

LA NUOVA GIURISPRUDENZA CIVILE COMMENTATA

RIVISTA BIMESTRALE
ANNO XXXVI

a cura di
**GUIDO ALPA
E PAOLO ZATTI**

2/2020

 edicolaprofessionale.com/NGCC

Immeritevolezza e illiceità in astratto dei contratti atipici

di Stefano D'Andrea



Wolters Kluwer

Immeritevolezza e illiceità in astratto dei contratti atipici

di Stefano D'Andrea*

SOMMARIO: 1. Immeritevolezza per contrasto tra funzione astratta e principi della Costituzione economica. – 2. Un contratto atipico mal definito e quindi mai correttamente valutato sotto il profilo della meritevolezza: il *franchising*. – 3. Illiceità della clausola che rende "autonoma" l'obbligazione di rivalsa nel contratto autonomo di garanzia. – 4. Nullità del *lease back* per frode agli artt. 1500, comma 1º, e 1501, comma 2º, cod. civ. – 5. Sulla pretesa validità e meritevolezza del *franchising* senza *know-how*. – 6. Conclusioni.

1. Immeritevolezza per contrasto tra funzione astratta e principi della Costituzione economica.

Quando un contratto atipico si è presentato, per le prime volte, dinanzi alla giurisprudenza di merito, non di rado alcuni giudici ne hanno escluso la meritevolezza o la liceità¹.

Ben presto, tuttavia, tutti i dibattiti sulla meritevolezza e sulla validità di uno o altro contratto atipico hanno assunto la medesima struttura: la dottrina dominante, quasi unanime, è impegnata ad affermare validità, liceità e meritevolezza dei contratti; la giurisprudenza è incline a seguire la dottrina dominante; le opinioni contrarie, non sempre esistenti e comunque molto minoritarie, con il trascorrere del tempo e il consolidarsi degli orientamenti, tendono ad essere abbandonate.

Per quanto riguarda la meritevolezza, è noto che dopo la diffusione, in particolare negli anni settanta, di una pluralità di teorie volte ad attribuire significati, precisi o lati, al criterio, e quindi in qualche modo a valorizzarlo, la dottrina si è indirizzata, almeno fino al recente passato, verso interpretazioni fortemente restrittive e sostanzialmente abrogative². E, a ben riflettere, anche gli autori che ancora insistono sulla funzio-

nalizzazione dell'autonomia privata e sulla Costituzione come parametro di meritevolezza, non giungono ad affermare l'immeritevolezza del contratto autonomo di garanzia o del *lease back* o degli *swaps* (almeno con riguardo ai contratti stipulati prima della norma che ha previsto la non applicabilità dell'art. 1933, comma 1º, cod. civ.) o di altri contratti atipici socialmente diffusi ma al più, accogliendo la nozione di causa concreta, o ricorrendo ad altri accorgimenti interpretativi con funzioni analoghe, individuano specifici casi in cui il contratto, in astratto valido, sarebbe in concreto invalido³; una maggiore libertà di giudizio sulle funzioni astratte, invece, si osserva, di recente, con riguardo a schemi contrattuali atipici che non sono riusciti a diffondersi proprio per la barriera frapposta (dalla dottrina e) dalla giurisprudenza, come per esempio il contratto denominato *4you* e simili "*piani di investimento*"⁴.

La ragione di questa tendenza dottrinale è da ravvisarsi nella perdita di sostegno ideologico della nostra Costituzione economica, dovuta, da un lato, alla diffusione e poi all'egemonia e al dominio incontrastato, da almeno una trentina di anni, del pensiero neoliberale, dall'altro al prevalere, sia pure a nostro avviso, soltanto in via di fatto (che tuttavia è ciò che storicamente conta), dei Trattati europei sulle norme costituzionali

* Contributo pubblicato in base a *referee*.

È il testo, corredato di note, della relazione riassuntivamente esposta il 13 settembre 2019 a San Benedetto del Tronto, nel convegno organizzato dall'Associazione Dottorati di diritto Privato e dall'Università Politecnica delle Marche, dedicato al "Dibattito sulle ricerche della dottrina civilistica nel biennio 2017-2018". Il contributo è destinato al volume che raccoglierà gli atti del convegno.

¹ Il contratto autonomo di garanzia fu reputato nullo da TRIB. ROMA, 27.5.1985, in *Giust. civ.*, 1986, I, 2000 ss.; il *lease back*, fu qualificato nullo da TRIB. MILANO, 19.6.1986, in *Foro pad.*, 1987, I, 408 ss., e TRIB. VERONA, 15.12.1988, citata e commentata criticamente in DE NOVA, *Identità e validità del lease back*, in *Riv. it. leasing*, 1989, 474 s. Con riguardo al contratto di *swap*, TRIB. MILANO, 24.11.1993, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, II, 80 ss., affermò che se è stipulato con finalità di mera speculazione è soggetto all'eccezione di gioco prevista dall'art. 1933, comma 1º, cod. civ.

² L'interpretazione abrogativa "o a tutto concedere (...)" una lettura

ispirata a grande cautela" è ribadita e rigorosamente argomentata, sulla base di talune premesse, che invece sono opinabili, nonché corredata da ampie indicazioni di dottrina e giurisprudenza, da GUARNERI, *Il contratto immeritevole e il rasoio di Occam*, in questa *Rivista*, 2018, II, 253 ss. Nel saggio sono analiticamente considerate svariate risalenti teorie che, effettivamente, pur volte a valorizzare il criterio della meritevolezza, erano chiaramente forzature o affermazioni di principio prive di rilievo pratico.

³ P. PERLINGIERI (con la collaborazione di AA.Vv.), *Manuale di diritto civile*, 7a ed., ESI, 2014, 711 s., per il *lease back*, 803 s. per il contratto autonomo di garanzia, 821 s. per lo *swap*, e nessun dubbio, 755 s., per il *franchising*.

⁴ CASS., 7.2.2019, n. 3679, in *Dir. e giust.*, 8.2.2019; CASS., 15.2.2016, n. 2900, in *Giur. it.*, 2016, I, 852; CASS., 30.9.2015, n. 19559, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, 137; e altre: vi sarebbe contrasto con gli artt. 38 e 47 Cost.

che esprimono la Costituzione economica⁵. Queste ultime, infatti, non sono considerate come “controlli”, e sono poco note nel loro profondo significato, perché la dottrina e la giurisprudenza hanno ormai come punto di riferimento i principi dei Trattati europei, sicché le norme della Costituzione economica non riescono ad assurgere al ruolo di parametri del giudizio di meritevolezza, il quale, infatti, nelle dottrine resistenti, tende ad assumere un carattere “personalistico” ma in senso restrittivo, non socio-economico, e quindi ad essere un canone che censura gli abusi delle funzioni, piuttosto che le funzioni astrattamente considerate.

Si deve convenire, tuttavia, che il giudizio di meritevolezza, a causa della vaghezza propria di ogni clausola generale, si prestava e si presta ad esporre il fianco (non soltanto ad interpretazioni estensive ma anche) ad interpretazioni, se non proprio abrogative, che ne riducano l'ambito di applicazione a ipotesi residuali. Infatti esso, per essere condotto in astratto, ossia sulla funzione economico sociale del contratto atipico, presuppone l'egemonia di ideologie statalistiche o dirigitiche o sociali, perché ispirate al personalismo cattolico, o socialistiche, ideologie che furono dominanti in Assemblea Costituente ma che poi sono, almeno per il momento, crollate, scomparendo o, al più, rifugiandosi in nicchie di studiosi o di giudici, a partire dagli anni ottanta.

Perciò, giudizi di immeritevolezza delle funzioni economico-sociali, fondati su norme della Costituzione economica, espressi nei confronti dei contratti atipici ormai socialmente diffusi, richiedono una diversa fase politica e, ovviamente, la capacità di indicare persuasivamente uno o più principi violati dal contratto immeritevole o specifici divieti che tolgono validità a contratti meno squilibrati di quello oggetto della valutazione (come, per esempio, il divieto del contratto di mezzadria). Per ora, la dottrina dei contratti atipici deve limitarsi a constatare il quadro politico-giuridico-culturale attuale e a chiarire per quale ragione non è (ancora) tempo di frequenti giudizi di immeritevolezza, fondati su norme della nostra Costituzione economica e aventi ad oggetto la funzioni in astratto di uno o altro contratto atipico ormai socialmente diffuso.

