

Introduzione

Introduzione

SUBFORNITURA TRA DIRITTO ED ECONOMIA: LE ORIGINI

Occorrerebbe preliminarmente chiedersi quali dinamiche di mercato abbiano suscitato l'attenzione del legislatore al punto da suggerire l'emanazione di una disciplina specificamente concernente i rapporti di subfornitura. Già nel corso degli anni sessanta e settanta cominciava progressivamente a diffondersi la tendenza delle grandi imprese a delegare parte del proprio processo produttivo ad altre imprese, generalmente di dimensioni medio- piccole: fenomeno, quest'ultimo, ampiamente noto nella letteratura aziendalistica, come "decentramento produttivo".

Sembrava, in altri termini, essere giunta definitivamente al tramonto l'era del gigantismo industriale, per tale dovendosi intendere quell'epoca in cui ciascun organismo aziendale si sarebbe potuto, autonomamente, occupare della totalità delle fasi di lavorazione indispensabili alla realizzazione del prodotto finale, da collocare sul mercato. Sempre più frequentemente anzi, si sarebbe potuto assistere alla sistematica devoluzione, in favore di imprese specializzate, di segmenti del processo produttivo, al quale pertanto i committenti si sarebbero limitati a concorrere, soltanto in fase di ricerca e progettazione. Il che, oltretutto, ha notevolmente catalizzato lo stesso processo di destrutturazione dei rapporti di lavoro subordinato, favorendo inesorabilmente un drastico ridimensionamento delle tradizionali tutele offerte al prestatore.

Le imprese fornitrici, d'altro canto, hanno poi dato vita all'implementazione di forme di aggregazione, in conformità ai parametri dell'integrazione orizzontale, utili alla conveniente redistribuzione delle prestazioni dovute alla committenza. Si è, ad ogni modo, opportunamente distinto tra subfornitura congiunturale (o per motivi di capacità), configurabile laddove il committente si fosse rivolto ad unità esterne, nonostante in possesso della tecnologia e delle attrezzature necessarie ad eseguire il componente o la lavorazione (magari per esigenze di abbattimento dei costi o semplicemente per fronteggiare un'improvvisa crescita della domanda) e subfornitura specializzata (o strutturale), ricorrente nel caso inverso in cui il committente avrebbe, teoricamente, pure potuto prevedere in autonomia.

La divaricazione concettuale rileva in particolare ai fini della valutazione di compatibilità con il divieto posto dall'art 81 del Trattato di Roma, concernente le intese limitative della concorrenza: la subfornitura strutturale sarebbe, infatti, caratterizzata dalla specificità delle direttive impartite dal committente e dall'accentuata dipendenza tecnica del fornitore mentre la genericità delle indicazioni e la conseguente autonomia operativa nella esecuzione della prestazione sarebbero, piuttosto, tipici della subfornitura di capacità. In tutta evidenza, nella prima ipotesi, oggetto del rapporto sarebbero prodotti che il subfornitore giammai sarebbe in grado di realizzare da solo per cui, neppure astrattamente potrebbe prospettarsi una concorrenza con il committente e, tantomeno, una sua presunta illecita restrizione. Diversamente, in vista della realizzazione di un prodotto neppure poi così dissimile da quelli normalmente fabbricati dal subfornitore, eventuali clausole limitative potrebbero ingiustificatamente frustare lo sviluppo autonomo di attività economiche indipendenti, nei settori cui il contratto si riferisce.

Seppur indirettamente, tuttavia, proprio l'incentivo alla specializzazione ha generato ulteriori incongruenze, incrementando sensibilmente la debolezza delle imprese fornitrici: lo svolgimento di un'attività produttiva di beni o servizi "dedicata", specificamente adattata alle esigenze di un particolare committente, finirebbe per risolversi in un oppressivo vincolo di dipendenza, non eliminabile se non attraverso una insostenibile riconversione produttiva. Si sottolinea al riguardo, come per il fornitore risulti terribilmente problematico sostituire il cliente in caso di cessazione del rapporto, in considerazione della elevata difficoltà di rinvenire sul mercato imprese interessate ad una produzione così specifica: realisticamente verrebbe a materializzarsi lo spettro della crisi; non altrettanto sarebbe a dirsi per il committente, il quale potrà, presumibilmente, contare su di una platea di potenziali fornitori, tra loro perfettamente fungibili.

Non è, a dire il vero, il solo aspetto preoccupante, ricavabile dalle precedenti osservazioni: la dimostrata vulnerabilità dell'impresa fornitrice, giocoforza, la espone ad abusi e comportamenti penalizzanti del committente, in corso di esecuzione del rapporto, come ad esempio la modifica unilaterale dei quantitativi pattuiti, delle caratteristiche del prodotto, del prezzo fissato o dei termini di consegna.

Dal punto di vista prioritariamente giuridico, alle esigenze di tutela della parte contrattualmente debole, si sarebbero affiancate le complicazioni provenienti dalla

necessità di un inquadramento sistematico del fenomeno. Basti considerare la molteplicità di variabili negoziali che la prassi aveva da tempo iniziato ad elaborare, in assenza di una disciplina organica e coerente: si scorgeva la subfornitura integrata allorché tra le parti fosse venuta, anteriormente, instaurandosi una cooperazione di tipo stabile e continuativo, mentre, in caso contrario, si sarebbe potuto discorrere di subfornitura contingente, ovvero ordinaria. Ancora, si sarebbe profilata una relazione di partenariato qualora la collaborazione si fosse estesa alle fasi di ideazione, definizione delle specifiche tecniche e industrializzazione di un determinato prodotto.

Nondimeno, gli stessi operatori commerciali avevano percepito l'idoneità della subfornitura a candidarsi come essenziale strumento per garantire la flessibilità organizzativa e la competitività delle imprese in un mercato così profondamente dinamico ed incessantemente mutevole. Nella comunicazione del 30 agosto 1989 infatti, la Commissione rileva che per lo più "i committenti spingono i loro subfornitori a diversificare la loro clientela, anzi a sviluppare prodotti propri". Parte della committenza mostrava dunque interesse a collaborare con imprese efficienti, quantunque meno condizionabili, in grado di ammortizzare costi fissi, investimenti idiosincratici e soprattutto di praticare, parallelamente, prezzi migliori. Non a caso, è stato autorevolmente osservato come il decentramento produttivo, anziché pericoloso per la libertà del mercato "evita il rischio di concentrazioni discorsive della concorrenza e favorisce la nascita di nuove imprese"(F. Prosperi). Del resto, l'art 157 del Trattato CE inserisce testualmente tra gli obiettivi delle istituzioni sovranazionali, nell'ambito di un sistema di mercati aperti e concorrenziali, la promozione di "un ambiente favorevole all'iniziativa e allo sviluppo delle imprese di tutta la Comunità, segnatamente delle piccole e medie imprese".

Si tratta, in buona sostanza, di invadere un campo integralmente rimesso alla libera negoziazione dei soggetti economici, ontologicamente recalcitrante, per tradizione, all'introduzione di qualsiasi disciplina vincolistica dell'autonomia privata. Assai spesso le imperscrutabili logiche di mercato danno la stura alle più consistenti innovazioni normative: bisogna pertanto superare le persistenti riserve opposte agli interventi legislativi in materia di concreta definizione dei rapporti contrattuali tra imprese, a tutela di un interesse generale, quale sarebbe, condivisibilmente, da ritenersi l'efficienza del mercato. Soltanto grazie al soccorso di norme imperative può giungersi a ricalibrare l'assetto di interessi, oggetto di autonoma regolamentazione convenzionale, in senso

conforme all'equità sostanziale del rapporto. Ancora secondo Prospero, il regime della subfornitura "risulta perfettamente funzionale all'interesse generale, concorrendo a garantire la migliore efficienza del mercato, la quale sarebbe certamente compromessa ove si consentisse il diffondersi di pratiche abusive e vessatorie da parte di coloro che possono vantare un maggior potere contrattuale".

La libera contrattazione si sarebbe posta insanabilmente in contrasto con il principio di solidarietà (art 2 cost.), con la funzione sociale dell'iniziativa economica (art 41, comma 2, cost.) e con la insopprimibile garanzia del libero sviluppo della persona umana (art 3, comma 2, cost.). Si tolleri, dunque, auspicabilmente la prospettiva di un regolamento parzialmente eteronomo, il solo in grado di assicurare all'impresa concretamente più debole una tutela comparativamente più intensa di quella che avrebbe ottenuto contrattando in posizione di sostanziale inferiorità.

Già solo esprimersi adesivamente, circa la deprecabile attitudine dei committenti a dilazionare indefinitamente, in proprio favore, i termini di pagamento, vorrebbe dire implicitamente validare pratiche di finanziamento improprio e sollecitare effetti a cascata indesiderabili: l'imposizione di condizioni inique ai subfornitori costringe costoro ad operare illegalmente, evadendo il fisco, violando le norme in materia di sicurezza sul lavoro e risultando inadempienti alle proprie stesse obbligazioni contrattuali. Non sembra casuale che una quota non trascurabile del made in Italy e, soprattutto, la componentistica a bassa tecnologia vengano prodotte in paesi socialmente arretrati, nei quali, talvolta, addirittura si tolleri lo sfruttamento del lavoro minorile.

La raggiunta consapevolezza secondo cui la incondizionata libertà di iniziativa economica non sia affatto sinonimo di efficienza e massimizzazione nell'uso delle risorse sociali, consente di presupporre l'introduzione di rigidi divieti all'abuso di posizioni dominanti, riaffermando energicamente la giustizia sostanziale nelle transazioni commerciali. A dirla tutta, la tutela del contraente debole si sarebbe potuta induttivamente evincere dalla diretta applicabilità delle norme costituzionali e dei principi generali dell'ordinamento liberal-democratico. Ma, l'eccessiva prudenza con cui si è fatto applicativamente ricorso alle clausole di buona fede oggettiva e correttezza ha reso indifferibile un intervento legislativo. Il dibattito parlamentare non ha però risentito negativamente delle consuete tensioni politiche tra maggioranza ed opposizione, perciò, in definitiva, le nuove norme

sono state approvate alla luce di un consenso diffuso e generalizzato, pressoché unanime, straordinariamente.

Capitolo I

Decentrimento produttivo e

nuovo diritto dei contratti

Capitolo I

Decentramento produttivo e nuovo diritto dei contratti

1.1 Cooperazione verticistica e orizzontale tra imprese

È, quanto mai, opportuno approcciare al tema della cooperazione industriale ripercorrendo, brevemente, le tappe evolutive del processo di deverticalizzazione¹della produzione e di globalizzazione dei mercati. Vi sono, talvolta, imprevedibili contingenze ed accidenti metastorici in grado di influire, in misura determinante, sul dialogo tra soggetti economici, come pure sulla conseguente risposta normativa che le competenti istituzioni intendono dare ai fenomeni sorti nell'ambito della prassi commerciale.

Indagando, a fondo, l'eziologia a monte della radicale trasformazione, verificatasi a partire dagli anni settanta del secolo scorso, nel settore industriale, occorre venire a capo delle effettive ragioni, determinative della segmentazione del processo produttivo ed, in buona sostanza, della fine della "grande impresa". In prima battuta, va registrata una consistente sofisticazione del consumo, capace di dar luogo ad un progressivo mutamento della domanda, traducentesi nella richiesta di beni meno standardizzati e nella graduale demolizione del vantaggio differenziale dovuto alla grande scala operativa; non certo trascurabile si è poi rivelato, il contributo dovuto al notevole aumento del grado di concorrenzialità, imputabile all'exasperato abbattimento delle frontiere commerciali, cui vanno, necessariamente, aggiunti i crescenti costi di coordinamento interno, per effetto della viscerale conflittualità operaia.

Sarebbe, tuttavia, piuttosto miope limitare l'analisi in discorso ai soli fattori endogeni: impatto non meno dirompente deve, infatti, attribuirsi agli shock esogeni dell'incremento dei costi di produzione, cagionato dalle crisi petrolifere del 1973 e del 1979, e della conversione ad un regime di cambi flessibili.

A fronte, dunque, di una domanda maggiormente volatile, della flessione del grado di integrazione verticale e dell'incertezza caratterizzante i pagamenti internazionali, dovuta

¹ Sottolinea, con estrema lucidità, A. Musso, *Concorrenza e integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, Milano, 1993, p. 11 ss., come "il decentramento si rivela un utilissimo strumento per lo sviluppo o per l'entrata sul mercato di imprese medie e piccole, le quali altrimenti ben difficilmente troverebbero sbocchi o potrebbero praticare attività industriali in modo remunerativo".

alla variabilità dei tassi di cambio, si comprende, agevolmente, la tendenza dei maggiori organismi imprenditoriali ad esternalizzare, quanto meno parzialmente, la propria produzione, cui consegue, pertanto, un più frequente ricorso al mercato. Ad ogni modo, l'interlocutore abituale della committenza resta un'impresa, denominata "subfornitrice", generalmente di piccole dimensioni e collocata il più delle volte all'interno dei confini nazionali, cui si sceglie, in definitiva, di devolvere fasi di lavorazione tecnicamente scomponibili. Non a caso, inizia a comparire il termine "indotto", intendendosi per tale il coacervo di imprese subfornitrici che vive delle commesse esternalizzate dai grandi organismi produttivi (si pensi esemplificativamente, in Italia, alla ricorrenza di termini come "indotto Fiat" o "indotto Olivetti").

Del resto, già etimologicamente, il lemma "*in-ductus*", evoca l'atteggiamento, l'attitudine comportamentale di chi viene "persuaso" o "stimolato a fare"; in principio, dunque, la finalità sembrava, essenzialmente, risiedere nella compressione dei costi del lavoro piuttosto che in un incremento di produttività², come dimostra la scarsissima autonomia del subfornitore nella realizzazione del prodotto. Per quel che riguarda l'esperienza italiana, soltanto in territorio settentrionale è stato possibile assistere alla formazione di cospicui distretti industriali (Magnetis Marelli a Carpi e Zanussi a Conegliano, solo a voler fare dei nomi) mentre, nel Mezzogiorno, si è platealmente manifestata l'inerzia della grande impresa circa l'assolvimento dei compiti ad essa affidati dalla politica di incentivazione, idonea a fertilizzare il territorio circostante tramite relazioni di fornitura, in grado di favorire la nascita di piccole e medie imprese locali. Emblematicamente, tali motivi di censura hanno generato l'icastico termine di "cattedrale del deserto", riservato alle più audaci iniziative industriali nel Meridione.

Nel corso degli anni ottanta, lo scenario cambia nuovamente: l'espansione fisiologica del ciclo economico e la riacquisizione di margini di competitività e redditività in favore della grande impresa, costituiscono la risultante del processo di ristrutturazione, messo in atto per reagire agli shock del decennio precedente. Il risvolto più significativo è di natura eminentemente qualitativa: le nuove tecnologie e l'automazione flessibile determinano l'accentuazione della specializzazione e l'infittirsi della trama relazionale,

² Nell'esperienza italiana, si considera la subfornitura "diffusasi come mezzo per il contenimento dei costi, attuato attraverso lo scorporo, dalla grande impresa, di fasi produttive non di rado affidate ad ex dipendenti", secondo le osservazioni di R. Caso e R. Pardolesi, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1998, p. 712 ss., spec. 716.

conformando gli assetti organizzativi a modelli di configurazione massimamente efficienti. L'intensificazione dei rapporti di collaborazione germoglia nella costruzione di una struttura piramidale, i cui partecipanti si giovano, reciprocamente, della specializzazione altrui³, in un'ottica di saggia ed equilibrata divisione del lavoro: si materializzano forniture complesse, in relazione alle quali il committente agisce in qualità di "capofila di una delega a cascata". Correlativamente, diminuisce il rischio di *hold up* delle subfornitrici, grazie alla disponibilità di soluzioni cooperative e all'opportuna selettività nella scelta dei *partners* commerciali, strumentali al ridimensionamento del pericolo, rappresentato dall'effettuazione pregressa di investimenti idiosincratici.

La dimensione geografica globale del collaborazionismo imprenditoriale⁴, ha consentito una migliore parcellizzazione delle diverse fasi di produzione ed una contestuale contrazione dei costi di coordinamento gravanti sulle infinite monadi dell'universo industriale: l'avvento di contesti istituzionali e legali più favorevoli ha inciso migliorativamente, nel complesso, sull'*enforcement* dei contratti e sulla rispettiva percezione fiduciaria in seno alla negoziazione commerciale. La metamorfosi da "*captive*" a "*global*" *supplier*, ha permesso alle imprese subfornitrici di inserirsi in un circolo virtuoso di progressivo perfezionamento ed avanzamento operativo (*upgrading*), parallelamente incentivando i grandi assemblatori industriali a conservare nella propria struttura produttiva solo le funzioni a più alto valore aggiunto (design, ingegnerizzazione, marketing). Sembra quasi che al tradizionale commercio internazionale di merci (*trade in goods*) sia andato sostituendosi il commercio internazionale di compiti (*trade in tasks*), irrimediabilmente contraddistinto dalla sistematica opzione in favore del decentramento all'esterno e all'estero (pratiche rispettivamente note, in letteratura, come *outsourcing* e *offshoring*).

