla base della procedura, assicurato dall'intervento dell'organismo di composizione e del tribunale, determinava una *protezione* del consumatore che si giustificava per la sua presupposta debolezza contrattuale, presupposizione che giustificava inoltre la mancata previsione, in alternativa, di contratti protetti. La scelta di rinunciare all'istituto del contratto protetto si poneva in linea con tutta la legislazione contrattuale consumeristica, fondata sulla realistica constatazione dell'assenza di potere contrattuale del consumatore e sull'attribuzione all'autorità giudiziaria e all'autorità amministrativa di poteri conformativi sia del contratto di consumo che delle condizioni abusive contenute nei modelli contrattuali diffusi dall'impresa sul mercato.

Sia l'accordo di ristrutturazione che il piano del consumatore potevano articolarsi non solo nel senso della ristrutturazione del debito rigorosamente intesa ma anche nel senso della liquidazione del patrimonio del debitore (cfr. art. 6). In tali casi la modalità liquidatoria era oggetto di esercizio dell'autonomia negoziale (di debitore e creditori nell'accordo; del solo consumatore proponente nel piano, infatti non deliberato dai creditori).

Nella diversa fattispecie della procedura (concorsuale) di liquidazione, invece, questa modalità di composizione della crisi da sovraindebitamento

<sup>15</sup> Cfr., in generale, Cfr. Aur. Candian, *Liquidazioni coatte amministrative*, Milano, 1940, 57; Belviso, *Tipologia e normativa della liquidazione coatta amministrativa*, Napoli, 1973, 48 ss.



prescindeva dall'esercizio dell'autonomia negoziale. Una prima ipotesi era disciplinata dall'art. 14 *ter*, e concerne la procedura di liquidazione aperta su domanda del debitore. Una seconda ipotesi era disciplinata dall'art. 14 *quater*, e concerne la procedura di liquidazione aperta, anche su istanza dei creditori, in seguito alla conversione della procedura di composizione (della crisi da sovraindebitamento) nei casi tassativi dell'annullamento dell'accordo o di cessazione degli effetti dell'omologazione per inadempimento nei confronti delle amministrazioni pubbliche; o di cessazione degli effetti dell'omologazione del piano del consumatore per compimento di atti in frode ai creditori; o di risoluzione dell'accordo per fatto imputabile al debitore; o infine di cessazione degli effetti dell'omologazione del piano del consumatore per inadempimento imputabile degli obblighi derivanti dal piano (più correttamente: dall'offerta adempitiva veicolata dal piano).

Qui l'assimilazione nel trattamento del debitore civile e commerciale si consumava, come pure si suggerì nell'antico dibattito, sul terreno del fallimento (concretizzandosi nella proposta del fallimento civile). Al diverso procedimento, a carattere negoziale e concernente la composizione del debito (procedimento diverso dal fallimento anche se non, in questo caso, a esso alternativo), subentrava una procedura liquidativa di stampo fallimentare. Né questa rinnovata primavera del fallimento, procedura concorsuale sopra tutte screditata - e ciò per la consolidata coscienza della inettitudine del fallimento a tutelare convenientemente gli interessi affidati, compreso l'interesse dei creditori - si mostrava in se stessa criticabile e inopportuna. L'inettitudine del fallimento alla tutela efficace dei creditori, strettamente connesso alla insufficiente considerazione, in quella procedura, della realtà dell'impresa, non si riscontra rispetto alla liquidazione del debitore civile. Infatti, l'inadeguatezza del fallimento alla piena tutela dell'interesse dei creditori è dovuta all'effetto di cessazione dell'attività che l'apertura della procedura normalmente comporta. Il prevalente (e sostanzialmente assorbente) carattere di esecuzione collettiva sui beni del debitore, proprio della procedura di fallimento, si mostra inconciliabile con il carattere "dinamico" della responsabilità patrimoniale d'impresa. Nel caso del debitore civile deve invece affermarsi il contrario, giacché il carattere "statico" della responsabilità patrimoniale che viene in rilievo fa apparire il fallimento (o comunque una procedura condotta su regole di matrice 'fallimentare') una soluzione non soltanto del tutto appropriata ma anche certamente preferibile all'esecuzione individuale in cui, per l'insolvenza del debitore, non solo potrebbero trovarsi affollate le pretese di un numero eccessivo di creditori, ma potrebbero essere iniquamente premiate le

iniziative dei creditori più scaltri e reattivi.

La differenza fondamentale che permaneva tra procedura di liquidazione e fallimento è nel fatto – sorprendente – che, mentre quest’ultimo poteva essere dichiarato aperto non soltanto su domanda del debitore ma anche sul domanda del creditore oltre che su richiesta del pubblico ministero, invece la liquidazione del sovraindebitato presupponeva la domanda dell’interessato; era prevista anche l’iniziativa del creditore, la quale era tuttavia esperibile solo in caso di inadempimento del debitore, frode o altre condotte sleali connesse alla procedura di ristrutturazione (va ricordato: attivata, con legittimazione riservata, dal debitore).

### *6. Il sovraindebitamento nella legge delega*

Prevede l’art. 9, comma 1, che nell’esercizio della delega il Governo proceda al riordino e alla semplificazione della disciplina sul sovraindebitamento contenuta nella l. n. 3 del 2012. L’occasione era importante perché ha consentito di riscrivere in modo meno approssimativo una disciplina pregiudicata dalla scarsa qualità del testo<sup>16</sup>. L’obiettivo del riordino e della semplificazione si impone rispetto ai principi della delega, che riguardano aspetti non centrali, e spesso marginali o secondari, che non colgono gli aspetti di criticità appena segnalati (la natura dell’“accordo”; la legittimazione alla domanda di apertura della liquidazione) . Sicuramente, alcuni spunti rinvenibili nella delega appaiono illuminanti, così il principio per cui nella procedura dovranno essere ricompresi i soci illimitatamente responsabili (art. 9, comma 1, lett. a)): che si allinea a quello fissato dall’art. 6, comma 1, lett. o), sui presupposti per l’estensione degli effetti esdebitatori ai soci illimitatamente responsabili che siano garanti della società.

Per il resto, i principi della delega riguardano questioni anche rilevanti ma mai centrali. In primo luogo, è stabilita l’individuazione di criteri di coordinamento nella gestione delle procedure per sovraindebitamento riguardanti più membri della stessa famiglia (art. 9, comma 1, lett. a)). Inoltre, nella relazione dell’organismo dovrà essere indicato se il soggetto finanziatore ai fini della concessione del finanziamento abbia tenuto conto del merito creditizio del richiedente valutato in relazione al suo reddito disponibile dedotto l’importo necessario a mantenere un dignitoso tenore

<sup>16</sup> Cfr. Ibba, *Liberalizzazioni, efficienza del sistema economico e qualità della produzione legislativa*, in *Giur. comm.*, 2013, 242.

di vita (art. 9, comma 1, lett. a)). Circa il piano del consumatore, si prevede che esso possa comprendere anche la ristrutturazione dei crediti derivanti da contratti di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio o della pensione e dalle operazioni di prestito su pegno (art. 9, comma 1, lett. d)). È poi fissata una direttiva sulle misure sanzionatorie, eventualmente di natura processuale, con riguardo ai poteri di impugnativa e di opposizione a carico del creditore che abbia colpevolmente contribuito all'aggravamento della situazione di indebitamento (art. 9, comma 1, lett. l)).

L'art. 9, comma 1, lett. b), detta un principio in raccordo a quello, fissato in via generale in tema di continuità aziendale, dall'art. 2, comma 1, lett. g), concernente l'elaborazione di soluzioni volte a promuovere la continuazione dell'attività svolta dal debitore, nonché le modalità della loro eventuale conversione nelle soluzioni liquidatorie (in cui, per le imprese, potrà realizzarsi la c.d. continuità aziendale indiretta). Il principio lascia perplessi perché, nella sua univocità, sembra contraddire l'assunto di base della disciplina del sovraindebitamento dell'operatore economico non fallibile: ossia l'irrelevanza dell'attività economica esercitata. In altri termini, regole sulla continuità aziendale, in quanto in protezione dell'impresa, si giustificano molto difficilmente nella disciplina del sovraindebitamento: a meno che non siano funzionalizzate alla tutela (non dell'impresa ma) del soggetto debitore.

Infine, la legge delega ampliando il raggio delle ipotesi finora previste, dispone che l'iniziativa per la conversione in procedura liquidatoria nei casi di frode o inadempimento dovrà essere attribuita non solo al tribunale ma anche ai creditori e al pubblico ministero (art. 9, comma 1, lett. m)). Il che riduceva, ma non rimuoveva, il problema segnalato al riguardo.

### *7. Il sovraindebitamento nel codice. Contratti*

Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza reca disposizioni sui doveri del debitore coinvolto in un contratto o in una procedura di insolvenza. L'art. 4 c.c.i. prevede che nelle procedure e nei contratti, oltre che nelle trattative che li precedono, il debitore e i creditori devono comportarsi secondo correttezza e buona fede. Attraverso il richiamo della clausola generale della buona fede – che costituisce il fondamentale dovere del debitore e del creditore secondo l'art. 1175 c.c. - il paradigma del rapporto obbligatorio, già valido per l'intero diritto civile, è stabilito come *criterio ordinante* anche del diritto speciale.

Il generale dovere di buona fede del debitore è specificato in tre ordini di lealtà: lealtà informative; lealtà di azione; lealtà di gestione. In primo luogo il debitore ha il dovere di una esaustiva informazione ai creditori di tutto ciò che concerne la condizione dell'impresa e la strategia di contrasto alla crisi d'impresa e all'insolvenza. In secondo luogo, sempre al fine di non pregiudicare ulteriormente i diritti dei creditori, il debitore ha il dovere di assumere tempestivamente le iniziative idonee alla rapida definizione della procedura. Infine, il debitore ha il dovere di gestire il patrimonio destinato all'impresa o l'impresa coinvolti nella procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza nell'interesse, definito prioritario, dei creditori.

Tutti i doveri del debitore sono indirizzati alla realizzazione dell'interesse dei creditori. Benché abbiano ad oggetto l'informazione sulla crisi d'impresa, l'iniziativa sulla crisi d'impresa e la gestione dell'impresa in procedura, l'interesse che deve guidare la scelta del debitore è sempre la tutela ottimale dei creditori.

Nella relazione tra debitore e creditori, incentivata ai fini della ristrutturazione del debito, si aprono spazi per abusi e condotte illecite, dannose verso terzi estranei alle trattative e agli accordi. Nella distanza che corre tra protezione di tentativi contrattuali di ristrutturazione condotti in buona fede e senza perseguire scopi fraudolenti da un lato e contratti finalizzati a minimizzare i costi dell'insolvenza tra le parti per caricarli su terzi innocenti dall'altro, si apre lo spazio di discussione sul tema, non ancora sufficientemente indagato, della responsabilità a cui si espongono i protagonisti delle trattative avviate per la conclusione di contratti sulla crisi d'impresa.

In questo contesto generale va collocata la più rilevante novità introdotta nel codice: la possibilità per il debitore sovraindebitato, diverso dal consumatore, di fruire della disciplina degli accordi attuativi di piani aziendali di risanamento (art. 56 c.c.i.). Mentre infatti gli accordi di ristrutturazione debiti risultano testualmente riservati ai cosiddetti "imprenditori non minori" (art. 57, comma 1, c.c.i.) questa limitazione non è prevista per gli accordi sui piani attestati.

Sarebbe certamente preferibile che in sede di correttivo, la disposizione fosse ulteriormente modificata, dichiarando *espressamente* che tali accordi sono esperibili anche dai cosiddetti "imprenditori minori"; ma questi ultimi debbono ritenersi comunque ricompresi tra i destinatari della disciplina. La novità è grande perché, come esposto, gli accordi di ristrutturazione del sovraindebitato costituiscono in realtà procedure di stampo concordatario; pertanto, al momento, per l'insolvenza civile non sono previste fattispecie contrattuali di ristrutturazione, finalizzate a realizzare una protezione dell'attività esecutiva dalle azioni di risarcimento danni e di conservazione

della garanzia patrimoniale che potrebbero essere esperite dai creditori rimasti estranei agli accordi. Cosicché, per la prima volta, accanto alla generale modalità contrattuale realizzata sul mercato con esclusiva ottemperanza alle regole del codice civile, anche per il debitore sovraindebitato (diverso dal consumatore) si apre la possibilità di concludere contratti in considerazione di regole aggiuntive stabilite nel diritto dell'insolvenza.

L'importanza della novità si coglie appieno considerando che l'intero sistema dell'autotutela del credito è inteso a favorire il meccanismo di selezione degli imprenditori inefficienti attraverso la mancata protezione giuridica dei contratti stipulati con questi soggetti inaffidabili. Così come chi si trova ad essere creditore di un debitore insolvente può attivare poteri di autotutela per liberarsi da questa scomoda posizione, allo stesso modo chi non è ancora creditore e accetta di concludere contratti con imprenditori insolventi sopporta una serie notevole di rischi. Primo fra tutti, il rischio dell'inadempimento; ma accanto a questo rischio interno al rapporto vi sono rischi esterni, relativi alle azioni per danni che possono essere avviate da tutti coloro che si ritengono danneggiati dall'attività contrattuale e dal ritardo nell'apertura della procedura concorsuale. Questi gravi rischi, che di solito inducono alla prudenza i creditori e impediscono la conclusione di contratti di ristrutturazione del debito (nelle forme dei contratti "stragiudiziali") possono essere contenuti se la contrattazione si effettua sotto la protezione del diritto, protezione che può essere concessa se il contratto è finalizzato, in conformità all'interesse della comunità dei creditori (e anche all'interesse pubblico) alla ristrutturazione<sup>17</sup>.

La protezione può assumere una diversa intensità. In primo luogo, possono essere stabilite regole *sostanziali* di salvaguardia dei contratti dalle azioni di danno e dalle azioni revocatorie. In secondo luogo, possono essere stabilite regole *procedurali* all'interno delle quali deve essere contenuta la trattativa precontrattuale e deve essere concluso l'accordo raggiunto, con ulteriore resistenza dei contratti alle aggressioni dei terzi danneggiati.

L'intensità dei rischi della contrattazione in occasione dell'insolvenza è ripagata dall'efficienza dello strumento. La conclusione di contratti (accordi stragiudiziali, piani attestati, accordi di ristrutturazione dei debiti) di ristrutturazione (dell'impresa e) del debito con i creditori costituisce il metodo più efficiente e di maggior successo per superare situazioni di crisi tempestivamente affrontate.

C'è poi da fare un'ulteriore considerazione. Come accennato, la ristrutturazione dei debiti può essere formalizzata in un piano posto alla base

<sup>17</sup> Cfr. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, IV, Milano, 1974, 2756 ss.: "concordemente si costruisce la nozione di questo concordato sotto l'aspetto di un accordo che ha per *causa* di evitare il fallimento".

non solo di contratti, ma in alternativa, di concordati deliberativi (concordato preventivo, fallimentare, concordato nella amministrazione straordinaria delle imprese c.d. 'grandissime'), o di concordati coattivi (concordato nella liquidazione coatta amministrativa e nella amministrazione straordinaria di cui al d.lgs. n. 270 del 1999; piano del consumatore sovraindebitato).