Rinviando ad altra occasione un approfondimento di

questo profilo, giova osservare che molto più agevole è, invece, sollevare critiche, fondate su robusti argomenti e quindi potenzialmente idonee a stimolare il dibattito, per quanto riguarda la invalidità o la illiceità dei contratti atipici, perché la dottrina non soltanto ha teso a considerare tutti i contratti atipici (socialmente diffusi) come meritevoli ma, come si illustrerà, ha eluso, o risolto poco persuasivamente nel senso della inapplicabilità, non pochi problemi di contrasto tra clausole dei contratti atipici e norme imperative, che invece sembrerebbero dover trovare applicazione. La disarticolazione della errata (perché, a nostro avviso, ideologicamente orientata e *contra ius*) dottrina dominante dei contratti atipici deve avvenire, per il momento, contestando la liceità (e talvolta la validità) in astratto dei contratti atipici o di loro clausole, rinviando, invece, ad un secondo momento, la contestazione dei giudizi di meritevolezza⁶.

2. Un contratto atipico mal definito e quindi mai correttamente valutato sotto il profilo della meritevolezza: il *franchising*.

Nonostante la conclusione testé enunciata, prima di affrontare il tema dell'illiceità e più in generale della nullità di alcuni contratti atipici, giova sollevare il dubbio sulla meritevolezza di almeno un contratto, un tempo atipico e ora, forse, non più: il contratto di *franchising*. Questo contratto, infatti, è stato mal definito fin dal primo apparire, da giuristi da giudici e finanche dal legislatore, che ne ha dato, per così dire, una definizione giuridicamente “falsa”; sicché i giudizi di meritevolezza, espressi dalla dottrina, hanno avuto un oggetto diverso da quello che avrebbe dovuto essere valutato.

Ciò che caratterizza questo contratto, a lungo atipico e oggi, forse, a tipicità debole, se proprio lo si vuol considerare tipico⁷, sono le innumerevoli obbligazioni che assume l'affiliato, dinanzi alle quali è difficile o impossibile scorgere obbligazioni dell'affiliante, se si esclude l'obbligazione di concedere l'esclusiva, che non è né essenziale né un effetto naturale: obbligazioni di affiggere l'insegna, di adottare il marchio, imprimendolo sulla carta stampata, di avvalersi del *know-how*, di svolgere l'attività commerciale in un locale che abbia

⁵ Sull'insanabile contrasto tra l'art. 41, comma 3°, Cost., la scelta di sistema della nostra Costituzione, e la scelta di sistema dei trattati europei (individuata allora nell'art. 3-A TCEE), è da leggere IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, 1998, 22 ss. Il tema, tuttavia, va svolto, affiancando al profilo dei mezzi (programmazione dirigista contro programmazione della concorrenza), il profilo dei fini – priorità della piena occupazione contro priorità della stabilità dei prezzi; disciplina, controllo e coordinamento dell'esercizio del credito riservati alla “Repubblica” e disciplina, coordinamento e controllo affidati a una banca centrale non appartenente alla Repubblica; monopoli pubblico o collettivi, anziché antitrust; sviluppo del mercantato interno contro

crescita sistemica della percentuale di pil estero sul pil complessivo; promozione del risparmio contro promozione dell'indebitamento privato; promozione degli investimenti pubblici contro politiche che li restringono e promuovono le condizioni per avere investimenti privati esteri; salario alto da piena occupazione contro salario deflazionato da disoccupazione strutturale di equilibrio non inflazionistico.

⁶ Il punto di vista che si accoglie è che il controllo di meritevolezza segue logicamente il controllo di validità: si verifica se è meritevole lo schema che si salva dal giudizio di validità, quindi senza le clausole eventualmente illecite.

⁷ Cfr. note 11 e 13.

le caratteristiche richieste dall'affiliante, di rispettare una serie spesso numerosissima di direttive, di sottoporsi a forme di controllo, di segretezza, di acquistare e vendere prodotti forniti dall'affiliante (e quando non vi è obbligazione vi è, comunque, la necessità di fatto di acquistarli), e altre ancora.

Eppure, se si considerano le definizioni dell'affiliazione commerciale proposte dalla dottrina, accolte dalla giurisprudenza e adottate dal legislatore, le obbligazioni dell'affiliato non appaiono mai menzionate; anzi, per una sorta di magia, si trasformano in diritti di quest'ultimo.

Le definizioni anteriori all'intervento del legislatore (l. 6.5.2004, n. 129) alludevano alla "concessione" di "un pacchetto di beni e servizi" o al "trasferimento" dall'affiliante all'affiliato "di un fascio di diritti"⁸. Oppure osservavano che l'affiliante "concede" all'affiliato "la facoltà di entrare a far parte della propria catena di distribuzione, con il diritto di sfruttare, a determinate condizioni e dietro il pagamento di una somma di denaro, brevetti, marchi, nome, insegna (...) "⁹. Il centro delle definizioni era la concessione o il trasferimento di diritti o facoltà dall'affiliante all'affiliato.

Analoga era la iniziale, ora abrogata, definizione normativa dell'ordinamento europeo, il quale – definito il *franchising*, come "un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti d'autore, *know-how* o brevetti da utilizzare per la rivendita di beni o per la prestazione di servizi ad utilizzatori finali" – considerava contratto di *franchising* quello con il quale l'impresa affiliante "concede ad un'altra, l'affiliato, dietro corrispettivo finanziario, diretto o indiretto, il diritto di sfruttare un *franchising* allo scopo di commercializzare determinati beni e/o servizi"¹⁰. È, in buona parte, soltanto una derivazione della definizione europea la nozione accolta dal legislatore

italiano nel 2004, la quale ha rilievo civilistico: il contratto di affiliazione commerciale è il contratto con il quale "una parte concede la disponibilità all'altra, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali (...) inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare beni e servizi"¹¹.

Tutte queste definizioni alludono a (anzi sono incentrate su) facoltà o diritti che verrebbero concessi o messi a disposizione o "trasferiti" dall'affiliante all'affiliato. E indubbiamente, le "premesse" dei contratti di affiliazione commerciale (da sempre predisposti dalle imprese affilianti) alludono alla concessione di un privilegio (il termine *franchising* richiama la franchigia e quindi la concessione di un privilegio). Si tratta di definizioni che enfatizzano il sacrificio giuridico dell'affiliante, sacrificio che, spesso, non esiste, al punto che, almeno in gran parte, le definizioni non tanto lo enfatizzano ma in certo senso lo inventano, traendo in inganno l'interprete.

Infatti, se si sottopongono a rigorosa analisi logico-giuridica i contratti di affiliazione commerciale, si scoprono soltanto obbligazioni dell'affiliato, mentre gli obblighi dell'affiliante hanno ad oggetto congegni che quest'ultimo ha interesse a tenere, perché, per un verso, sono essenziali per dirigere l'impresa dell'affiliato (si tratta, per così dire, di "obbligazioni di dirigere") e, per altro verso, sono spesso indispensabili e strumentali per consentire all'affiliato di adempiere i propri obblighi. L'affiliante, predisponendo il testo contrattuale, impone all'affiliato numerosi obblighi, per l'adempimento dei quali è logicamente necessario che l'affiliante tenga certi comportamenti, i quali quindi non sono prestazioni corrispettive a quelle che l'affiliato deve eseguire ma strumentali a queste ultime e infatti soddisfano sempre l'interesse dell'affiliante (ed eventual-

⁸ ZANELLI, voce «*Franchising*», nel *Noviss. Digesto it.*, App. III, Utet, 1982, 887. Secondo l'autore "a fronte dell'oggetto della concessione sta (...) il compenso nelle sue varie forme, ma anche impegni di astensioni ed obblighi di *facere*, costruiti quasi sempre come funzionali all'interesse comune". Di "trasmissione (...) di un fascio di diritti" come oggetto del contratto discorre LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, I, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 1995, 276.

⁹ FRIGNANI, voce «*Franchising*», in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Ed. Enc. it., 1989, I, il quale aggiunge: "ove elemento essenziale appare la trasmissione dal *franchisor* al *franchisee* di un *quid* (facoltà) che il secondo non aveva, a fronte di una controprestazione prevalentemente ma non essenzialmente monetaria". Di "concessione al *franchisee* della facoltà di usare determinati beni immateriali" scrive CAGNASSO, *Concessione di vendita e franchising*, nel *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, a cura di GALGANO, XVI, Cedam, 1991, 395.