³ Puntuali, in merito, le considerazioni di G. Chiappetta, *Azioni dirette e "tangibilità" delle sfere giuridiche*, Napoli, 2000, p. 72, stando alle quali "il singolo contratto non sempre è lo strumento idoneo a realizzare un'operazione economica complessa: la rapidità dei mezzi di comunicazione e di distribuzione, la diversificazione dei prodotti richiedono la partecipazione di operatori altamente specializzati ed una nuova concezione dell'organizzazione della produzione".

⁴ Si rinvia, sul punto, alle apprezzabili riflessioni di G. De Rita, *Il regno inerme. Società e crisi delle istituzioni*, Torino, 2002, p. 50, secondo cui "anche se non avremo governi, istituzioni, tribunali mondiali, un embrione di diritto globale è ormai in fase di sviluppo. Come si uscì dall'assetto istituzionale feudale con la *lex mercatoria* ... è probabile che oggi si vada verso un meccanismo a essa paragonabile: l'informalità contrattualistica delle transazioni che si fanno ogni giorno nelle varie reti di globalizzazione, si agglutinerà lentamente, e i luoghi dello scambio diventeranno i nuovi luoghi del diritto".

Ne risulta inesorabilmente compromessa l'efficacia euristica della tradizionale declinazione delle paradigmatiche forme di cooperazione: più che ragionare secondo l'atavica dicotomia verticale/orizzontale, sarebbe il caso di immaginare l'implementazione di un network, in cui i produttori sfruttano, prevalentemente, impianti e macchinari ad elevato coefficiente di flessibilità, di modo da potersi rivolgere ad una clientela fungibile e meno asfittica. La gestione cooperativa all'interno della rete è improntata a canoni di trasferimento delle conoscenze, complementarità delle competenze, invece che a criteri di subordinazione quasi - gerarchica. Impresa subfornitrice non può più, dunque, indeclinabilmente voler dire impresa marginale: quelle con i rispettivi clienti divengono relazioni sempre più stabili e qualificate, non già vincolate ai parametri della dipendenza tecnica ed economica, ma addirittura stimolanti la capacità dei *suppliers*, non soltanto di partecipare al network della produzione, bensì di concorrere alla sua *governance*. L'esito parossistico di un simile processo reattivo potrebbe, teoricamente, suggerire un consapevole sviluppo delle abilità di progettazione e design, funzionale a porre il subfornitore nelle condizioni di diversificare la sua attività al punto tale, da candidarsi come produttore diretto per il mercato, scardinando perciò anche la consueta alternativa di scelte a disposizione del produttore industriale, "make or buy".

Soffermandoci, momentaneamente, sull'assetto reticolare della produzione nazionale, preme notare come talune rilevazioni statistiche evidenzino, inequivocamente, l'esasperante particolarismo del nostro settore industriale: secondo l'indagine periodicamente svolta da Capitalia - Unicredit, la quota di imprese subfornitrici⁵, tra il 1998 ed il 2006, oscilla tra il 68% e il 71% delle imprese rilevate nel campione, tendente ulteriormente al rialzo, (75%), nella piccola dimensione e nei settori meccanici, della fabbricazione dei mezzi di trasporto e della carta. L'auspicio è che il nostro legislatore promuova, energicamente, politiche di incentivazione finanziaria e fiscale, che agevolino le modeste realtà produttive nella difficile opera di sostegno dei costi indispensabili alla penetrazione dei mercati esteri. Nel giugno 2011, i contratti di rete risultano essere attivati in circa sessanta casi⁶, scontando, indubitabilmente, la prevista impossibilità di

⁵ Ricordava, nuovamente, G. De Rita, *Il regno inerme*, cit., p. 58 ss., come, al tempo della pubblicazione in Italia operassero "quattro milioni e mezzo di imprese (una ogni otto abitanti) prevalentemente a conduzione familiare e con dimensioni assai ridotte".

⁶ Qualificava la "rete", G. Musco, *Frammenti ricostruttivi del contratto di rete*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 843, in guisa di "contratto bi- o plurilaterale associativo con comunione di scopo".

includere nell'accordo soggetti stranieri e venendo, clamorosamente, meno alla finalità di promuovere la ricerca, l'internazionalizzazione e l'innovazione. Attenzione particolare andrebbe poi, naturalmente, riservata, a seguito del fallimento delle politiche di programmazione negoziata, alle imprese meridionali, mediante significativi interventi di sostegno regionale. Del resto, ne va della competitività dell'intero sistema industriale nazionale, se si considera poi, pure, che solo presidiare il segmento finale della produzione, destinato alla vendita sul mercato, consente di occupare la posizione maggiormente remunerativa nella filiera internazionalmente integrata.

1.2 Iniziative comunitarie e necessità di regolamentazione

Proviamo, ora, ad instaurare una plausibile connessione teleologica tra il fenomeno appena descritto ed il diritto dell'Unione. Anche cronologicamente, infatti, gli spunti provenienti dall'ambiente comunitario hanno preceduto le istanze normative espresse dalle singole legislazioni nazionali. In tutta probabilità, la direttrice lungo la quale effettuare il tentativo accennato, mi sembra senz'altro coincidere con la precipua finalità ispiratrice del processo di integrazione europea: la creazione di un mercato unico, in cui poter massimizzare i margini di produttività, in adesione ai più efficienti corollari, implicati dalla costante operatività di meccanismi altamente concorrenziali.

Apparentemente, infatti, la devoluzione concernente lo svolgimento di tutti gli stadi manifatturieri darebbe modo all'impresa cliente di riservarsi, essenzialmente, il momento dell'incorporazione finale e dell'immissione in commercio del bene, tramite l'apposizione del marchio di fabbrica. Ancor peggio, potrebbe rivelarsi strumentalmente preordinata a conseguire una pretestuosa divisione del lavoro, artificialmente diretta ad eludere l'applicabilità di norme giuslavoristiche. Se, però, si abbandona per un attimo l'inconsapevole e fuorviante dedizione a concentrarsi, unicamente, sul momento patologico, valorizzando, piuttosto, la fisiologia dei rapporti giuseconomici, non difficilmente ci si orienta in direzione dell'opportuno riconoscimento di una valenza pro-concorrenziale alla subfornitura. Già dal punto di vista esteriormente definitorio, la risalente comunicazione della Commissione CEE del 18 Dicembre 1978, afferma la tendenziale compatibilità degli accordi diretti a distribuire il lavoro tra imprese e delle clausole accessorie con il divieto posto dall'art 85 del Trattato di Roma (poi divenuto art 81 a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Maastricht), riguardante le intese

limitative della concorrenza, successivamente integrato dall'art 2 della l. 10 Ottobre 1990, n. 287.

Sul piano più strettamente dinamico, la crescente specializzazione dell'offerta riverbera, positivamente, sulla sua stessa capacità di adeguarsi alle mutevoli esigenze della domanda, così da lasciar intravedere il perseguimento di un fine economico condiviso, rafforzativo degli elementi di collaborazione tra le parti del rapporto di subfornitura: sarebbe chiaramente ultroneo, prefigurare l'esistenza di una comunione di scopo in senso giuridico ma, minimalmente, ritengo magari sussistere i presupposti necessari ad affermare il superamento del consolidato modello sinallagmatico, fondato sullo scambio isolato ed occasionale.

Indici sintomatici delle peculiarità di tale dialettica negoziale potrebbero, fondatamente, rintracciarsi nella presumibile durata del rapporto, nella normale infungibilità della persona del contraente e nell'apprezzabile intensificazione del profilo fiduciario, in sede di esecuzione del regolamento contrattuale. Soltanto un decennio più tardi (comunicazione del 30 agosto 1998), la Commissione, infatti, ribadisce il ruolo strategico delle relazioni di subfornitura, in vista del miglioramento della competitività delle imprese e della messa a regime del mercato unico. Preso atto che nella maggior parte delle ipotesi, subfornitori sono piccole e medie imprese "completamente dipendenti da uno o da alcuni committenti", la Commissione aggiunge che "la subfornitura di capacità si trasforma sempre più in subfornitura di specialità" e che "per restare competitivi i subfornitori devono specializzarsi in un ramo particolare". Emblematico al riguardo, sembra il passo in cui afferma: "Il committente intende affidare al suo subfornitore compiti sempre più complessi e conta sulle sue conoscenze relative ad un procedimento o ad una tecnologia che egli non possiede (o che non ritiene redditizio acquisire) ai fini della realizzazione di sottoinsiemi e funzioni complete". Indicazioni, queste ultime, ampiamente recepite dalla risoluzione del Consiglio 26 Settembre 1989, che, esplicitamente, "sottolinea l'importanza di promuovere rapporti più equilibrati tra committenti e subfornitori".

La preoccupazione delle istituzioni comunitarie è parsa, quindi, prioritariamente rivolgersi al rischio di eventuali limitazioni alla libera concorrenza tra imprese: il dialogo cooperativo, verosimilmente, riduce il pericolo di comportamenti opportunistici del contraente forte ma non sembra riuscire a scongiurare del tutto l'insostenibilità dei c.d.

“switching cost”, in caso di mancato recupero degli investimenti specifici, dovuto all’esiguo numero di clienti presenti nel portafoglio del subfornitore. In altri termini, si pone un interrogativo preliminare: in base a quali criteri stabilire se l’abuso della situazione di dipendenza economica, consumatosi entro i limiti di una determinata relazione di mercato, generi o meno effetti discorsivi della concorrenza?⁷

Superficialmente, verrebbe spontaneo osservare come il circoscritto abuso di dipendenza economica dispieghi, tipicamente, i suoi effetti “*intra muros*”, mentre l’abuso di posizione dominante, suscettibile di alterare il processo concorrenziale, valica i confini del singolo rapporto contrattuale: bisogna accertare, in definitiva, la capacità del soggetto abusante di operare in maniera sostanzialmente indipendente da chicchessia, dunque da concorrenti, fornitori ed, in ultima analisi, consumatori. I più convincenti tentativi di risolvere il nodo problematico, passano attraverso l’*essential facility doctrine*” e la teoria del partner obbligato: nella prima, la definizione del “*relevant market*” investe l’infrastruttura o la risorsa, di cui si dispone in via esclusiva e la cui indispensabilità si ricava sulla base dell’interesse, anche solo potenziale, di chiunque chieda invano di accedervi; nell’altra, importanza decisiva deve attribuirsi alla relazione di dipendenza tra le parti, nella misura in cui sorge la necessità di disporre, nel proprio assortimento, di un certo prodotto, non sostituibile a condizioni economicamente ragionevoli e dunque sacrificabile, solo con pregiudizio per la prosecuzione della propria attività commerciale.

A seconda della ricostruzione che si scelga di preferire, l’oggetto dirimente verrebbe a collocarsi a livello infrastrutturale, in un caso (porti, aeroporti, terminal ferroviari, stadi, ospedali), ovvero, più genericamente afferibile alla sequenza componentistica della produzione di un partner negoziale irrinunciabile; nel qual caso ultimo, parrebbe dilatarsi, scriteriatamente, la latitudine della nozione di abuso di posizione dominante. Con previdenza e lungimiranza, nella segnalazione del 10 febbraio 1998, l’Autorità Garante ha ritenuto improprio l’inserimento dell’abuso di dipendenza economica nella

⁷ Per la verità, anche in altri ordinamenti persiste una certa oscillazione di pensiero. Con specifico riguardo al sistema francese, si osserva, infatti, come “l’abuso di dipendenza economica non presuppone l’egemonia sul mercato (rilevante) preso nel suo complesso, quanto piuttosto, una posizione dominante relativa”, sebbene, poi, ai sensi dell’art. 8 dell’*ordonnance* n. 86-1243 del 1° dicembre 1986, sia “comunque necessario che vi sia una restrizione della concorrenza, per cui lo stesso mercato nel suo complesso, sembra tornare ad essere il punto di riferimento per l’applicazione della disciplina”. Tali sono gli esiti dell’analisi comparatistica, svolta da R. Caso e R. Pardolesi, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura*, cit., p. 712 ss., spec. 719.

disciplina antitrust, rilevando che “le norme antitrust sono disposizioni generali dirette a tutelare il processo concorrenziale in relazione all’assetto del mercato”. Del resto, già i lavori preparatori della legge 287/1990 avevano ponderato la possibilità di accogliere la nozione di posizione di dominanza relativa, salvo poi omettervi qualsiasi riferimento in sede di stesura del provvedimento. A valle del tortuoso iter parlamentare, che ha condotto alla previsione dell’istituto della dipendenza economica nella legge sulla subfornitura, il legislatore ha inteso porre, correttivamente, rimedio al rischio di confondere situazioni di potere economico con situazioni di potere contrattuale: con l’art 11 della legge n. 57/01 ha aggiunto il comma 3 bis all’art 9 della legge 192/1998, assegnando, pertanto, all’Autorità Garante della concorrenza e del mercato una specifica competenza in materia. Il riferimento è a quelle condotte che, “ferma restando l’eventuale applicazione dell’art 3 L. 10 ottobre 1990, n. 287”, indipendentemente, cioè, dalla loro capacità di integrare gli estremi dell’abuso di posizione dominante, siano sottoponibili al sindacato antitrust, in ragione della relativa “rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato”.

Vero è che, intuitivamente, in difetto della definizione di una fattispecie tipica ai sensi della legge antitrust, la divaricazione concettuale tra le due divergenti ipotesi di abuso, diviene maggiormente vischiosa, promiscua. Nondimeno, rinvigorisce l’assioma secondo il quale la soglia di rilevanza per il diritto della concorrenza, quantunque resa più oscillante ed incerta, vada fatta sistematicamente discendere dalla compromissione di un interesse generale, quello al corretto funzionamento del mercato, invece che dalla lesione di un interesse particolare, quello dell’impresa contrattualmente debole⁸.

⁸ Sostiene, in proposito, B. Grazzini (a cura di), *sub Articolo 9. Abuso di dipendenza economica*, in C. Berti e B. Grazzini, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192 come modificata dalla legge 5 marzo 2001, n. 57 e dal decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231*, Milano, 2003, p. 187 ss., come “il concetto di posizione dominante ... è di carattere *assoluto* in quanto la forza economica è rapportata al mercato rilevante e non già ad una specifica parte contrattuale” mentre “lo stato di *dipendenza economica* ha ... carattere relativo poiché assume rilevanza la conformazione relazionale del potere economico di cui dispongono le singole imprese in quanto soggetti di uno specifico rapporto giuridico”.

1.3 La L. 18 Giugno 1998 n. 192

La congerie socio-economica in cui ha preso corpo la risposta del legislatore italiano, consente di comprendere, adeguatamente, le ragioni e le finalità della disciplina di nuova introduzione. I pionieristici avvertimenti degli organi sovranazionali hanno esercitato la pressione auspicata sui parlamenti degli Stati membri, sebbene in Italia si sia scelto, diversamente che altrove, di regolamentare la materia, facendone oggetto di uno specifico provvedimento di legge, appositamente dedicato alla subfornitura⁹. Alcune pregnanti indicazioni sono state, oltretutto, integralmente accolte dalla normativa interna: secondo la Commissione, infatti, devono qualificarsi di subfornitura “i contratti, che siano conclusi o no in seguito ad un ordine di un terzo, in base ai quali un’impresa, detta committente, incarica, impartendo proprie direttive, un’altra impresa, il subfornitore, di fabbricare prodotti, fornire servizi o eseguire lavori destinati al committente o eseguiti per conto di questi”. Parafrasando il suggerimento comunitario, il legislatore nazionale ha enucleato la fattispecie di subfornitura, in conformità ai rilievi emergenti dalla prassi del commercio internazionale: le parti del rapporto rivestono la qualità di imprenditore, la prestazione del subfornitore, consistente nella realizzazione di una fase del processo produttivo dell’impresa committente, si estrinseca, prioritariamente, in un “*facere*”, le cui modalità di esecuzione vanno, rigorosamente, conformate alle direttive del cliente medesimo. Altra interessante notazione, va riferita al carattere meramente eventuale dell’ordine del terzo al committente (“che siano conclusi o no in seguito ad un ordine di un terzo”), dimostrativo della non necessità della sussunzione della subfornitura, nell’alveo della sub-contrattazione: ben potrebbe, dunque, discorrersi di subfornitura in mancanza di un contratto principale (tra il committente ed altri), posto in essere allo scopo precipuo di collocare sul mercato il bene o il servizio che il subfornitore concorre a realizzare.