Queste tre strutture della decisione condizionano diversamente le possibilità della ristrutturazione, secondo un ventaglio che gode della massima apertura nei contratti, e dell'apertura minima nei concordati coattivi. Questo effetto dipende dal fatto che nella ristrutturazione dei debiti programmata in un piano pensato per costituire base di un contratto sulla crisi di impresa la struttura della decisione non determina alcun tipo di condizionamento. La proposta di accordo è indirizzata individualmente a ciascun creditore, ed è calibrata con riguardo allo specifico rapporto obbligatorio, pure essendo quest'ultimo considerato nel contesto della generale strategia di superamento della crisi della impresa e dunque di recupero dello stato di solvibilità del debitore. Poiché la struttura della decisione si esaurisce nel consenso del singolo creditore sulla proposta contrattuale a lui rivolta, il contenuto della proposta è del tutto libero. La tutela del diritto di credito è infatti assicurata dall'esercizio della libertà contrattuale del creditore: che potrà rifiutare la proposta, prospettare una controproposta oppure accettare la proposta, con ciò legittimando in pieno la conformazione del rapporto obbligatorio secondo quanto convenuto. La proposta non soffre pertanto limiti contenutistici di sorta, potendo il debitore liberamente determinarne il *contenuto* nei limiti imposti dalla legge (cfr. art. 1322 c.c.). Per tale ragione l'art. 56, comma 1, c.c.i. si limita a disporre che il debitore può proporre ai propri creditori un accordo su un piano di ristrutturazione dei debiti: limitandosi ad un generico riferimento alla funzione (ristrutturazione dei debiti) senza aggiungere nulla sui possibili contenuti della proposta.

Questa amplissima libertà di contenuto si estende ben oltre la specifica area tematica del credito impagato; in particolare, la proposta di accordo può anche essere integrata da profili diversi la cui connessione con il rapporto obbligatorio può essere preesistente o anche essere stabilita nella proposta medesima (pertanto, la ristrutturazione del singolo debito può essere calibrata in considerazione della relazione economica intercorrente tra debitore e creditore e degli sviluppi che la stessa può subire).

La conseguenza più evidente di tale libertà contenutistica è nella possibilità che la proposta concerna *anche* l'assunzione di obbligazioni o di responsabilità da parte del creditore (come discende dalla stipula di un contratto preliminare o dalla acquisizione di una partecipazione in

una società di persone o dall'assunzione della funzione amministrativa in una società di capitali). La proposta resta pertanto assoggettata alle regole generali sulla liceità, validità ed efficacia degli atti unilaterali a contenuto patrimoniale e dei contratti, senza che il diritto della crisi di impresa fornisca regole aggiuntive ed ulteriormente limitative.

In sintesi, la necessità del *consenso* del creditore costituisce la difficoltà, ma anche la forza dello strumento contrattuale. Se per la conformazione del credito si richiede il consenso del titolare dello stesso, allora è da escludere la necessità di ogni regola limitativa dello spazio determinativo della proposta fondata sulla preoccupazione di controllarne gli effetti rispetto al creditore che non ritiene di aderire alla proposta medesima. In questa forza del contratto è anche espressa una preziosa opportunità per il debitore (e i suoi creditori); da qui l'importanza dell'innovazione codicistica sull'estensione dello strumento all'imprenditore minore sovraindebitato.

#### 8. (segue) *Procedure concorsuali*

Se a questo punto concentriamo il discorso sulla disciplina appositamente dedicata al sovraindebitamento, a giudicare dallo schema assunto nel codice, sembra che il legislatore, che si è curato di attribuire il contratto protetto anche all'imprenditore minore, per il resto abbia confermato il carattere di *procedura concorsuale* di tutti gli strumenti in rimedio del sovraindebitamento, accentuando l'evidenza di tale carattere nel testo delle regole positive.

La stessa collocazione delle disposizioni nel codice è suggestiva. La disciplina è nel titolo IV, dedicato agli strumenti di regolazione della crisi, precisamente, nel capo II: dopo il capo I dedicato ai contratti protetti e prima del capo III dedicato al concordato preventivo. Ricca di riferimenti è inoltre l'intitolazione del capo II, rubricato alle *procedure* di composizione della crisi da sovraindebitamento, senza che vi sia spazio per riferimenti ad ipotetici accordi o contratti.

La struttura delle procedure ne conferma il carattere concorsuale. Il piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore (artt. 67 ss.) è assoggettato, anche nel codice, ad omologazione e alla opposizione dei creditori dissenzienti: secondo lo schema del concordato coattivo. Per i debitori diversi dal consumatore è previsto non più un accordo di ristrutturazione dei debiti ma un "concordato minore" (artt. 74 ss.), articolato secondo il modello del concordato: presentazione della domanda;

istruttoria e valutazione di ammissibilità della proposta e della fattibilità del piano, approvazione da parte dei creditori attraverso una deliberazione maggioritaria, omologazione del tribunale. Infine, è prevista una procedura di liquidazione controllata (art. 268 ss. c.c.i.) scandita secondo le classiche tappe della liquidazione giudiziale: apertura della procedura; inventario; accertamento dei crediti; liquidazione; riparto; chiusura.

In queste regole gli scopi del codice si declinano più nettamente, e con meno contraddizioni tra dichiarazioni formali (sulla tutela primaria dei creditori) e realtà sostanziale (delle tutele di un ordine di interessi più vasto, connesso alla continuità dell'impresa). Poiché nella disciplina del sovraindebitamento non c'è l'ingombro concettuale dell'impresa, il paradigma del rapporto obbligatorio riesce a definire esaurientemente l'ordine di problemi dell'insolvenza civile secondo gli schemi tradizionali dell'insolvenza commerciale (le vecchie idee sul fallimento e sul concordato preventivo).

La disciplina è dedicata all'insolvenza del consumatore, del professionista e del cosiddetto "imprenditore minore", ossia di colui che dirige un'organizzazione d'impresa di dimensioni modeste; quelle stesse dimensioni che, nel diritto in vigore, determinano ai sensi dell'art. 1 l.f., segnano la soglia di non fallibilità. L'insieme dei destinatari dunque è composito; ma sembra evidente che l'importanza dell'impresa sia estremamente ridotta: sia perché il consumatore e il professionista sono figure diverse dall'imprenditore (inteso anche nella vasta accezione economica accolta in sede comunitaria); sia perché gli imprenditori minori controllano imprese modeste nell'organizzazione. Nonostante qualche incertezza e opacità nella ricostruzione dei soggetti a cui è rivolta la disciplina, si può dire che essa è sostanzialmente destinata al "debitore civile".

L'inclusione dell'imprenditore minore tra i destinatari delle procedure conferma sicuramente le complicazioni teoriche e pratiche che affliggevano la legge sul sovraindebitamento, in quanto, come accennato, anche sotto il profilo della responsabilità patrimoniale la realtà dell'impresa, per quanto di ridotte dimensioni, è comunque diversa e incommensurabile rispetto alla realtà che determina l'insolvenza civile. Se a queste considerazioni si aggiunge che l'intera struttura del concordato minore corrisponde a quella del concordato preventivo (di cui si limita a costituire una versione semplificata), ecco che la scelta di isolare il trattamento concorsuale dell'imprenditore minore nell'ambito del sovraindebitamento anziché in quello dell'insolvenza d'impresa, rischia di apparire ulteriormente criticabile.

Eppure, dalla scelta del legislatore di confermare gli assetti della l. n. 3 del 2012 emerge una indicazione sulla *direzione* della tutela. L'impresa



e l'insolvenza dell'imprenditore sollevano attenzioni e problemi molto diversi dall'attività di consumo e dell'insolvenza del consumatore. Ma, nella prospettiva della tutela degli interessi, queste differenze si attenuano enormemente fino quasi a scomparire. Un'impresa piccola o piccolissima, di dimensioni talmente trascurabili da non essere assoggettabile alla liquidazione giudiziale, non solleva problemi di continuità aziendale (e di tutela degli interessi connessi) effettivamente eccedenti rispetto alla tutela dei creditori: che quindi soddisfa appieno le finalità della regolamentazione. Nella prospettiva degli interessi tutelati, ciò che infatti conta nella realtà dell'impresa non è il carattere dinamico, che contrassegna l'attività, ma il livello di complessità che caratterizza l'*organizzazione aziendale*.

Nel mondo del diritto il fenomeno economico dell'impresa è stato concettualmente acquisito nella differenza che corre tra la categoria dell'"atto giuridico" e quella dell'"attività", pur essa giuridica<sup>18</sup>; invece l'organizzazione economica è stata per così dire sottostimata nell'ottica patrimoniale che caratterizza la definizione dell'azienda nell'art. 2555 c.c.<sup>19</sup> Eppure, gli interessi connessi all'impresa sono ampiamente dipendenti dalla complessità dell'organizzazione messa in esercizio, piuttosto che dal puro movimento economico in cui quell'esercizio consiste. Ecco perché le dimensioni dell'impresa - talmente decisive da giustificare un diverso trattamento concorsuale, di natura amministrativa, per le imprese di grandissime dimensioni, infatti assoggettate alle leggi sull'amministrazione straordinaria - fanno la differenza nella tutela, e consentono di ridurre notevolmente l'attrito concettuale tra insolvenza commerciale e insolvenza civile rendendo compatibili le discipline del sovraindebitamento per le piccole insolvenze commerciali.

### 9. *Compressione dei diritti dei creditori*

Sempre per tutte le ragioni esposte, nel caso del sovraindebitamento lo schema del rapporto obbligatorio appare ricomprendere tutti gli interessi protetti. Rispetto al diritto tradizionale italiano, si realizza però un apprezzabile riorientamento della tutela tra i due protagonisti del rapporto obbligatorio. La disciplina è finalizzata a consentire al debitore il superamento di

<sup>18</sup> Scrive Auletta, *Attività (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, III, Milano, 1958, 982, l'attività è un "insieme di atti di diritto privato coordinati o unificati sul piano funzionale dalla unicità dello scopo".

<sup>19</sup> Cfr. Ant. Rossi, *Il valore dell'organizzazione dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, 603 ss.

una condizione di esclusione dalla vita economica, temperato con un ragionevole soddisfacimento dei creditori. Cosicché, anche nella disciplina del sovraindebitamento la tutela dei creditori subisce una compressione.

Nella procedura di ristrutturazione prevista per il consumatore la compressione dei diritti dei creditori assume una conformazione particolare, data dallo schema del concordato coattivo ossia del concordato sottoposto a verifica e ad approvazione da parte non dei creditori ma dal giudice. In questo modo l'esito positivo per il consumatore è notevolmente favorito. La disciplina è contenuta nell'art. 70 c.c.i., dov'è previsto che il giudice, se considera ammissibile piano e proposta, ne dispone la pubblicazione; ogni creditore può presentare osservazioni; in ogni caso, il giudice verificata l'ammissibilità e la fattibilità del piano e risolta ogni contestazione, dispone l'omologazione. Ai creditori (e a qualsiasi altro interessato) è attribuito il potere di contestare la convenienza della proposta, ma è il giudice è tenuto ad omologare il piano qualora possa ritenere che il credito dell'opponente possa essere soddisfatto dell'esecuzione del piano in misura non inferiore alla alternativa liquidatoria. Il provvedimento del giudice è reclamabile davanti alla corte d'appello. Ebbene, la sottrazione del piano alla approvazione dei creditori - che possono limitarsi a presentare osservazioni e a contestare la convenienza del piano davanti al giudice che deve decidere l'omologazione senza che il piano sia stato sottoposto preventivamente ai creditori - è chiaramente intesa a facilitare l'omologazione del concordato. Ai creditori è sottratto il potere di autotutela del credito nel concordato, che invece costituisce un potere ordinariamente riconosciuto nell'ambito del diritto ordinario della crisi d'impresa.

Nel caso del concordato minore riservato al professionista e all'impresa di ridotte dimensioni assistiamo comunque a una compressione dei diritti dei creditori, ancorché meno marcata di quanto capiti nel caso del concordato coattivo previsto per il piano del consumatore. Se infatti si paragona la tutela dei creditori nel concordato preventivo e nel concordato minore emergono delle notevoli differenze. La più rilevante concerne l'approvazione della proposta, giacché - a differenza di quanto capita nel concordato preventivo - può avvenire per silenzio-assenso (art. 79, comma 3, c.c.i.). Si determina così una notevole compressione dei diritti dei creditori, al momento prevista nel codice soltanto nell'art. 244 in caso di approvazione del concordato di liquidazione.

Un'altra caratteristica delle procedure di sovraindebitamento intesa a comprimere i diritti dei creditori è data dalle disposizioni che nel piano del consumatore considerano la condotta pregressa di taluni creditori che si sono resi complici della situazione di sovraindebitamento venutasi a

creare in capo al debitore (artt. 68 comma 3; 69 comma 2 c.c.i.). Nella disciplina del concordato minore disposizioni simili sono contenute, rispettivamente, nell'art. 76 comma 4 e nell'art. 80 comma 4.

## 10. *Conclusioni*

Il discorso fin qui svolto conferma che quando con la legge sul sovraindebitamento è stata introdotta la regolamentazione della gestione concorsuale dell'insolvenza civile si è certamente conseguito un ampliamento del diritto delle procedure concorsuali, ma al prezzo di uno sfaldamento di quel sistema: da allora in avanti divaricato in due settori molto diversi l'uno dall'altro e differenzialmente compatibili con il sistema del diritto privato generale.

Il diritto della crisi d'impresa, poiché vorrebbe (come indica la stessa denominazione) occuparsi del problema dell'impresa, invece abbastanza estraneo al codice civile, dovrebbe essere sostenuto da una maggiore ambizione di *autonomia*, e porsi come avanguardia del diritto privato dell'impresa: un diritto speciale da collocare accanto al diritto privato generale, di cui dovrebbe riprendere le architetture concettuali per *modellarle* subito dopo secondo le esigenze che segnano la distanza che dovrebbe correre tra il diritto dell'atto e il diverso diritto dell'attività (economica).

A sua volta il diritto del sovraindebitamento dovrebbe essere finalmente compreso nelle sue essenziali caratteristiche di diritto speciale armonicamente inserito nel contesto generale del diritto patrimoniale. Il carattere di specialità dovrebbe essere ricercato non solo nel trattamento concorsuale a cui è sottoposto il patrimonio responsabile, ma soprattutto nella possibilità della esdebitazione connessa alla omologazione del piano del consumatore o del concordato minore oppure anche alla chiusura della liquidazione controllata.

L'effettiva acquisizione di questa consapevolezza dovrebbe consentire un passo ulteriore: che affrancherebbe l'intero settore del sovraindebitamento dal condizionamento costrittivo del possibile effetto esdebitativo connesso alle procedure concorsuali. Se si conviene che la specialità di questo diritto risiede soprattutto nella possibilità dell'esdebitazione, ma non anche *esclusivamente* in questa possibilità, bensì pure nel carattere *concorsuale* delle procedure di cui si compone, allora diviene inevitabile considerare che proprio quel carattere concorsuale costituisce il ponte concettuale che tiene insieme le procedure concorsuali del sovraindebitamento con le procedure concorsuali tradizionali; e, nell'ambito delle une e delle altre, con

le fattispecie dei contratti protetti (quelle condivise tra i due settori, come gli accordi attuativi di piani attestati e quelle esclusive dell'imprenditore maggiore, come gli accordi di ristrutturazione dei debiti).

Ecco allora che un'esigenza di armonia sistematica interna al diritto delle procedure concorsuali richiedeva di rimuovere una ingiustificata differenza circa la legittimazione all'istanza o alla richiesta del apertura di una procedura concorsuale di liquidazione. Nelle precedenti versioni del codice tale legittimazione restava confinata al debitore nel caso del sovraindebitamento (art. 268, comma 1, c.c.i.), mentre, per tradizione, il fallimento prima e oggi la liquidazione giudiziale possono essere aperti non soltanto per iniziativa del debitore ma - ed è l'ipotesi più frequente - per iniziativa dei creditori o anche per iniziativa del pubblico ministero.

Dunque, sia per il diritto vigente sia per il diritto prospettico, la procedura di liquidazione era rimessa alla legittimazione riservata del sovraindebitato alla stregua di quanto capita per le procedure di ristrutturazione. Le uniche limitazioni a questa riserva di legittimazione attiva erano integrate da situazioni in cui la legge intende sanzionare la scorrettezza del debitore nel fruire delle procedure di ristrutturazione rimesse alla sua istanza di apertura. La procedura di liquidazione ricadeva pienamente sotto il controllo del debitore (che, se non vuole correre rischi, può astenersi dall'avviare una procedura di ristrutturazione).