¹⁰ Art. 1.3, lett. a) e b), reg. CEE n. 4087/1988, poi sostituito dal reg. CE n. 2790/1999, poi a sua volta sostituito dal reg. UE n. 330/2010. DE NOVA, voce «*Franchising*», nel *Digesto IV ed.*, *Disc. priv.*, sez. *comm.*, VI, Utet, 1991, 297, pur evitando di offrire una definizione, ha esaminato numerosi contratti, servendosi della definizione offerta dal reg. CEE n. 4087/1988, osservando preliminarmente che "Per quanto il

regolamento non sia volto a dettare la disciplina civilistica del contratto, bensì a specificare le condizioni affinché si applichi l'esenzione dal divieto di accordi restrittivi della concorrenza (...) è agevole prevedere che la nozione del contratto di *franchising* che esso delinea, costituirà un modello cui tenderanno a uniformarsi i Paesi comunitari".

¹¹ Con l'art. 1 l. 6.5.2004, n. 129, la concessione del diritto di sfruttare il *franchising* diventa concessione della "disponibilità di un insieme di diritti". La definizione, contenendo un elenco di possibili diritti "concessi", non indica chiaramente all'interprete cosa sia necessario perché vi sia *franchising*, ossia il contenuto essenziale e minimo del contratto. Si tratta di una definizione per modo di dire, perché sembra contenere un elenco di diritti che possono essere "concessi" ma non dice chiaramente quale sia il contenuto essenziale e minimo del contratto, con la conseguenza che sorgono gravi problemi. La dottrina fin da principio si era posta il dubbio "se il package" debba necessariamente comprendere tutti gli elementi indicati e aveva risposto "Credo di no" (DE NOVA, La nuova legge sul franchising, in *Contratti*, 2004, 762). La definizione, è stato anche detto, offre "un grado molto basso di tipizzazione" (BUSSANI, *Contratti moderni, factoring, franchising, leasing*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, Utet, 2004, 191).

mente anche quello dell'affiliato). L'affiliato ha l'obbligo di affiggere l'insegna e l'affiliante ha il diritto all'affissione dell'insegna da parte dell'affiliato (e magari ha l'"obbligo" di consegnare l'insegna). L'affiliato ha il dovere di imprimere il marchio dell'affiliante sulla carta stampata che usa e l'affiliante ha il correlato diritto. L'affiliato ha il dovere di avvalersi del *know-how* (che l'affiliante ha "obbligo" di comunicare) e l'affiliante ha il diritto all'uso del *know-how* da parte dell'affiliato. Quest'ultimo ha il dovere di seguire le direttive e l'affiliante ha il diritto all'esecuzione delle direttive (al più ha il dovere di comunicarle, dunque un dovere di dirigere). Insomma l'affiliato è titolare di una serie di doveri che gli impongono di esercitare l'impresa e rischiare il suo capitale, per creare avviamento a favore dell'affiliante. E deve usare il suo capitale secondo le direttive dell'affiliante anche se le reputa fallimentari.

È evidente che, se si muove dall'idea che l'affiliato acquisti diritti, è del tutto normale che poi si pensi a cosa l'affiliato dia in cambio e spesso si fa riferimento a un compenso in denaro diretto o "indiretto"¹² (e al fatto che venga ammesso nella rete di vendita, come se si trattasse di una situazione giuridica soggettiva attiva e non fosse, invece, la conseguenza meramente descrittiva, sotto il profilo socio-economico, dell'assunzione di obbligazioni). Seguendo questa impostazione, si perverrà agevolmente ad un giudizio di meritevolezza.

Invece, se si definisce con più precisione il *franchising* come il contratto con il quale l'affiliato si obbliga ad acquistare beni venduti dall'affiliante e a rivenderli o a fornire a terzi servizi, utilizzando segni distintivi del *franchisor*¹³, obbligandosi ad utilizzare il *know-how* dell'affiliante e perdendo, attraverso l'assunzione di una varietà di obbligazioni, in tutto o in parte, la libertà di organizzazione dell'impresa e, almeno nell'affiliazione

di servizi, versando all'affiliato un compenso economico¹⁴, mentre l'affiliante, "in cambio", "si obbliga" a dirigere, in tutto o in parte, l'impresa dell'affiliato¹⁵, è davvero difficile dare un giudizio di meritevolezza, soltanto perché l'affiliato può trarre dal contratto un eventuale vantaggio economico¹⁶. Si valuta la funzione del contratto previamente definito: si valuta una nozione. Una definizione erronea e ingannevole condiziona il giudizio di meritevolezza.

Per comprendere come in questa fase storica i detentori di capitale intangibile costituito dai segni distintivi – e invero coloro che intendono creare un capitale intangibile basato sui segni distintivi: accanto alle imprese di *franchising* ci sono *franchising* di imprese – abbiano assoggettato i commercianti, sia consentito, quasi per gioco ma nemmeno poi tanto, ipotizzare un contratto di "mezzadria commerciale" tra il titolare del marchio famoso e il commerciante. Poche osservazioni basteranno a concludere che tale ipotetico contratto, che nei rapporti agricoli fu vietato nel 1964 e poi di nuovo nel 1982, è enormemente più equilibrato, a favore del commerciante, rispetto al *franchising*. Per esempio, un contratto di "mezzadria commerciale", tra il titolare del marchio "Benetton" e un commerciante, dovrebbe prevedere: che le spese di acquisto dei capi che verranno venduti nel punto vendita debbano essere divise per due, metà dovrebbero essere sostenute da Benetton e metà dal commerciante; che tutte le spese dell'attività commerciale (per la locazione e l'allestimento del locale commerciale, per il personale dell'impresa commerciale, per la pubblicità, ecc.) dovrebbero ugualmente essere divise per due; che se il commerciante non è in grado di pagare immediatamente la sua quota di spese, dovrebbe anticiparle Benetton; che se, detratte dagli incassi le spese sostenute ed eventualmente anticipate da Benetton, non restas-

¹² Le *royalty* ci sono sempre nel *franchising* di servizi, nel quale l'affiliante non si obbliga o non si pone nella necessità di fatto di acquistare beni, mentre possono mancare, come può mancare anche un obbligo di acquistare un minimo di beni, nel *franchising* di beni, proprio perché di fatto l'affiliante è necessitato ad acquistarli.

¹³ Che l'obbligazione di adottare i segni distintivi sia essenziale è in verità negato da un'opinione minoritaria. L'opinione prevalente è nel senso dell'essenzialità (M. CIAN, *La nuova legge sull'affiliazione commerciale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 1153; NERVI, *La nozione di franchising*, in *L'affiliazione commerciale*, a cura di CUFFARO, Giappichelli, 2005, 30, con argomentazione di fatto anche BORTOLOTTI, *La nuova legge sul franchising prime impressioni*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2004, 95; contra FICI, *Il franchising*, in *I contratti di collaborazione*, a cura di SIRENA, nel *Trattato dei contratti*, a cura di RESCIGNO e GABRIELLI, Utet, 2011, 983). Se il giurista e il giudice hanno il compito di selezionare gli elementi essenziali tra quelli indicati nella "definizione legislativa", allora vuol dire che una (vera) nozione manca e che il *franchising* è ancora un contratto atipico, sebbene nominato, in parte definito (per quanto riguarda il *know-how*) e disciplinato. Si potrà anche parlare, se si preferisce, di "bassa tipizzazione" (cfr. nt. 11).

¹⁴ Essendo addirittura insensata la tesi che vorrebbe il contratto nullo per mancata previsione del corrispettivo monetario, l'art. 1 l. 6.5.2004, n. 129, necessita, senza dubbio, di interpretazione "corretti-

va", sulla base dell'argomento *ab absurdo*. Esattamente BORTOLOTTI, *La nuova legge sul franchising prime impressioni*, cit., 100: "quando l'oggetto del *franchising* è un servizio (...) deve esserci una contropartita monetaria (*royalty*) a favore del *franchisor*, che può invece mancare nel *franchising* di prodotti".