Anteriormente, la pregressa diffusione di schemi negoziali, disciplinanti relazioni commerciali che in futuro sarebbero state, normativamente, ricondotte alla nozione di

⁹ Nella relazione di accompagnamento al disegno di legge Wilde, si esplicita, a chiare lettere, l’intento di realizzare “un sistema giuridico di tutela e certezza nel campo della fornitura, proprio per consentire al settore di esplicare tutte le sue potenzialità in termini di produzione e di occupazione”. In occasione, poi, della seduta della Commissione industria del Senato, tenutasi in data 20 gennaio 2000, il relatore S. Micele rinnovava l’auspicio per cui la legge di recente promulgazione, potesse riuscire ad “assicurare al settore della subfornitura condizioni idonee ad esaltare la concorrenza fondata sulla piena autonomia delle parti e su un equilibrato rapporto tra imprese committenti e imprese subfornitrici”.

subfornitura, aveva indotto a ritenere che ci si trovasse al cospetto di un contratto legalmente “atipico” ma socialmente “tipizzato”, in quanto pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza, frequente nella pratica ed univocamente congegnato dall’autonomia delle parti, sulla base di modelli predefiniti e condizioni standardizzate. L’insorgenza di potenziali controversie si sarebbe potuta dirimere, in caso di insufficienza del soccorso offerto dagli accordi delle parti, grazie all’applicabilità delle norme sui contratti in generale e delle disposizioni previste per modelli contrattuali simili a quello concretamente generato dall’autonomia privata (appalto, somministrazione, vendita), come, in verità, sovente accade, ancora, in molti altri paesi europei.

Carattere accentuatamente marginale sembra, invece, rivestire, l’osservazione secondo cui il provvedimento legislativo esordisca con la definizione della fattispecie regolamentata, in ossequio ad una inveterata tradizione codicistica. Parimenti sarebbe a dirsi per la presunta imprecisione terminologica nella quale il legislatore sembrerebbe incorrere, allorché prevede che il rapporto di subfornitura intercorra tra un “imprenditore” (subfornitore) e un “impresa committente”: nell’ordinamento italiano, infatti, l’impresa, quale attività economica dell’imprenditore (art. 2082 cod. civ.), non è soggetto di diritto ed è pure, conseguentemente, sprovvista della capacità di agire; tuttavia, deve sposarsi, senza riserve, l’implicito principio di equivalenza “impresa = soggetto giuridico”, elaborato dal diritto comunitario, cui è pressoché sconosciuta la nozione di imprenditore.

Scrupolosa attenzione deve essere riservata a quelle disposizioni espressive di un atteggiamento semi-paternalistico del nostro legislatore¹⁰: ci si riferisce alla disciplina dei termini di pagamento, all’esplicita previsione di una ingiunzione provvisoriamente esecutiva in caso di mancata corresponsione del prezzo nei termini pattuiti, come pure alla tassativa specificazione delle clausole considerate comunque abusive e pertanto sanzionate con la nullità (quelle ad esempio, che riservano ad una delle parti la facoltà di modificare unilateralmente il contenuto del contratto, o che attribuiscono ad una delle parti il diritto di recedere dal contratto senza un congruo preavviso, in caso di rapporto

¹⁰ Ancora dalla relazione di accompagnamento al disegno di legge Wilde, si apprende “lo scopo di fissare le regole all’interno delle quali deve svolgersi la libera contrattazione delle parti nel rapporto di subfornitura, sulla base della considerazione che in questo caso la cornice legislativa è importante proprio per evitare che si realizzino situazioni di alterazione dell’uguaglianza sostanziale delle posizioni e in ultima analisi della concorrenza”.

ad esecuzione continuata o periodica; infine quelle che prevedano il trasferimento, a favore del committente, di diritti di privativa industriale ed intellettuale, senza un congruo corrispettivo). Taluni hanno considerato simili prescrizioni come sufficientemente idonee a fondare sospetti di incostituzionalità della nuova legge: si tratterebbe appunto di ingiustificate ed intollerabili restrizioni dell'autonomia privata. A ben vedere, però, il legislatore gode, condivisibilmente, di ampia discrezionalità, quanto all'introduzione di limiti alla libertà di iniziativa economica, purché funzionalizzati al perseguimento di fini sociali (art. 41 Cost)¹¹; per di più, l'anelito di realizzazione dell'eguaglianza sostanziale impone di ammettere trattamenti normativamente differenziati, ma in ogni caso rispondenti al criterio di ragionevolezza, in vista della "rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale", impeditivi del pieno sviluppo della persona umana.

Se, dunque, nell'ottica di una ricostruzione sistematica e di un'ermeneutica assiologicamente orientata, bisogna filtrare l'interpretazione e la qualificazione delle norme di nuovo conio, è in questa stessa logica che, presumibilmente, può ritenersi vada innestata la contemplazione del divieto di abuso di dipendenza economica (art.9); norma, quest'ultima, la quale ha fatto pericolosamente vacillare il dogma dell'autonomia privata ed il generalizzato riconoscimento della sua intangibilità (ad avviso di Osti e Pardolesi, la fattispecie potrebbe rappresentare "un contributo atto a scardinare l'intero nostro sistema di diritto civile, restio all'idea di entrare nella puntuale regolazione dei rapporti economici tra singoli")¹². Anche l'autonomia privata, perciò, non dissimilmente da qualsiasi altra situazione giuridica soggettiva attiva, va esercitata in conformità ai principi generali dell'ordinamento, giammai potendosi porre,

¹¹ Il timore di aberranti soluzioni legislative, non ha tardato a manifestarsi in dottrina. Basti citare, sul punto, le raccomandanti osservazioni di R. Bolognesi, *Appello per cambiare la prima parte della costituzione*, in *Italia oggi*, 17 maggio 2001, n. 116, p. 50, ove si legge: "l'insistito e pesante limite dell'utilità sociale e l'obbligato coordinamento a fini sociali lasciano uno spazio generico e arbitrario all'intervento oppressivo statale, perché manca l'enunciazione di un criterio costituzionalmente sancito che impedisca alla legge ordinaria di violare la pur proclamata libertà d'impresa".

¹² Del resto, già il riferimento della normativa consumeristica all'equità, postulava, secondo R. Camero e S. Della Valle, *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, Milano, 1999, p. 92 ss., "l'inadidicabilità di un presidio giudiziario anche in ordine alle scelte di convenienza sino ad ora rimesse acriticamente alle valutazioni delle parti".

insanabilmente, in contrasto con l'orientamento personalistico e solidaristico espresso dalla Carta costituzionale¹³.

Necessita, fin da subito, sgomberare il campo da un possibile equivoco; quello in base al quale, le istanze protettive delineate dalla disciplina in oggetto, sarebbero unidirezionalmente rivolte all'impresa fornitrice, ritenuta facente parte di una categoria sociale istituzionalmente debole¹⁴. Al contrario, all'astratta condizione di debolezza del fornitore va attribuita natura di presunzione legale "*iuris tantum*", superabile, vale a dire, laddove le circostanze concrete del rapporto in considerazione, suggeriscano di smentire che il committente sia ontologicamente dotato di maggiore forza contrattuale e dunque, più probabilmente, di contravvenire ai doveri di correttezza. La spontanea presupposizione dettata dall'"*id quod plerumque accidit*", sconta l'eventualità di essere tradita nei casi di subfornitura a cascata, per i quali la disciplina di favore sarebbe invocabile da un'impresa fornitrice che sia contestualmente anche committente, avvalendosi di propri subfornitori per l'esecuzione della prestazione contrattuale. Se, dunque, non può aprioristicamente accordarsi indiscriminata tutela ai fornitori, alla luce di apodittiche qualità eminentemente soggettive, non può neppure, "*a fortiori*", considerarsi assorbente il rilievo delle caratteristiche dimensionali delle parti del rapporto: si perverrebbe all'assurdo di validare, incomprensibilmente, la moltiplicazione dei requisiti necessariamente richiesti ai fini della configurabilità della fattispecie, cui farebbe seguito l'inutile complicazione dei meccanismi sillogistici.

Attenersi, viceversa, alla formulazione testuale delle norme definitorie, consentirebbe di scongiurare inopportune restrizioni di operatività della disciplina: se la posizione di dipendenza tecnologica ed economica venisse irragionevolmente estremizzata, si finirebbe per escludere dalla tutela approntata dal legislatore, proprio il vastissimo settore della divisione delle fasi produttive tra piccole e medie imprese, disperatamente

¹³ Osserva, sul punto, P. Perlingieri, *Il nuovo diritto dei contratti tra persona e mercato*, in *Aa. Vv., Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, p. 827, come "nel nuovo diritto dei contratti assume un rilievo forte, non tanto il contraente più debole, quanto la tutela di un equilibrio giusto, di un'equità del rapporto e quindi di una tutela della persona".

¹⁴ Come autorevolmente sostenuto da N. Lipari, *Introduzione alla 1° ed.*, in *Tratt. Dir. Priv. europeo*, a cura di N. Lipari, I, 2° ed., Palermo, 2003, p. 16, "i profili della soggettività ormai si intersecano con la disciplina dell'attività economica e c'è quindi legittimamente da chiedersi, in chiave di nuova dogmatica, se la sistematica dei rapporti economici e finanziari debba essere ricostruita (anziché semplicemente come effetto di atti) intorno agli *status* soggettivi giuridicamente rilevanti, con una radicale inversione di linea rispetto alla legge di Maine".

bisognoso di rimedi al rischio di insolvenza del committente, onde evitare irreversibili crisi di liquidità. Oltretutto, transitando percorsi così eccessivamente sterilizzati da implicazioni sostanziali, addirittura potrebbe verificarsi che delle misure protettive si avvalga la parte contrattualmente più forte, per avere magari la grande impresa committente affidato alla piccola impresa fornitrice, una fase straordinariamente importante del processo produttivo, non riconducibile all'interno della propria organizzazione aziendale, se non a fronte di rilevanti investimenti, e non agevolmente replicabile ad opera di altre imprese fornitrici presenti sul mercato, in virtù del suo carattere intrinsecamente specialistico.

L'obiettivo è quello di assicurare, possibilmente, equilibrio sostanziale al regolamento contrattuale, per cui la presunta subalternità del fornitore andrà residualmente filtrata, alla luce delle molteplici circostanze del singolo caso concreto, come indicativa, "ex ante", di un'ipotesi qualificata di dipendenza economica, accertabile esclusivamente "ex post": in conclusione, il subfornitore eventualmente interessato all'applicazione delle disposizioni di favore, non avrà l'onere di provare, compiutamente, la sua deteriore posizione contrattuale, bensì dimostrerà, semplicemente, il carattere dedicato e tecnicamente guidato della propria produzione. Riassuntivamente, trattasi di un contratto che può intercorrere soltanto tra imprenditori, formale, bilaterale, necessariamente oneroso, ad esecuzione istantanea ovvero anche continuativa o periodica, che in costanza di rapporto, risente della pervasiva influenza dei principi di correttezza e proporzionalità, in omaggio alla lealtà e alla trasparenza delle transazioni commerciali¹⁵.

1.4 Oggetto e caratteri della nuova disciplina: la subfornitura di lavorazioni, prodotti e servizi.

Sulla scorta delle considerazioni precedentemente svolte, si spiega l'accezione deliberatamente ampia, impiegata dal legislatore in funzione della definizione del contratto di subfornitura. La prospettiva teleologica, lungo la quale devono rintracciarsi i malcelati propositi del *policy maker* è, in tutta evidenza, quella di garantire margini di

¹⁵ Secondo F. Prospero, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002, p. 17, quella del legislatore è stata "una scelta coraggiosa, che, in qualche modo, scommette sulla capacità del diritto di farsi promotore dei valori di giustizia sostanziale e di correttezza nelle transazioni commerciali anche nei rapporti tra imprenditori".

applicabilità quanto più possibile elastici alla normativa di protezione. Scompare, infatti, il riferimento al carattere propriamente industriale dell'attività economica, oggetto dell'innovazione giuridica: lo si può, "in nuce", immediatamente desumere dalla intestazione definitiva del provvedimento, "Disciplina della subfornitura nelle attività produttive", mentre il disegno di legge Wilde n. 637 ed il testo unificato, approvato dalla Commissione industria del Senato, recavano la dicitura "Disciplina della subfornitura industriale" (nel testo in vigore, l'aggettivo industriale compare solo all'art. 7, con riguardo alla protezione dell'eventuale "proprietà industriale" del committente). Non può, cioè, acriticamente, sostenersi che oggetto del contratto in esame, siano giocoforza prodotti e servizi, che il committente provveda, successivamente, a collocare sul mercato: sarebbe un'opzione sclerotica ed estremistica, facente leva sulla sola necessità di sussistenza del requisito rappresentato dall'inserimento della prestazione del fornitore nel ciclo produttivo dell'impresa committente. Si dovrebbe, altresì, coerentemente stralciare dalla fattispecie in oggetto, l'acquisizione esterna di servizi amministrativi, di vigilanza o di *catering*, ad onta dell'insopprimibile interpretazione letterale delle disposizioni di apertura, deponenti in favore della estensione applicativa della disciplina, ad ipotesi nelle quali un'impresa si procuri, altrove, qualsiasi servizio utile alla propria attività economica (frequentemente, potrebbe trattarsi del magazzinaggio della merce, della pulizia dei locali o della promozione del prodotto sul mercato)¹⁶.

Neppure, però, bisogna indulgere verso un'ermeneutica scriteriatamente oscillante, incapace di assicurare esiti applicativi ortodossi ed uniformi. Del resto, è possibile rinvenire un confortante criterio selettivo, concernente la sterminata gamma dei servizi esterni alle imprese: nella definizione di cui all'art. 1, si puntualizza come, in ogni caso, l'attività dell'impresa fornitrice deve essere resa "in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente" (difformemente si esprimeva piuttosto la Commissione CE, secondo cui analoga situazione sarebbe stata da ravvisarsi semplicemente allorché "un'impresa, committente, si fosse rivolta ad un'altra, subfornitrice, al fine di procurarsi beni o servizi

¹⁶ Ad ogni modo, come rilevato da B. Grazzini, *Brevi note in materia di subforniture industriali*, in *Resp. Comunic. e impr.*, 1998, p. 88, la realtà produttiva che "la subfornitura interessa settori di grandissimo rilievo, quali l'aeronautica, l'industria automobilistica, l'industria navale ed elettronica, sino ad estendersi, nei tempi più recenti, anche all'industria tessile e all'abbigliamento".

di cui il cliente avesse bisogno per la propria attività economica, generalmente, anche se non sempre, per incorporarli attraverso qualche forma di assemblaggio in un bene più complesso”).

Tali specificazioni consentono, in via ulteriore, di individuare, dettagliatamente, le modalità della prestazione dovuta dal subfornitore, in adesione al generale principio di determinatezza o determinabilità dell’oggetto del contratto (art. 1346 cod. civ.), come pure al disposto dell’art. 2 comma 5 della legge medesima, parimenti ispirato ad esigenze di certezza del concreto regolamento convenzionale, predisposto dai contraenti: oltretutto, il consistente grado di analiticità delle direttive tecniche tutela tanto la parte contrattualmente più debole, che in caso di controversie interpretative sarebbe, presumibilmente, costretta a cedere, quanto il diffuso interesse ad un ordinato svolgimento dei rapporti produttivi. Ciò vale, tuttavia, per il solo caso in cui la fattispecie descritta dall’art. 1 venisse intesa unitariamente, a dispetto delle opposte ricostruzioni, secondo le quali l’inciso finale del comma 1 si riferisca, unicamente, alla subfornitura di prodotti e servizi, con esclusione, dunque, della subfornitura di lavorazioni. Così opinando, si dovrebbe ammettere la simultanea coesistenza di due distinte fattispecie, piuttosto dissimili quanto ai presupposti di applicabilità dell’una o dell’altra.