Si delineavano pertanto a due concezioni diametralmente opposte della liquidazione del sovraindebitato: valutata come *opportunità* ma valutata anche come *sanzione*. Occorre tuttavia considerare che la liquidazione può costituire un'occasione soltanto per il debitore che possa sperare nell'esdebitazione; mentre per qualsiasi altro debitore costituirebbe al più un esito indifferente. Nei casi di estensione della legittimazione all'istanza di apertura della liquidazione controllata la condotta del debitore che funge da presupposto al conferimento del potere esclude la possibilità della futura esdebitazione. In questo senso si comprende la scelta del legislatore. La liquidazione controllata può costituire opportunità e sanzione, ma per debitori diversi e mai per il *medesimo* debitore.

Ma una conquista piena di razionalità presupponeva un passo ulteriore, e il completamento del parallelismo tra liquidazione controllata e liquidazione giudiziale. In quest'ultima procedura è pur sempre possibile l'esito della esdebitazione per il debitore meritevole; ma la ragione della procedura non si esaurisce in questa possibilità (che non a caso rimane tale, dipendendo dalla condotta tenuta dal debitore comunque assoggettato a liquidazione). Lo stesso dovrebbe valere per la liquidazione controllata. La procedura non

dovrebbe essere a disposizione del debitore onesto e non dovrebbe essere imponibile soltanto al debitore in mala fede. Dovrebbe, in altri termini, essere disponibile anche per i creditori.

Quando Vivante scriveva del fallimento civile si concentrava appunto sulla procedura di liquidazione, e non aveva certamente in mente procedure di ristrutturazione. Coglieva appieno il valore organizzativo della concorsualità. La sua difesa del fallimento civile era argomentata proprio sulla maggiore razionalità della procedura collettiva rispetto alla procedura esecutiva individuale per il trattamento di un problema come l'insolvenza (civile o commerciale che fosse). Avvertiva il futuro legislatore, e dunque *anche* il legislatore del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, sulla necessità di apprestare rimedi perché, come diceva lui, la *libertà* delle esecuzioni individuali non costituisca un *premio* per i creditori più svegli (più pronti, più vicini, meno scrupolosi); a scapito – ammoniva - dei più benevoli e dei più lontani.

Ho segnalato tutto questo in sede di parere richiestomi dal ministero. Nella versione oggi in vigore l'art. 268, comma 2, prevede che la domanda di apertura della liquidazione può essere presentata anche da un creditore, ed anche in pendenza di procedure esecutive individuali. In tal modo, il cerchio si chiude.

*Vendite a domicilio e piramidali: una disciplina ancora attuale.  
Le nuove fattispecie all'attenzione dell'AGCM*

**SOMMARIO:** 1. Oggetto e finalità della legge 17 agosto 2005, n. 173 – 2. Nozione di «vendita a domicilio diretta» – 3. Le esclusioni – 4. L'esercizio d'attività di vendita diretta a domicilio e figure affini – 5. L'attività di «incaricato alla vendita diretta a domicilio» – 6. Disciplina del rapporto di lavoro tra impresa affidante ed incaricato alla vendita diretta a domicilio – 7. Le «vendite piramidali» (o *multilevel marketing*) – 8. Segue: i divieti e le tutele – 9. «Vendita diretta a domicilio» e contratto di *franchising* – 10. Le sanzioni – 11. Restrizione dell'ambito applicativo: vendite piramidali e pratiche commerciali scorrette – 12. Le nuove fattispecie all'attenzione dell'AGCM. Una disciplina ancora d'attualità.

*1. Oggetto e finalità della legge 17 agosto 2005, n. 173*

La legge 17 agosto 2005, n. 173, intitolata «Disciplina della vendita diretta a domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali»<sup>1</sup>, come si può rilevare già dal titolo, si occupa di due materie diverse, anche se connesse<sup>2</sup>: (1) la disciplina delle vendite dirette a domicilio e (2) la tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidale.

Si deve subito premettere che la vendita effettuata presso il domicilio del consumatore rientra tra quelle forme speciali di vendita al dettaglio disciplinate dagli artt. 16-21 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114<sup>3</sup>. La cosiddetta vendita piramidale invece costituisce un fenomeno sempre più presente nelle cronache giudiziarie, ma in ordine al quale non vi è stata, per lungo tempo, una norma-

<sup>1</sup> In *GU* n. 204 del 2-9-2005. Ampia bibliografia in CUFFARO (a cura di), *Il Codice del Consumo*, Milano, V ediz. aggiorn. 2019, 2230 ss.

<sup>2</sup> TRICOMI, *Nuovi strumenti a tutela dei consumatori contro le forme di vendita piramidale*, in *Guida Dir.*, 2005, 37, 22.

<sup>3</sup> V., in generale, CAPITANO - PROTO, *Le forme speciali di vendita al dettaglio*, in *DC*, 1999, 32 ss. nonché, per le singole tipologie, TRIPODI - TASSONE (a cura di), *Vendita*, in CENDON (a cura di), *I Nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, vol. XV, 2 tomi, Torino, 2004.

tiva specifica<sup>4</sup>. L'oggetto della legge è, pertanto, inequivocabilmente, duplice.

È sufficiente a tal fine ricordare come già nei lavori parlamentari si sottolineava la differenza tra i due tipi di vendita, precisando come la diversità è data dalla circostanza che, mentre la vendita diretta ha lo scopo di avvicinare il produttore al consumatore finale, invece, le vendite piramidali tendono semplicemente a moltiplicare i livelli di vendita. In quest'ultima ipotesi l'obiettivo del venditore non è il raggiungimento di provvigioni a fronte della vendita di un prodotto o di un servizio, ma semplicemente l'accesso alla catena, la posizione di venditore in sé e per sé.

Infatti, mentre una società che opera attraverso forme di vendita diretta retribuisce i propri agenti o venditori riconoscendo loro provvigioni direttamente proporzionali alla quantità o al valore del prodotto venduto, in una organizzazione piramidale il prodotto è solo il pretesto per reclutare altri venditori che dovranno pagare all'agente, più o meno consapevolmente, esclusivamente la posizione di rivenditore all'interno della piramide.

A sua volta il venditore appena subentrato cercherà altri venditori a cui far pagare il «diritto d'accesso», i quali a loro volta ne cercheranno altri e così via, indipendentemente dalla quantità di merce venduta o della qualità dei servizi resi.

Le strategie persuasive cui ricorrono i distributori di tali aziende accreditano un'idea settaria il cui intento «si fonda sul concetto di lucrare percentuali di guadagno sul lavoro di altri, penalizzati per il solo fatto di essere arrivati dopo nella piramide» (Relazione al ddl AC n. 2542).

Il venditore che abbia a ricoprire una posizione nella piramide troppo vicina alla base in realtà non riuscirà ad ottenere dal sistema guadagni remunerativi se non a mezzo dell'acquisto di grosse e/o sproporzionate forniture, che però successivamente presenteranno l'enorme problema del loro effettivo piazzamento sul mercato.

Per il raggiungimento di percentuali di guadagno non risibili si dovrà imporre al consumatore l'acquisto di grosse forniture di tali prodotti. Il consumatore viene così portato a sottoscrivere contratti di finanziamento a tassi di interesse altissimi, per l'acquisto di prodotti spesso privi di contenuto economico oppure ad un prezzo di gran lunga superiore a quello di mercato.

Il tema della vendita piramidale è noto, nella prassi e nelle cronache, per aver interessato un gran numero di soggetti allettati da apparentemente facili guadagni, e poi ritrovatisi a subire solo i costi di una decisione avventata.

Le norme *de quibus* sono intervenute in realtà per cercare di regolare un fenomeno in larga espansione e tutelare un numero assai elevato di

<sup>4</sup> AGNINO, *Vendita piramidale*, in TRIPODI - TASSONE (a cura di), *Vendita*, cit., 469 ss.

consumatori raggirati.

La nuova disciplina trae il suo fondamento dalla considerazione che «le vendite dirette, comprese quelle *multilevel*, presentano notevoli elementi positivi: a) la possibilità di offrire nuovi possibilità di impiego (*part time*); b) la comodità della dimostrazione dell'acquisto a domicilio; c) le clausole “soddisfatti o rimborsati”, che sono espressione di quel “diritto di ripensamento” che tutti gli ordinamenti giuridici moderni riconoscono quale diritto inalienabile del consumatore.

Si tratta dunque di iniziative economiche che vanno tutelate colpendo, in modo inequivocabilmente severo, tutti quegli operatori che subdolamente mettono in atto vere e proprie truffe a danno dei consumatori, mascherandole dietro attività di vendita diretta»<sup>5</sup>.

## 2. Nozione di «vendita a domicilio diretta»

La «vendita a domicilio diretta», intesa in senso lato<sup>6</sup>, come collocamento di merci effettuato al di fuori dei locali commerciali nei quali l'imprenditore svolge la propria attività<sup>7</sup>, negli ultimi anni, pur meno diffusa di un tempo, ha continuato a produrre «eventi dannosi per gli acquirenti, in posizione di inferiorità e spesso impossibilitati ad esercitare una qualsiasi scelta»<sup>8</sup> di fronte a tecniche di vendita “aggressive”, come vengono usualmente definite<sup>9</sup>.

La vendita a domicilio è caratterizzata dal particolare contesto ambientale nel quale si conclude il contratto, luogo che è legato alla sfera di interessi del consumatore, alla sua attività o vita di relazione e, in ogni caso, esterno ai

<sup>5</sup> Relazione al ddl AC n. 3008, poi confluito nel citato ddl n. 2542.

<sup>6</sup> PESCE, *Le vendite dirette al consumatore. Aspetti di diritto dell'impresa e della concorrenza in relazione alla nuova legge sul commercio*, in *RDI*, 1973, I, 125 ss.

<sup>7</sup> L'art. 1 della l. n. 173/2005 la descrive come una forma speciale di vendita al dettaglio e di offerta di beni e servizi, di cui all'art. 19, d.lg. 31 marzo 1998, n. 114, effettuate tramite la raccolta di ordinativi di acquisto presso il domicilio del consumatore finale o nei locali nei quali il consumatore si trova, anche temporaneamente, per motivi personali, di lavoro, di studio, di intrattenimento o di svago.

<sup>8</sup> BALZARINI, *Le vendite per corrispondenza*, in AA.VV., *I contratti della distribuzione commerciale*, a cura di DRAETTA e VACCÀ, Milano, 1993, 479 ss. cui *adde*, TASSONE, *Vendita per corrispondenza*, in TRIPODI - TASSONE (a cura di), *Vendita*, cit., p. 183 ss.

<sup>9</sup> In giurisprudenza già prima del d.lgs. 15 ottobre 1992, n. 50 “Vendita fuori dei locali commerciali” (il cui contenuto normativo è oggi inserito nel d.lg. 6 settembre 2005, n. 206 “Codice del Consumo”): Conc. Milano, sez. I, 4 luglio 1991, in *GI*, 1992, I, 2, 24, con nota di DI LORETO, *Gli affari conclusi con i passanti e l'esigenza di proteggere gli acquirenti dai venditori per strada*.



locali nei quali il venditore svolge la propria attività<sup>10</sup>.

Questa forma di vendita è naturalmente soggetta alle disposizioni generali di cui agli art. 1470 ss. cod. civ. in quanto applicabili<sup>11</sup>.

È interessante rilevare come, nell'individuare le modalità della vendita diretta a domicilio, quale forma speciale di vendita al dettaglio e di offerta di beni e servizi *ex art. 19 del d.lgs. n. 114/1998*, non si faccia riferimento alla conclusione del contratto ma alla *raccolta di ordinativi d'acquisto*, locuzione che ritorna anche nella definizione del profilo professionale dell'incaricato alla vendita<sup>12</sup>.

Ciò rafforza l'individuazione della finalità primaria della legge quale regolamentazione della struttura organizzativa di cui intende avvalersi l'imprenditore, precisandosi il rapporto tra imprenditore e incaricato alla vendita e offrendo a quest'ultimo una serie di garanzie.

Secondo la nuova legge, infatti, la vendita a domicilio non rappresenta più una categoria unitaria. Viceversa, vanno distinte le vendite a domicilio "dirette" dalle altre, cioè da quelle che tali non sono; si pensi alle vendite c.d. a distanza, vale a dire quelle al dettaglio realizzate per corrispondenza o tramite televisione o *internet*<sup>13</sup>.

La vendita a domicilio è da ritenersi consentita, se "diretta", soltanto nei casi in cui risulti svolta in conformità alle prescrizioni contenute nell'art. 1 della nuova legge.

Ora, considerato che, in base al medesimo art. 1, per «incaricato alla vendita diretta a domicilio» si intende colui che, con o senza vincolo di subordinazione, promuove, direttamente o indirettamente, la raccolta di ordinativi di acquisto presso privati consumatori per conto di imprese esercenti la vendita diretta a domicilio, dal quadro così sinteticamente ricostruito derivano evidenti e rilevanti implicazioni: la vendita a domicilio "diretta" viene esercitata dalle imprese di cui all'art. 1, comma 1, lett. c), con la presenza nel rapporto con la clientela finale di ulteriori figure soggettive che debbono possedere i requisiti richiesti per essere qualificabili, agli effetti della nuova normativa, come «incaricato alla vendita diretta a domicilio».

---

<sup>10</sup> ALPA, *Le vendite al consumatore*, in *Giur. Sist. Bigiavi, I contratti atipici*, tomo I, Torino, 1991, 491; ANGELETTI, *Vendita al «pubblico»*, in *NNDI*, XX, Torino, 1975, 641 ss.; CAPITANO – PROTO, *Le forme speciali di vendita al dettaglio*, cit., 32 ss.

<sup>11</sup> BERNARDI, *La vendita a domicilio*, in C.M. BIANCA (a cura di), *Le condizioni generali di contratto*, Milano, 1981, II, 111.

<sup>12</sup> TRICOMI, *Nuovi strumenti a tutela dei consumatori contro le forme di vendita piramidale*, cit., 22.

<sup>13</sup> V. il D.lgs. n. 185/1999 sulla vendita a distanza (poi confluito nel D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, Codice del consumo) e il D.Lgs. n. 70/2003 sul commercio elettronico.

### 3. Le esclusioni

Sono esclusi dall'ambito della disciplina la sottoscrizione e la propaganda a fini commerciali di (1) «prodotti e servizi finanziari», di (2) «prodotti e servizi assicurativi», nonché i (3) «contratti per la costruzione, la vendita e la locazione di immobili»<sup>14</sup>.

Le prime due tipologie contrattuali, costituenti una omogenea ed autonoma sottocategoria, sono oggetto di un interesse particolare da parte del legislatore europeo e nazionale, che si concretizza in una normazione speciale di settore.

La loro esclusione, quindi, conferma la volontà di mantenere le rispettive materie al di fuori di una disciplina della tutela del consumatore, di evidente portata generale.

Già la disciplina dei «Contratti negoziati fuori dei locali commerciali» include tra i contratti esclusi dall'applicazione della relativa norma due categorie di contratti, per i quali il legislatore comunitario si è riservato di dettare una autonoma disciplina di tutela del contraente non professionale, e cioè i contratti di assicurazione e quelli relativi a strumenti finanziari.

La *ratio* della deroga, pertanto, è da ravvisare non nelle modalità di conclusione dei contratti, ben potendo essere stipulati al domicilio del consumatore, o più semplicemente fuori dei locali commerciali ed a distanza, ma in ragione «della specificità dei servizi finanziari, che risulta dalla loro natura giuridica particolare, dalla loro complessità, come anche dall'importanza degli impegni e delle conseguenze finanziarie che essi possono comportare per i consumatori».

Quanto ai «prodotti e servizi assicurativi», norme specifiche si possono rinvenire delle disposizioni applicabili nel Codice delle assicurazioni private (D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209).