¹⁵ VACCÀ, *Franchising, una disciplina in cerca di identità*, in *Contr. e impr.*, 2004, 872, osserva che "il rapporto diretto tra produttori e dettaglianti" è "tale da restringere fino alla scomparsa gli spazi entro i quali può manifestarsi l'autonomia di questi ultimi". In fondo, la definizione giuridica che stiamo offrendo, corrisponde all'essenza del fenomeno economico, sulla quale si veda, anche per citazioni di dottrina straniera, PARDOLESI, *Contratto di "franchising", risoluzione di diritto, provvedimenti d'urgenza*, in *Foro it.*, 1982, I, 2042: quanto alla *ratio economica* "Si può dire (...) che sul punto si è venuto coagulando un *uneasy consensus*, ispirato alla convinzione che i *franchisors* combinino limitazioni verticali della concorrenza (...) con il ferreo *enforcement* di obbligazioni intese a sortire intensivi sforzi di vendita da parte dei *franchisees*".

¹⁶ Per la critica della nozione di *franchising*, lo scambio tra obbligazioni e diritti, la prassi di valutare meritevole uno schema diverso da quello reale (per il fatto che si vedono diritti dove sono obbligazioni) si veda D'ANDREA, *Il franchising: squilibrio contrattuale e interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Giur. it.*, 2018, I, 2338 ss.

sero utili o vi fossero perdite, Benetton sarebbe titolare di un'obbligazione alimentare. Ogni commerciante in *franchising* oggi sottoscriverebbe l'ipotizzato contratto di "mezzadria commerciale"!

La funzione del *franchising* è di valorizzare la rendita di una parte del capitale intangibile dell'impresa (titolare del marchio noto o che vuol "produrre" un marchio noto), a discapito del lavoro autonomo. Sebbene, per il momento, le norme della Costituzione economica, che astrattamente potrebbero essere invocate contro la funzione di valorizzare la rendita, non abbiano la forza di assurgere a criteri del giudizio di meritevolezza, non è difficile ipotizzare che se la mezzadria durò un millennio, il *franchising* durerà molto meno. Intanto è importante cominciare a definire il contratto con esattezza, e a fissarne la vera funzione economico sociale: non vi è ragione di escludere che con il tempo qualche giudice coraggioso cominci a trarre dalla nozione e dalla funzione retamente intese, qualche conseguenza applicativa¹⁷.

3. Illiceità della clausola che rende "autonoma" l'obbligazione di rivalsa nel contratto autonomo di garanzia.

Se per la dottrina è stato agevole sottrarsi al controllo di meritevolezza, in ragione delle cause indicate nel § 1, maggiori problemi ha posto il controllo di validità (per lo più di non illiceità per frode alla legge). Su questo secondo piano, la dottrina ha dovuto impegnarsi fattivamente, per "eludere" o per ignorare norme che imponevano di considerare uno o altro contratto atipico come totalmente o parzialmente nullo.

In primo luogo, si pensi al dibattito dottrinale sulla validità del contratto autonomo di garanzia. Da un lato, si è fatto ogni sforzo per argomentare la validità della garanzia autonoma, ammettendo che essa dovesse essere valida, anche se una o altra norma o uno o altro principio giuridico, astrattamente considerati, sembrassero imporre una diversa conclusione. Dall'altro, pur

ammessa l'obbligazione autonoma di garanzia, non si è mai messa in dubbio la validità dell'obbligazione autonoma di rivalsa, che invece sembra contrastare con una precisa norma dell'ordinamento.

Sotto il primo profilo, inizialmente si ammetteva che «la garanzia pura, in quanto «staccata» dal rapporto garantito, potrebbe sembrare un atto astratto e quindi invalida per mancanza di causa»; ma «Una simile conclusione viene respinta dalla dottrina dominante, perché priverebbe gli operatori economici di uno strumento indispensabile negli affari; e inoltre sarebbe in contrasto con la realtà effettuale che vede accrescere sempre più la diffusione del *Garantievertrag*»¹⁸. Insomma, compito della dottrina sarebbe stato di non contrastare la "realtà effettuale" e di promuovere schemi da essa reputati "indispensabili", a prescindere dalle valutazioni dell'ordinamento.

Successivamente si è tentato di elevare la (asserita) indispensabilità ad argomento a sostegno della meritevolezza. È stato infatti affermato che «è inoppugnabile che sia meritevole di tutela l'esigenza, connessa come accennato al commercio internazionale in grande espansione, che il creditore ha di assicurarsi la prestazione del debitore, tramite un rapporto di garanzia che lo assicuri dalle lungaggini e dalle complicazioni connesse alla peculiarità della varie legislazioni nazionali»¹⁹. Per giungere poi ad opinare che «La vera ragione per la quale la garanzia autonoma è giudicata valida risiede, piuttosto, nella grande diffusione internazionale di questa figura: non si può, pena l'isolamento commerciale del nostro paese, giudicare per noi nullo un contratto universalmente reputato valido». Anzi, richiamando sentenze di merito che avevano riconosciuto «la permeabilità del nostro ordinamento, oltre che alle esigenze economiche, anche alle influenze di figure giuridiche già codificate all'estero», l'autore concludeva che «Il giudizio di meritevolezza ex art. 1322, comma 2, può essere espresso, oltre che rispetto al nostro ordinamento giuridico, anche rispetto ad ordinamenti di omogenea civiltà giuridica»²⁰. Infine, la lunga maturazione dell'argomenta-

¹⁷ Per una conseguenza applicativa si rinvia al § 5.

¹⁸ BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, I, 177.

¹⁹ CASS., sez. un., 1.10.1987, n. 7341, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1988, II, 383, con nota di COSTANZA, *Adempimento del debito garantito e clausola di pagamento a vista senza eccezioni*, la quale osservava (385) che «la valutazione di meritevolezza a termini dell'art. 1322 cpv. c.c. (...) è stata risolta in senso positivo, basandosi sulla empirica constatazione che il contratto in parola svolge una funzione di intensificazione del commercio internazionale, e come tale merita protezione e tutela da parte dell'ordinamento».

²⁰ GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, Cedam, 2a ed., 1993, 445 s. Contro questa argomentazione, e in generale contro l'idea di una regolamentazione internazionale che, in questa materia, si imponga sulla regolamentazione interna, e contro l'idea che la diffusione internazionale valga di per sé a rendere valide le garanzie autonome, RUGGERI, *Interesse del garante e strutture negoziali*, ESI, 1995, 106 ss.: la «concreta operazione economica» tuttavia direbbe se il contratto è

valido e meritevole; MASTRAPAULO, *Pagamento a prima richiesta, limiti alla inopponibilità delle eccezioni e problemi probatori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, II, 555; e MONTICELLI, *Garanzie autonome e modelli contrattuali*, in RUGGERI-MONTICELLI, *Garanzie personali*, nel *Trattato dir. civ. CNN*, diretto da P. PERLINGIERI, ESI, 2005, 18 s. Radicale e generale, ossia non limitata alla sola garanzia autonoma, la critica di P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 257 ss., in un paragrafo intitolato significativamente «La portata territoriale del contratto: discendenza del valore normativo dell'autonomia dalla gerarchia dei valori, anziché dal carattere dell'uniformità internazionale». Sulla infondatezza delle teorie sulla *lex mercatoria*, sul «diritto sconfinato» (Ferrarese), sulla crisi «irreversibile» degli Stati (nella storia non c'è nulla di irreversibile), che è solo crisi degli Stati europei, e in generale di tutte le teorie che cercano di indebolire il potere degli stati di disciplinare e limitare a proprio piacimento il potere del denaro, per un primo cenno, si veda D'ANDREA, *Nullità del contratto autonomo di garanzia per frode alla legge*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 1203, nt. 33. Non c'è nulla di necessario o di irresistibile, bensì una storicamente determinata

zione ideologica a favore della meritevolezza e validità del contratto autonomo di garanzia, è culminata con l'invocazione, da parte della Corte di cassazione a Sezioni Unite, di un principio fondamentale del libero-scambismo globalista, principio che, invece, non ha alcun rapporto con la nostra materia: il contratto autonomo di garanzia dovrebbe essere considerato valido perché ha la funzione di «assicurare la libera circolazione dei capitali»²¹. Tuttavia, è evidente che il divieto di restrizione ai movimenti di capitali e ai pagamenti, previsto nell'art. 63 TFUE, non può svolgere alcun ruolo nella soluzione della questione relativa alla meritevolezza e alla validità del contratto autonomo di garanzia. Infatti, è ovvio che i pagamenti non limitabili, in base ai principi dell'Unione europea, sono i pagamenti che devono essere eseguiti in forza di un valido e meritevole contratto (mentre la libera circolazione del capitale è la circolazione indipendente da un negozio sottostante).