Quella di lavorazioni, anche detta “per conto di terzi”, è un’ipotesi di subfornitura estremamente ricorrente nella pratica, la cui nomenclatura, per prassi contrattuale, è per di più tecnicamente infelice: si definisce “terzo” il committente, vale a dire una parte essenziale del rapporto di subfornitura. Concettualmente più adeguato, sarebbe stato discorrere di lavorazione per conto altrui, a riprova della circostanza per cui la prestazione del fornitore si inserisca nel ciclo produttivo dell’impresa committente. Materialmente, consiste nella trasformazione di un prodotto o di una materia prima, mediante un’attività artigianale o industriale, come ad esempio, la verniciatura, la smerigliatura, la limatura o la tintura¹⁷. Al riguardo, taluno distingue la “subfornitura satellite di lavorazione”, avente ad oggetto una lavorazione singola, piuttosto semplice e di valore aggiunto unitario quasi trascurabile, dalla subfornitura di lavorazione in senso

¹⁷ Ad ulteriore riprova di come la subfornitura di lavorazioni si caratterizzi per una eterogenea pluralità di sbocchi operativi, si considera come nel settore metalmeccanico, ad esempio, si discorre di “subfornitura di fase”, concernente componenti complessi, da realizzare anche attraverso più fasi di lavorazione; la “subfornitura di prodotti di fase complessi e di alta precisione” richiede attrezzature e competenze ancor più complesse; infine la “subfornitura congiunta di progettazione e produzione” comporta la partecipazione del subfornitore anche alla fase di progettazione: cfr A. Musso, *Concorrenza ed integrazione*, cit., p. 89.

proprio, concernente operazioni più elaborate, quali rettifiche o trattamenti termici. Annotazione discreta, la quale parrebbe riprodurre, nell'ambito della subfornitura di lavorazione, la più generale distinzione tra subfornitura congiunturale e strutturale. Non altrettanto sarebbe a dirsi, per l'ipotesi in cui "i semilavorati o le materie prime" venissero forniti, invece che dalla committenza, dalla stessa parte che esegue la lavorazione, nel qual caso potrebbe configurarsi una subfornitura di prodotti o servizi, o addirittura una compravendita, laddove difettassero pressoché integralmente le prescrizioni tecniche del committente. Piuttosto concordemente si ammette che il fornitore possa consegnare il manufatto a soggetto diverso, indicato dal committente, tramite "*delegatio solvendi*", principalmente nell'intento di ridurre i tempi e le spese di trasporto: si tratterebbe, comunque, in fin dei conti, di una lavorazione "per conto" del committente e non del terzo.

Relativamente alla fornitura di beni e servizi, sembrerebbero sorgere ostacoli di intensità comparativamente minore: la fisiologica destinazione "ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso", già implicitamente potrebbe richiedere la conformità alla tecnologia dell'impresa cliente. Non è, poi, neppure agevole comprendere il motivo per il quale il legislatore abbia avuto premura di scaglionare la previsione riguardante la subfornitura di lavorazione, se non in ragione della sua conseguente sottrazione alla verifica del parametro costituito dalla dipendenza tecnologica, ineludibilmente richiesto per l'ipotesi in cui l'obbligazione del fornitore si caratterizzi per una più accentuata vocazione industriale, avendo ad oggetto beni o servizi. Quale che sia, indifferentemente, la connotazione materiale della commessa (lavorazioni, prodotti o servizi), l'ineffettibile matrice esecutiva della prestazione richiesta al fornitore, si consuma elettivamente in un "*facere*", le cui modalità di estrinsecazione possono, pertanto, occasionalmente variare¹⁸. La chimera della

¹⁸ Lo dimostra, del resto, l'indagine condotta nel 2008 su un campione di circa 600 imprese operanti nel Nord – Italia (OSSERVATORIO SULLA SUBFORNITURA, a cura di Unioncamere Lombardia, Piemonte, Toscana, Emilia Romagna e Umbria e del Centro Regionale della Subfornitura del Friuli Venezia Giulia), Dati, Tecnici, 2008, reperibili sul sito www.subfor.net, quantunque, nello studio in considerazione, la subfornitura venga a tecnicamente intesa in termini di "lavorazioni realizzate per conto di terzi e [di] prodotti fabbricati su commessa sulla base di specifiche tecniche dei committenti". I risultati statistici conseguiti, mostrano che le lavorazioni inerenti l'industria automobilistica costituiscono il settore nel quale si indirizzano il maggior numero di "subfornitori" (circa il 27,6% delle imprese a campione la annovera tra i propri tre settori di sbocco); sono settori rilevanti per molte imprese anche quelli relativi alla

“reductio ad unitatem”, può essere miracolosamente sfatata, solo grazie ad una lucida penetrazione del dato normativo: vi sono, infatti, plurime indicazioni testuali, inequivocamente destinate a favorire il riconoscimento di una notevole *“vis atractiva”* al requisito delle prescrizioni tecniche, provenienti dalla committenza.

Si consideri l’art 5 comma 1, contemplante l’assemblaggio come prestazione tipica del contratto di subfornitura, di per sé coincidente al montaggio di parti componenti fornite dal committente, il cui apporto tecnico andrebbe perciò, evidentemente, ad esaurirsi in una formale enunciazione delle modalità di esecuzione del lavoro. In senso analogo, l’art 2 comma 5, nella parte in cui precisa che i requisiti specifici del bene o del servizio possano essere comunicati dal committente, magari pure attraverso il richiamo a norme tecniche “di uso comune per il subfornitore”. Ora, però, consapevolmente assumendo che i tre aspetti di conformità (a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi) vengano in rilievo disgiuntamente e non congiuntamente, quand’anche dovesse trattarsi di subfornitura consistente nella mera esecuzione di lavoro su materiale fornito dal committente, questi senz’altro provvederà a descriverne, superficialmente, le principali caratteristiche: neppure astrattamente potrebbe, infatti, presumersi che un’impresa affidi a terzi una fase della propria produzione, omettendo completamente di specificare le modalità di svolgimento e gli standard qualitativi della lavorazione, per quanto meccanica ed impersonale possa sembrare la tipologia di prestazione richiesta al fornitore. La risultante del procedimento analitico condotto sulle disposizioni citate, consente di affermare la indiscriminata ricorrenza delle direttive tecniche impartite dal committente, seppur talvolta ridicibili, in buona sostanza, alle *“regole dell’arte”*. Né sarebbe pacifico attribuire efficacia demolitrice al contenuto dell’art 7, posto a garanzia della conservazione della proprietà industriale del committente, in ordine ai progetti e alle prescrizioni di carattere tecnico comunicati al subfornitore, dal quale sarebbe, in teoria, ricavabile soltanto che la trasmissione di informazioni, ad elevato coefficiente tecnologico, possa ma, non

produzione di veicoli industriali (circa il 18,5%), quello della nautica e della cantieristica navale in genere (9,8%), delle lavorazioni per la produzione di mezzi ferroviari (9%) e quello aerospaziale. Altro settore prescelto da molte imprese è quello relativo alle lavorazioni per la produzione di macchinari (a cominciare dalle macchine agricole, 24%, per arrivare alle macchine per il movimento terra, 18,9%, dalle macchine utensili per la lavorazione dei metalli, 17,9%, alle macchine per il confezionamento e l’imballaggio, 17,1%. Numericamente sintomatiche, infine, risultano le imprese che operano nel settore elettromeccanico ed elettronico e, in particolare, nel settore dell’automazione industriale (16,2%) e degli elettrodomestici bianchi (12%).

necessariamente, debba avvenire ai fini della configurazione della nozione legislativa di subfornitura.

L'approdo conclusivo dell'iter argomentativo, muove nel senso di stabilire un contatto con il minimo comune denominatore delle molteplici e differenziate fattispecie di subfornitura: un omogeneo elemento identificatore sembrerebbe, giocoforza, risiedere nella "strumentalità" dell'organizzazione imprenditoriale del fornitore rispetto all'attività economica del committente. Naturalmente, specificità delle direttive tecniche ed autonomia organizzativa del subfornitore si relazionano secondo i canoni della proporzione inversa: maggiore sarà l'una, minore l'altra, e viceversa. Non bisogna tuttavia trascurare, che a fronte della probabile dipendenza tecnologica dal cliente, il fornitore evita, d'altra parte, di correre il rischio commerciale inerente alla collocazione del prodotto finito, sopportato "in toto" dalla controparte. Ad ogni modo, la progressiva apertura alle lungimiranti frontiere della specializzazione, ha permesso ai fornitori di affrancarsi dall'angusto ruolo di dequalificati esecutori di progetti altrui, nell'intento di conservare sempre più consistenti margini di autonomia: per impedire, quindi, che l'area operativa della nuova disciplina resti circoscritta al mortificante ambiente del satellitarismo imprenditoriale, occorre ammettere che il contributo progettuale, eventualmente apportato dal subfornitore, non escluda "ipso facto" la preminenza tecnica del committente, a condizione che costui si preservi l'esercizio delle canoniche prerogative di direzione e controllo. La subfornitura meramente esecutiva sta assumendo i caratteri tipici di un fenomeno recessivo, ma l'accertamento della subordinazione tecnica può, spesso, rivelarsi un significativo indice di sussistenza della dipendenza economica, per cui giova ponderarne, non approssimativamente, la ricorrenza in concreto, in vista della verifica di debolezza contrattuale del fornitore, indispensabile all'applicazione della normativa di favore.

1.5 Definizione della fattispecie ed ambito di applicazione: requisiti essenziali

Ad integrazione dei rilievi svolti nei paragrafi antecedenti, non si può certo, colpevolmente trascurare di soffermarsi sul testo delle disposizioni di legge e sulla preventiva individuazione di validi criteri interpretativi, alla cui stregua filtrare il dato letterale. È consigliabile partire, chiaramente, dalla definizione normativa della subfornitura come il contratto con cui "un imprenditore si impegna ad effettuare per conto di un'impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie

prime fornite dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente", ad esclusione dei "contratti aventi ad oggetto la fornitura di materie prime, di servizi di pubblica utilità e di beni strumentali non riconducibili ad attrezzature" (art 1).

Due, per la verità, parrebbero essere le tessere musive, di cui si necessita per la configurazione della fattispecie: da un lato, la strumentalità dell'apporto contributivo offerto dal fornitore all'attività produttiva del committente, dall'altro le modalità attraverso le quali la prestazione posta a carico del subfornitore, debba in concreto essere eseguita. Le caratteristiche modali pertinenti alla realizzazione della commessa, vengono spesso, convenzionalmente, riassunte nella evocativa formula della "dipendenza tecnica"¹⁹ del subfornitore verso il committente. Al riguardo, si contendono il campo due opposte varianti alternative di declinazione della nozione: secondo la prima, di dipendenza, dovrebbe discorrersi soltanto laddove il committente effettui un "completo travaso di tecnologia al subfornitore", qualificabile, dunque, in termini di "*nudus minister*", una sorta di officina distaccata del produttore, il cui patrimonio di conoscenze e competenze addirittura giunge a sfiorare la soglia della totale irrilevanza; diversamente, altra parte della dottrina sembrerebbe orientata a considerare operativo il requisito della dipendenza, nonostante il fornitore, eventualmente, possieda invidiabili abilità tecniche, comunque insufficienti a pareggiare l'iniziativa progettuale del committente, la quale deve essere "determinante", o "qualitativamente decisiva", ovvero ancora, "decisiva secondo un criterio di prevalenza"²⁰.

¹⁹ Fin da subito, si era compreso che l'incerta interpretazione del requisito in parola, potesse dar luogo al "proliferare del contenzioso giudiziale inerente alla verifica della sussistenza o meno di dipendenza tecnica e dunque della sussunzione o meno del singolo contratto nella disciplina della subfornitura industriale". Così, si esprimeva A. Tullio, *La subfornitura industriale: considerazioni in merito all'ambito di applicazione della legge n. 192 del 1998 e alla forma del contratto di subfornitura*, in *Giust. Civ.*, 1999, II, p. 267.

²⁰ Si comprende, agevolmente, anche il pensiero espresso da D. Mantucci, in *Profili del contratto di subfornitura*, Napoli, 2004, p. 187, secondo il quale "Non si deve ritenere che la l. 192 del 1998 riguardi solo le ipotesi in cui al subfornitore sia affidato un ruolo meramente esecutivo [perché] se così fosse, la nuova disciplina sarebbe nata già vecchia [atteso che] il pur variegato mondo della produzione tende alla specializzazione".

A complicare il quadro, vi è poi l'ulteriore sotto-distinzione tra “*know how*” di prodotto, comprensivo della sola descrizione delle caratteristiche tecniche della lavorazione o del bene (forma, dimensioni, materiali, colori), e “*know how*” di processo, estrinsecantesi nelle “tecniche e metodologie produttive”²¹. L’opinione più radicale pretende la necessaria sussistenza di entrambe, all’esito dell’accertamento concernente la subordinazione tecnica, mentre secondo una ricostruzione più accomodante, basterebbe verificare che tra le parti vi sia un rapporto di “specificità bilaterale”. Ci si concentra, vale a dire, sulla circostanza che la prestazione del fornitore esuli dal suo ordinario processo produttivo, che sia specificamente dedicata alla linea manifatturiera del committente e che risulti, tendenzialmente, infungibile per i terzi, diversi dal cliente. *Rebus sic stantibus*, sembra quasi di poter, arbitrariamente, sostenere che il fornitore sia dipendente, quantunque in possesso delle capacità tecniche per realizzare esecutivamente quanto richiestogli, sulla sola base delle credenziali estetiche del bene che gli vengono comunicate; oppure, che il committente gli fornisca delle direttive a tal punto specifiche da imporre la produzione di un servizio sufficientemente dedicato all’attività di costui. Ancor meno convincente, poi, si rivela il tentativo chiarificatore di quanti sarebbero disponibili ad istituire una relazione dialogica tra la dipendenza tecnologica e quella economica, quasi come se le due forme di subordinazione dovessero implicarsi reciprocamente²².

La “*ratio legis*” non può, infatti, prevaricare il dato normativo, eludendo i più elementari procedimenti sillogistici. Sostenere che la dipendenza economica del fornitore sarebbe requisito normativo addirittura sostitutivo della subordinazione tecnica, è una sconosciuta aberrazione ermeneutica: le finalità protezionistiche dell’intervento legislativo non devono prestarsi ad una velleitaria manipolazione del diritto positivo. Se si assume che lo stato di dipendenza economica rappresenti conseguenza immediata e diretta del diverso stato di dipendenza tecnologica del subfornitore, si avalla inconcepibilmente, la trasformazione della *ratio* ispiratrice del provvedimento in un

²¹ Secondo la terminologia adottata da R. Sammarchi, *La subfornitura industriale nell’Europa comunitaria. Prassi per la qualità dei contratti*, Bologna, 1998, p. 15.

²² Sostiene, infatti, C. Alvisi, *Subfornitura e autonomia collettiva*, Padova, 2002, p. 18 e ss., che non è la “dipendenza tecnologica” ad essere l’“elemento caratterizzante del contratto di subfornitura”, viceversa ravvisabile “nella situazione di dipendenza economica dell’impresa di fase”. Analogamente, si esprime F. Lazzarelli, *Dipendenza tecnologica e dipendenza economica: una “ragionevole” interpretazione della legge sulla subfornitura*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2005, p. 101 ss., spec. 138.

elemento normativo della definizione di subfornitura: quella tecnica deve, preliminarmente, acquisirsi in vista dell'applicabilità stessa della fattispecie, quella economica sarebbe, *sic et simpliciter*, giuridicamente irrilevante, in difetto della situazione di abuso che giustifichi il ricorso al *favor* normativo. La prefigurazione dell'abuso di dipendenza economica è perciò meramente eventuale, come tale insuscettibile di candidarsi a requisito essenziale della fattispecie in discorso, tanto più se si puntualizza che la dipendenza tecnica è ontologicamente riferibile al subfornitore, mentre quella economica è normativamente costruita in guisa di patologia equivalente, per entrambe le parti del rapporto contrattuale (l'art. 9 eccezionalmente impiega, non a caso, il termine "impresa cliente o fornitrice"). Non di rado, però, è stato incredibilmente proprio lo stesso giudice di legittimità ad ipervalutare l'efficacia dimostrativa degli indici rivelatori, più frequentemente invocati a sostegno dell'apodittica ricorrenza di una situazione di abuso: non è, infatti, minimamente, comprovato che il subfornitore svolga la propria produzione in rapporto di mono – committenza, o per pochi clienti, ben potendo, ad esempio, intrattenere relazioni negoziali, saggiamente diversificate con plurime controparti. Né può argomentarsi che, ai fini della produzione dedicata, egli sostenga costosi investimenti specifici, non facilmente riconvertibili, di cui è statisticamente più usuale si faccia carico il committente. In conclusione, è molto verosimile sostenere che se il legislatore avesse voluto includere nella definizione di subfornitura ex art. 1 il requisito della dipendenza economica, lo avrebbe certamente fatto "*expressis verbis*".