La terza ed ultima tipologia di contratti, considerata ai fini dell'esclusione dall'ambito di applicazione della legge n. 173/2005, è quella avente ad oggetto i beni immobili, motivata dalla scelta di fondo, operata da tempo dal legislatore comunitario, di considerare gli immobili come beni estranei alla tematica dei consumi e della tutela del consumatore<sup>15</sup>, evidentemente in considerazione della natura intrinseca del bene e del tipo di bisogno che esso è destinato a soddisfare (tendenza come noto in via di recente superamento).

<sup>14</sup> *Amplius* BATTELLI, *Legge* 17 agosto 2005, n. 173 – *Disciplina della vendita diretta a domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali*, in CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, 2006, 796.

<sup>15</sup> ALPA, *Un progetto di direttiva comunitaria in materia di vendite a domicilio*, in *RS*, 1977, 983.

L'esclusione va attribuita<sup>16</sup> alla maggiore ponderatezza che caratterizza la scelta del consumatore nel porre in essere questi contratti<sup>17</sup>.

#### 4. *L'esercizio d'attività di vendita diretta a domicilio*

L'art. 2 della l. n. 173/2005 assoggetta l'esercizio dell'attività di vendita diretta a domicilio al rispetto delle disposizioni del d.lgs. n. 114/1998, nonché alle autorizzazioni previste dalle norme in vigore in relazione alle diverse tipologie di beni o servizi offerti.

La vendita diretta a domicilio costituisce, difatti, di per sé considerata, una modalità di distribuzione di prodotti che si inserisce nel più vasto ambito di quelle forme che vengono attuate mediante la negoziazione e/o la conclusione del contratto fuori dei locali commerciali cui sono dedicati gli art. 45 ss. del Codice del consumo<sup>18</sup>.

Si pone, pertanto, un problema di raccordo tra le disposizioni del richiamato Codice e la disciplina dettata dalla legge in esame ponendo a confronto i rispettivi ambiti di applicazione<sup>19</sup>.

Una peculiarità della vendita diretta a domicilio si rinviene nel carattere «aggressivo» delle modalità di vendita<sup>20</sup>, in quanto lo squilibrio di conoscenza e di organizzazione assume, in questa ipotesi, una connotazione ed una rilevanza particolare.

Devono infatti ritenersi applicabili anche alle fattispecie in esame di vendita diretta a domicilio le disposizioni del Codice del consumo relative agli obblighi di informazione precontrattuali che il professionista è tenuto ad assolvere prima della conclusione di un contratto negoziato fuori dei locali commerciali. Si è osservato che, con riferimento ai contratti a distanza e a quelli negoziati fuori dai locali commerciali, il legislatore (europeo, prima ancora che nazionale) ha dettato un regime di obblighi di informazione

<sup>16</sup> G. CANALE, *Art. 3*, in *Commentario al d.lgs. n. 50 del 1992, attuazione della Direttiva n. 85/577/CE in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in *NLCC*, 1993, 187, nt. 1.

<sup>17</sup> F. MACRÌ, *Contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, Torino, 1998, 33.

<sup>18</sup> Sui quali v. BATTELLI, *sub Art. 45-49. Commento. Contratti fuori dei locali commerciali*, in ALPA e ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005, 329 ss.; ID., in TRIPODI - BELLI (a cura di), *Codice del consumo*, cit., 270 ss.

<sup>19</sup> ASTONE, *I contratti fuori dei locali commerciali*, in LIPARI (a cura di), *Tratt. Diritto Privato Europeo*, Padova, 1997, 802 ss.

<sup>20</sup> ASTONE, *I contratti fuori dei locali commerciali*, cit., 802 ss.; CARTELLA, *La disciplina dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *GCo*, 1992, I, 729.

precontrattuale «a statuto forte»<sup>21</sup>, così definito in quanto suscettibile di ricomprendere non solo i dati identificativi del professionista, le caratteristiche dei beni, le informazioni relative al contratto e gli obblighi da esso derivanti, ma anche tutte quelle informazioni strumentali all'esercizio del diritto di recesso<sup>22</sup>, compreso il modulo tipo di recesso.

Va in proposito precisato che, ai sensi dell'art. 49, comma 5, cod. cons., le informazioni elencate al comma 1 «formano parte integrante del contratto a distanza o del contratto negoziato fuori dei locali commerciali e non possono essere modificate se non con accordo espresso delle parti»<sup>23</sup>.

In particolare, l'art. 50 cod. cons. prevede che il professionista è tenuto a fornire al consumatore le informazioni di cui all'art. 49 – ivi comprese quelle relative alle modalità con cui il consumatore esercita il diritto di recesso riconosciutogli dall'art. 52<sup>24</sup> – su supporto cartaceo o, se il consumatore è d'accordo, su un altro mezzo durevole, in ogni caso in un linguaggio

---

<sup>21</sup> La distinzione tra regimi contrattuali «a statuto debole» e «a statuto forte» si rinviene in S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, in *Contr.*, 2014, 797.

<sup>22</sup> Va in proposito rilevato che, a fronte della strutturale debolezza del consumatore rispetto a determinate modalità di conclusione del contratto particolarmente insidiose, l'ordinamento predispone una serie di misure, che si aggiungono a quelle tradizionali del codice civile, volte a tutelare efficacemente il consumatore. Cfr., in tal senso, A. ZIMATORE, *Presentazione a Profili civilistici dell'errore. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. scuola superiore econ. fin.*, 2005, 12, 174, il quale sottolinea l'inidoneità della disciplina dell'errore e del rimedio dell'annullamento del contratto a tutelare il consumatore, in un'economia caratterizzata dagli scambi di massa. La tutela del consumatore si attua allora «intensificando gli obblighi di informazione sia sul piano formale che sostanziale, sancendo obblighi di chiarezza, comprensibilità e trasparenza delle clausole contrattuali, prevedendo il diritto di recesso in favore del consumatore, estendendo la responsabilità del venditore». Più in generale, sugli obblighi di informazione precontrattuali, si vedano G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1999; A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *RDP*, 2004, 3, 555 ss.

<sup>23</sup> Parla di un tipo di integrazione automatica dell'informazione precontrattuale derivante dal diritto europeo PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo*, cit., 806.

<sup>24</sup> Sulla disciplina del diritto di recesso, con particolare riguardo a quella del recesso dai contratti a distanza, si veda M.P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Milano, 2016, *passim*, spec. 111 ss., ove l'A. sottolinea che la novella del 2014 ha omologato la disciplina del recesso nei contratti a distanza e in quelli negoziati fuori dai locali commerciali, confermando tuttavia i caratteri della unilateralità, discrezionalità e gratuità del diritto in esame. In tema si veda inoltre G. GRISI, *Lo ius poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *RCDP*, 569 ss., il quale rilevava, già sotto il vigore della normativa oggi abrogata, come la regola del recesso risponda in primo luogo a esigenze di conformazione, efficienza e razionalità del mercato, ponendosi solo in un secondo momento come regola dettata a tutela del consumatore.

semplice e comprensibile<sup>25</sup>.

Una siffatta esigenza che le informazioni precontrattuali rivestano una forma particolare sembrerebbe inserirsi in quella tendenza legislativa – denominata “neoformalismo negoziale”<sup>26</sup> – che consiste nel prescrivere la forma scritta a fini informativi o, come è stato affermato, *ad informationem tantum*<sup>27</sup>.

Alla luce di quanto osservato circa gli obblighi informativi prescritti dalla nuova disciplina sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali, appare chiaro, allora, perché questi devono ritenersi applicabili anche alle fattispecie di vendita diretta a domicilio, quali ipotesi di negoziazioni condotte fuori dai locali commerciali. Si consideri, infatti, che la *ratio* della previsione di detti obblighi informativi in capo al professionista riposa sul fatto che il consumatore si trova in condizione d’inferiorità, perché non ha modo, essendo al proprio domicilio (senza che occorra interrogarsi sul quesito se il termine domicilio sia stato usato in senso tecnico o atecnico)<sup>28</sup>, di comparare offerte concorrenti e talora non può esaminare il prodotto oggetto del contratto.

Detto contesto vede fronteggiarsi un operatore commerciale (*rectius*: professionista) organizzato per vendere e un acquirente occasionale, colto di sorpresa, impreparato all’acquisto, che potrebbe non avere l’opportunità

<sup>25</sup> Sottolinea PIGNALOSA, *Contratti a distanza*, cit., 87, che in queste particolari modalità di conclusione del contratto – cioè nei contratti a distanza e in quelli negoziati fuori dai locali commerciali – «contribuiscono ad assicurare un consenso consapevole la chiarezza e la comprensibilità delle informazioni da rendersi in forma scritta, o su altro supporto durevole che ne consenta la conservazione, nonché l’impiego di un linguaggio “semplice e comprensibile”».

<sup>26</sup> Sul tema del neoformalismo, per tale intendendosi quel fenomeno di rinascita del formalismo che caratterizza la legislazione speciale, si veda, per tutti, N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985; ora in ID., *Studi sul formalismo negoziale*, Cedam, Padova, 1997, 29 ss., spec. 73, ove si afferma che la legislazione speciale impone l’adozione di una determinata forma per taluni atti, anche unilaterali, afferenti al rapporto contrattuale, forma che non può essere considerata «uno tra i mezzi idonei a raggiungere lo scopo, e perciò fungibile e surrogabile». Invero, essa è «l’unico ed esclusivo mezzo, sicché, mancando essa, manca e fallisce anche lo scopo». La forma, inoltre, non può essere derogata né sostituita con altra, in quanto è posta a tutela di un interesse dell’intera classe. Il neoformalismo è, in altri termini, secondo l’illustre A., «una tecnica di garanzia».

<sup>27</sup> Cfr. MOSCARINI, *Formalismo negoziale e documento informatico*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, 1998, 1064. Per uno studio sulle diverse finalità delle norme sulla forma, ivi comprese quelle dettate dalla legislazione speciale, cfr. GENTILI, *La forma*, in AA. VV., *Lezioni sul contratto*, raccolte da A. Orestano, Torino, 2009, 73 ss. Sulle finalità protettive delle norme sulla forma e sulla loro applicabilità alle ipotesi di c.d. «terzo contratto», si veda ADDIS, «Neoformalismo» e tutela dell’imprenditore debole, in *Obbl. contr.*, 2012, 6 ss.

<sup>28</sup> Per una accezione ampia, in tempi non sospetti, E. TONELLI, *La vendita a domicilio di valori mobiliari*, in *Q*, 1984, 542.

o il tempo di assumere informazioni utili sul tipo di beni cui appartengono quelli oggetto della vendita, di valutare il bene concreto che va ad acquistare, o di valutare l'uso che potrà fare di quel bene.

Ciò è particolarmente evidente, *a fortiori*, nelle ipotesi di vendite dirette a domicilio, le quali si caratterizzano, nella maggior parte dei casi, per una certa "aggressività" del sistema di vendita e per la posizione di inferiorità in cui si viene a trovare il consumatore, il quale è spesso impossibilitato a esercitare una vera e propria scelta.

L'art. 1, lett. a) e b), legge 173/2005 evidenzia una peculiare caratteristica di tale modalità di vendita. Fa riferimento, infatti, all'attività di raccolta di ordinativi e non di conclusione del contratto (come invece era nel testo del d.lgs. n. 50/92), così appuntandosi l'attenzione sulla struttura organizzativa e sulla relazione fra imprenditore e soggetto incaricato alla vendita.

Lo specifico richiamo al d.lgs. n. 114/1998 consente di meglio individuare la finalità dell'intervento legislativo della cui attualità in questa sede si discute. Così contestualizzando la normativa in esame, essa appare non solo come un rafforzamento della tutela del consumatore ma anche come un completamento della disciplina della figura professionale dell'incaricato alla vendita e del rapporto tra impresa che affida l'incarico di vendita e l'incaricato stesso, anche al fine di segnare una linea di confine tra gli incarichi di vendita diretta a domicilio leciti e quelli vietati.

Appare allora corretto sostenere che la legge n. 173/2005, in ideale continuità con i precedenti interventi legislativi, costituisca un completamento "maturo" delle norme in tema di vendita porta a porta in una visione al passo con i tempi, tenuto conto delle esigenze di tutela del "venditore porta a porta" che certamente non erano alla base degli interventi normativi dei primi anni Novanta e tantomeno nella disciplina di matrice europea sulle vendite fuori dei commerciali.

Diversa, d'altronde, è la risposta dell'ordinamento di fronte ad un mutato contesto economico e sociale che pone all'attenzione del legislatore nuove esigenze di tutela.

È del resto intuitivo che quanto più tendenzialmente completa sia la regolamentazione dell'attività del venditore che si rivolge al consumatore, presso il suo domicilio o in altro luogo comunque proprio del consumatore stesso, tanto più chiari potranno risultare i rapporti tra detti soggetti, e tanto più efficaci potranno essere i rimedi posti a tutela della fattispecie.

Il richiamo al d.lgs. n. 114/1998 risulta oltre modo opportuno laddove si tenga conto della liberalizzazione introdotta da tale decreto<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Sulla vendita a domicilio v. C. MEDICI, *Vendita a domicilio*, in TRIPODI - TASSONE (a cura

### 5. *L'attività di «incaricato alla vendita diretta a domicilio»*

In base agli artt. 1 e 3 della l. n. 173/2005, l'attività di incaricato alla vendita diretta a domicilio può essere svolta con o senza vincolo di subordinazione, e, in questo secondo caso, come oggetto di una obbligazione assunta con *contratto di agenzia* o anche senza necessità di stipulare un contratto di agenzia, da soggetti che svolgono l'attività in maniera abituale, ancorché non esclusiva, o in maniera occasionale, purché incaricati da una o più imprese.

Il problema trascende, quindi, di tutta evidenza, l'ambito strettamente giuslavoristico per riguardare più direttamente quello della concorrenza e della tutela del consumatore, innanzitutto sotto i profili degli obblighi informativi loro diretti.

L'art. 3 disciplina, pertanto, l'attività dell'incaricato alla vendita diretta a domicilio, imponendo, indipendentemente dalla sussistenza del vincolo di subordinazione, l'obbligo del possesso del tesserino di riconoscimento previsto dall'art. 19 del d.lgs. n. 114/1998. Nella *ratio* di tale norma il tesserino di riconoscimento costituisce una patente di credibilità che consente al consumatore di trovarsi di fronte a un soggetto qualificato e non un venditore improvvisato.

Invero, già il comma 4 dell'art. 19, rubricato «Vendite effettuate presso il domicilio dei consumatori», prevede che il soggetto, il quale esercita la vendita al dettaglio o la raccolta di ordinativi di acquisto presso il domicilio dei consumatori, «che intende avvalersi per l'esercizio dell'attività di incaricati, ne comunica l'elenco all'autorità di pubblica sicurezza del luogo nel quale ha la residenza o la sede legale e risponde agli effetti civili dell'attività dei medesimi».

Il tesserino di riconoscimento, utilizzato durante l'esercizio dell'attività commerciale, deve essere numerato, deve contenere le generalità e la fotografia dell'incaricato, l'indicazione dell'impresa, nonché il nome del responsabile dell'impresa stessa e la firma di quest'ultimo.

In proposito, tuttavia, non si può non rilevare, parimenti, che i commi 4, 5 e 6 dettano disposizioni di "pubblica sicurezza", in cui l'interesse del legislatore è altresì improntato ad una sicurezza del cittadino che viene in contatto, nel proprio domicilio, con una persona che si qualifica come incaricato alla vendita<sup>30</sup>. E non sembra che tali bisogni appaiano all'interprete meno meritevoli di tutela rispetto a 15 anni addietro. La *ratio* della norma, da considerarsi sempre assai apprezzabile, consiste difatti nella necessità di legittimare all'accesso ad una residenza privata per motivi commerciali.

---

di), *Vendita*, cit., tomo 1, 217 ss.