Pertanto, anche la dottrina che ha affiancato all'argomento ideologico (o della espressa volontà di considerare il contratto valido e meritevole) argomentazioni tecniche o quella che ha rigettato esplicitamente l'argomento ideologico e si è limitata ad elaborare motivazioni tecniche della validità e della meritevolezza, sembra aver preso le mosse, più o meno consapevolmente, dall'idea che comunque la garanzia autonoma debba essere considerata valida e al civilista spetti soltanto di motivare per quale ragione (sia pure "tecnica") sia valida. Ciò è dimostrato dalle innumerevoli

teorie proposte: il contratto autonomo di garanzia si lascerebbe inquadrare nello schema della promessa del fatto del terzo o almeno accostare a questa figura²²; sarebbe la seconda parte di una delegazione²³; si è creduto che fosse sufficiente asserire che il garante assumerebbe nei confronti del mandante l'obbligo di *facere* avente ad oggetto negozi giuridici costitutivi di autonome obbligazioni (anziché limitarsi ad un'apertura di credito)²⁴ oppure affermare che i vari contratti sarebbero esecutivi di un contratto normativo plurilaterale di promozione dell'affare²⁵; si è invocata l'analogia con 1530, comma 2º, cod. civ.²⁶; si è negato che si tratti di «garanzia»: l'adempimento del debitore verrebbe in considerazione come un «mero evento economico produttivo dell'utilità» perché si prometterebbe la soddisfazione di un interesse, mentre la garanzia implica il credito²⁷; si è precisato che il giudizio di validità dipende dalla concreta operazione²⁸, oppure si è invocato il concetto di "causa mista", sostenendo che «la causa *cavendi* è suscettibile di combinarsi con la causa *obligandi*»²⁹. È davvero singolare che con l'idea originaria che il contratto autonomo di garanzia fosse invalido ma dovesse essere considerato valido per ragioni economiche o di non isolamento oppure per la pretesa indispensabilità, convivano una decina di teorie che ne giustificerebbero la validità sotto il profilo "tecnico-giuridico", teorie accolte per lo più soltanto dal sostenitore e contestate dai sostenitori delle altre!

Infine, di recente si è esplicitamente asserito – nelle prospettive della (voluta) "ricommercializzazione del

scelta verso l'apertura, particolarmente accentuata nell'Unione Europea, molto meno in altri Stati, la quale, al di fuori di reali vincoli giuridici, non vincola l'interprete come pura volontà ossia come ideologia. Sul tema, si leggano DAL BOSCO, *La leggenda della globalizzazione*, Bollati Boringhieri, 2004; POLANYI, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, con Introduzione di SALSANO, Einaudi, 2010, che segnala, piuttosto, come dopo una lunga fase di liberoscambismo sia "necessaria" la fase di riduzione del commercio internazionale e della circolazione dei capitali (il doppio movimento); SOMMA, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, DeriveApprodi, 2018.

²¹ Si legge nella motivazione di CASS., sez. un., 18.2.2010, n. 3947, in *Foro it.*, 2010, I, 2799: «Elisione del vincolo di accessorialità e scissione della garanzia dal rapporto di valuta caratterizzano sul piano funzionale il Garantievertrag, la cui causa concreta viene correttamente individuata in quella di assicurare la libera circolazione dei capitali e il pronto soddisfacimento dell'interesse del beneficiario». La medesima proposizione si trova già nella motivazione di CASS., 5.3.2009, n. 5326, in *DeJure*.

²² L'idea risale a STOLFI, *La promessa del fatto di un terzo*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, I, 220: «parlare di contratto di garanzia, come fanno i tedeschi, o di promessa del fatto del terzo, secondo l'uso italiano, è cosa che non dipende da una differenza concettuale, ma da un modo di esprimersi diverso, avendo in mente lo stesso negozio». BRIGANTI, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, ESI, 1981: il capitolo terzo di questa monografia si intitola, appunto, "Fideiussione, promessa e contratto autonomo di garanzia". DE SANNA, *Accessorialità ed autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, Giuffrè, 1988, 56, contesta l'identificazione ma unifica le due figure nella categoria della «garanzia di un interesse». CHERUBINI, *La promessa del fatto del terzo*, Giuffrè, 1992,

135 ss., dopo aver segnalato somiglianze e differenze, vede nell'art. 1381 cod. civ. un semplice «indice di ammissibilità di una siffatta funzione di garanzia» (non accessoria).

²³ CICALA, *Sul contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 147. L'applicazione analogica delle norme sulla delegazione era già stata ipotizzata da SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, in *Contr. e impr.*, 1985, 953.

²⁴ BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie personali*, Jovene, 1990, 235 ss.

²⁵ NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, Cedam, 1992, 103 ss.: tutte le garanzie svolgerebbero tale funzione di «promozione», sebbene mentre negli altri casi la promozione sarebbe un motivo, in questo caso costituirebbe la causa stessa delle garanzie autonome, perché senza di esse l'affare non si concluderebbe.

²⁶ PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1988, I, 4.

²⁷ MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, 2a ed., Giappichelli, 1995, 335 ss.

²⁸ NAPPI, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, ESI, 1992, 97 ss.; e P. PERLINGIERI-NAPPI, in P. PERLINGIERI (con la collaborazione di AA.VV.), *Manuale di diritto civile*, cit., 803 s., che segnalano «l'interesse che il garante può avere, mediante la prestazione di garanzia, alla concessione del credito» e precisano che «L'autonomia indica, infatti, che la garanzia si regge su un fondamento causale autosufficiente (interesse del promittente, *iussum delegatorio*, ecc.), in grado di sorreggere l'attribuzione di garanzia senza che quest'ultima debba collegarsi necessariamente al rapporto principale».

²⁹ TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, Giuffrè, 1999, 130 ss.

diritto commerciale” e accogliendo il concetto di “operazione economica”, reputato migliore rispetto ai concetti di “causa concreta” e “causa esterna”, perché più idoneo a «cogliere il più profondo significato dell'affare» – che «Un contratto autonomo di garanzia che fosse per avventura stipulato tra due privati non potrebbe essere connotato da quell'autonomia che caratterizza i contratti d'impresa e che consente a questi ultimi in sede di interpretazione di sottrarsi alle maglie della legge civile, in particolare per ciò che attiene alle problematiche attinenti alla causa»³⁰. Ci sembra che il ragionamento illumini nel modo più chiaro possibile lo scopo che la moderna dottrina si è data di promuovere la validità di contratti invalidi o della cui validità si potrebbe dubitare in base alla legge.

Ma la cosa più stupefacente è che, anche a voler ormai considerare la validità della garanzia autonoma un fatto insindacabile, la dottrina ha considerato pacificamente valida la clausola che rende autonoma l'obbligazione di rivalsa, quando invece, sotto il profilo dell'autonomia, è certamente invalida. E ovviamente la nullità della clausola che rende autonoma l'obbligazione di rivalsa è in grado di comportare, e in genere comporterà, la nullità dell'intero contratto.

Se la prestazione del debitore principale ha ad oggetto una somma di denaro e lo si costringe a pagare al garante senza possibilità di opporre le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore in forza dell'art. 1462 cod. civ., la frode alla legge (frode dell'art. 1462 cod. civ.) è macroscopica, perché attraverso una banale triangolazione si pone il debitore proprio in quella situazione giuridica che il legislatore ha voluto evitare stabilendo che la clausola *solve et repete* è valida soltanto per alcune eccezioni³¹. Ma anche quando la prestazione è diversa dal dare una somma di denaro, se questa prestazione fosse “garantita” da una penale, la frode alla legge sarebbe evidente qualora il debitore, pur potendo opporre le eccezioni non dilazionabili al creditore che pretendesse il pagamento della penale, fosse costretto a restituire “la penale autonoma” al garante che l'abbia pagata e agisca in rivalsa, senza poter opporre le eccezioni non dilazionabili: anche in questo caso, una banale triangolazione porrebbe

il debitore principale proprio nella situazione giuridica che il legislatore ha vietato con l'art. 1462 cod. civ. (dover pagare, sia pure a un terzo, senza poter opporre eccezioni non dilazionabili). Sicché anche qualora la penale non sia prevista, costringere il debitore ad adempiere l'obbligazione “autonoma” di rivalsa, senza poter opporre al “garante” le eccezioni non dilazionabili che il debitore avrebbe potuto opporre al creditore, significa collocarlo esattamente nella medesima situazione che il legislatore vieta (come frode alla legge) quando la mancata esecuzione della prestazione principale è assistita da una penale.