Né può farsi leva sulla vacillante equazione tra dipendenza tecnica ed inferiorità dimensionale del subfornitore, nella convinzione che la disciplina considerata trovi applicazione solo in favore di quei fornitori che, in ragione di una più modesta organizzazione aziendale, potrebbero essere esposti a presunti approfittamenti della grande committenza e necessiterebbero, quindi, di essere tutelati: vorrebbe dire, nuovamente, far perno su di una banale interpretazione additiva, suscettibile di scavalcare il dato testuale e di accordare, inopportuno, protezione al subfornitore "qualunque", invece che a quello strutturalmente debole²³. Tentativo di depistaggio, che però viene scortato dallo stesso retroterra ideologico che ha preceduto l'emanazione del

²³ Sottolinea, non a caso, G. Nicolini, *Subfornitura e attività produttive. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192*, Milano, 1999, p. 5, come l'eventuale addizione ermeneutica del criterio dimensionale "non merita accoglimento [perché] presuppone l'integrazione e la riformulazione del dettato normativo, certamente preclusa all'interprete".

provvedimento; nella scheda di lettura del disegno di legge unitario, approvato dal Senato nella seduta del 2 Aprile 1997, si apprende della mancanza di una disciplina giuridica diretta a riequilibrare la posizione di inferiorità “delle piccole e medie imprese nei confronti della controparte economicamente e contrattualmente più forte”, tale condizione risultando particolarmente evidente “riguardo ai termini di pagamento che penalizzano pesantemente le imprese di dimensioni minori”. Esempio, stavolta, della scarsa reattività con cui il nostro legislatore ha fatto proprie le indicazioni della Commissione europea, che già nel 1978 ribadiva come la subfornitura è “una forma di divisione del lavoro che interessa le imprese di ogni dimensione”. A dirla tutta, non si intravede neppure alcun margine risolutivo nel ricorso al requisito dimensionale, la cui determinazione oscilla, pericolosamente, tra le fluttuanti definizioni codicistiche (art. 2083 cod. civ., in cui non si scorgono parametri illustrativi della nozione di imprenditore medio o grande) e le numerose discipline di settore che, unitamente alle svariate direttive e raccomandazioni europee, sovente individuano criteri di controversa idoneità discrezionale: basti citare il numero di dipendenti, il fatturato nell’anno di riferimento o il totale di bilancio.

Occorre, ora, chiedersi in cosa, più precisamente, consista l’oggetto della dipendenza tecnologica: l’orientamento più auspicabilmente condivisibile, sembrerebbe quello che interpreta l’elencazione di cui all’art 1 come meramente esemplificativa. I “progetti esecutivi”, “modelli” e “prototipi”, sono tutte possibili forme traslative del *know how* aziendale proveniente dalla committenza, univocamente sintomatiche dell’obbligo di veicolare al subfornitore le “specifiche tecniche” di esecuzione della prestazione richiesta. Si tratta, in estrema sintesi, di un prospetto più o meno analiticamente descrittivo delle caratteristiche costruttive e funzionali della commessa, di volta in volta evincibili da un disegno, come pure, in alternativa, da calcoli volumetrici o da grafici.

A conforto della natura generale ed onnicomprensiva dei richiami testuali alle specifiche della commessa, si vedano anche altre equivalenti espressioni normative, rinvenibili altrove: l’art 2 comma 5, prevede che nel contratto siano indicati gli “specifici requisiti del bene”; l’art 5 comma 1 dispone che la prestazione caratteristica debba avvenire “secondo le prescrizioni contrattuali”; l’art 7 discorre di “prescrizioni di carattere tecnico comunicate al fornitore”. Quanto al grado di determinatezza e puntualità delle direttive tecniche, la posizione maggiormente rigorosa si rinviene nella giurisprudenza di merito, favorevole, il più delle volte ad identificarle con “quelle stesse direttive che il

committente avrebbe dovuto osservare, ove avesse optato per mantenere all'interno della propria organizzazione l'intero ciclo di produzione, senza le quali, cioè, il subfornitore non sia tecnicamente in grado di eseguire il contratto". Vi sarà, in tal caso, subordinazione tecnica, allorquando il fornitore "venga pressoché integralmente eterodiretto ed esegua pedissequamente il volere del committente, senza alcun apporto creativo o modificativo, in quanto privo di autonoma capacità valutativa, oltre che progettuale, in ordine alla congruità delle prescrizioni"²⁴(non si richiede, altresì, che gli elementi conoscitivi, oggetto della dipendenza tecnologica, siano stati personalmente sviluppati dal committente, o che debbano appartenergli, nel senso del diritto di proprietà, ma solo che, pur avendoli eventualmente acquisiti da terzi, si trovino nella piena disponibilità del cliente, al momento dell'instaurazione del rapporto di commessa).

Effettivamente, la messa a disposizione di ogni specifica strutturale, dimensionale ed estetica del bene non vuol dire saper, concretamente, eseguire la relativa lavorazione. Sarebbe ingenuo, in altre parole, credere che il fornitore possa, spesso, scrupolosamente limitarsi alla conforme esecuzione: in settori particolari, come magari la carpenteria metallica, la realizzazione della commessa potrebbe necessitare di vincolanti istruzioni, circa l'utilizzo dei macchinari per il taglio ed il trattamento dell'acciaio, l'esecuzione di saldature e piegature, opportunamente ammettendosi che il committente, almeno per i primi cicli di lavorazione, vigili sul processo realizzativo e si riservi, se del caso, di ingerirvisi tramite correzioni ed integrazioni. Per una più marginale ed inconsistente attitudine specificativa delle direttive tecniche, è necessario prendere in considerazione i modelli redatti dalle Camere di commercio o da aziende, facenti normalmente appello ad un meccanismo contrattuale in virtù del quale, con clausola generale, si prevede che "con il presente contratto il Subfornitore si obbliga a realizzare le componenti richieste dal Committente, secondo le specifiche tecniche definite

²⁴ F. Delfini, "Dipendenza tecnologica del subfornitore e legge n. 192/98", in Contr. , 2000, p. 618, laddove aggiunge che tale eterodirezione si esplica nel senso che il committente fornisce al subfornitore "la indicazione non semplicemente dei problemi tecnici la cui soluzione da questi il committente si attende, ma (...) la prescrizione del concreto *modus operandi*, sì che la autonomia del subfornitore si colloca esclusivamente nella organizzazione del lavoro e dei fattori produttivi". In senso analogo, V. Franceschelli, *Subfornitura: un nuovo contratto commerciale*, Milano, 1999, p. 44, il quale, con espressione efficace, definisce il subfornitore nulla più che un "buon esecutore di istruzioni altrui".

nell'allegato"; salvo poi, talvolta, minuziosamente provvedendosi a sviscerare nel dettaglio progetti e schede.

Ora, nulla esclude che il fornitore sia già, di per sé, perfettamente capace di deciptare il significato più intimo di quella porzione del patrimonio tecnologico, trasmessagli dal committente in vista della corretta esecuzione della prestazione contrattuale²⁵. Non vi è motivo, dunque, di generalizzare, asetticamente, il dato per cui l'impresa committente debba essere, in assoluto, tecnicamente più attrezzata di quella fornitrice. Anzi, nell'esperienza concreta dei rapporti industriali, non è infrequente che imprese altamente qualificate svolgano commesse puramente esecutive, limitandosi a porre in lavorazione un prodotto compiutamente progettato dal committente, che, per motivi contingenti, legati al risparmio sui costi di produzione o al momentaneo sovraccarico produttivo, abbia ritenuto più conveniente non realizzarlo in proprio. Viceversa, dovranno considerarsi estranei alla nozione di subfornitura, quei contratti con cui una grande impresa, dotata delle migliori tecnologie, si rivolga ad una piccola impresa molto specializzata per la progettazione e realizzazione di uno specifico prodotto (emblematicamente, quando la grande impresa automobilistica necessiti di un sofisticato software industriale o contratti con un rinomato carrozziere per l'implementazione di un nuovo prototipo di vettura)²⁶.

Al di là quindi, della sterminata casistica evidenziata dalle pratiche commerciali, è, forse, tendenzialmente corretto sostenere che, per aversi dipendenza tecnologica, è necessario che il committente trasferisca al fornitore sia le "specifiche tecniche", sia le "metodologie produttive", essenzialmente riducendosi il contributo partecipativo di quest'ultimo, alla comprensione delle direttive impartite dal primo. Rifuggendo, pertanto, dalle imprevedibili oscillazioni, cui ci si esporrebbe se si decidesse di affidarsi ad altri criteri, in particolare a quello dimensionale, possiamo recisamente affermare, quanto meno in negativo, che restino escluse dal perimetro di applicazione della legge,

²⁵ Lo stesso F. Delfini, *Dipendenza tecnologica*, cit., afferma: "è pur possibile (ed anzi normale) che [il subfornitore] (...) sia dotato in astratto di autonomia tecnologica, che tuttavia nel rapporto concreto viene messa da parte dall'esercizio di un penetrante potere direttivo tecnico del committente".

²⁶ Argomenta, in proposito, G. Caselli, *Osservazioni sulla legge 18 giugno 1998, n. 192, in materia di subfornitura con particolare riferimento al suo ambito di applicazione*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 1313, circa l'impossibilità di configurare la dipendenza tecnologica, tutte le volte in cui "vi sia un apporto tecnico [operativo] di alto livello, o comunque non routinario, del subfornitore, anche se esso concorra con un eguale o prevalente apporto del committente".

le ipotesi in cui il subfornitore acquisisca, anche in ragione della durata del rapporto, ogni specializzazione utile ad eseguire in autonomia la commessa (c.d. *learning by doing*), ovvero gli si richieda di compiere operazioni di "reverse engineering", implicanti competenze specialistiche, idonee ad attuare all'inverso interi processi produttivi, ed escludenti qualsiasi esigenza di conformazione alle indicazioni della committenza.

1.5.1 Ipotesi espressamente sottratte all'operatività della legge

Per comprendere fino in fondo quali siano gli orizzonti delimitativi dell'area di applicabilità della legge in commento, è indifferibilmente richiesto di confrontarsi con la disposizione di cui al comma 2 dell'art. 1: "sono esclusi dalla definizione di cui al comma 1 i contratti aventi ad oggetto la fornitura di materie prime, di servizi di pubblica utilità e di beni strumentali non riconducibili ad attrezzature"²⁷.

L'esclusione delle materie prime dal novero dei potenziali oggetti del contratto di subfornitura è, giustificatamente, parsa, ai più, pleonastica e ridondante: la si sarebbe, infatti, potuta far derivare dall'indefettibile necessità, ricavabile dall'enunciazione della fattispecie, comprensiva dei suoi inderogabili elementi normativi, che oggetto del contratto disciplinato, sia, unicamente, la risultante di una produzione ad hoc, tecnicamente dedicata²⁸. Trattandosi, piuttosto, di materiali reperibili in natura, sarebbe artificioso presumere che su di essi venga richiesta l'esecuzione di lavorazioni particolari, più probabilmente venendo essi in considerazione, quali oggetto di una tipica prestazione di dare: di una prestazione, dunque, elettivamente riconducibile al rapporto sinallagmatico, caratteristico dei contratti di compravendita o di somministrazione, ma non di subfornitura. Diversamente dovrebbe concludersi se, all'obbligazione di dare si accompagni pure una prevalente obbligazione di fare, nel qual caso sarebbe, pacificamente, riscontrabile il tradizionale schema causale della subfornitura, in cui all'obbligazione pecuniaria a carico del committente, corrisponde il "facere", al quale

²⁷ Norma introdotta dalla X Commissione del Senato nella riunione n. 34 del 23 ottobre 1996; dal resoconto della seduta, non sembra, oltretutto, affatto emergere la benché minima consapevolezza delle grane interpretative che il comma in oggetto, avrebbe successivamente posto. Ad ogni modo, l'orientamento maggioritario è parso, subito, essere quello, in virtù del quale all'elencazione risultante dal testo delle disposizioni, dovesse attribuirsi carattere meramente esemplificativo, non potendosi, cioè, considerare rientrante nella nozione di subfornitura tutto ciò che non fosse stato, espressamente, escluso dal dettato legislativo. In tal senso, si esprime G. De Nova, *sub. Art. 1. Definizione, in Aa. Vv., La subfornitura, Legge 18 giugno 1998, n. 192*, a cura di G. De Nova, Milano, 1998, p. 5.

²⁸ Riflessioni svolte da M. Piergiovanni, *Aspetti e problemi della disciplina della subfornitura*, in *Contratto e impresa Europa*, 2000, p. 125.

contrattualmente si impegna il fornitore, secondo una relazione di corrispettività “genetico -funzionale” (*do ut facias*).

Maggiori perplessità sorgono con riferimento all’esclusione dei servizi di pubblica utilità, se non altro alla luce dell’implacabile processo di privatizzazione di molti dei servizi che, anteriormente, venivano definiti pubblici: la demolizione della rigida dicotomia pubblico-privato, impone di dar luogo ad un inesausto sforzo di razionalizzazione della previsione, mediante un riorientamento “gestaltico” dei suoi presupposti. Per di più, i servizi pubblici citati dalla disposizione in oggetto, sono, esclusivamente, quelli resi dal subfornitore, a nulla rilevando l’eventuale qualità di erogatore di pubblico servizio rivestita dal committente: non può, evidentemente, condurre alla disapplicazione della legge, la circostanza che l’impresa cliente sia gestita dallo Stato o da altro ente pubblico, ovvero che sia un’impresa privata la quale fornisca un servizio pubblico, ponendosi, al riguardo, cervelotici grattacapi e problemi di coordinamento con la disciplina vigente in materia di appalti pubblici di fornitura di servizi e di beni²⁹.

L’esplicita menzione, infine, dei beni strumentali non riconducibili ad attrezzature, è stata duramente criticata in dottrina, in quanto asseritamente tacciata di costituire una previsione ad elevato tasso di ambiguità. In effetti, nell’uso comune il significato di bene strumentale all’attività produttiva è del tutto equivalente a quello di attrezzatura. Verosimilmente, l’unica spiegazione plausibile sarebbe quella emergente dai lavori preparatori, orientati a negare carattere di subfornitura agli “investimenti in capitale fisso non riconducibili ad attrezzature”, vale a dire all’investimento immobiliare necessario all’attività d’impresa; con ciò magari, immaginandosi di poter sottoporre a revisione la resistente equazione, tipica del linguaggio aziendalistico, tra beni strumentali, non incorporati nel prodotto finale, oltre che caratterizzati da una fecondità molto lentamente esauribile in progresso di tempo, ed attrezzature in senso generico. Anche a voler accogliere il suggerimento desumibile dall’iter formativo del testo di legge, se ne dovrebbero tollerare le conseguenze applicative, ammettendosi, cioè, che vengano qualificati come di subfornitura quei contratti aventi ad oggetto commesse, relative a qualsiasi altra tipologia di investimento in capitale fisso (impianti, macchinari, equipaggiamenti), subordinatamente alla condizione che la prestazione a carico del

²⁹ Pacifica indicazione, proveniente da F. Bortolotti, *I contratti di subfornitura*, La nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni ed internazionali, Padova, 1999, p. 66.

fornitore, non si risolve nella vendita di beni standard e sia, piuttosto, specificamente adattata alle esigenze produttive della committenza.

E' appena il caso di osservare, però, come in tal modo il raggio di applicazione della disciplina in parola, giunga ad estendersi fino a comprendere i contratti di *engineering*, completamente estranei al fenomeno della subfornitura, per come sviluppatosi nell'universo delle relazioni industriali: la società di *engineering* e, più in generale, le società di servizi per le imprese, operano sul mercato allo scopo elettivo di soddisfare le specifiche esigenze del committente, per cui l'attività produttiva espressamente dedicata, costituente, di regola, indice di dipendenza economica e di debolezza contrattuale del fornitore, rappresenta per esse, semplicemente il modo normale di competere nel commercio internazionale, venendo meno, in definitiva, le finalità protettive del provvedimento. Eventualità, questa, scongiurabile già in principio, sulla base della constatazione per cui l'opera da eseguire, in forza della conclusione del contratto di *engineering*, vale a dire impianti o macchinari estremamente complessi, richiede che il progetto industriale sia sviluppato dallo stesso fornitore, in aperta contraddizione con la nozione legislativa di subfornitura³⁰.