<sup>30</sup> CAPITANO - PROTO, *Le forme speciali di vendita al dettaglio*, cit., 42 s.

## 6. *Disciplina del rapporto tra impresa affidante ed incaricato alla vendita diretta a domicilio*

L'art. 4 della l. n. 173/2005 si occupa della disciplina di lavoro tra impresa affidante e incaricato. La «vendita a domicilio», quando condotta a mezzo d'ausiliari propone, sul piano lavoristico, il tema della qualificazione del rapporto tra operatore commerciale e suo ausiliario; rapporto che, a seconda delle caratteristiche della fattispecie concreta, viene individuato in quello del lavoro subordinato, ovvero in quello del lavoro autonomo, prevalentemente nel rapporto d'agenzia<sup>31</sup>.

Vengono sostanzialmente individuate dalla legge n. 173 del 2005 tre figure di incaricato: 1) quello *subordinato*, vincolato all'impresa produttrice con riferimento al contratto collettivo relativo al tipo di vendita esercitato (art. 4, comma 1°); 2) quello di *agente*, privo di vincolo subordinato con l'impresa, che stipula un contratto di agenzia, con conseguente applicazione dei contratti collettivi di settore (art. 4, comma 1); 3) infine quello di *incaricato-mandatario*. Quest'ultima figura è priva di vincolo di subordinazione nei confronti del soggetto fornitore di beni e servizi, e professa l'attività *de qua* abitualmente ma non necessariamente in via esclusiva. L'*incaricato-mandatario*, raccogliendo incarichi anche da più imprese, è qualificabile tale stabilendo che al di sotto di € 5.000 l'attività abbia da essere considerata occasionale.

In tali casi potrebbe pensarsi ad una sorta di attività accessoria, che per il profilo economico modesto non può essere considerata la principale fonte di reddito dell'interessato.

Benché l'incaricato alla vendita a domicilio possa atteggiarsi persino ad agente, tale figura viene nella sostanza ricondotta a quella di acquirente, riveduta e corretta, però, sì da lambire il modello legale di consumatore.

In altri termini, con particolare riguardo agli effetti della tutela, l'incaricato che receda ai sensi dell'art. 4, l. n. 173/2005 non è trattato diversamente dal consumatore: in ambedue i casi, chi scioglie unilateralmente il contratto non è tenuto a specificarne il motivo ed è *ex lege* tenuto indenne dall'accollo dei c.d. costi di transazione che certamente la sua scelta fa gravare sull'altro contraente.

Peculiare di tale disciplina è, in particolare, la configurazione di un diritto di ripensamento dell'incaricato alla vendita diretta a domicilio.

<sup>31</sup> Per tutte le differenze v. TRIPODI - FRATINI, *Agenti, rappresentanti e commissionari*, XLV ed., Roma, 2004; TRIONI, *Contratto di agenzia*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna - Roma, 2005; per le indicazioni giurisprudenziali cfr. E. ROTONDI - M. ROTONDI, *L'agenzia nella giurisprudenza*, II ed., Milano, 2004, 49 ss.



La rinuncia (*rectius*: recesso) all'incarico appare, pertanto, costituire un diritto dell'«incaricato di vendita a domicilio» irrinunciabile ed inderogabile, in relazione al quale viene sancita la nullità di ogni pattuizione volta ad eliminarlo o a limitarlo. Esso si sostanzia in una dichiarazione unilaterale recettizia che non solo non richiede motivazione, potendo essere esercitata indipendentemente da qualsivoglia condizione, ma è anche produttiva di effetti a prescindere dall'effettiva conoscenza del destinatario della dichiarazione.

Con riguardo alle modalità di esercizio della rinuncia all'incarico, per l'incaricato che non sia dipendente e non sia neanche legato da un rapporto di agenzia, è necessario un mero atto scritto *ad probationem*; l'incarico è liberamente rinunciabile, anche per fatti concludenti, ed è possibile la revoca per atto scritto. L'atto deve essere notificato con raccomandata o altro mezzo idoneo. La rinuncia, però, deve essere manifestata in modo non equivoco e promanare dallo stesso soggetto che ha stipulato il contratto.

In merito alla rinuncia all'incarico e con riferimento agli obblighi di restituzione, peraltro, va evidenziato che, quasi a voler marcare (ancorché in modo quasi impercettibile) la distanza fra la figura dell'incaricato e la categoria consumeristica vera e propria, l'art. 4, l. n. 173/2005 contiene anche una singolare disposizione che potrebbe rendere (soltanto) tendenziale la non onerosità del recesso dell'incaricato.

Sono quindi disciplinate dall'art. 4 («in aggiunta al diritto di recesso») alcune garanzie a favore dell'incaricato, in modo da evitare abusi dell'impresa: è riconosciuto il diritto alla restituzione o alla rifusione del prezzo di beni e materiali ancora vendibili «eventualmente posseduti in misura non inferiore al 90 per cento del costo originario».

Si prevede, altresì, che non può essere imposto l'acquisto di beni e servizi che non siano strettamente strumentali all'esercizio dell'attività, con la conseguenza che le clausole contrattuali in contrasto con tale divieto dovrebbero essere considerate nulle.

Il compenso dell'incaricato alla vendita diretta a domicilio senza vincolo di subordinazione (giacché per quello subordinato il compenso è istituzionalmente *ex ante* fissato dal relativo negozio) è costituito dalle provvigioni sugli affari che, accettati, hanno avuto regolare esecuzione. La misura delle provvigioni e le modalità di corresponsione devono essere stabilite per iscritto (*ad probationem*).

## 7. Le «vendite piramidali» (o multilevel marketing)

Vengono riconosciute come c.d. vendite piramidali le operazioni negoziali di “vendita” in cui l’incentivo economico dipende dal mero reclutamento di nuovi soggetti.

Sono vietate, ai sensi dell’art. 5 della l. n. 173/2005, infatti, «la promozione e la realizzazione di attività e di strutture di vendita nelle quali l’incentivo economico primario dei componenti la struttura si fonda sul mero reclutamento di nuovi soggetti piuttosto che sulla loro capacità di vendere o promuovere la vendita di beni o servizi determinati direttamente o attraverso altri componenti la struttura».

Del pari, la normativa vieta la promozione o l’organizzazione di tutte quelle operazioni, quali giochi, piani di sviluppo, “catene di Sant’Antonio”, che configurano la possibilità di guadagno attraverso il puro e semplice reclutamento di altre persone e in cui il diritto a reclutare si trasferisce all’infinito, previo il pagamento di un corrispettivo.

Si è provveduto, infatti, a ricomprendere nella fattispecie di cui all’art. 5 tutte le probabili e differenti forme di organizzazione piramidale, prevedendo un ambito di applicazione della norma il più ampio possibile, stante la notevole difficoltà di una esatta individuazione delle modalità in cui si manifesta il fenomeno dilagante delle organizzazioni piramidali<sup>32</sup>.

Mentre la vendita diretta ha lo scopo di avvicinare il produttore al consumatore finale, le vendite piramidali tendono, invece, a moltiplicare i livelli di vendita.

La dilatazione potenzialmente illimitata dei livelli di vendita determina un progressivo aumento del rischio del “crollo” dell’intera piramide per gli incaricati che, in tempi successivi, entrano nella rete di vendita.

Tale rischio viene ovviamente taciuto ai nuovi candidati ai quali viene invece prospettata la possibilità di realizzare elevati guadagni così come

<sup>32</sup> Come si può leggere nella relazione al ddl. n. AC 2542, che disciplinava, vietandole, le vendite piramidali: «Negli ultimi anni, anche nel nostro Paese, si è assistito allo sviluppo del *multilevel marketing*, una forma di vendita del tutto innovativa per il nostro sistema economico ed imprenditoriale che costituisce una delle più moderne varianti del fenomeno della vendita diretta, tipica manifestazione di imprenditoria diffusa. Al fine di tutelare il consumatore occorre fare molta chiarezza ed evitare pericolosi equivoci tra le forme di vendita diretta con il metodo del *multilevel marketing* ed, invece, vere e proprie forme di truffa a danno del consumatore finale. (...) Si rende, pertanto, necessario operare una netta distinzione tra le forme di “vendita diretta”, includendo anche quelle a struttura *multilevel*, e le cosiddette forme di “vendita piramidale”, “catene di Sant’Antonio”, ed operazioni similari che sono oggetto in molti Paesi di pesanti divieti legali».

avvenuto per chi ha investito prima di loro; ed è proprio in questo aspetto che si estrinseca il carattere truffaldino della vendita piramidale.

Chiari sono gli elementi che distinguono la vendita diretta dalla vendita piramidale.

Nelle vendite piramidali la remunerazione è basata sulla acquisizione di nuove posizioni di rivendita, cioè sul semplice reperimento di nuovi elementi da inserire nell'organizzazione. Gli acquirenti che entrano nella catena pagano non tanto la merce ma il diritto di accesso all'organizzazione. Nella vendita diretta, invece, il guadagno dipende esclusivamente dalla merce effettivamente venduta. Inoltre, nelle vendite piramidali, l'investimento iniziale è obbligatorio non per l'acquisto della merce (operazione di "pura facciata"), ma quale prezzo per entrare nell'organizzazione.

Si è ritenuto necessario prevedere degli strumenti normativi che colpiscano in modo specifico e puntuale le organizzazioni che propongono forme di vendita piramidale, segnando anche un margine di legittimità della pratica del *multilevel marketing*, «etichetta» attraverso la quale sono state mascherate vere e proprie attività truffaldine sia dei consumatori che dei partecipanti alla «catena»<sup>33</sup>.

La normativa in esame, disciplinando tale attività, mediante norme imperative come l'art. 5 in questione, consente una tutela civile più semplice ed immediata dei diritti degli ignari consumatori, procedendo, anche mediante l'elencazione di cui all'art. 6, a prevedere elementi presuntivi nonché divieti espressi, idonei a differenziare anche a livello normativo il fenomeno lecito del *multilevel marketing* da altri fenomeni palesemente illeciti, e riconducibili alla struttura delle «Vendite piramidali».

## 8. *Segue: i divieti e le tutele*

L'art. 5 della l. n. 173/2005 vieta le operazioni, le strutture e le organizzazioni di vendita finalizzate al reclutamento di persone a cui si vende una posizione all'interno della struttura stessa con la prospettiva di guadagni ipotetici e con l'incarico di reclutare altre persone (senza che tale inserimento si basi sulle effettive possibilità e/o capacità dell'interessato di vendere o promuovere la vendita di certi beni o servizi sia direttamente che a mezzo di altri soggetti componenti la struttura).

---

<sup>33</sup> Per le fattispecie lecite v. AA.VV., *Network marketing*, Milano, 2003; G.G. SCOTT, *Arricchirsi con le vendite articolate multilivello*, Milano, 2004.

Con riguardo alla organizzazione e alla promozione di giochi, piani di sviluppo, configuranti guadagni attraverso il puro e semplice reclutamento di altre persone, si parla comunemente di «catene di Sant'Antonio» e simili, espressione riferita al vecchio e sgradevole metodo di molestia, poi trasferita nel linguaggio commerciale ed ora altresì nel linguaggio legislativo.

Sul piano civilistico le vittime di tali raggiri potranno fare ricorso al dolo contrattuale ovvero all'impossibilità dell'oggetto, allorché il bene non abbia nessuna delle caratteristiche citate nei vari contratti di vendita o, come si è visto in giurisprudenza<sup>34</sup>, di affiliazione commerciale; oppure ancora alla «frode alla legge, nell'aver perseguito il tentativo di utilizzare uno strumento contrattuale per fini e scopi ritenuti dall'ordinamento non meritevoli di tutela, chiedendo l'annullamento o la nullità giudiziale del contratto che il preponente ha ingannevolmente qualificato come *franchising*<sup>35</sup>. L'annullamento del contratto, in tal caso, travolgerà tutte le obbligazioni delle rispettive parti»<sup>36</sup>.

Gli eventuali contratti stipulati in violazione dei divieti *ex art. 5* saranno da considerarsi nulli per violazione di norme imperative ai sensi dell'art. 1418, comma 1, cod. civ.<sup>37</sup>.

Alla violazione del precetto normativo, inoltre, conseguono le sanzioni penali *ex art. 7*, ove ricorrano le condizioni enucleate in modo specifico nella disposizione succitata.

Peraltro, è bene chiarire che, a dispetto del silenzio della nuova legge sul punto, il negozio con il quale si è posta in essere una operazione o una struttura di vendita vietate ai sensi dell'art. 5 deve considerarsi nullo di pieno diritto.

Le nullità da ultimo considerate vanno, dunque, senza ombra di dubbio ascritte alla categoria delle norme di protezione, perché l'«incaricato alla vendita diretta a domicilio» si impegna al compimento di atti di acquisto che (ancorché strumentali rispetto allo svolgimento dell'attività lavorativa

<sup>34</sup> Trib. Torino, 3 ottobre 2000, in *Corr. giur.*, 2001, 389, con commento di R. CONTI, *Ai nastri di partenza l'inibitoria a tutela degli interessi collettivi ex art. 3 L. n. 218/1998*.

<sup>35</sup> V. quanto si dirà al successivo paragrafo.

<sup>36</sup> IURILLI, *Vendite piramidali e contratto di franchising. Un'ipotesi interpretativa*, in IURILLI (a cura di), *Manuale di diritto dei consumatori*, Roma, 2005, 158.

<sup>37</sup> Già una pronuncia risalente aveva riconosciuto, a seguito di ricorso di massa di alcuni truffati di una vendita piramidale, la nullità di simili contratti che, «qualificati in apparenza come *franchising*, sono in realtà privi di causa, oppure contengono prestazioni impossibili da eseguire, o quantomeno per essere stati estorti con promesse irrealizzabili di successo e reddito elevato» (Trib. Firenze, 30 maggio 1986, in *Impresa*, 1988, 2980). Nel caso di aspirante *franchisee* che sia cioè un c.d. *Newcomer* del settore, non disponendo né di una organizzazione d'impresa né di una precedente esperienza nel settore oggetto di contratto, pare indubbia la definizione dello stesso alla stregua non di *franchisee*, ma di consumatore (Trib. Ivrea, 5 ottobre 1999, in *Danno e resp.*, 2000, 861, con nota di PALMIERI).

per conto del venditore) assumono carattere preponderante rispetto alla prestazione lavorativa<sup>38</sup>.

Nei descritti casi di cui all'art. 5, il contratto ha evidentemente una giustificazione causale nella quale si mescolano la componente gius-lavoristica e quella che guarda invece al contratto di compravendita<sup>39</sup>.

In base all'art. 6 della l. n. 173/2005, infine, costituisce elemento definito «presuntivo» della sussistenza di una operazione o di una struttura di vendita vietate ai sensi dell'art. 5 la ricorrenza di una delle seguenti circostanze: a) l'eventuale obbligo del soggetto reclutato di acquistare dall'impresa organizzatrice, ovvero da altro componente la struttura, una rilevante quantità di prodotti senza diritto di restituzione o rifusione del prezzo relativamente ai beni ancora vendibili, in misura non inferiore al 90 per cento del costo originario, nel caso di mancata o parzialmente mancata vendita al pubblico; b) l'eventuale obbligo del soggetto reclutato di corrispondere, all'atto del reclutamento e comunque quale condizione per la permanenza nell'organizzazione, all'impresa organizzatrice o ad altro componente la struttura, una somma di denaro o titoli di credito o altri valori mobiliari e benefici finanziari in genere di rilevante entità e in assenza di una reale controprestazione; c) l'eventuale obbligo del soggetto reclutato di acquistare, dall'impresa organizzatrice o da altro componente la struttura, materiali, beni o servizi, ivi compresi materiali didattici e corsi di formazione, non strettamente inerenti e necessari alla attività commerciale in questione e comunque non proporzionati al volume dell'attività svolta.