Queste osservazioni sono state completamente trascurate dalla dottrina; e ciò dimostra che essa è stata intenta a validare, più che a indagare se il contratto o una sua clausola fosse valido o invalido; la dottrina si è chiesta perché il contratto autonomo di garanzia è valido, non se sia valido³².

4. Nullità del *lease back* per frode agli artt. 1500, comma 1°, e 1501, comma 2°, cod. civ.

Un esempio forse ancor più significativo dell'atteggiamento della dottrina, volto a “rimuovere” norme che condurrebbero a dubitare della validità dei contratti atipici, o ad escluderne senz'altro la validità, si osserva studiando la letteratura sul *lease back*.

In questo caso le norme che vengono in considerazione sono gli artt. 1500, comma 2°, cod. civ., che impedisce che il prezzo del riscatto sia superiore al prezzo della vendita, e 1501, comma 1°, cod. civ., che prevede un termine massimo di cinque anni per gli immobili e di due anni per i beni mobili, per esercitare il riscatto. Gli autori che si sono interessati del tema sono soltanto quelli citati nel testo e indicati nelle note. La quasi totalità della dottrina, attratta dai rapporti tra *lease back* e divieto del patto commissorio, ha ignorato il tema dell'applicabilità delle due norme al *lease back*.

Una millenaria vicenda storica segnala che la vendita con patto di riscatto è quasi sempre accompagnata dalla contestuale locazione del bene al venditore, che quindi ne mantiene la detenzione³³. In entrambe le

³⁰ BARILLÀ, *Performance bond tra contrattazione d'impresa e “ricomercializzazione” del diritto commerciale*, in *Le garanzie speciali nei rapporti commerciali*, a cura di GRANIERI e T.M. UBERTAZZI, Il Mulino, 2017, 117 ss.

³¹ La diffusissima affermazione secondo la quale nel contratto autonomo di garanzia l'obbligazione del debitore principale non avrebbe (quasi) mai ad oggetto somme di denaro è smentita dalla prassi che testimonia come le banche si facciano garantire i prestiti mediante garanzie autonome anziché mediante fideiussioni: CASS., 10.1.2018, n. 371, in *Notariato*, 2018, 191; CASS., 3.3.2009, n. 5044, in *Dir. e giur.*, 2010, 120; CASS., 14.12.2007, n. 26262, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, 412; CASS., 7.3.2002, n. 3326, in *Giur. it.*, 2002, 1205.

³² Si veda, tuttavia, D'ANDREA, *Nullità del contratto autonomo di garanzia per frode alla legge*, cit., 1206 ss. per la invalidità dell'obbligazione

autonoma di rivalsa e per le ripercussioni che la invalidità parziale può avere sull'invalidità dell'intero contratto, 1184 ss. per la critica degli orientamenti ideologici, e 1193 ss. per la critica degli orientamenti tecnici.

³³ RASI, *Il patto di riscatto nella compravendita – pactum de retrovendendo*, Jovene, 1959, 109 ss. riferisce gli indizi in base ai quali giudici e giuristi, nel basso medio evo e nel rinascimento, tendevano a considerare “simulata” (in realtà in frode alla legge per violazione delle norme anti-usuarie) la vendita con patto di riscatto e tra essi un ruolo rilevante aveva la rilocazione. Il codice modenese del 1771 dedicò al tema un apposito titolo del libro secondo: «Della vendita e successiva locazione al venditore col patto della recupera» (libro II, titolo XXVI). Il secondo paragrafo prevedeva che ogni volta che il prezzo fosse stato «giusto a stima di periti», il contratto, «non ostante il patto facoltativo

ipotesi – *lease back* e vendita con patto di riscatto con contestuale rilocalizzazione – perciò, abbiamo vendita, diritto di riacquistare la cosa e locazione. Soltanto che nel *lease back* la locazione è finanziaria, quindi il venditore si obbliga a ripagare, rata per rata, il prezzo della cosa. Inoltre, il diritto di riacquistare è, per una clausola delle parti, inopponibile ai terzi.

La dottrina comprese subito, fin dal primo apparire del *lease back* dinanzi ai Tribunali di merito, che le due norme ponevano gravissimi problemi per la validità del *lease back*.

Fin dal 1980 si scrisse che “è vero che il *lease back* non può confondersi con la vendita con patto di riscatto, perché la facoltà di riacquisto ha effetti soltanto obbligatori, e dunque opera in modo diverso dal patto di riscatto: se mai, il *lease back* si apparenta piuttosto alla vendita con patto di retrovendita. Non dovrebbe perciò applicarsi il limite massimo di 5 anni (per gli immobili) di cui all’art. 1501 c.c. Né dovrebbe applicarsi la norma che sancisce la nullità per l’eccedenza del patto di restituire un prezzo superiore (art. 1500): pure se qualche autore ritiene applicabile questa norma anche al patto di retrovendita”³⁴.

Tuttavia, da un lato, non è assolutamente vero che “qualche autore” ritiene applicabile l’art. 1500, comma 2º, cod. civ., al patto di retrovendita, perché, anzi, l’applicazione della norma al patto di retrovendita è assolutamente pacifica³⁵, dall’altro, sebbene il termine massimo per il riscatto sia comunemente collegato alla opponibilità del patto di riscatto – senza tuttavia che siano rintracciabili riflessioni che superino le tre righe – se si vuole approfondire il tema, si scopre agevolmente, come si illustrerà tra breve, che non esistono argomenti a favore della tesi pacifica, e ne esistono alcuni che impongono di applicare il termine massimo anche ai diritti di riacquistare non opponibili ai terzi.

Il medesimo autore qualche anno più tardi, scriveva che, in una prospettiva *de iure condendo*, “il *lease back* deve essere posto al riparo dal pericolo di applicazione

della disciplina della vendita con patto di riscatto, e dalla minaccia del divieto del patto commissorio, e ciò formulando di esso una nozione legislativa tale da evidenziare la natura obbligatoria del patto con il quale l’alienante si assicura il patto di riacquistare il bene”³⁶. La volontà di difendere la validità del contratto atipico era dunque esplicitamente dichiarata.

Altri non ha esitato a scrivere che “Tali aspetti della disciplina legale della vendita con patto di riscatto (aspetti inderogabili), fanno sì che ricondurre il *lease back* a tale figura significherebbe, paradossalmente, rendere impossibile l’attuazione pratica dell’operazione”³⁷, confessando che non si è sollevato un problema per risolverlo, con mente aperta a tutte le soluzioni, bensì che la validità del *lease back* è considerata un presupposto e al giurista spetterebbe il compito di argomentare la tesi dalla quale si muove.

Infine un autore ha argomentato la inapplicabilità dell’art. 1500, comma 2º, cod. civ., dal fatto che, nel *lease back* mobiliare, al momento dell’esercizio dell’opzione di riacquisto, il prezzo è stato quasi interamente restituito, mentre nel *lease back* immobiliare ciò sarebbe comunque in parte vero e inoltre, rileverebbero la inopponibilità del diritto di riacquisto, la retroattività del riscatto, che si ammette essere discussa, e l’affrancamento dai limiti temporali (che viene dato per scontato)³⁸.