Bisogna, perciò, rivolgere lo sguardo altrove per venire a capo dell'empasse diagnostica: soccorre, brillantemente, l'art. 2424, lett. B, nn. 1-5 cod. civ., attributivo di un puntuale significato tecnico al termine "attrezzature", ben distinto, non soltanto, dai beni immobili ma anche da quelli strumentali, maggiormente complessi. In sede di redazione del bilancio di società per azioni, è previsto l'obbligo, nella formazione dello stato patrimoniale, di iscrivere all'attivo tutte le immobilizzazioni materiali (intendendosi per tali, quei beni durevolmente destinati ad essere utilizzati per più di un esercizio finanziario), distinte, espressamente, in terreni e fabbricati, impianti e macchinari, attrezzature industriali e commerciali, altri beni, immobilizzazioni in corso e acconti. Ora, se nella stessa normativa codicistica, le attrezzature industriali e commerciali vanno considerate separatamente, rispetto al complesso residuo degli altri beni strumentali, non dovrebbe risultare eccessivamente complicato identificarle, per esclusione, con il

³⁰ Osserva, in termini più generali, G. Gioia, *La subfornitura nelle attività produttive*, in *Corriere giur.*, 1998, p. 883, come il legislatore, in ogni caso, "ha operato una scelta di campo molto chiara: ha escluso che la disciplina potesse abbracciare tutto l'indotto industriale o il cottimo, ma ha voluto regolamentare solo alcune situazioni meritevoli di tutela. Al di là della definizione normativa, più che disciplinare uno specifico contratto, di cui non si preoccupa nemmeno di indicare l'oggetto, regola un segmento del complesso procedimento industriale".

coacervo di beni costituito da strumenti, utensili ed equipaggiamento, senz'altro necessari allo svolgimento dell'attività produttiva, ma caratterizzati da una struttura di tipo elementare (si pensi ai mezzi di movimentazione merci), radicalmente diversa da quella tipica del macchinario industriale. Soltanto sui beni in questione, non a caso, sarebbero, teoricamente, prospettabili specifici adattamenti funzionali alle esigenze aziendali di un potenziale cliente. Si applica la disciplina di favore, per il caso in cui il subfornitore fabbrichi uno o più componenti degli impianti produttivi del committente, non certo in ipotesi di attrezzature tanto generiche da non sollecitare affatto la comunicazione delle specifiche tecniche, men che meno in relazione ai terreni, per i quali, neppure astrattamente, sarebbe configurabile la ricorrenza dei profili irrinunciabili della subfornitura.

Nella misura in cui dispone l'inapplicabilità della nuova regolamentazione ad ipotesi, pur comunque, rientranti nella definizione di legge, deve riconoscersi, almeno parzialmente, all'art 1 comma 2, carattere eccezionale. Ma l'opzione discrezionale manifestata dal legislatore, muove da una prognosi incontestabile: il vincolo economico e la subordinazione tecnica sussistono nei medesimi termini, sia che la commessa abbia ad oggetto un bene o un servizio destinato ad integrare il processo produttivo del committente, sia che concerna attrezzatura o equipaggiamento. Né può obiettarsi che mentre, normalmente, il contratto di subfornitura assuma i caratteri del negozio ad esecuzione continuata o periodica, in caso di attrezzatura vi sarebbe piuttosto un contratto ad esecuzione istantanea, benché differita rispetto al momento della sua conclusione: quest'ultima tempistica di effetti viene, del resto, implicitamente confermata dalla prescrizione di cui all'art. 2 comma 3, in cui altrimenti non vi sarebbe ragione di circoscrivere il riferimento ai soli contratti ad esecuzione continuata o periodica, se non in virtù della riconosciuta possibilità di stipularne, validamente, degli altri, magari proprio ad esecuzione istantanea³¹.

1.5.2 Presunto parallelismo con altri tipi contrattuali

Altra "*vexata quaestio*", in tema di subfornitura, concerne la sua pacifica ed integrale sussunzione in distinte fattispecie contrattuali, tipicamente predisposte dalla disciplina

³¹ Stando alle considerazioni espresse da R. Caso, *Subfornitura industriale: analisi giuseconomica delle situazioni di disparità di potere contrattuale*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1998, p. 273, si tratterebbe di ipotesi destinate a verificarsi con più probabilità nella fornitura di attrezzatura, in cui il subfornitore fabbrica uno o più componenti degli impianti produttivi del committente.

del codice, ovvero, la sua controversa idoneità a proporsi, aggiuntivamente, come inedita figura negoziale, sufficientemente dotata di una propria specialità e autonomia. E' opportuno, in tal senso, preventivamente discernere i caratteristici profili, funzionali e contenutistici, della subfornitura, rispetto agli omologhi, riconducibili alle tipologie contrattuali affini o contigue.

Una prima suggestione ricostruttiva ha riguardato la supposta realizzazione della commessa attraverso contratti di vendita di cosa futura. In verità, nella subfornitura di lavorazioni non affiora, minimamente, alcun elemento paradigmatico della vicenda traslativa, contemplata dall'art. 1470 cod. civ.: la mera detenzione del semilavorato o della materia prima forniti dal committente, non consente di affermare che il fornitore, a seguito dell'esecuzione della prestazione dedotta in accordo, ne acquisti la proprietà, per specificazione, scongiurando, dunque, la necessità di dar luogo ad un nuovo trasferimento del diritto in favore del committente, che ne avrebbe, comunque, frattanto conservato la piena titolarità. In riferimento alla subfornitura di prodotto, altresì, quantunque i materiali dovessero essere di proprietà del fornitore, non vi sarebbe modo di qualificare l'obbligazione a suo carico come una prestazione di dare, dogmaticamente rientrante nella fattispecie della compravendita: sovviene, in proposito, il criterio della prevalenza dell'opera, la cui comprovata efficacia discrezionale si apprezza già in relazione alla distinzione tra vendita ed appalto. Risalente giurisprudenza continuava, peraltro, ad attribuire rilievo proporzionalmente maggiore al valore economico del bene rispetto a quello delle prestazioni accessorie di fare (Cass., 2 Dicembre 1997, n. 12199). Più di recente, si è fatto largo l'orientamento secondo cui la prevalenza del lavoro "deve considerarsi non in senso oggettivo, bensì avendo riguardo alla volontà dei contraenti, al fine di accertare, nei singoli casi, se la somministrazione della materia sia un semplice mezzo per la realizzazione dell'opera ed il lavoro lo scopo del negozio (appalto), oppure se il lavoro sia il mezzo per la trasformazione della materia ed il conseguimento della cosa si configuri, invece, come l'effettiva finalità del negozio medesimo (vendita)", in tal senso essendosi espresso lo stesso Giudice di legittimità, in occasione della pronuncia n. 11602, del 2 Agosto 2002³².

³² Anche in seno alla giurisprudenza amministrativa, si è sostenuto, del resto, che "la differenza tra il contratto d'appalto e quello di compravendita, per quanto riguarda la commissione a fornire cosa futura prodotta o fornita da chi compie il lavoro, risiede nella prevalenza, non solo quantitativa, ma soprattutto funzionale secondo l'intenzione dei contraenti, della fornitura della materia o cosa (vendita) ovvero del lavoro (appalto d'opera)"; così, Cons. St., 2 aprile 1996, n.

Per di più, la vendita di cosa futura presuppone che il processo di produzione o di costruzione della *res* sia già stato avviato, a prescindere dall'intervenuta ordinazione e semmai, pure anteriormente ad essa: evenienza, la quale mal si attaglia alla tipica conformazione dell'organizzazione aziendale del fornitore alle specifiche esigenze produttive dell'impresa committente, esemplificativa, inoltre, di quella strutturale/presunta debolezza contrattuale, in grado di legittimare l'applicazione della speciale normativa di protezione. Dunque, non solo la prestazione isolata, bensì la complessa organizzazione produttiva del fornitore risulta, di norma, strumentalmente omologata ai "*desiderata*" del cliente, con ciò sostenendosi, motivatamente, la sottrazione alla nuova disciplina della fornitura di beni ordinariamente prodotti da chi, sedicente subfornitore, sarebbe viceversa da considerarsi alienante/somministrante, salvo che le variazioni richieste non impongano una ristrutturazione globale del processo produttivo.

Altro schema negoziale, tendenzialmente assimilabile alla subfornitura, è quello proprio del contratto di somministrazione. Qui, però, il dato normativo offre soluzioni più immediate e coerenti: se nella disciplina della subfornitura, viene esplicitamente contemplata la possibilità che il contratto possa essere "ad esecuzione continuata o periodica", il rilievo crolla, inesorabilmente, sotto i colpi di scure dell'art 1559 cod. civ., in base al quale il somministrante si obbliga precipuamente a "prestazioni periodiche o continuative di cose". L'oggetto elettivo dei corrispettivi rapporti sinallagmatici è perciò, irrimediabilmente, difforme: prestazioni di dare nei contratti di somministrazione, prestazioni, quanto meno eminentemente, di fare in quelli di subfornitura. Vi è, tuttavia, una norma in particolare, l'art. 1570, attestante la fondatezza della tesi avente riguardo alla concorrente e diretta applicabilità di norme tratte dalla legge sulla subfornitura e dalla disciplina codicistica della somministrazione: "si applicano alla somministrazione, in quanto compatibili con le disposizioni che precedono, anche le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni". Sebbene il codice dedichi soltanto limitata attenzione alla somministrazione, oltretutto confinata ad aspetti rigorosamente disciplinati dall'articolato relativo alla subfornitura e, dunque, impeditivi di una generalizzata applicazione ad essa delle poche norme concernenti la prima, si evince la disponibilità di argomenti testuali, utili a catalizzare il processo di demolizione del tipo

375, in giur. it., 1997, III, 1, c. 50 ss.. Conformemente, al riguardo, Cass., 19 aprile 1997, n. 3395, in Riv. Not., 1998, p. 245.

contrattuale; non più inteso alla stregua di una monade autoreferenziale, valicabile solo analogicamente, bensì capace di comunicare, funzionalmente, con altre, in un'ottica di mutuo soccorso integrativo, recalcitrante alla pedissequa osservanza dei canoni sillogistici.

I più ingannevoli tranelli si registrano, ad ogni modo, in materia di appalto³³, avente ad oggetto, infatti, per espressa previsione di cui all'art. 1655 cod. civ., "il compimento di un'opera o di un servizio", pertanto geograficamente attiguo ai confini del contratto di subfornitura, in cui la prestazione realizzativa della commessa è parimenti caratterizzata dalla preminenza dell'elemento lavoro. Limitarsi ad un'analisi meramente superficiale, agevola la moltiplicazione incontrollata degli elementi di confusione e si rivela pure disonesta, intellettualmente: il subfornitore è, infatti, assoggettato alle direttive tecniche del committente e, trovandosi, dunque, in una situazione di semiautonomia o di parasubordinazione imprenditoriale, va ritenuto responsabile solo in caso di non corretta esecuzione delle prescrizioni trasmesse dalla committenza; viceversa, l'appaltatore conserva la "gestione tecnica e finanziaria dell'opera o del servizio", assumendo, su di se, il rischio inestricabilmente connesso alla sua esecuzione³⁴. La riconosciuta individuazione di margini di responsabilità, a carico dell'appaltatore, in caso di scelte esecutive, discrezionalmente adottate, rivelatesi non idonee al conseguimento del risultato, ha sollecitato la semplicistica qualificazione dell'obbligazione dell'appaltatore come "di risultato", in quanto, prioritariamente, destinata alla soddisfazione dell'interesse del creditore, a fronte di quella "di mezzi" del subfornitore, in cui si accentuerebbe, vistosamente, il profilo dello sforzo diligente. Entrambe le componenti enunciate, sembrano, però, evidentemente ricorrere, sia pure variamente combinate, in qualsiasi rapporto obbligatorio, senza che possa, in merito, approssimativamente prospettarsi una distinzione manichea.

³³ Quanto alla plausibilità di accostamenti sillogistici, si tenga conto delle osservazioni di R. Leccese, *Nozione e contenuto del contratto*, in *Aa. Vv., La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. Cuffaro, Napoli, 1998, p. 35, secondo il quale: "la sussunzione di un contratto in uno schema (normativamente) tipico dipende non solo dalla sua rispondenza alla *nozione* che il legislatore fornisce del contratto tipico, ma anche dalla corrispondenza delle clausole in concreto adottate dalle parti e la disciplina in astratto prevista dalla legge per quel tipo contrattuale".

³⁴ In senso conforme, l'opinione di C. Vignali, *L'appalto immobiliare*, Rimini, 1991, p. 19, il quale ritiene che: "l'obbligazione dell'appaltatore può dirsi adempiuta quando l'attività produttiva raggiunge il risultato promesso, nel momento in cui viene raggiunto, e l'eventuale rischio di non conseguirlo, cosiddetto rischio del lavoro, graverà su di lui".

Mi si lasci richiamare, al riguardo, il dirimente insegnamento di Bianca: “da un lato, non sono riscontrabili obbligazioni in cui sia dovuto esclusivamente un fine utile e non lo sforzo per realizzarlo, dall’altro vi sono obbligazioni miste di mezzi e di risultato in cui il debitore si obbliga al tempo stesso all’espletamento di una specifica attività e al conseguimento di un risultato finale, e tra queste dovrebbe appunto annoverarsi l’obbligazione dell’appaltatore”³⁵. Più che rifugiarsi in artificiosi concettualismi di sorta, meglio sarebbe, perciò, scandagliare il profilo funzionale ed il paradigma causale delle ipotesi a confronto: mentre l’appaltatore viene, normalmente, considerato un operatore esperto del settore, in grado di scegliere i materiali idonei ed in possesso delle tecnologie adeguate al conseguimento di un determinato risultato, il subfornitore può solo marginalmente offrire, il più delle volte, un insignificante contributo progettuale, preoccupandosi di curare la mera esecuzione della fase produttiva delegata, in conformità alle dettagliate indicazioni della committenza. La persistente dominanza tecnologica e la frequente rivendicazione di poteri di controllo, valgono a differenziare, strutturalmente, l’attività del subfornitore, scrupolosamente tarata sulle esigenze di taluni determinati committenti, o talvolta addirittura di uno solo, da quella dell’appaltatore, potenzialmente strumentale a soddisfare le aspettative di un committente qualsiasi. L’appaltatore non risente, quindi, del vincolo economico-contrattuale, costituito dalla radicale destinazione della propria organizzazione produttiva alle sollecitazioni di una controparte ideale, assurta ad infungibile interlocutore commerciale e negoziale. Se allora, dipendenza tecnologica ed economica sembrerebbero afferire, unidirezionalmente, ai rapporti di subfornitura, bisogna pure, coraggiosamente, affrontare l’insorgenza di “casi limite”, come quello degli “appalti a regia”.

Nel settore edilizio, non di rado, lo stesso contratto di appalto può includere clausole, alla cui stregua l’opera debba essere eseguita o il servizio reso, secondo un progetto fornito dal committente, che può, in alcuni casi, designare semmai un “direttore dei lavori”: “i cosiddetti appalti a regia, nei quali la direzione spetta al committente, non sono veri appalti, proprio perché manca all’esecutore, autonomia organizzativa e rischio della gestione”³⁶. Il Tribunale dell’Aquila, 13 Dicembre 2002, n. 1275³⁷, ha ritenuto

³⁵ C. M. Bianca, *Diritto civile*, 4, *L’Obbligazione*, Milano, 1990, p. 71 ss. .

³⁶ P. Rescigno, *Appalto*, I, *Diritto privato*, in *Enc. Giur.* Treccani, II, Roma, 1988, p. 3 .

³⁷ Pronuncia rinvenibile in *Foro it.*, 2003, I, c. 1275.

applicabile la disciplina della subfornitura, in favore di un'impresa specializzata, obbligata a realizzare lavori di pavimentazione, secondo il progetto esecutivo fornito dal committente ed in conformità a specifiche caratteristiche tecniche.

Altra illuminante considerazione, attiene al profilo soggettivo: mentre l'appaltatore è, di regola, un imprenditore medio - grande, il subfornitore si caratterizza, sovente, per la modesta rilevanza dimensionale della sua organizzazione aziendale. Del resto, il parametro in oggetto, aveva già asseverato la distinzione tra contratto d'opera ed appalto, i quali divergono, soprattutto, per la qualità di piccolo imprenditore, tipica del prestatore d'opera, e quella di imprenditore medio - grande, viceversa essenziale per l'appaltatore. A differenza dell'appalto, infatti, nella subfornitura, il committente è necessariamente un imprenditore, ammettendosi, dunque, che possa pure non esserlo nel primo caso: in conseguenza, perciò, della riconosciuta indispensabilità della qualifica imprenditoriale in capo al solo appaltatore, si discorre di contratto normativamente, ma unilateralmente, d'impresa. Nulla sembrerebbe escludere, in altri termini, che il committente possa essere un consumatore, in posizione di tendenziale debolezza nei confronti dell'appaltatore, quanto meno provvisto, nella generalità dei casi, di forza contrattuale pari, o comunque non inferiore a quella della controparte, ed in ogni caso, solo eccezionalmente recessiva, rispetto alle prerogative della medesima. Alla luce delle riscontrate affinità funzionali delle distinte tipologie contrattuali, ci si può esprimere, non irragionevolmente, a sostegno dell'applicabilità trasversale della disciplina dell'appalto a quella della subfornitura e viceversa, nell'ottica di comporre il concreto conflitto di interesse in sintonia con i valori dell'ordinamento, globalmente inteso. Badando bene, però, che tali aspirazioni sistematiche non tradiscano la ratio ispiratrice delle norme, come accadrebbe se ci si limitasse al solo accertamento del carattere tecnicamente guidato della produzione del fornitore, trascurando, ai fini dell'applicabilità delle misure di protezione, di confutarne l'effettiva posizione di inferiorità economico - contrattuale, il cui eventuale difetto potrebbe giustificatamente appropinquarlo alla figura dell'appaltatore³⁸.