Se la dizione della presunzione *sub* lett. a) appare abbastanza chiara, qualche perplessità sorge in merito alla determinazione del quantitativo «rilevante» al cui ricorrere scatterà la presunzione di attività vietata.

Appare, invece, «assai utile il parametro certo in base al quale individuare il «prezzo» della retrocessione dei prodotti, fissato dal legislatore in importo

---

<sup>38</sup> GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. giur.*, 1999, 608; P.M. PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002, 500.

<sup>39</sup> In conformità al prevalente indirizzo che propende per la c.d. tesi dell'assorbimento, la predominanza della seconda componente rispetto alla prima finisce però con l'attrarre sul piano causale l'intero negozio verso il modello della compravendita, rendendo evidente la *ratio* che sta alla base del divieto sancito dalla norma per ultima citata. È, infatti, «noto che, per la giurisprudenza, per aversi contrarietà a norme imperative ai sensi dell'art. 1418 c.c., occorre che il contratto sia vietato direttamente dalla norma penale, nel senso che la sua stipulazione integri reato». Cfr. ATELLI, *Disciplina della vendita diretta a domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali*, in *Obb. e contr.*, 2005, 271; in tal senso, v. Cass., 25 settembre 2003, n. 14234, in *Contratti*, 2004, 151, con nota di FRANCHI.

non inferiore al 90% di quanto a suo tempo corrisposto all'interessato»<sup>40</sup>.

Peraltro, anche questo vincolo non è superabile, risultando nulla (e/o inefficace) la difforme pattuizione di un negozio che derogasse a siffatta limitazione.

Anche tale invalidità, derivante dal divieto e dalla violazione ora accennati, pertanto, andrebbe correttamente inquadrata tra le forme di tutela della sola parte debole del negozio<sup>41</sup>, trattandosi anche nel caso in esame di norme di natura imperativa dettate «per tutelare gli interessi di una categoria di soggetti che l'ordinamento generale ha ormai assunto a interesse di rilievo generale»<sup>42</sup>.

La previsione *sub* lett. b) individua quale elemento presuntivo la corresponsione (*rectius*: l'obbligo di corrispondere), da parte del soggetto reclutato, in qualunque momento (sia al reclutamento, come condizione per entrare a far parte dell'organizzazione, che successivamente per venirne estromesso), all'organizzazione o a soggetto verticalmente meglio posizionato, di somme, titoli, valori mobiliari e «benefici finanziari in genere di rilevante entità e in assenza di una reale controprestazione».

Come appare *prima facie* evidente la previsione va condivisibilmente ad incidere su quella che costituisce la prassi maggiormente diffusa di organizzazione piramidale: «il reclutato, per il solo fatto di entrare a far parte del meccanismo, corrispondeva al suo reclutante una certa somma, ovviamente a fondo perduto, e solo perché così questi poteva a sua volta attivarsi per cercare altri soggetti che, ancora a loro volta, dessero denari, titoli od altri benefici finanziari per inserirsi nel medesimo meccanismo»<sup>43</sup>.

Perplessità, invero, sorgono dalla copula utilizzata per legare fra loro la previsione del beneficio corrisposto e/o corrispondendo, che dunque dovrebbe non solo essere di rilevante entità, ma altresì svincolato da una reale controprestazione.

Tuttavia, appare corretto interpretare la endiadi come una mera disgiuntiva, e dunque ritenere che l'obbligo di corresponsione di valori integri la dedotta presunzione sia ove esso risulti di rilevante entità, sia ove

<sup>40</sup> Così SQUARCIA, *Vendita piramidale e tutela dei consumatori: un intervento settoriale da inserire nella più globale e completa riforma del codice del consumo* (L. 17 agosto 2005, n. 173), in *NLCC*, 2006, 605.

<sup>41</sup> GENTILI, *Codice del Consumo ed Esprit de Geometrie*, in *Contratti*, 2006, 164 ss.

<sup>42</sup> P.M. VECCHI, in L. Garofalo (coordinato da), *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, Padova, 2003, 641.

<sup>43</sup> Così SQUARCIA, *Vendita piramidale e tutela dei consumatori: un intervento settoriale da inserire nella più globale e completa riforma del codice del consumo*, cit., 607.

esso risulti sfornito di una qualche effettiva controprestazione<sup>44</sup>.

La previsione *sub* lett. c), per cui si presume vietata l'attività quando sia previsto l'obbligo per il soggetto reclutato di acquistare dall'organizzazione o da altro soggetto meglio piazzato all'interno dell'organigramma, beni o servizi che non risultino «strettamente inerenti e necessari alla attività commerciale» e non proporzionati al volume di attività svolta dall'interessato.

Il legislatore ha così colpito il detestabile fenomeno della vendita di materiale inutile e costoso, da far alienare, a sua volta, al reclutato, e così all'infinito<sup>45</sup>.

### 9. «Vendita diretta a domicilio» e contratto di franchising

Da una analisi della l. n. 173/2005 in esame, ed in specie con riguardo alla disciplina della «vendita diretta a domicilio» e dell'«Incaricato di vendita» di cui all'art. 4, emerge la concreta possibilità di una applicabilità congiunta della suddetta legge con la l. 129/2004 sull'«affiliazione commerciale»<sup>46</sup>, che appare tanto più opportuna laddove si volesse procedere ad attribuire un preciso ambito operativo ai due testi legislativi.

Difatti, mentre la l. 129/2004 «procede più immediatamente a regolamentare la struttura e la «vita» del contratto di *franchising*, provvedendo, a pena di nullità, all'indicazione degli elementi essenziali che dovrebbero caratterizzare ogni fattispecie contrattuale, la neo-disciplina sulle vendite piramidali (...) risulta più immediatamente finalizzata alla tutela del c.d. «incaricato di vendita», ovvero di colui che (...) era costretto ad effettuare ingenti acquisti di materiali che, poi rimanevano invenduti a causa dell'inesistenza, *de*

<sup>44</sup> Tale interpretazione trova, peraltro, conforto nella pronuncia del Tribunale di Torino 3 ottobre 2000 (in *Corr. giur.*, 2001, 389, con commento di R. CONTI, cit.) che era intervenuta in via cautelare per inibire (in via cautelare) l'attività di una società che aveva realizzato proprio una struttura piramidale a mezzo di contratti che facevano genericamente prevedere il conseguimento di rilevanti vantaggi economici, dopo il versamento di una «quota di adesione».

<sup>45</sup> «L'ipotesi più evidente era quella della vendita di materiali didattici e corsi di formazione, che il più delle volte si rivelavano vere e proprie truffe per il malcapitato, costretto magari dopo anni a corrispondere importi di tutto rilievo per corsi o materiali fantasma, nel frattempo lievitati a mezzo dell'applicazione degli interessi convenzionali»; così SQUARCIA, *Vendita piramidale e tutela dei consumatori*, cit., 610.

<sup>46</sup> CUFFARO (a cura di), *L'affiliazione commerciale*, Torino, 2005; CAGNASSO (a cura di), *Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*, Torino, 2005; e, più ampiamente, TRIPODI - PANDOLFINI - IANNOZZI, *Il Manuale del franchising*, Milano, 2005.

*facto*, di una reale struttura di vendita»<sup>47</sup>.

Infatti, pur se il c.d. incaricato alla vendita viene espressamente e più volte individuato come agente, come affiliato, ovvero come incaricato con o senza vincolo di subordinazione e, dunque, come soggetto svolgente un'attività lavorativa, il legislatore (a conoscenza dei gravissimi danni subiti negli anni passati da consumatori ignari che svolgevano la medesima attività in assenza di una apposita regolamentazione), ha utilizzato il più noto e conosciuto strumento di tutela dei consumatori al fine di una loro prima tutela: il diritto di recesso (art. 4, l. n. 173/2005). In particolare la l. 6 maggio 2004, n. 129, identifica il "diritto di ingresso" in una cifra fissa, rapportata anche al valore economico e alla capacità di sviluppo della rete, che l'affiliato versa al momento della stipula del contratto di affiliazione commerciale, e le *royalties* in una percentuale che l'affiliante richiede all'affiliato commisurata al giro d'affari del medesimo o in quota fissa, da versare anche in quote fisse periodiche.

A tal riguardo si rivela prezioso notare come «l'ambito di applicazione della disciplina del *franchising*, anche se non completamente ed in maniera diretta, possa contribuire, indirettamente ed in negativo, alla identificazione di operazioni illecite nel settore delle vendite piramidali, spesso "nascoste" sotto forma di contratti di affiliazione commerciale»<sup>48</sup>.

In giurisprudenza, come si è già accennato, non sono mancati casi, anche recenti, in cui si è riconosciuto espressamente che i contratti di affiliazione, in realtà dissimulavano dei contratti tra professionisti e consumatori, essendo nulli per indeterminatezza dell'oggetto<sup>49</sup>.

## 10. Le sanzioni

A completamento dei divieti di cui sopra, delle norme precettive e delle relative presunzioni, l'art. 7 della l. n. 173/2005 pone un sistema di sanzioni.

Il legislatore ha perseguito l'obiettivo di ritagliare all'interno di un fenomeno economico-sociale, il c.d. *multilevel marketing*, un'area di rilevanza penale.

Una nuova ipotesi di reato, di tipo contravvenzionale, finalizzata

<sup>47</sup> IURILLI, *Vendite piramidali e contratto di franchising*, cit., 185.

<sup>48</sup> IURILLI, *Vendite piramidali e contratto di franchising*, cit., 152.

<sup>49</sup> Si v. il caso «*Alpha Club*» (Trib. Torino, 3 ottobre 2000, cit.). Per un confronto tra franchising e vendita piramidale v. FRIGNANI, *Il contratto di franchising*, Milano, 1999, 31 ss.; ID., *Franchising. La nuova legge*, Milano, 1999, 57; TRIPODI - PANDOLFINI - IANNOZZI, *Il Manuale del franchising*, cit., 228 ss.



all'incriminazione delle c.d. vendite piramidali vietate dal combinato disposto degli artt. 5 e 6.

Il comma 1 prevede sia l'arresto che l'ammenda fino a € 600.000 per chi ponga in essere una delle attività vietate.

La contravvenzione dell'art. 7 tipizza un reato di pericolo che, come tale, determina un'anticipazione della soglia di rilevanza penale dei comportamenti. La norma punisce chiunque promuove o realizza le attività o le strutture di vendita o le operazioni descritte all'art. 5, delineando pertanto un reato comune ove il potenziale soggetto attivo della contravvenzione non deve essere provvisto di particolari qualifiche soggettive anche se, verosimilmente, sarà un soggetto già facente parte della struttura pseudo commerciale da promuovere o realizzare.

Soggetto passivo del reato è colui che viene reclutato in determinate strutture di vendita o che viene indotto ad aderire o ad associarsi o, ancora, ad affiliarsi alle predette strutture.

Si noti come la contravvenzione contenuta nell'art. 7 presenta una portata chiaramente residuale rispetto ad altre possibili e più gravi ipotesi di reato astrattamente sussumibili nell'area della rilevanza penale.

Tra le norme incriminatrici che possono trovare (e che prima della l. n. 173/2005 hanno trovato) più facilmente applicazione nei fatti astrattamente attraiibili nell'art. 7, comma 1, viene in considerazione la fattispecie della truffa di cui all'art. 640 c.p.: il soggetto che viene cooptato all'interno delle strutture di vendita indicate nell'art. 5 è, in molti casi, vittima di veri e propri «artifizi» (manipolazione della realtà) o «raggiri» (simulazione basata su parole o argomentazioni volte a far scambiare il falso con il vero) che, cagionando una errata percezione della realtà, lo determinano ad una disposizione patrimoniale dagli effetti a lui pregiudizievoli e, al tempo stesso, ingiustamente vantaggiosi per altri.

Nelle c.d. «catene di Sant'Antonio», ad esempio, l'inganno al consumatore può essere perpetrato attraverso la prospettazione di ingenti ritorni economici attraverso l'acquisto e la successiva rivendita del diritto di accedere alla catena, sottacendo il fatto che, con il diffondersi del meccanismo, ci si espone ad un sempre crescente processo di saturazione, con conseguente rischio di un suo crollo ed annessa perdita della quota iniziale di partecipazione.

In materia di elemento soggettivo, in ossequio alla previsione generale contenuta nell'art. 42, comma 4, c.p., nelle contravvenzioni il reato deve ritenersi integrato qualora il soggetto attivo abbia agito con dolo o con colpa.

Restano serie perplessità sulla efficacia dell'effetto deterrente in fattispecie in cui, presumibilmente, all'emersione del reato corrisponderà il più delle

volte la sparizione e/o il totale depauperamento dei soggetti coinvolti, con scarse possibilità di reale esecuzione.

Ciò massimamente in chiave risarcitoria, per i soggetti danneggiati, che in assenza di una tutela preventiva difficilmente potranno venire ristorati del danno subito.

### 11. *Restrizione dell'ambito applicativo: vendite piramidali e pratiche commerciali scorrette*

La previsione normativa di un divieto di avviare e promuovere i sistemi incentrati sul mero reclutamento di persone (alla cui violazione, tra l'altro, si collegano, in ragione dell'elevato disvalore insito nella fattispecie, sanzioni di carattere penale), nonostante sia destinata a incidere su interessi di matrice consumeristica, non solo non trovava collocazione all'interno del (tendenzialmente completo ed esaustivo) codice del consumo, di cui al d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206, ma giungeva tra l'altro nel momento in cui è la stessa Unione europea — nel contesto della più ampia riforma relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, di cui alla direttiva n. 2005/29/CE — ad imporre di qualificare le c.d. «vendite piramidali» come una pratica commerciale in ogni caso ingannevole e, in quanto tale, vietata.

La disciplina delle vendite piramidali viene, pertanto, oggi inclusa nella disciplina delle pratiche commerciali sleali, nel modo che segue: «l'art. 5, c. 1, e l'art. 7, l. 17 agosto 2005 n. 173, recante disciplina della vendita diretta a domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali, sono abrogati nella parte in cui riguardano forme di vendita piramidali tra consumatori e professionisti come definite all'art. 23, c. 1, lett. *p*, d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206, recante codice del consumo, in cui è previsto o ipotizzabile un contributo da parte di un consumatore come definito dall'art. 18, c. 1, lett. *a*, del predetto codice. I suddetti artt. 5, c. 1, e 7 restano applicabili pertanto alle forme di promozione piramidale che coinvolgono qualsiasi persona fisica o giuridica che agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale».

Dunque, accade che la nuova disciplina introduce una distinzione (quella tra vendite piramidali *business to business* e vendite piramidali *business to consumer*), articolando sulla stessa il raccordo tra nuova e vecchia normativa, che non era tracciata, né in alcun modo desumibile, dalla l. n. 173 del 2005.

Detta modifica ci induce a riflettere circa l'utilità della distinzione introdotta, la quale avrebbe tra l'altro l'effetto di produrre una (ipotetica) disparità di trattamento tra quanti, promuovendo sistemi di reclutamento piramidale *nei confronti dei* consumatori, non incorrerebbero nelle sanzioni penali di cui all'art. 7 l. n. 173 del 2005 (perché la disciplina relativa al consumatore non fa più parte della l. n. 173 del 2005), al contrario applicabili rispetto a quanti promuovano forme di vendite piramidali *nei confronti di* qualsiasi persona (fisica o giuridica) che agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale<sup>50</sup>.

Nello specifico l'art. 23, comma 1, lett. *p*, qualifica come ingannevole, in ogni caso, a prescindere dalla circostanza che essa abbia concretamente indotto in errore uno o più consumatori, il comportamento del professionista consistente nell'«avviare, gestire o promuovere un sistema di promozione a carattere piramidale nel quale il consumatore fornisce un contributo in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di prodotti».

Ne deriva che non tutti i sistemi di promozione delle vendite ricadono sotto la previsione di cui alla lett. *p*. Il precetto *de quo*, ad esempio, non trova applicazione ai casi in cui il corrispettivo per il consumatore sia collegato principalmente alla vendita di prodotti.