Invece, se si affronta il tema con animo sgombro da pregiudizi, si conclude agevolmente che, siccome la inopponibilità dell’opzione di riacquisto (rispetto alla opponibilità del patto di riscatto), nonché l’obbligazione di restituire ratealmente il prezzo (quasi tutto o in gran parte) in luogo del *potere* di riscattare la cosa entro il termine (mantenendo nel tempo in tasca il denaro per il riacquisto), sono differenze entrambe sfavorevoli al venditore, è indiscutibile, in base all’argomento *a fortiori* (ossia in base a una analogia facile), che l’art. 1500, comma 2º, cod. civ., pacificamente reputata norma di tutela del venditore, si applichi an-

della recupero e non ostante la successiva Locazione», sarebbe stato valido («considerato per vero»), purché il canone annuo non superasse il 6% del prezzo. Il terzo paragrafo faceva però salvi i contratti precedentemente stipulati ma riduceva al 6% del prezzo pagato il canone previsto in misura superiore. I lavori preparatori del codice civile del 1865 testimoniano che la vendita con patto di riscatto con rilocalizzazione era tra i casi che avevano spinto la Commissione Senatoria a vietare il patto di riscatto: “(...) se talvolta la fraude intrinseca si manifesta per segni evidentissimi, come interviene nel concorso del duplice elemento della vilta del prezzo e della rilocalizzazione al venditore durante il termine del riscatto (...)” (si veda GIANZANA, *Codice civile*, III, Utet, 1887, 321 ss.). La giurisprudenza conferma che ancora oggi il patto di riscatto è sempre accompagnato dalla rilocalizzazione: si è avuta una locazione (contestuale alla vendita con patto di riscatto), a favore dei familiari del venditore, nel caso deciso da Cass., 26.2.2018, n. 4514, in *DeJure*; si è avuto un comodato (contestuale alla vendita con patto di riscatto) nel caso deciso da Cass., 11.06.2007, n. 13621, in *Giust. civ.*, 2007, I, 2716 ss.; in altri casi il venditore con patto di riscatto resta nella disponibilità dell’immobile senza stipula di formali locazioni o comodati: da ultimo

Cass., 9.5.2013, n. 10986, in *Vita not.*, 2013, 719 ss.

³⁴ DE NOVA, *Analisi critica dei diversi orientamenti italiani nella regolamentazione del leasing*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 715.

³⁵ G. GABRIELLI, *Contratto preliminare*, Giuffrè, 1970, 314 s. LUMINOSO, *Vendita con riscatto*, cit., 197 s. per il patto di rivendita e per l’opzione di riacquisto; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, nel *Trattato Vassalli*, Utet, 2a ed., 1993, 677 s., espressamente con riguardo al patto di rivendita ma nella nota 1 a pagina 676 è spiegato che «sotto questo aspetto possono anche ipotizzarsi la concessione di un diritto d’opzione e la proposta a fermo di rivendita». La questione è ora approfondita in D’ANDREA, *Lease back e patto di riscatto: perché il lease back è sempre nullo*, di imminente pubblicazione in *Rass. dir. civ.*, ove, nei §§ 6 e 8, è diffusamente argomentata l’applicabilità dell’art. 1500, comma 2º, cod. civ., all’opzione di riacquisto in generale e al *lease back* in particolare.

³⁶ DE NOVA, *Il contratto di leasing*, Giuffrè, 1985, 52.

³⁷ DE NICOLIS, *Nuove garanzie personali e reali*, Giuffrè, 1998, 452.

³⁸ BUSSANI, *Il contratto di lease back*, in *Contr. e impr.*, 1985, 571 ss.

che al *lease back*³⁹. L'art. 1500, comma 2°, cod. civ., non ha nessun nesso con il fenomeno dell'usura: l'antecedente storico fu introdotto da liberalissimo Codice Napoleone e la norma fu mantenuta in codici che ammettevano il prestito a interesse. La norma ha per *ratio* la storicamente accertata condizione di debolezza del venditore con patto di riscatto e vuole evitare che chi acquista con patto di riscatto possa avere altro vantaggio oltre al minor prezzo pagato rispetto a quello di mercato (minor prezzo che trova una oggettiva giustificazione nel diritto di riscatto).

Per quanto riguarda l'art. 1501, comma 1°, cod. civ., che fissa un termine massimo entro il quale esercitare il riscatto, è necessario, in primo luogo, considerare che, per opinione pacifica, il termine decorre dal momento dell'effetto traslativo e non dal momento della trascrizione dell'atto e che, quindi, decorre anche se l'atto non è trascritto o non è trascrivibile (perché si tratta di scrittura privata non autenticata), sicché è di questa norma, quella vigente, che considera la trascrizione o la trascrivibilità irrilevanti per il decorso del termine – non di una norma che non è vigente ed è desiderata da chi vuole da essa argomentare la validità del *lease back* – che si deve indagare la *ratio*. L'argomento esegetico, dunque, induce a considerare estranea alla *ratio* della norma imperativa l'opponibilità del patto di riscatto. Sempre restando sul piano esegetico, va anche considerato che la norma si applica anche ai beni mobili non produttivi e che, anzi, il legislatore del 1942 volle ridurre, per i mobili, il termine da 5 a 2 anni, testimoniando che il problema della circolazione della ricchezza produttiva è addirittura estraneo alla norma.

In secondo luogo, allargando l'orizzonte oltre la disposizione e osservando il sistema, si constata agevolmente che non esiste nel nostro ordinamento un principio che limiti rigorosamente la proprietà temporanea, nella misura in cui è certamente ammessa (si vedano almeno le disposizioni sul termine iniziale: artt. 1465, comma 2°, 2659, comma 2°, e 2668, comma 3°, cod. civ.), la proprietà risolubile (l'ordinamento non impone un termine di efficacia del contratto di alienazione di un immobile o mobile registrato sottoposto a

condizione risolutiva: art. 2659, comma 2°, cod. civ.) e oggi la proprietà destinata (art. 2645-ter cod. civ.). Allo stesso modo, non esistono limiti di tempo così rigorosi nei diritti limitati su cosa altrui. Ciò sta a significare che è nella speciale fattispecie (nel vendere volendo riacquistare, tanto più che spesso si trattiene il bene in detenzione) che va ricercata la ragione del rigoroso limite temporale previsto nell'art. 1501, comma 2°, cod. civ., non nella opponibilità del vincolo. L'argomento sistematico, dunque, induce ad escludere che la opponibilità del patto di riscatto sia la *ratio* del rigoroso limite di tempo previsto dal legislatore.

Infine, la storia – la quale in realtà dovrebbe venire in considerazione soltanto se l'argomento esegetico e l'argomento sistematico lascino un dubbio da sciogliere, dubbio che nel nostro caso non sussiste – ci dice che (almeno) due diversi interessi furono discussi dalla dottrina e nei lavori preparatori dei codici (sebbene non al fine di limitare il tempo per il riscatto ma per eventualmente vietare il patto): l'interesse alla circolazione della ricchezza e l'interesse ad evitare che l'acquirente non si affezioni alla cosa⁴⁰; ebbene, da un lato, quest'ultimo interesse è leso anche da un patto ad efficacia obbligatoria (e in fondo anche il primo, a causa dell'obbligazione di risarcire che assume l'acquirente che rivenda in violazione dell'obbligazione assunta); dall'altro, non è dato all'interprete selezionare a proprio piacimento uno dei due interessi storicamente emersi, per trovare una motivazione che sostenga la inapplicabilità al *lease back*: questo è un modo di procedere dell'avvocato, non del giurista che propone un modello di decisione al giudice.

La norma oggettivamente impedisce che il venditore – che è quasi sempre un imprenditore sull'orlo del fallimento o che già avrebbe dovuto essere dichiarato fallito⁴¹ – possa sperare per troppo tempo, magari per l'intera vita, di riacquistare la cosa e che l'acquirente possa speculare per troppo tempo, rilocando al venditore, su questa speranza. La norma, dunque, si applica perfettamente anche al *lease back*. È significativo, tuttavia, che gli argomenti qua sopra indicati non siano mai stati presi in considerazione dalla dottrina, la qua-

³⁹ Ampio svolgimento in D'ANDREA, *Lease back e patto di riscatto: perché il lease back è sempre nullo*, cit., §§ 7 e 8.