³⁸ Più ampiamente, G. Nicolini, *Subfornitura e attività produttive*, cit., p. 4 ss., ribadisce come "l'impresa subfornitrice non dovrebbe essere necessariamente avvolta in una mistica del contraente debole, giacché non può ignorarsi il rilevante potere di mercato assunto dalle imprese subfornitrici nei confronti sia della controparte sia dei terzi concorrenti", soprattutto in quanto, "l'odierna situazione industriale confermerebbe l'esistenza di varie imprese subfornitrici singole o aggregate, la posizione economica o contrattuale delle quali risulterebbe superiore all'impresa

Si era, inoltre, tentato di paventare un accostamento con un'altra "formula organizzativa imprenditoriale", l'*outsourcing*, in virtù del quale un'impresa incarichi un'altra, ad essa esterna (out), di curare una specifica funzione aziendale: la manutenzione, la gestione delle risorse informatiche, la logistica o il servizio di ristorazione, per citarne alcune. L'intenzione del delegante è, però, essenzialmente quella di ridurre i costi di gestione, affidandosi ad un operatore dotato di valide competenze nella gestione del servizio e che, comunque, diversamente dal subfornitore, non subisce l'ingerenza tecnica del cliente, attivo in un distinto settore produttivo. Si aggiunga, altresì, che l'*outsourcing* neppure potrebbe atteggiarsi, in fondo, ad autonomo schema contrattuale, indifferentemente potendo consistere il suo oggetto, tanto in un "dare" quanto in un "*facere*", a differenza della subfornitura; "*facere*", che invece accomuna quest'ultima con il contratto d'opera.

Tuttavia, le discrepanze tra le due ipotesi sembrano altrettanto nette ed inequivoche: il prestatore d'opera, raramente è un imprenditore o, se anche dovesse esserlo, sarà un piccolo imprenditore che si avvale, limitatamente, del lavoro dei suoi familiari, in aggiunta al proprio, mentre il fornitore impiega, di norma, più consistenti strutture, attrezzature e risorse finanziarie. Il prestatore d'opera agisce in condizioni di piena autonomia, "senza vincoli di subordinazione" (art. 2222 cod. civ.), laddove il subfornitore dipende, sostanzialmente, dal committente sotto il profilo tecnico-produttivo. Solo, dunque, nell'eventualità in cui ad un'impresa artigiana venisse affidata la realizzazione di una delle fasi del ciclo produttivo dell'impresa committente, la fattispecie sarebbe, teoricamente, qualificabile come subfornitura, altrimenti prevalendo la modesta entità degli investimenti e la potenziale o effettiva pluralità di clienti, tipiche del contratto d'opera. Al subfornitore piccolo imprenditore, non si applicherebbero, in definitiva, le norme di cui agli artt. 2222-2228 cod. civ., se non in forza della riscontrata semi-subordinazione alla controparte e della pregressa effettuazione di investimenti, difficilmente liquidabili.

Conclusivamente, potrebbe accennarsi alla plateale inconciliabilità tra mandato e subfornitura, l'uno avente ad oggetto il compimento di attività giuridica, comprensiva

committente". A rincarare, poi, la dose, provvede, G. Caselli, *Osservazioni sulla legge 18 giugno 1998, n. 192*, cit., p. 1306, precisando come, a fronte delle situazioni di possibile debolezza del subfornitore, "l'osservazione della realtà mostra anche tante altre situazioni in cui invece i rapporti sono paritetici, quando non sono addirittura invertiti".

perlopiù della formazione e manifestazione di volontà negoziale, l'altra, piuttosto, un'attività complessa, di natura semmai eminentemente produttiva³⁹.

1.6 Aporie qualificatorie e dubbia tipizzazione socio-normativa

Per completezza di analisi, bisognerebbe ancora sciogliere un interrogativo, circa l'attitudine della subfornitura ad essere, autonomamente, intesa come suscettibile di integrare una nuova e specifica fattispecie contrattuale, solennemente investita dei crismi della tipicità legale. Si è già avuto modo di osservare, "supra", come i connotati soggettivi e causali del rapporto di subfornitura consentano, semplicemente, di sottrarne la disciplina alla limitante prospettiva di una incidenza effettuale, puramente ricalcante la fenomenologia applicativa dei contratti ad essa funzionalmente più complici. Non si è però giunti a tributare alla fattispecie, quella elevazione dignitaria che le desse modo di affrancarsi dalla costrittiva soggiogazione cui resterebbe confinata, in virtù della perdurante sussumibilità entro i consueti schemi operativi dei tipi contrattuali preesistenti, coi quali continuerebbe a profilarsi una relazione equazionale semi - identitaria⁴⁰. In un primo momento, si era, infatti, ritenuto che la subfornitura potesse qualificarsi in guisa di un "tipo contrattuale generale"⁴¹, sensibile ad accogliere le istanze evolutive di una tecnica legislativa, particolarmente attenta a non comprimere le potenzialità innovative, emergenti dalla prassi sociale, mediante l'aprioristico ed indiscriminato ricorso alle risalenti metodiche di sussunzione: "la subfornitura ora regolata dal legislatore viene ora a ribadirci che sono possibili discipline di fatti economici che non li fanno assurgere alla dignità di tipi e destinate piuttosto a sovrapporsi al regime dei tipi legali, quindi ad occupare nel sistema uno spazio che attraversa le varie discipline degli istituti con cui volta a volta si combinano"⁴².

Più precisamente, sarebbero quattro le tipiche figure contrattuali alle quali poter ricondurre, previa verifica di compatibilità, gli aspetti casisticamente disciplinati dalla

³⁹ Puntuale constatazione riflessiva di P. Rescigno, *Appalto*, cit., p. 2.

⁴⁰ Quanti negano che la subfornitura sia un nuovo contratto tipico per lo più intendono sottolineare non solo che manca una compiuta (e specifica) disciplina della fattispecie, ma anche, e talvolta soprattutto, che non si tratta di una specie contrattuale, sul piano sistematico classificabile tra i "singoli contratti", previsti nel terzo titolo del libro IV del codice civile o comunque stipulabili dalle parti nell'esercizio della loro autonomia.

⁴¹ Espressione coniata da C. M. Bianca, *Diritto civile*, 3, Il contratto, cit., pp. 402 e 487. Discorre, piuttosto, di "categoria trasversale ... cui possono corrispondere tipi contrattuali diversi", V. Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Priv.*, a cura di G. Iudica - P. Zatti, Milano, 2001, p. 925 ss..

⁴² P. Rescigno, *Presentazione*, in Aa. Vv., *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. Cuffaro, Napoli, 1998, p. XIII ss. , spec. p. XIV ss. .

legge sulla subfornitura: la vendita, l'appalto⁴³, la somministrazione e il contratto d'opera. L'argomento più intimamente normativo, caldeggiato dai sostenitori della tesi in discorso, risiede nella scarsa puntualità precettiva di quelle disposizioni legislative in tema di responsabilità, o di altri istituti parimenti cruciali (recesso, risoluzione, garanzia per vizi e difetti), ampiamente dimostrata dal tenore dell'art. 5 comma 4, secondo cui eventuali contestazioni della prestazione del subfornitore devono essere sollevate nei termini previsti dal contratto, "che non potranno tuttavia derogare ai più generali termini di legge"; per tali dovendosi intendere, naturalmente, quelli ricavabili dalla disciplina del tipo cui il concreto contratto possa essere, di volta in volta, ragionevolmente assimilato. Così, ad esempio, se dovessero prospettarsi modalità esecutive normativamente prossime alla disciplina dell'appalto, il committente avrebbe l'onere di denunciare al subfornitore difformità e vizi entro sessanta giorni dalla scoperta e quello di esercitare la relativa azione entro due anni dalla consegna dell'opera (art. 1667 cod. civ.), mentre in caso di subfornitura-contratto d'opera, la denuncia medesima dovrebbe essere effettuata entro otto giorni dalla scoperta, applicandosi, al riguardo, il termine di un anno dalla consegna, per la tempestiva proposizione della corrispondente domanda giudiziale (art. 2226 cod. civ.).

Ora, per un verso si potrebbe, sbrigativamente, bollare le numerose imprecisioni del testo normativo come la "risultante di un *legal process*", nel quale si sono incrociati i compromessi politici, l'utilizzo di un linguaggio più vicino alla prassi che al tecnicismo giuridico e l'incertezza sul piano delle teorie di riferimento"⁴⁴. Non sembra però, questo, un rilievo concludente, men che meno lungimirante nell'ottica di una esegesi dottrinale, orientata alla preminente considerazione del dato normativo: per contratto tipico, il legislatore intende il contratto avente "una disciplina particolare", la quale, cioè, non pretende di porsi, pure, come massimamente esaustiva, in forza della riconosciuta applicabilità della disciplina del contratto in generale a tutti i contratti indifferente, siano essi tipici o meno (artt. 1322 comma 2; 1323 cod. civ.).

⁴³ Fermamente convinto, però, che l'appalto, non diversamente da ogni altra figura contrattuale tipica, sia idoneo ad abbracciare, interamente, il fenomeno economico della subfornitura, si mostra F. Marinelli, Padova, 1996, p. 107.

⁴⁴ R. Caso e R. Pardolesi, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori*, in *Riv. Dir. Priv.*, p. 712 e ss. . Non molto distante la posizione espressa da G. Gioia, *La disciplina della subfornitura. Il Commento*, in *Corriere giur.*, 1998, p. 882, in cui afferma che la legge risulta "costellata da imprecisioni, inesattezze, sia formali che concettuali".

E' necessario, ma anche sufficiente, che per aversi un contratto tipico, ci si faccia carico di regolarne, dettagliatamente, le sole vicende essenziali, i cui più periferici lembi scoperti verranno, induttivamente, riportati a regime, grazie alla confortante supplenza di una consapevole ermeneutica integrativa. Gli elementi strutturali del contratto di subfornitura, sono agevolmente desumibili dalla legge: numero e qualità soggettiva delle parti (il contratto è concluso tra un'impresa fornitrice e un'impresa committente), causa astratta (prestazione di un bene o di un servizio specificamente adattati per rispondere alle esigenze produttive del committente contro il corrispettivo di un prezzo), oggetto (obbligazione di "facere" a carico del fornitore e sufficiente idoneità deterministica dei criteri di quantificazione del prezzo), infine i requisiti di forma (prescrizione della forma scritta "ad substantiam"). Se volessimo saggiare, sul piano epistemologico, l'affidabilità di un simile grimaldello d'indagine, basterebbe dar conto della radicata convinzione per cui il contratto a favore di terzo, benché espressamente nominato e disciplinato dal legislatore, non costituisca un autonomo paradigma contrattuale, bensì, delineando uno schema apertamente generico, risulti pacificamente applicabile a differenti modelli negoziali specifici. Non diversamente, non potrebbe considerarsi un autonomo contratto tipico, sebbene nominalmente costituente oggetto di previsione legislativa, il contratto a prestazioni corrispettive, dal momento che l'interdipendenza delle attribuzioni, reciproche costituirebbe elemento essenziale di plurime fattispecie contrattuali, tipiche o atipiche.

Il richiamo ai "più generali termini di legge"⁴⁵, più che configurante una implicita ammissione di lacunosità della disciplina, sintomatica di una più estesa carenza tipologica, va, piuttosto, qualificato come un opportuno tentativo di congiunzione tra la disciplina della subfornitura e quella degli altri contratti, che si presuppongono necessariamente implicati nell'attuazione concreta del rapporto. Gli effetti giuridici producibili da un qualsiasi tipo contrattuale, compresa la subfornitura, non possono ricavarsi, sommariamente, dalla reiterata riproduzione, costante ed univoca, del suo

⁴⁵ Osserva, tuttavia, A. Tullio, *La subfornitura industriale*, cit., 259 ss., come nel regolamentare il contratto di somministrazione, il legislatore abbia operato con la tecnica del rinvio alla disciplina di altri tipi contrattuali in maniera ben più ampia (cfr. art. 1570 c. c.), senza che in dottrina come pure in giurisprudenza, simile circostanza venga considerata in antitesi con la riconosciuta autonomia e la tipicità proprie della fattispecie contrattuale in discorso. Sottolinea, in proposito, A. Bertolotti, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000, p. 44 ss., come addirittura lo stesso giudice di legittimità, (Cass., 23 febbraio 1998, n. 6239, in *Giust. Civ.*, 1999, p. 171), abbia inteso ritenere autonomo il contratto di edizione in senso stretto, riferito esclusivamente alla pubblicazione per la stampa, sebbene sprovvisto di puntuale e specifica disciplina normativa.

monolitico schema causale, necessitandosi, in tal senso, dell'apporto integrativo offerto dalle parti, tramite stesura materiale del regolamento convenzionale, fondamentalmente irrinunciabile se si vuol carpire la reale conformazione degli interessi perseguiti. Non a caso, la conferma legislativa proviene dall'art 1570 cod. civ., in forza del quale, la disciplina della somministrazione, certamente dotata di una propria fisionomia giuridica, sufficientemente precisa, convive, armonicamente, con quella dei diversi contratti che ne definiscono le prestazioni.

Sviluppando, coerentemente, tali acquisizioni sistematiche, anche la causa generica del contratto di subfornitura andrebbe, dunque, aggiuntivamente implementata, mediante il riferimento alla disciplina di altri contratti tipici, cui corrispondono le singole prestazioni, afferenti piuttosto ad elementi variabili della fattispecie negoziale, non assoggettati alla cogente normativa del tipo, in quanto tassativamente esclusi dalla definizione del rapporto fondamentale. I criteri, grazie ai quali poter verificare l'esattezza dell'adempimento delle singole obbligazioni e i rimedi per la parte creditrice, in caso di inadempimento, vanno parametrati sulla scorta delle norme generali, circa la sussistenza del carattere obiettivo di gravità, in relazione al complessivo regolamento di interessi, autonomamente predisposto dai contraenti, (art. 1455 cod. civ.), come pure della essenzialità del termine (art. 1457 cod. civ.), salva in ogni caso l'operatività di un'eventuale clausola risolutiva espressa (art. 1456 cod. civ.). Essendo poi, normalmente, il contratto di subfornitura un contratto di durata, il cui perfezionamento impegna il fornitore ad eseguire prestazioni periodiche di beni o servizi, trova applicazione pure l'art. 1564, in virtù del quale si riconosce effetto risolutivo all'inadempimento delle singole prestazioni, nella sola misura in cui dovesse, questo, rivelarsi tale da menomare la fiducia della controparte, in relazione alla puntualità dei successivi adempimenti. Si tratterebbe, in estrema sintesi, del *quorum* normativo, genericamente applicabile alla totalità dei contratti di durata, indispensabile ad accertare quando l'inadempimento superi i limiti della scarsa importanza e possa, conseguentemente, attribuirgli efficacia risolutiva, in conformità al disposto dell'art. 1455 cod. civ.

A deporre favorevolmente, in direzione del mancato riconoscimento di tipicità al contratto di subfornitura⁴⁶, vi sarebbero anche considerazioni più spiccatamente teleologiche: se si accedesse, infatti, alla tesi che ravvisa nella l. 192 del 1998 la disciplina di un contratto tipico, paradossalmente si produrrebbe l'effetto di agevolarne, significativamente, sottili manovre elusive. Ogni qual volta, cioè, i contraenti pattuissero clausole che, in base al vincolante dettato legislativo, siano nulle o comunque vietate, potrebbe farsi strada l'idea di trovarsi al cospetto di un tipo contrattuale diverso, in ragione della previsione di clausole normativamente ritenute incompatibili con la subfornitura. Magari, proprio la parte economicamente più forte potrebbe aver preso l'iniziativa negoziale, strumentalmente viziata dall'egoistico interesse a fare in modo che il rapporto contrattuale esulasse dall'applicabilità delle misure protettive a vantaggio dell'altra, vittima sostanzialmente di una situazione di abuso di "bargaining power". Nella medesima prospettiva finalistica, vi è poi chi intravede nella disciplina della subfornitura una sorta di propaggine della normativa consumeristica, catalizzatrice del processo di generalizzazione delle tutele spettanti al contraente debole: allo stesso modo in cui, pertanto, si vieta al professionista di abusare del proprio potere contrattuale in danno del consumatore, altrettanto viene impedito di fare nei rapporti tra imprenditori. Si potrebbe, oltretutto, incautamente far leva sulla constatazione per cui "non è possibile considerare la disciplina dei contratti del consumatore rispondente ad un tipo, se non altro perché i contratti del consumatore sono innumerevoli e diversificati tra loro. piuttosto, è da ritenere congruo che la disciplina delle clausole vessatorie, applicabile sicuramente a tutti i contratti dei consumatori, si applichi anche a difesa di ogni contraente debole, consumatore o no, che abbia subito un approfittamento o un abuso da parte del contraente più forte"⁴⁷.