Interessante comunque la concreta delimitazione dell'ambito di operatività dell'art. 23, comma 1, lett. *p*, c. cons. in seguito agli interventi sanzionatori dell'AGCM, nonché l'innovazione ermeneutica offerta dall'AGCM sul versante definitorio dell'illecito piramidale, seguita ai primi provvedimenti dell'*Antitrust* in materia, con particolare attenzione al passaggio dalla *entry fee* alla *disguised entry fee*<sup>51</sup>.

L'art. 23, comma 1, lett. *p*, fa espresso divieto di «avviare, gestire o promuovere un sistema di promozione a carattere piramidale».

Tramite tale ampia formulazione, il legislatore europeo ha inteso ricomprendere e vietare le c.d. «vendite piramidali» a qualsiasi livello esse si svolgano. In particolare, come promotore di un siffatto sistema può essere qualificato tanto colui che lo pubblicizza, quanto chi vi prenda attivamente parte.

Naturalmente tale previsione è destinata ad applicarsi solamente alle pratiche poste in essere da professionisti o da parte di soggetti la cui partecipazione al descritto sistema avvenga nel quadro della loro attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, oppure da chiunque agisca in nome e per conto di un professionista.

<sup>50</sup> ALPA - CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, Bologna, 2016, 289.

<sup>51</sup> BIFFARO - RUSSO, *Sistemi di promozione a carattere piramidale e tutela del consumatore*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2012, 5.

Ci si chiede a tale proposito se a colui che prenda parte a siffatto sistema sia per ciò solo attribuibile la qualifica di professionista e debba dunque andare soggetto all'applicazione della norma in commento. Tuttavia, pare preferibile ritenere che debba fornirsi risposta positiva a questo quesito ogniqualvolta la partecipazione a detto sistema da parte di un soggetto sia inquadrabile come attività economica dotata di un certo carattere di durevolezza e finalizzata alla percezione di un utile<sup>52</sup>.

L'Autorità ha identificato l'ingannevolezza del messaggio nella prospettazione delle "vincite" come "risultati certi, matematici": «in realtà, non esiste, invece, alcun automatismo [...] in quanto l'incasso delle somme indicate è subordinato alla circostanza che non si interrompa la catena dei pagamenti da parte degli altri partecipanti all'iniziativa»<sup>53</sup>.

In linea con quest'ultima ricostruzione si nega che il disvalore insito nei sistemi di reclutamento piramidali sia collegato alla sola rischiosità dell'investimento, seppure assai elevata.

Si sottolinea, infatti, che laddove il rischio venga chiaramente rappresentato e percepito dai soggetti reclutati, questi ben potrebbero esercitare la propria libertà negoziale stipulando un contratto altamente aleatorio. Sennonché, come detto, l'alea connaturata alle operazioni di vendita piramidale è solitamente sottaciuta, in quanto l'adesione alla rete viene stimolata con comportamenti decettivi «se non da vere e proprie forme di *brain washing*, che rendono l'assunzione del (grave) rischio da parte dell'acquirente tutt'altro che pienamente meditata»<sup>54</sup>.

Si tratta della stessa linea interpretativa sostanzialmente confermata nelle sentenze di merito (Trib. Rimini, 5 gennaio 2009; App., Bologna 16 maggio 2011), che hanno riconosciuto nelle condotte di organizzazione e promozione di siffatta struttura piramidale gli estremi dell'associazione a delinquere finalizzata alla truffa aggravata.

In un caso dell'ottobre 2014, l'Autorità *Antitrust* ha sanzionato il titolare di un sito internet in quanto attraverso questo promuoveva sistemi di investimento il cui vantaggio economico per gli aderenti risultava correlato eminentemente al progressivo incremento della base dei soggetti reclutati, in sostanza senza alcun legame con il concreto compimento di qualsivoglia

<sup>52</sup> GRANDI, *sub* art. 5-7 l. n. 173 del 2005, in DE CRISTOFARO - ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2013, 1155 ss., spec. 1156.

<sup>53</sup> AGCM 7 novembre 2002 n. 11396, in Boll. 25 novembre 2002 n. 45, con riferimento alla vicenda giudicata, sugli aspetti di rilevanza penale da Trib. Rimini, 5 gennaio 2009 e App. Bologna, 16 maggio 2011.

<sup>54</sup> VALLINI, *Disciplina della vendita diretta a domicilio e tutela del consumatore dalle forme di vendita piramidali*, L. PEN, 2006, I, 33 ss. spec. 35.

attività di vendita di beni o servizi.

Anche in tale vicenda, l'AGCM ha verificato l'ingannevolezza di messaggi tesi a procurare guadagni facili, omettendo di informare i consumatori per il fatto che tali introiti fossero conseguibili solo in caso di adesione di un elevato numero di soggetti al sistema e che, *ex adverso*, il meccanismo si caratterizzava per un elevato rischio che «la catena si interrompesse e che, quindi, i nuovi aderenti potessero non conseguire un reale beneficio economico»<sup>55</sup>.

## 12. Le nuove fattispecie all'attenzione dell'AGCM. Una disciplina ancora d'attualità

Ad occuparsi di vendite piramidali, come si ricava da quanto sopra già esposto, è eminentemente l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'ambito della sua attività di contrasto alle pratiche commerciali scorrette.

Sono molteplici i casi degli ultimi anni che, pur dimostrando la perdurante attualità della questione oggetto della normativa in esame, confermano che ad essere obsolescente non è tanto la disciplina di per se stessa quanto le forme di tutela diverse da quella prevista in via amministrativa davanti l'AGCM, in virtù proprio del combinato disposto con le norme in materia di pratiche commerciali scorrette.

Tra i casi meritevoli di essere richiamati in questa sede si segnalano i seguenti: 1) formula di acquisto di beni con *cashback* della società *Lyoness Italia S.r.l.* del 2018; 2) la vendita on line di apparecchiature elettroniche con modalità c.d. *buy and share*, del 2018, 3) la “criptomoneta OneCoin”, promossa dalla società *One Network Services Ltd.*, del 2017 (e già oggetto di interventi cautelari dell'AGCM nel 2016); 4) l'autonoleggio *Dexcar*, del 2017; 5) le vendite multilivello illecite di bevande della società *Vemma Italia, Asea Italy e Organo Golden Europe*, del 2014.

Entrando nel merito dell'analisi della casistica richiamata, nel primo l'AGCM, a conclusione di un complesso e articolato procedimento istruttorio, (in data 19 dicembre 2018) ha accertato che il sistema di promozione utilizzato dalla società *Lyoness Italia S.r.l.* per diffondere fra i consumatori una formula di acquisto di beni con *cashback* (ovvero la «possibilità di ricevere uno sconto differito rispetto agli acquisti effettuati presso i punti vendita convenzionati») è scorretto in quanto integra un “sistema dalle caratteristiche piramidali”, conforme alla fattispecie annoverata dal Codice del Consumo tra le pratiche commerciali in ogni caso ingannevoli.

<sup>55</sup> ALPA - CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, cit, 292.

Il sistema di promozione oggetto dell'istruttoria dell'AGCM, utilizzando il pretesto del descritto vantaggio degli acquisti con *cashback*, si è rivelato fondarsi nel reclutamento di un numero elevato di consumatori ai quali è richiesto, dopo aver assunto la veste di incaricato alle vendite, di pagare una *fee* di ingresso particolarmente elevata per accedere al primo livello commissionale (pari a 2.400,00 euro) e iniziare la "carriera" come *Lyonet Premium Marketer*. Successivamente, ad essi è affidato il compito di reclutare altri consumatori, nonché effettuare ulteriori versamenti per confermare e progredire nella "carriera".

L'istruttoria svolta ha consentito di appurare che la possibilità di ottenere uno sconto differito sugli acquisti sotto forma di *cashback* rappresenta in realtà un aspetto secondario del volume economico generato dal sistema *Lyoness* (pari a circa 1/6 dei ricavi complessivi). Infatti, il conseguimento di elevati livelli di *Shopping Points* - il meccanismo di remunerazione del piano di compensazione - è in sostanza possibile solo con versamenti di somme di denaro da parte dei consumatori aderenti o da parte dei soggetti da questi ultimi reclutati. Da quanto emerso, numerose decine di migliaia di consumatori hanno versato le predette somme di denaro per entrare, partecipare e rimanere nel sistema e solo pochissimi soggetti sono effettivamente riusciti a conseguire posizioni rilevanti<sup>56</sup>.

Nel provvedimento la stessa AGCM ricorda che con la legge n. 173 del 2005 il legislatore ha «anche inteso disciplinare il fenomeno delle vendite multilivello, forme di vendita diretta a domicilio, fattispecie considerata a tutti gli effetti lecita, da distinguere da tutte quelle "strutture di vendita nelle quali l'incentivo economico primario dei componenti la struttura si fonda sul mero reclutamento di nuovi soggetti piuttosto che sulla loro capacità di vendere o promuovere la vendita di beni o servizi determinati direttamente o attraverso altri componenti la struttura"» (art. 5, comma 1), che sono invece oggetto di divieto assoluto. L'AGCM nel merito della vicenda richiama poi la giurisprudenza della Corte di Giustizia, chiarendo che «il divieto dei sistemi di promozione a carattere piramidale si fonda su tre condizioni cumulative: 1) la promozione basata sulla promessa di ottenere un beneficio

<sup>56</sup> «Il funzionamento del solo sistema di *cashback* genera una parte circoscritta delle commissioni e un assai modesto quantitativo di *Shopping Points* in base al quale sarebbe pressoché impossibile raggiungere i diversi livelli del piano commissionale del professionista» (punto 108). «Ogni consumatore che aderisce al Sistema è poi sensibilizzato sull'importanza di promuoverlo, proprio al fine di consentirne lo sviluppo attraverso la ricerca di nuovi soggetti disposti, in via generale, ad effettuare l'investimento iniziale e, a loro volta, a ricercare nuovi aderenti al fine di conseguire i benefici economici che si collegano quindi in modo pressoché esclusivo con il continuo reclutamento ed ingresso di nuovi consumatori» (punto 112).

economico, 2) la circostanza che l'avveramento della promessa dipende dall'ingresso di altri consumatori nel sistema e, infine, 3) che la parte più consistente delle entrate che consentono di finanziare il corrispettivo promesso ai consumatori non risulti da un'attività economica reale. In presenza di tali condizioni la possibilità di finanziare i corrispettivi promessi a coloro che già sono entrati nel sistema è di fatto subordinata all'ingresso di nuovi partecipanti e al versamento di un contributo finanziario. Il Sistema cessa infatti di essere redditizio qualora la crescita del numero di partecipanti non basti più a finanziare i corrispettivi promessi agli stessi» (punto 103).

Alla luce della normativa e della giurisprudenza citata, l'Autorità dichiara di aver accertato le modalità ingannevoli con le quali sono prospettate le caratteristiche, i termini e le condizioni del sistema di promozione *Lyoness*, aspetti non adeguatamente chiariti sia sui siti internet che negli eventi promozionali, nonché l'assenza in detti siti internet di talune informazioni essenziali richieste nelle vendite a distanza, quali quelle sulle modalità di trattamento dei reclami, sul diritto di recesso e sul foro competente<sup>57</sup>.

«Peraltro, la stessa disciplina normativa richiamata, la l. 173/2005, nel definire la figura degli incaricati alle vendite dei soggetti che operano nell'ambito della vendita diretta multilivello "*multilevel marketing*", individua gli elementi presuntivi dello schema piramidale, superando il dato formale relativo alla figura di incaricato alle vendite» (punto 125). «Risultano assolute, pertanto, le condizioni costitutive delle vendite piramidali, in quanto la promozione è basata sulla promessa di ottenere un beneficio economico, nel caso di specie consistente nel percepimento di ingenti somme di denaro, che dipende prevalentemente dall'ingresso di altri consumatori nel Sistema attraverso il pagamento della descritta *fee* di ingresso come anche del versamento di altre somme richieste per restare e svolgere ulteriore attività» (punto 126)<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> «Mentre nelle società che operano attraverso sistemi di vendita diretta multilivello i partecipanti/agenti sono retribuiti proporzionalmente al valore e alla quantità di servizi erogati o beni venduti, nel sistema in esame il servizio di *cashback* rappresenta solo un pretesto o un'occasione per reclutare altri consumatori, affinché entrino a loro volta nel sistema piramidale versando un contributo, nella speranza appunto di ottenere i benefici economici promessi in ragione della diffusione del Sistema» (punto 120). «Le evidenze istruttorie indicano che (...), in ultima analisi, solo un numero limitatissimo di consumatori (31 su 67.000) è riuscito a conseguire gli ingenti ricavi economici prospettati» (punto 116). Conseguentemente la «quasi totalità dei consumatori non solo non consegue alcun vantaggio ma si vede anche negare la possibilità di uscire dal Sistema ed ottenere l'importo inizialmente versato» (punto 122).

<sup>58</sup> «Quanto al profilo delle modalità di promozione, deve essere evidenziato che il c.d. "*effetto aggancio*" è ottenuto presentando il Sistema come volto alla diffusione dell'attività di *cashback* quando, in realtà, il conseguimento di rilevanti guadagni previsti dal piano commissionale non deriva dalla diffusione di tale lecita formula di acquisto, quanto invece

Alla luce delle numerose evidenze raccolte anche grazie alla collaborazione del Nucleo Speciale Antitrust della Guardia di Finanza, l'Autorità conclude il procedimento comminando una sanzione complessiva di euro 3.200.000.

Nel secondo caso, sopra richiamato, di poco precedente (13 dicembre 2018), l'Antitrust ha sospeso alcuni siti che vendevano prodotti secondo il meccanismo di *buy and share*. Nello specifico, l'AGCM ha adottato ben quattro provvedimenti cautelari nei confronti di altrettanti operatori attivi nella vendita *on line* di apparecchiature elettroniche mediante la modalità del c.d. *buy and share*, in base alla quale i consumatori sono invitati ad acquistare i beni ad un prezzo particolarmente scontato e poi, per ottenere il bene prescelto, devono impegnarsi affinché altri consumatori, almeno 2/3, effettuino un analogo acquisto, aderendo ad una specifica lista.

Le indagini effettuate, con la collaborazione del Nucleo Antitrust della Guardia di Finanza, hanno evidenziato che gli operatori in questione utilizzano la prima fase di promozione per acquisire credito attraverso un rapido scorrimento delle liste e la conseguente consegna dei beni prenotati. Solo dopo che un numero rilevante di soggetti aderisce versando l'importo iniziale, lo scorrimento della lista rallenta progressivamente fino ad arrestarsi al punto da impedire ai consumatori di uscire dal sistema e di non poter essere rimborsati di quanto originariamente versato.

L'Autorità ha ritenuto che tali sistemi di vendita siano in grado di attrarre un numero sempre crescente di acquisti (nella realtà mere prenotazioni) e possano funzionare solo in caso di una loro continua e rapida espansione, condizioni del tutto particolari e aleatorie che ne evidenziano la natura gravemente scorretta, in grado di ingannare un numero crescente di consumatori e condizionare indebitamente coloro che vi hanno aderito.

Nel caso specifico, infatti, l'AGCM rileva che «il sito *internet* in esame [*zuami.it*] risulta omissivo e idoneo ad indurre i consumatori ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non prenderebbero, quale quella di procedere ad un versamento per l'acquisto di prodotti quando in realtà si tratta di una mera prenotazione per entrare in uno schema di vendita di prodotti che vengono difficilmente consegnati; successivamente risulta particolarmente difficile e complesso il recupero degli importi pagati» (punto 17).