⁴⁰ Il limite dei cinque anni sarebbe stato previsto (secondo TROPLONG, *Il diritto civile spiegato secondo l'ordine del codice, Della vendita*, Giovanni Pedone, 1847, 422 e 427) perché il patto di riscatto era «un ostacolo al miglioramento della proprietà e ai progressi dell'agricoltura», e perché il compratore «non si può affezionare alla cosa finché il riscatto è sospeso». E, al tempo della codificazione napoleonica, in un discorso in Senato Portalis aveva sostenuto che una durata superiore ai cinque anni non può che «nuire à la culture et au commerce» (FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, XIV, Videcoq, 1836, 125). Pertanto sia dal discorso di Portalis, sia dal giudizio del Troplong, si ricava che il termine di cinque anni non ha la propria ragion d'essere nell'opponibilità ai terzi – che non è menzionata come causa del limite temporale – bensì sia in esigenze effettivamente osta-

colate dall'opponibilità (ma appena meno da un patto obbligatorio, che pure comporta la responsabilità dell'acquirente che venda a terzi), sia in esigenze – come far sì che l'acquirente si affezioni al fondo realizzando l'interesse dell'agricoltura – assolutamente non connesse con l'opponibilità ai terzi. L'argomento storico, perciò, induce ad escludere che il limite valga soltanto per i vincoli «reali» e non per quelli meramente obbligatori. In particolare né nei lavori preparatori del *Code Napoleon*, né in quelli del codice civile italiano del 1865 né in quelli relativi al codice del 1942 si rinviene l'affermazione che il limite temporale è connesso alla opponibilità (e trascrivibilità).

⁴¹ L'analisi della giurisprudenza svolta in D'ANDREA, *Lease back e patto di riscatto: perché il lease back è sempre nullo*, cit., § 9, dimostra che parte del giudizio non è quasi mai il venditore-utilizzatore bensì la curatela di quest'ultimo.

le, senza indagare si è accontentata della tesi che la *ratio* risiederebbe nella opponibilità del riscatto, perché questa tesi comportava la inapplicabilità dell'art. 1501, comma 2°, cod. civ., al *lease back*⁴².

5. Sulla pretesa validità e meritevolezza del *franchising* senza *know-how*.

Un ulteriore caso in cui la dottrina, con maggiore o minore consapevolezza, si è impegnata per qualificare validi (e meritevoli) contratti della cui validità (e meritevolezza) si deve dubitare, si è avuto in materia di *franchising*. La questione è se, in seguito all'intervento del legislatore, l'esistenza del *know-how* che abbia le caratteristiche richieste dal legislatore – che sia *segreto*, nel senso di non generalmente noto né facilmente accessibile; *sostanziale*, ossia costituito da conoscenze “indispensabili” all'affiliato per l'uso, la vendita, la rivendita, la gestione o l'organizzazione dei beni o dei servizi contrattuali; e *individuato*, ossia descritto in modo sufficientemente esauriente, tale da consentire di verificare se risponde ai criteri di segretezza e sostanzialità – sia richiesta a pena di invalidità.

Ebbene, dinanzi ad una precisa disposizione che richiede che nel contratto sia indicata “la specifica del *know-how*” – art. 4, comma 3°, lett. d), l. 6.5.2004, n. 129 –, e sebbene con riguardo ad altri elementi del contenuto, indicati nell'elenco dell'art. 4, comma 3°, il legislatore abbia utilizzato l'avverbio “eventuale”, testimoniando di non considerare quegli elementi essenziali, da un lato, vi è chi aggiunge alla disposizione l'avverbio *eventuale*, non considerando essenziale il *know-how*⁴³, dall'altro vi è chi considera il *know-how* un elemento essenziale ma nega che il contratto di distribuzione che non implichi *know-how*, per il resto identico a un *franchising*, sia invalido o immeritevole⁴⁴. Insomma, il contratto sarebbe comunque valido, sebbene sul contratto di distribuzione privo del *know-how* non possa reputarsi espresso nemmeno il giudizio di meritevolezza del legislatore.

Anche la Corte di cassazione ha finito per affermare che il *know-how* non sia essenziale. Ne deriva la validità di *franchising* che hanno ad oggetto cartucce di stampante, normalissime caffetterie e simili, con la conseguenza che si consente la creazione di rendite decennali, fondate su un corso di formazione della durata di mezza giornata⁴⁵.

6. Conclusioni.

Se non è ancora venuto, né sembra vicino, il tempo per ipotizzare, con riguardo ai contratti atipici socialmente diffusi, la frequenza di giudizi di immeritevolezza sulle funzioni economico-sociali astratte, perché tali giudizi richiederebbero che si disconoscesse la prevalenza dei Trattati europei sulle norme della nostra Costituzione economica e in generale un clima politico-culturale molto diverso da quello che viviamo, è invece possibile, considerato che la crisi economica ha generato qualche piccolo scricchiolio nel castello di convinzioni a lungo granitiche, verificare se taluni contratti atipici socialmente diffusi siano in astratto invalidi, per lo più per illiceità, superando la tendenza ad affermare che i contratti atipici sono astrattamente validi salvo essere nulli in concreto (per esempio: il *lease back* non violerebbe il patto commissorio in astratto ma in concreto potrebbe violarlo) o per abuso (per esempio l'*exceptio doli generalis* nel contratto autonomo di garanzia, in sé considerato valido).

Anzi, almeno in un caso, con riguardo al contratto di *franchising*, è apparso utile svolgere anche qualche considerazione sulla meritevolezza, visto che dottrina, giurisprudenza e finanche il legislatore ne hanno dato per decenni una definizione “falsa”, che eclissa e cela le innumerevoli obbligazioni dell'affiliato e pone in primo piano inesistenti diritti che l'affiliato acquisterebbe. La esatta definizione del contratto consente di individuare la vera funzione economico-sociale, che è di valorizzare il capitale intangibile e promuovere la rendita dei detentori di tale capitale. Ferma la impensabilità attuale di un giudizio di immeritevolezza, la esatta definizione del contratto e la consapevolezza della vera funzione potrebbero, tuttavia, avere ricadute applicative immediate a favore dell'affiliato.

Si è mostrato – soprattutto in tema di contratto autonomo di garanzia e di *lease back*, ma anche con riguardo alla questione della essenzialità del *know-how* nel *franchising* – che sovente la dottrina, piuttosto che indagare se i contratti atipici socialmente diffusi fossero validi o invalidi, ha considerato, talvolta inconsapevolmente, talvolta consapevolmente, e talvolta persino dichiaratamente, la validità del contratto atipico come un presupposto da non porre in discussione. Si è altresì mostrato che in altri più rari casi la dottrina si è palesemente impegnata ad argomentare la validità dei contratti atipici, quasi fosse l'avvocato della validità.

Liberi dal pregiudizio della validità, è stata argomen-

⁴² Per lo svolgimento analitico di questi argomenti e per il carattere sempre totale della nullità, *Id.*, *op. ult. cit.*, §§ 7 e 8.

⁴³ FICI, *Il franchising*, cit., 984, 1051 s.

⁴⁴ BORTOLOTTI, *La nuova legge sul franchising prime impressioni*, cit., 102 ss., testo e nt. 33.

⁴⁵ CASS., 10.5.2018, n. 11256, in *Giur. it.*, 2018, I, 2337 s., e CASS., 21.12.2017, n. 30671, entrambe in *DeJure*. Per una critica si veda D'ANDREA, *Il franchising: squilibrio contrattuale e interpretazione costituzionalmente orientata*, cit., 2344 ss.

tata la invalidità dell'obbligazione "autonoma" di rivalsa nel contratto autonomo di garanzia (più precisamente l'invalidità della clausola che rende autonoma l'obbligazione di rivalsa), nullità parziale che comporterà, spesso se non sempre, la nullità totale ai sensi dell'art. 1419, comma 1^o, cod. civ.; e poi la invalidità sia della clausola del *lease back* che preveda la possibilità di esercitare l'opzione di riacquisto oltre i termini previsti dal legislatore per il riscatto (cinque anni per gli immobili e due per i mobili), sia della clausola che consente alla società finanziaria di lucrare anche un solo centesimo di interesse per il "prestito": la prima nullità sarà sempre totale per impossibilità di sostituire la regola legale a quella invalida convenzionale (non essendo ammissibile che il venditore-utilizzatore-debba

pagare un maggior canone), la seconda sempre parziale con sostituzione di un "prezzo" diverso. È stata infine argomentata la nullità del *franchising* che non abbia un *know-how* con i requisiti richiesti dal legislatore. Gli argomenti addotti, a prescindere dall'adesione alle tesi sostenute, che altrove abbiamo analiticamente argomentate e svolte e che in questo saggio abbiamo riassunte, sono certamente "nuovi" e segnalano, per il solo fatto di essere novità spuntate fuori dopo decenni, la assoluta necessità di cominciare ad affrontare i problemi di validità in astratto dei contratti atipici – dei tre qua considerati e degli altri – muovendo dal desiderio di verificare se sono validi, e non, invece, dando per scontata la validità o addirittura assumendo il ruolo di avvocati della validità.