Ma, a disintegrare la portata ingannevole di improbabili equazioni dottrinali, è nuovamente, l'approccio teso a valorizzare l'effettiva intenzionalità della politica legislativa: nella relazione al disegno di legge Wilde, si ribadisce l'alternatività della

⁴⁶ Orientato in tal senso, G. Nicolini, *Subfornitura e attività produttive*, cit., p. 10, a giudizio del quale il contratto di subfornitura è "una figura contrattuale socialmente tipica", ma non può configurarsi "un nuovo tipo contrattuale, autonomo ed alternativo rispetto alle figure tradizionali tipizzate dal codice civile per modo che non potrebbe parlarsi del contratto di subfornitura alla stregua di figura individuale tipica nuova e distinta dal contratto d'appalto (art. 1655 ss. cod. civ.) o di vendita (art. 1470 ss. cod. civ.) o di somministrazione (art. 1559 ss. cod. civ.) o d'opera (art. 2222 ss. cod. civ.).

⁴⁷ P. Perlingieri, *In tema di tipicità e atipicità dei contratti*, in *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 400.

subfornitura rispetto ai singoli contratti codificati (“non è infatti somministrazione di beni, né appalto, né prestazione di servizi”), attribuendole “configurazione giuridica autonoma” e “colmando così la lacuna esistente nel nostro ordinamento”⁴⁸.

Ecco, dunque, spiegato come magniloquenti paternali, altisonanti e moralizzanti, non debbano indurre, superficialmente, a confondere gli aspetti puntualmente riferibili alla qualificazione giuridica di una disciplina, con quelli viceversa riguardanti le sue conseguenti implicazioni valoriali: del resto, proprio la matura penetrazione della magmatica realtà extra-giuridica, consente di scindere la tipizzazione normativa, filtrata degli inaccettabili esiti “*contra ius*”, da quella meramente sociale, la quale si sviluppa attraverso il consolidamento di prassi, che non sempre costituiscono espressione di autonomia ma, talvolta, sono imposte con ridondanza dalla parte contrattualmente più forte e, più in generale, da centri di potere economico che non hanno ancora potuto ottenere, attraverso la mediazione politica, un modello “legale”.

Se, dunque, obiettivo della nuova normativa, “è quello di tipizzare il contratto di subfornitura finora rimasto tra i contratti atipici cui si può dar vita in base al principio dell’autonomia negoziale”⁴⁹, dal punto di vista sistematico ed in proiezione espansiva della disciplina protezionistica, potrebbe, semmai, farsi assurgere il divieto di abuso di dipendenza economica a principio concernente tutti i rapporti tra imprenditori, in quanto “l’effetto è anche valore che deve indurre l’interprete alla scelta di una qualificazione anziché di un’altra, secondo le conseguenze che quella qualificazione comporta, nel rispetto di una valutazione unitaria della realtà sociale e dell’ordinamento giuridico”⁵⁰. Sia pure soltanto in via di embrione, è lecito sospettare possa essere già in atto, una prepotente disgregazione della classica articolazione codicistica tra parte generale e parte speciale della disciplina contrattuale⁵¹, accompagnata dalla contestuale

⁴⁸ Proposito, quest’ultimo, ribadito pure, posteriormente, dal medesimo relatore della legge al Senato: si veda, nel merito, S. Miele, *Prefazione. Una nuova legge per il settore industriale*, in Aa. Vv., *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n. 192 del 1998*, a cura di P. Sposato e M. Coccia, Torino, 1999, p. XI e ss., ove si legge che “la regolamentazione del nuovo contratto tipico interviene a colmare un vuoto” del nostro sistema ordinamentale.

⁴⁹ Indicazione ricavata, testualmente, dalla Relazione della X Commissione permanente del Senato al testo unificato dei disegni di legge Wilde n. 637 e Tapparo n. 644 – A .

⁵⁰ P. Perlingieri, *Interpretazione e qualificazione: profili dell’individuazione normativa*, in *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 35 .

⁵¹ Secondo G. De Nova, cit., Torino, 1994, p. 7 ss., “la parte generale del contratto non può più essere considerata centrale”, come pure “non può essere più considerata la figura di una disciplina unitaria”: anzi “il lineare rapporto tra parte generale sul contratto e parte speciale sui singoli contratti, che leggiamo nell’art. 1323, non è mai stato rispondente al diritto positivo, e

affermazione di una tricotomia tra contratti “interimprenditoriali”, contratti dei consumatori con le imprese e contratti tra soggetti estranei al mercato.

1.7 Superamento della dicotomia trasversalità/tipicità: verso un’applicazione trans-tipica delle norme riferibili ad un singolo modello contrattuale

Nell’intento di riepilogare, concisamente, il portato delle riflessioni appena svolte, potremmo affermare che il contratto di subfornitura si distingue e caratterizza, principalmente, in ragione della qualifica soggettiva delle parti, per la specificità del contenuto e dell’oggetto, come pure per essere, fisiologicamente, destinato a realizzare la cooperazione piramidale tra imprese. Rinunciando, comprensibilmente, a dettare una disciplina iperbolicamente onnicomprensiva dell’intero ed articolato fenomeno della produzione intermedia, il cosiddetto “contoterzismo”, il legislatore ha pensato bene di plasmare il proprio intervento razionalizzante, sul modello di una peculiare ed organica operazione giuridico - economica, a tal punto difforme rispetto all’omologa degli altri contratti tipici, da delinearne con sufficiente precisione una singolare genetica causale. Nello scambio sinallagmatico tra l’obbligazione avente ad oggetto una inconsueta prestazione di fare e l’obbligazione di corrispondere una somma di denaro, nell’indefettibile qualità imprenditoriale di entrambe le parti, nella strumentalità della prestazione a carico del fornitore e nella sua stessa dipendenza tecnica e commerciale dal committente, si ravvisano i profili qualificanti dello speciale rapporto di subfornitura, idonei a considerarne unitariamente la disciplina, “particolare” abbastanza da poter soddisfare il requisito richiesto dalla normativa del codice per l’astratta configurabilità del tipo. Potrebbe obiettarsi che tali e tante sarebbero le potenziali varianti fenomenologiche del rapporto considerato, da rischiare di imbattersi troppo frequentemente in anguste strettoie o, ancor peggio, in autentici vuoti di disciplina.

Per fronteggiare, adeguatamente, il temibile spettro dell’“*horror vacui*”, si è, piuttosto recentemente, preso atto dell’esistenza di tipi “a bassa definizione”, contraddistinti dalla esigua consistenza degli elementi identificativi e da un notevole grado di elasticità applicativa: lo schema dell’appalto, a titolo di esempio, abbraccia sinteticamente

tanto meno lo è oggi, di fronte ad una indubbia frammentazione della figura del contratto e una palese tendenza centrifuga verso discipline di singoli contratti sempre più lontane dalla disciplina generale”.

tipologie diverse, riferibili ad una vasta gamma di fenomeni economici⁵². E' proprio in questi pericolanti interstizi che l'abilità ricostruttiva dell'interprete, arguto e lungimirante, riesce, talvolta, miracolosamente ad allontanare i fantasmi della deriva anti-sistematica, riesumando la tendenziale completezza dell'ordinamento: all'apparente lacunosità della disciplina contrattuale speciale, potrebbe rimediare l'applicabilità della disciplina dei contratti in generale, la quale, lungi dal farsi carico di ovviare alle inemendabili omissioni legislative, risponde a criteri di economicità normativa, prestandosi, in teoria, ad integrare la normativa di qualsiasi contratto, per il quale non sia dettata una disciplina radicalmente incompatibile, e contenendo, altresì, principi ad elevatissimo coefficiente di espansività, come nel caso della clausola di buona fede⁵³.

Quanto ai margini di adattabilità del tipo, in ottica finalistica, già secondo l'insegnamento tradizionale sarebbe concesso di sottrarre il regolamento di un particolare modello contrattuale alla sconfinata disponibilità dei contraenti, adducendo fondate istanze protezionistiche, a salvaguardia di interessi estranei, di terzi o generali. Se, però, le disposizioni dell'originario titolo terzo del libro quarto del codice civile risultavano "caratterizzate dal numero non particolarmente elevato di norme imperative, e, all'interno di queste, dal numero ridotto di norme a tutela di una parte, le più recenti disposizioni sono caratterizzate da una forte concentrazione di norme imperative dettate a tutela di una delle parti"⁵⁴. La tutela della parte debole si candida, prospetticamente, a costituire oggetto di un interesse qualificabile come generale, perseguibile tramite la tecnica della normazione inderogabile ed espressione di un valore fondamentale dell'ordinamento, non altrimenti attuabile. Verrebbe, dunque, da

⁵² Sostiene, infatti, C. Alvisi, *Subfornitura e autonomia collettiva*, cit., p. 2 ss., spec. p. 49, che "la disciplina della subfornitura prefigura una struttura a schema aperto", applicabile ad una pluralità di tipi, sociali o legali, quando la fattispecie sostanziale sia caratterizzata dalla situazione di dipendenza economica in cui il subfornitore si trova per aver effettuato investimenti idiosincratici.

⁵³ La diffusa convinzione, assertiva della presunta esaustività della disciplina legalmente improntata alla definizione del singolo contratto tipico, è stata oggetto di fondate riserve, a cura di P. Perlingieri, *In tema di tipicità e atipicità*, cit., p. 393 ss., laddove si afferma: "questa posizione, che, in concreto divide la disciplina del contratto in generale dalla disciplina dei singoli particolari contratti, non è accettabile, in quanto il particolare non si può non inserire nel generale. La disciplina particolare, infatti, non esclude certo il suo inserimento nel sistema, anzi lo presuppone; non è possibile cioè individuare la disciplina del singolo contratto se non lo si colloca nella disciplina generale del contratto e, più ampiamente, nel sistema rappresentato dall'intero ordinamento giuridico".

⁵⁴ G. De Nova, *Dieci "voci" per una tavola rotonda*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova 1999, p. 814 e ss., spec. p. 815 .

chiedersi, se anche per la subfornitura non sia il caso di ritenere che la definizione riportata nel testo non possa includersi tra quelle aventi natura “prevalentemente funzionale, utilizzate per operare accostamenti tra le figure affini ed eventualmente creare categorie generali, comprendenti una pluralità di modelli contrattuali, accomunati da una stessa finalità”⁵⁵. L’approdo cui conduce l’analisi del trend normativo, è probabilmente la graduale conversione “dal tipo normativo come strumento al servizio delle parti, utile e necessario ad agevolare la realizzazione dell’effetto giuridico desiderato, a forma di penetrante controllo ed indirizzo dell’autonomia dei privati”⁵⁶. A ben vedere, però, quella del “tipo normativo” come iconica ed imprescindibile matrice legislativa del diritto contrattuale, sembra costituire più una perversione ideologica, una petizione di principio, che una consapevole metodologia ermeneutica: del resto, ai sensi dell’art 1667 cod. civ., “se l’appalto ha per oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi, si osservano, in quanto compatibili, le norme relative alla somministrazione”; secondo l’art 1455, “le norme stabilite per la vendita si applicano alla permuta, in quanto siano con questa compatibili”. Anzi, la disciplina della compravendita è, uniformemente, avvertita come normativa base dei contratti di scambio.

Tali osservazioni, sebbene alle volte d’impronta meramente ricognitiva, altre più marcatamente funzionalistica, abilitano a condividere l’opinione di quanti si esprimono affermativamente, circa l’avvenuta frantumazione del tipo⁵⁷: indipendentemente dalla collocazione topografica e dalla formulazione letterale delle conferenti disposizioni, ci si può schierare in favore del carattere trasversale di ognuna delle distinte normative contrattuali speciali, destinate ad integrarsi reciprocamente. Bisogna, oltretutto, umilmente ammettere l’indubitabile perfettibilità di tutti i nuovi modelli legali, progressivamente esposti al contributo migliorativo di dottrina e giurisprudenza, come pure al collaudo degli operatori economici. Il tipo legale, si rivela paradigma

⁵⁵ O. Cagnasso, *La concessione di vendita*, Milano, 1993, p. 21 e ss. .

⁵⁶ M. Confortini, *Problemi generali del contratto attraverso la locazione*, Roma, 1988, p. 15 e ss. .

⁵⁷ Meritevole di essere accolta, al riguardo, deve considerarsi l’opinione di U. Majello, *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1987, II, p. 500, alla cui stregua “la qualificazione di un negozio come atipico ha mera rilevanza descrittiva ed è quindi priva di significato normativo”.

interpretativo spaventosamente fragile agli urti della ingovernabile evoluzione socio - normativa, diga speculativa dagli argini irrimediabilmente cedevoli⁵⁸.

Viene meno, probabilmente, la stessa ragion d'essere dell'exasperante ed agnostica contrapposizione tra contratti tipici e contratti atipici, indiscriminatamente assoggettabili, entrambi, ad un ineludibile controllo di meritevolezza, deputato alla incessante reiterazione della verifica di conformità dell'assetto di interessi, convenzionalmente disegnato dall'autonomia privata, ai valori dell'ordinamento. Anzi, proprio in quest'ansia di ricerca della normativa del caso concreto, si coglie quel formidabile processo di osmosi, per effetto del quale, principi e regole previsti con riferimento ad uno specifico modello contrattuale, possano essere, trasversalmente, applicati a contratti diversi, valorizzando, opportunamente, il ricorso a criteri di ragionevolezza ed adeguatezza⁵⁹. La dismissione del semplicistico ed omertoso processo di meccanicistica riconduzione al tipo normativo, infonde nuova linfa all'attività di scomposizione e riaggregazione degli elementi dispositivi, di volta in volta desumibili dai singoli modelli legali, consentendo, altresì, di scalfire un ulteriore retaggio vetero - codicistico dell'ermeneutica contrattuale, quello corrispondente alla pervicace distinzione tra applicazione diretta ed analogica.

In un certo senso, non è arbitrario né frutto di ardite superfetazioni concettualistiche, presumere che l'interprete proceda, sistematicamente, per analogia, preferendo cioè ricercare, quasi furtivamente, una plausibile somiglianza tra il modello legale ed il caso concreto, invece che avventurarsi a caccia di metafisiche identità tra norma e fatto. Per di più, quand'anche non si volesse indulgere alla rivoluzionaria provocazione esposta, le

⁵⁸ Emblematica, in tal senso, l'osservazione di P. Perlingieri, *In tema di tipicità e atipicità*, cit., p. 399, ove si legge: "soltanto nel considerare la fattispecie concreta in tutte le sue particolarità – a differenza del metodo della sussunzione e della riconduzione, con il quale si finisce comunque col compiere violenza al caso concreto nel tentativo di inserirlo a tutti i costi nello schema tipo (anche quando quello schema gli sta stretto come un vestito confezionato in serie) – si è in grado di cogliere nell'intero sistema, con la dovuta sensibilità ermeneutica, le regole e i principi più adeguati".

⁵⁹ Degna di nota, l'osservazione formulata da G. Vettori, *Introduzione*, in *Aa. Vv., Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, p. XXXI, secondo il cui parere, spetta comunque "all'interprete attraverso una rigorosa lettura, stabilire se un precetto o una regola esprimono principi che vanno oltre l'ambito originario di applicazione". Del resto, "per nessuna è dato di riscontrare una compiuta disciplina preconfezionata", motivo per il quale "la disciplina del singolo atto va ritrovata anche in clausole generali, principi fondamentali, espressione di una tecnica differente che si integra con quella regolamentare", come esattamente messo in luce da G. Biscontini, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Camerino - Napoli, 1993, pp. 52 e 50.

norme sulla subfornitura sarebbero da considerarsi meramente speciali, non eccezionali, come tali suscettibili di applicazione analogica, in conformità al divieto previsto dall'art 14 disp. prel. cod. civ.: piuttosto che stravolgere, sembrano, in buona sostanza, ribadire principi irrinunciabili del costituzionalismo moderno, quali solidarietà ed uguaglianza sostanziale, funzionalizzazione sociale dell'iniziativa economica privata e buona fede contrattuale. Non vi sarebbe, cioè, alcuna necessità di ammattire, all'inseguimento affannoso di chimerici percorsi legittimanti, formalmente, la supplenza della tecnica analogica. Se poi si addestra, sapientemente, la comunicazione trasversale tra le più varie fattispecie contrattuali, sempre meno bisognerà fare appello all'analogia *legis* o *iuris*, dimostrandosi, probabilmente, l'interazione funzionale, scavalcante i confini tipologici, efficacemente in grado di fare sintesi degli interessi meritevoli di considerazione giuridica, ad onta di presunte lacune, in armonia con la gerarchia di valori sposata dall'ordinamento repubblicano.