Tali evidenze hanno giustificato l'intervento cautelare con il quale è stato ordinato agli operatori di sospendere ogni attività diretta all'utilizzo della modalità di vendita subordinata alla successiva adesione di altri consumatori, nonché alla vendita di prodotti presentati come disponibili ma che in realtà

---

all'adesione ad un Sistema alimentato e basato sulle somme di denaro derivanti dall'ingresso di nuovi consumatori» (punto 127).



non risultano pronti per la consegna. Destinatari dell'intervento cautelare sono state le società *Zuami S.r.l.s.* (sito: *zuami.it*), *Gladiatori Roma s.r.l.s.* (sito: *listapro.it*), *Shop Buy S.r.l.s.* (sito *shopbuy.it*) e *IBALO S.r.l.s.* (sito: *ibalo.it*).

Nel terzo caso preso in esame, l'Antitrust (in data 25 luglio 2017), a seguito dell'avvio di un procedimento istruttorio, ha adottato un provvedimento cautelare nei confronti della società *One Network Services Ltd.*, attiva nel settore della promozione e diffusione della "criptomoneta *OneCoin*", e delle due persone fisiche che avevano registrato i siti ad essa collegati *onecoinsuedtirol.it* e *onecoinitaliaofficial.it* (il terzo *onecoinitalia.com* a seguito dell'avvio della procedura è stato oscurato).

L'istruttoria, che ha preso origine da segnalazioni pervenute dalla Consob e dall'associazione CTCU di Bolzano, nonché da accertamenti pre-istruttori svolti dal Nucleo Speciale Antitrust della Guardia di Finanza, ha accertato la scorrettezza del sistema ideato e gestito da *One Network Services Ltd.* e dai suoi rappresentanti in Italia. Tale sistema sembrerebbe finalizzato a promuovere l'adesione ad un programma di diffusione della "criptomoneta *OneCoin*" – collegato all'acquisto di pacchetti di formazione - che dovrebbe consentire ai consumatori di ottenere notevoli ritorni economici (ad esempio con un investimento di 140 euro si prospetta un ritorno di 2800 euro in un biennio). Dalle evidenze raccolte pare essere emerso che la rappresentazione dei vantaggi, oltre che altamente aleatoria, fosse in realtà funzionale ad attrarre l'ingresso di un elevato numero di consumatori, con un impegno economico rilevante, riproducendo a tutti gli effetti un sistema di vendita piramidale rientrante nella fattispecie vietata dalla legge.

A fronte delle evidenze di promozione della "criptomoneta *OneCoin*", poichè nessuno dei professionisti coinvolti nel procedimento aveva fornito spiegazioni e difese adeguate a comprendere la verosimiglianza dei risultati promessi, nonché in merito al funzionamento del sistema promosso, al fine di limitare il danno per i consumatori nelle more della conclusione del procedimento, veniva disposta la sospensione di ogni attività diretta alla promozione e diffusione della "criptomoneta *OneCoin*" nonché dei pacchetti formazione ad essa collegati.

L'Autorità Garante della Concorrenza, a conclusione dell'istruttoria ha accertato che le modalità utilizzate dalla società *One Life Network LTD* con l'ausilio di altri professionisti per promuovere l'acquisto della moneta virtuale "*OneCoins*" e dei pacchetti formazione venduti in abbinamento con questa fossero scorrette sotto il profilo delle informazioni fornite ai consumatori circa le caratteristiche del prodotto e del suo sistema di vendita con caratteristiche piramidali. Le condotte in questione sono quindi cessate

in Italia a seguito dei provvedimenti di sospensione adottati dall'Autorità prima nei confronti della società *One Network Services Ltd* e dei siti *onecoinsuedtirol.it*, *onecoinitaliaofficial.it*, *onecoinitalia.com* e poi nei riguardi delle società *One Life Network Ltd* e *Easy Life S.r.l.*

In particolare è risultato che l'attività promozionale fosse incentrata sulla promessa che il consumatore, dopo aver acquistato un pacchetto di formazione, potesse ottenere i *OneCoins* (attraverso un processo di trasformazione della moneta grezza) e che successivamente tali monete virtuali avrebbero incrementato il loro valore in ragione della loro diffusione, tutti elementi che non hanno trovato riscontro nel corso del procedimento. La proposta commerciale di *One Life* quindi era basata sulla prospettazione, falsa, di ingenti guadagni: ad esempio, l'acquisto del pacchetto da € 27.530 avrebbe consentito (ma le informazioni fornite non risultano chiare) di ottenere un controvalore di € 3.000.000 dopo solo due anni dall'adesione al programma. «Si tratta com'è evidente di (...) affermazioni tanto suggestive quanto prive di qualsiasi elemento di riscontro oggettivo» (punto 123); e ciò è particolarmente rilevante laddove si consideri che «le condotte volte a promuovere ONECOIN e la prospettiva di ingenti guadagni ad essa abbinati, sono certamente idonee ad indurre il consumatore medio ad aderire al programma sulla base di una prospettazione gravemente incompleta, che appare ingannevole in violazione degli artt. 20, 21, comma 1, lettere *b*) e *c*).» (punto 130).

La diffusione di OneCoin avveniva attraverso un sistema di vendita piramidale dal momento che il reclutamento di nuovi consumatori rappresentava il fine esclusivo dell'attività di vendita e veniva fortemente incoraggiato attraverso il riconoscimento di svariati bonus, unica effettiva e reale remunerazione del programma. L'acquisto del kit di formazione infatti celava la *fee* d'ingresso necessaria per entrare nel sistema e convincere altri consumatori della bontà del prodotto. In realtà la "criptomoneta OneCoin", di cui non è stato possibile verificare l'esistenza e la consistenza, era il pretesto per un sistema che aveva esclusivamente come obbiettivo (e si sosteneva attraverso) l'inserimento di altri consumatori.

Il procedimento ha permesso di accertare la scorrettezza della pratica sia in base alle modalità ingannevoli con le quali erano prospettate le caratteristiche, i termini e le condizioni del prodotto proposto, sia in quanto il sistema integrava una vendita a carattere piramidale annoverata dal Codice del Consumo tra le pratiche commerciali in ogni caso ingannevoli<sup>59</sup>.

<sup>59</sup> Si richiamano al riguardo due sentenze del TAR Lazio (n.4742/2017 pubblicata il 20 aprile 2017 e n.6237/2014 pubblicata il 13 luglio 2017), nelle quali si chiarisce che i sistemi di vendita piramidale «condividono con i consentiti schemi "multilivello" la possibilità di far

L'AGCM afferma che lo «schema OneCoin rientra perfettamente nella categoria appena descritta. La vendita del pacchetto di formazione che permetterebbe l'acquisizione della criptomoneta OC costituisce infatti, il pretesto per lo sviluppo di un sistema di vendita in cui l'unico reale ed effettivo incentivo economico deriva dal reclutamento di nuovi consumatori sotto forma appunto dei bonus riconosciuti dalla vendita di altri pacchetti formazione per la diffusione della criptomoneta OC» (punto 135)<sup>60</sup>.

Pertanto, sulla base anche della giurisprudenza amministrativa appena richiamata, alla luce delle numerose evidenze raccolte anche grazie alla preziosa collaborazione del Nucleo Speciale Antitrust della Guardia di Finanza per lo svolgimento di numerosi accertamenti istruttori, l'Autorità ha concluso il procedimento comminando sanzioni nei confronti delle società *One Life Network Ltd* (€ 2.000.000), *One Network Services Ltd* (€ 500.000), *Easy Life S.r.l.* (€ 80.000), nonché nei confronti dei registrants dei siti *onecoinsuedtirol.it*, *onecoinitaliaofficial.it*, *onecoinitalia.com* (€ 5.000 ciascuno).

Nel quarto caso segnalato, l'Antitrust (in data 22 marzo 2017), l'AGCM ha chiuso il procedimento istruttorio avviato nei confronti del professionista *Dexcar Autovermietung UG*, attivo nella settore del noleggio di autoveicoli, e degli altri professionisti incaricati alla promozione e diffusione del sistema di autonoleggio *Dexcar*, comminando sanzioni per complessivi 455.000 euro.

La pratica sanzionata, ideata e posta in essere da *Dexcar* a partire dalla fine del 2014 con l'ausilio di altri professionisti, consisteva nella promozione e gestione di un sistema di autonoleggio attraverso il quale il consumatore,

---

aderire alla struttura altri soggetti sponsorizzandone l'ingresso, in qualità di nuovi incaricati. Ciò che ne differenzia il contenuto, e ne rende illecito l'utilizzo, è la circostanza che nelle vendite piramidali si assiste ad un uso distorto del meccanismo di reclutamento di nuovi incaricati, attraverso la creazione di un bene in cui l'oggetto di vendita passa in secondo piano e costituisce un mero pretesto per reclutare altri soggetti che, pagando una "tassa" di ingresso, entrano all'interno della piramide e li rimangono (...) in tal modo alimentando artificialmente il sistema» (punto 134).

<sup>60</sup> Il «programma OneCoin è organizzato e costruito in modo da replicare le caratteristiche proprie delle modalità di vendita piramidali, posto che per lo sviluppo della rete è necessario partecipare all'investimento per accreditarne la fiducia e la bontà necessarie per sviluppare lo schema» (punto 140); né rileva «esaminare lo specifico funzionamento dei vari incentivi, in quanto in assenza appunto di una chiara e distinta attività di vendita di un bene, è evidente che qualsiasi forma di incentivo economico tende a premiare e remunerare solo l'ingresso ed il reclutamento di nuovi consumatori e non invece l'attività di vendita di un bene» (punto 142). Difatti, «mentre nelle società che operano attraverso sistemi di vendita diretta multilivello i partecipanti/agenti sono retribuiti proporzionalmente al valore e alla quantità di servizi erogati o beni venduti, nella vendita con caratteristiche piramidali, quale quella in esame, il bene o il servizio rappresenta solo un pretesto o l'occasione per reclutare altri consumatori, affinché entrino a loro volta nella *piramide*» versino a loro volta un contributo (punto 143).

per ottenere l'autonoleggio gratuito di un'autovettura per 24 mesi tramite l'adesione al "Programma Marketing Bonus Auto", avrebbe dovuto versare una quota di ingresso variabile da 547 a 1.950 euro.

Secondo quanto previsto dal sistema, a seguito del versamento della suddetta quota, il consumatore veniva inserito in una "tabella" ove, per ottenere la consegna dell'autoveicolo e l'autonoleggio gratuito, avrebbe dovuto seguire una farraginoso modalità di progressione resa possibile dal reclutamento – effettuato anche mediante *advisor* - e ingresso nel sistema di molti altri consumatori, che appunto dovevano versare a loro volta la quota d'ingresso.

In tal modo, mentre venivano generati considerevoli ricavi per il professionista, il noleggio gratuito, cui ambivano i soggetti aderenti, risultava appannaggio di un numero irrisorio di consumatori (un auto ogni 128 adesioni) e comunque derivava in via principale dalle quote corrisposte da altri soggetti entranti. Anche gli ulteriori benefit promessi da *Dexcar*, quali ad esempio i buoni benzina, raggiungevano una minima parte degli aderenti al sistema (16 ogni 128 adesioni).

L'AGCM nel provvedimento richiama le decisioni della Corte di Giustizia, Causa C-515/12, "4 FINANCE UAB", ECLI: EU:C:2014:211 e Causa C-667/15, "LOTERIE NATIONAE", ECLI: EU:C:2016:958, nelle quali si afferma rispettivamente che l'elemento costitutivo della scorrettezza di un sistema di promozione a carattere piramidale è il contributo finanziario che il consumatore è tenuto a versare a prescindere dal suo importo «in cambio della possibilità da parte di quest'ultimo di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita e dal consumo del prodotto» e che sistema a carattere piramidale si ha anche «nell'ipotesi in cui sussista solo un legame indiretto tra le partecipazioni versate da nuovi aderenti a tal sistema e i corrispettivi percepiti dagli aderenti già presenti».

Il procedimento ha consentito di accertare la scorrettezza della pratica sia in base alle modalità ingannevoli con le quali erano prospettate le caratteristiche, i termini e le condizioni del servizio proposto, sia in quanto il sistema integrava una vendita a carattere piramidale annoverata dal Codice del Consumo tra le pratiche commerciali in ogni caso ingannevoli.

Nel quinto e ultimo caso, l'AGCM accende il faro sulle vendite multilivello illecite e sanziona *Vemma Italia*, *Asea Italy* e *Organo Gold Europe* per pratiche commerciali scorrette con multe pari a complessivi 500.000 euro.

Tali sanzioni sono state decise dall'AGCM al termine di tre distinti procedimenti istruttori, condotti in collaborazione con il Gruppo Antitrust del Nucleo Speciale Tutela Mercati della Guardia di Finanza. Secondo

l'Antitrust ai consumatori viene proposto l'acquisto di prodotti attraverso meccanismi finalizzati in realtà al reclutamento di altri venditori ai quali viene richiesto un contributo iniziale o la sottoscrizione di un programma di acquisti personali. Il sistema prevede in sostanza il coinvolgimento e la partecipazione di consumatori in uno schema di acquisto e vendita dei prodotti: chi aderisce è incentivato, al momento dell'ingresso nel sistema, a coinvolgere un numero sempre crescente di altri consumatori/venditori.

Si tratta di un meccanismo distributivo scorretto per il quale il consumatore non può fornire un contributo in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema anziché dalla vendita o dal consumo dei prodotti.

La posizione di *Asea Italy* e di *Organo Golden Europe* risulta ulteriormente aggravata dalla circostanza che le due società hanno attribuito ai loro prodotti capacità curative che non risultano adeguatamente dimostrate e certificate.

Di seguito le pratiche attuate da *Vemma Italia*, *Asea Italy* e *Organo Gold Europe* sanzionate dall'Autorità: 1) avvio di un sistema di promozione a carattere piramidale nel quale il consumatore paga un contributo "d'ingresso" (anche nella forma di autoconsumo) in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema anziché dalla vendita dei prodotti teoricamente commercializzati: infatti, il fatturato di ciascun professionista derivava principalmente dai meccanismi di ingresso o di autoconsumo e non dalla vendita dei prodotti; 2) ingannevole e mancata informazione completa sulle possibilità di guadagno, che appaiono totalmente irrealistiche e funzionali a ingannare i consumatori per farli aderire allo schema: la maggioranza di incaricati non ha generato e ricevuto corrispettivi, ne ha ricevuti per un importo del tutto trascurabile; 3) limitatamente ai procedimenti a carico di *Asea Italy* e di *Organo Golden Europe*, diffusione di affermazioni ingannevoli sulle capacità curative dei prodotti non dimostrate attraverso idonea certificazione. Infatti la società *Asea* sostiene che la composizione della miscela commercializzata sarebbe perfettamente equilibrata e in grado di rinforzare il sistema immunitario, favorire il processo di guarigione e limitare l'effetto dannoso dei radicali liberi. *Organo Golden Europe* invece sostiene che la bevanda avrebbe proprietà tali da renderla efficace nella profilassi di malattie nervose, vascolari e tumorali, senza effetti collaterali.

**Il volume raccoglie riflessioni condotte su diversi testi normativi al fine di verificare se ed in quale misura proposte legislative di nuovi modelli contrattuali o di regolazione di rapporti privati abbiano trovato effettiva risposta nel tessuto socio-economico, valutando altresì le possibili ragioni di obsolescenza.**

**VINCENZO CUFFARO**

è Professore ordinario di Istituzioni di diritto privato nell'Università di Roma Tre.

**ANGELO BARBA**

è Professore ordinario di Istituzioni di diritto privato nell'Università di Siena.

**EDOARDO PESCE**

è Dottorando di ricerca in Diritto civile nell'Università di Genova.

**MARCO DELL'UTRI**

è Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione.

**MASSIMO D'AURIA**

è Professore associato di Istituzioni di diritto privato nell'Università di Siena.

**CRISTIANO CICERO**

è Professore ordinario di Istituzioni di diritto privato nell'Università di Cagliari.

**FABRIZIO DI MARZIO**

è Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione.

**ETTORE BATTELLI**

è Professore associato di Istituzioni di diritto privato nell'Università di Roma Tre.

